

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 27. Februar 2020  
- 2 AZR 570/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:270220.U.2AZR570.19.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 11. September 2018  
- 25 Ca 202/18 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 30. Juli 2019  
- 8 Sa 1339/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Erklärungsfrist - Ermächtigung

Leitsatz:

§ 185 Abs. 1 BGB gilt auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 570/19  
8 Sa 1339/18  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

Verkündet am  
27. Februar 2020

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes!**

## URTEIL

In Sachen

1.

Beklagte zu 1., Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

2.

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 27. Februar 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bun-  
desarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor,

Vermerk:  
Rubrum und Entscheidungs-  
gründe (Rn. 48) berichtigt durch  
Beschluss vom 9. Juni 2020.  
Mengwein  
Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle  
Erfurt, 10. Juni 2020

den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Brossardt und die ehrenamtliche Richterin Peter für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten zu 1. wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 30. Juli 2019 - 8 Sa 1339/18 - aufgehoben, soweit darin ihre Berufung zurückgewiesen und ihr Kosten auferlegt worden sind.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger stand seit September 2006 in einem Arbeitsverhältnis zu der zu 1. beklagten Universität bzw. dem Land Hessen. Tätig war er bei dem ursprünglich zu 2. beklagten Universitätsklinikum, zuletzt als Arzt und Wissenschaftler. 2

Im Jahr 2003 schlossen die Beklagte zu 1. und das Universitätsklinikum eine „Vereinbarung gemäß § 15 UniKlinG“ (VE UniKlinG). Deren § 5 Abs. 1 lautet: 3

„Das Klinikum ist rechtlicher oder faktischer Arbeitgeber des im Klinikum tätigen Personals, ungeachtet der rechtlich angeordneten bzw. unverändert stehen gebliebenen Dienstherreneigenschaft des Landes für das Personal des Klinikums am 01.01.2001 bzw. des ärztlich tätig werdenden Personals des Fachbereichs.“

Im Mai 2017 wurde der Beklagten zu 1. eine Bundeszuwendung für die Konzeption und Durchführung einer klinischen Studie unter Leitung des Klägers bewilligt. Mit dem Großteil der Drittmittel für dieses Projekt wurden im Sommer 2017 drei Rechnungen der in der Türkei geschäftsansässigen Firma SC in Höhe von insgesamt 99.000,00 Euro beglichen. Unter derselben Adresse wie die SC ist ein Unternehmen ansässig, dessen Berater der Kläger ist. 4

Am 25. September 2017 füllte der Kläger ein Genehmigungsschreiben für eine von ihm am Folgetag durchgeführte Nebentätigkeit aus und versah dieses mit dem Stempel seines Vorgesetzten sowie einem Kürzel. Ob der Kläger zu einem solchen Vorgehen berechtigt war, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. 5

Anfang Oktober 2017 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger und dem für die Verteilung der sog. Poolgelder zuständigen Assistenzarzt B statt, dessen Doktorvater der Kläger zu diesem Zeitpunkt war. Nach dem Vorbringen der Beklagten zu 1. soll der Kläger auf die Bemerkung des B, er sei bereit, die Poolgelder nach dem Wunsch des Klägers zu verteilen, obwohl sämtliche Assistenzärzte dies als ungerechtfertigte Bevorzugung des ebenfalls beim Klinikum tätigen Bruders des Klägers empfänden, mit den Worten reagiert haben: „(B), wenn ich nochmal so einen Kommentar von dir höre, kannst du dir die Doktorarbeit an den Hut stecken“. 6

Mit E-Mails vom 11. Oktober 2017 bzw. 21. November 2017 baten die Mitarbeiterinnen K und Dr. M aus der Drittmittelabteilung der Beklagten zu 1. den Kläger um Erläuterungen und die Vorlage von Unterlagen, um die ordnungsgemäße Verwendung der Bundeszuwendung entsprechend den internen Vorgaben der Beklagten zu 1. und denen des Drittmittelgebers vollständig dokumentieren zu können. 7

Mit Schreiben vom 6. Februar 2018 unterrichtete Frau Dr. M den Kanzler der Beklagten zu 1. über „Auffälligkeiten im Projektverlauf in administrativer und finanzieller Hinsicht“. Dabei verwies sie ua. auf die Korrespondenz zwischen der Drittmittelabteilung und dem Kläger. 8

Am 13. Februar 2018 wurde der Prozessbevollmächtigte des Klägers in einem Gespräch mit der Syndikusrechtsanwältin Dr. S aus der Rechtsabteilung des Klinikums informiert, dass dem Kläger vorgeworfen werde, Drittmittel veruntreut zu haben. Mit E-Mail vom 16. Februar 2018 nahm der Prozessbevollmächtigte des Klägers hierzu Stellung. 9

Das Klinikum kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit einem von ihrem Ärztlichen Direktor und Vorstandsvorsitzenden sowie ihrem stellvertretenden Kaufmännischen Direktor unterzeichneten Schreiben vom 9. März 2018 außerordentlich fristlos. Mit Schreiben vom 14. März 2018 wies der Kläger gegenüber dem Klinikum die Kündigung mangels Vorlage einer „Vollmacht“ zurück. Den Zeitpunkt des Zugangs beider Schreiben hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. 10

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger sich fristgerecht gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gewandt und ua. gemeint, die Kündigung, die er am 12. März 2018 in seinem Briefkasten vorgefunden habe, sei nach § 174 BGB unwirksam, und alle vermeintlichen Kündigungsgründe seien gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristet. Über den Vorwurf der „Drittmittelveruntreuung“ habe er den Ärztlichen Direktor des Klinikums bereits Ende November 2017 unterrichtet und ihm alle E-Mails überlassen, die er diesbezüglich mit Frau K und Frau Dr. M gewechselt hatte. Aufgrund dessen habe der Ärztliche Direktor ihm - als solches unstreitig - unter dem 11. Dezember 2017 angeboten, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. Es sei nicht ersichtlich, welche weiteren Tatsachen die Beklagten hiernach noch hätten ermitteln müssen. Jedenfalls habe der Kanzler der Beklagten zu 1. durch das Schreiben von Frau Dr. M vom 6. Februar 2018 Kenntnis von sämtlichen kündigungsrelevanten Tatsachen erlangt. Eine Umdeutung der verfristeten außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung komme nicht in Betracht. 11

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - sinngemäß beantragt 12

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. durch die Kündigung der Beklagten

- zu 2. vom 9. März 2018 weder außerordentlich aufgelöst worden ist, noch ordentlich aufgelöst wird;
2. im Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag die Beklagte zu 1. zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als stellvertretenden Direktor der Klinik für N und leitenden Oberarzt zu beschäftigen.

Die Beklagte zu 1. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die außerordentliche Kündigung sei wirksam. Sämtliche Kündigungsgründe seien nicht verfristet. Von den für die Drittmittelveruntreuung relevanten Tatsachen habe der Ärztliche Direktor des Klinikums nicht schon Ende November 2017 Kenntnis erlangt. Das an den Kläger gerichtete Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags sei ausschließlich aufgrund vorangegangener Vorkommnisse wie ua. Streitigkeiten mit diversen Mitarbeitern erfolgt. Dem Kläger sei nach einigen nicht zielführenden Telefonaten mit der zuständigen Abteilung eine Frist bis zum 10. Februar 2018 gesetzt worden, um die erforderlichen Unterlagen zur Dokumentation der Drittmittelverwendung vorzulegen. Seine Stellungnahme sei dann letztlich per E-Mail am Freitag, den 16. Februar 2018 um 18:14 Uhr bei Frau Dr. S eingegangen und seinem Vorgesetzten am Samstag, den 17. Februar 2018 ua. deshalb zugeleitet worden, weil der Kläger behauptet habe, für die korrekte Abrechnung von erhaltener Ware/Gegenleistung und die Rechnungsbegleichung seien andere Mitarbeiter des Klinikums verantwortlich gewesen. Nachdem der Vorgesetzte des Klägers mit E-Mail vom 22. Februar 2018 zwar auf die Selbstgenehmigung einer Nebentätigkeit, nicht aber auf die Anfrage vom 17. Februar 2018 eingegangen sei, habe ihn die Syndikusrechtsanwältin B aus der Rechtsabteilung des Klinikums angerufen und mit ihm die Behauptungen des Klägers zum Vorwurf der Drittmittelveruntreuung besprochen. Der Vorgesetzte des Klägers habe ua. erklärt, dass der Kläger zur Freigabe von Drittmitteln berechtigt und hierfür auch verantwortlich gewesen sei. Dieses Telefonat habe frühestens am 27. Februar 2018 stattgefunden. Nach einer rechtlichen Prüfung habe Frau B dem Vorstand des Klinikums eine Handlungsempfehlung erteilt sowie ein Anhörungsschreiben für den Personalrat ent-

13

worfen. Die Beteiligung des Gremiums - auch zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung - sei dann am 5. März 2018 eingeleitet und die Kündigung am 9. März 2018 in den Briefkasten des Klägers eingeworfen worden, nachdem der Personalrat sich nicht innerhalb von drei Tagen geäußert habe.

Die Vorinstanzen haben der gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt diese ihren Klageabweisungsantrag weiter. 14

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten zu 1. hat Erfolg. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht ihre Berufung gegen das klagestattgebende erstinstanzliche Urteil nicht zurückweisen. Über den Kündigungsschutzantrag gegen die außerordentliche Kündigung vom 9. März 2018 kann der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO) in Bezug auf alle gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Klageanträge. 15

I. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei Zugang der Kündigung zur Beklagten zu 1. bestanden hat. Das mit dem Land Hessen begründete Arbeitsverhältnis ist gemäß § 88 Abs. 4 Satz 1 HSchulG HE 2010 mit Wirkung vom 1. Januar 2008 auf die Beklagte zu 1. übergegangen, die seit diesem Zeitpunkt eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts ist (§ 81 HSchulG HE 2010). Der Kläger stand nach § 22 Abs. 3 Satz 1 UniKlinG iVm. § 32 Abs. 3 Nr. 3 HSchulG HE 2010 in einem Arbeitsverhältnis zu ihr, war aber gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 UniKlinG verpflichtet, seine Dienste beim Klinikum zu erbringen (§ 5 Abs. 2 UniKlinG). An der Stellung der Beklagten zu 1. als Vertragsarbeitgeberin änderte auch § 5 Abs. 1 16

VE UniKlinG nichts. Zwar sollte danach das Klinikum „rechtlicher oder faktischer Arbeitgeber“ ua. des Klägers sein. Doch war ausdrücklich bestimmt, dass die Dienstherreneigenschaft des Landes Hessen - der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1. - gewahrt bleibe. § 15 UniKlinG eröffnet auch nicht die Möglichkeit, von der gesetzlichen Zuordnung der Vertragsverhältnisse von Beschäftigten abzuweichen.

II. Das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die vom Klinikum ausgesprochene Kündigung erkennbar auf die Beendigung des zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. bestehenden Arbeitsverhältnisses abzielte. So hat der Kläger die Erklärung auch verstanden. 17

III. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Kündigung - so sie wirksam sein sollte - für die Beklagte zu 1. wirkt, obgleich das Klinikum sie eindeutig nicht in deren Namen ausgesprochen hat. Dieses war befugt, das Arbeitsverhältnis des Klägers im eigenen Namen zu kündigen. 18

1. Zwar hat die Beklagte zu 1. das Kündigungsrecht nicht gemäß § 413 iVm. § 398 BGB (zu dieser - umstrittenen - Möglichkeit vgl. MüKoBGB/Roth/Kieninger 8. Aufl. § 413 Rn. 12) bzw. nach § 22 Abs. 4 iVm. § 15 UniKlinG iVm. der VE UniKlinG mit der Folge auf das Klinikum übertragen, dass es ausschließlich noch von diesem hätte ausgeübt werden können. § 22 Abs. 4 UniKlinG sieht nicht die Möglichkeit einer Übertragung von Kündigungsrechten, sondern die einer Übertragung von „Personalangelegenheiten“ vor und bestimmt, dass die übertragenen „Aufgaben“ vom Universitätsklinikum „im Auftrag“ der Universität wahrgenommen werden. Das entspricht der Übertragung eines „Geschäfts“ iSv. § 662 BGB und betrifft allein das Innenverhältnis zwischen der Universität als „Auftraggeberin“ und dem Klinikum als „Beauftragtem“. 19

2. Jedoch ist das Klinikum mit der VE UniKlinG, die nach dem Übergang des Arbeitsverhältnisses vom Land Hessen auf die Beklagte zu 1. nicht erneut abgeschlossen werden musste, im Außenverhältnis zu den bei ihm Beschäftig- 20

ten mit den nötigen Befugnissen ausgestattet worden, um alle Personalangelegenheiten im Auftrag der Beklagten zu 1. wahrnehmen zu können. Als „rechtlicher Arbeitgeber“ sollte das Klinikum die betreffenden Vertragsverhältnisse nicht lediglich durchführen, sondern auch rechtlich gestalten, also zB Änderungsvereinbarungen abschließen und Kündigungen erklären können. Das umfasst zumindest auch die Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB, Kündigungen im eigenen Namen mit Wirkung für die Beklagte zu 1. auszusprechen (*vgl. OLG Naumburg 15. März 1999 - 11 Wx 13/98 - zu II 2 b bb der Gründe; Palandt/Ellenberger 79. Aufl. § 185 Rn. 7*). § 185 Abs. 1 BGB ist auch auf Gestaltungsrechte - wie die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses - anzuwenden (*vgl. BGH 8. November 2002 - VZR 244/01 - zu II 2 b aa der Gründe; 10. Dezember 1997 - XII ZR 119/96 - zu 3 der Gründe; MüKoBGB/Bayreuther 8. Aufl. § 185 Rn. 7; Palandt/Ellenberger 79. Aufl. aaO Rn. 2*).

IV. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings rechtsfehlerhaft gemeint, für die außerordentliche Kündigung fehle es an einem wichtigen Grund iSv. § 626 BGB. 21

1. Das gilt zum einen, soweit es angenommen hat, hinsichtlich der Vorwürfe der Selbstgenehmigung einer Nebentätigkeit und der Nötigung eines Doktoranden sei jeweils eine Abmahnung als schonenderes Gestaltungsmittel ausreichend gewesen. 22

a) Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben 23

unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267).

b) Das Berufungsgericht hat in Bezug auf beide Vorwürfe ausschließlich eine Wiederholungsgefahr für den Fall einer Abmahnung verneint. Es fehlt aber an jeglichen Ausführungen dazu, warum es sich - den Vortrag der Beklagten zu 1. als wahr unterstellt - nicht um so schwere Pflichtverletzungen gehandelt habe, dass selbst deren erstmalige Hinnahme der Beklagten zu 1. nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war. 24

c) Falls das Landesarbeitsgericht stillschweigend und damit entgegen § 313 Abs. 3 ZPO davon ausgegangen sein sollte, die von der Beklagten zu 1. behaupteten Pflichtverletzungen des Klägers wögen nicht so schwer, dass eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre, beruhte diese Würdigung ebenfalls auf Rechtsfehlern. Bei seiner Prüfung hat es den maßgeblichen Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt. 25

aa) Hinsichtlich der Selbstgenehmigung einer Nebentätigkeit wird schon nicht deutlich, ob das Landesarbeitsgericht den - unstreitigen - Umstand in seine Würdigung einbezogen hat, dass der Kläger das Genehmigungsschreiben mit dem Stempel seines Vorgesetzten und einem ihm nicht eindeutig zuzuordnenden Kürzel versehen hat. Jedenfalls lässt sich den Gründen des angefochtenen Urteils nicht entnehmen, das Berufungsgericht habe die von ihm nicht aufgeklärte Behauptung der Beklagten zu 1. als wahr unterstellt, zu einem solchen Vorgehen sei der Kläger nicht berechtigt gewesen; er habe insofern die Kenntnis und das Einverständnis seines Vorgesetzten vorgetäuscht. 26

bb) Soweit das Landesarbeitsgericht hinsichtlich der behaupteten Nötigung eines Doktoranden ein besonderes Gewicht der - vermeintlichen - Pflichtverletzung stillschweigend deshalb verneint haben sollte, weil „keineswegs ausgeschlossen werden (könne), dass die Äußerung der Verärgerung (des Klägers) 27

über die aus seiner Sicht objektiv nicht veranlasste mangelnde Wertschätzung des Bruders geschuldet gewesen“ sei, hätte es den Vortrag der Beklagten zu 1. nicht so als wahr unterstellt, wie er von ihr gehalten worden ist (*hierzu BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 39, BAGE 165, 255; BGH 15. März 2017 - VIII ZR 270/15 - Rn. 26*). Die Beklagte zu 1. hat dem Kläger solches nicht zugutegehalten. Im Übrigen hat selbst der Kläger nach seinem vom Berufungsgericht festgestellten Vorbringen keine Umstände behauptet, die seine Drohung - so sie erfolgt sein sollte - in einem milderen Licht hätten erscheinen lassen können. Er hat vielmehr pauschal bestritten, die ihm zugeschriebene Äußerung überhaupt getätigt zu haben.

2. Das Landesarbeitsgericht durfte zum anderen auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen nicht davon ausgehen, die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei in Bezug auf den Vorwurf der Drittmittelveruntreuung nicht gewahrt worden. 28

a) Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Auch grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Frist nicht in Gang (*BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 50*). Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - Rn. 18; 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 61, BAGE 159, 192*). 29

b) Von der völligen - und sei es grob fahrlässigen - Unkenntnis des Kündigungssachverhalts ist der Fall zu unterscheiden, dass schon einige Tatsachen bzw. Umstände bekannt sind, die auf einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung hindeuten. Dann kann der Lauf der Ausschlussfrist ausgelöst werden (*vgl. KR/Fischermeier 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 337*). Allerdings darf der Kündigungsberechtigte, der bislang lediglich *Anhaltspunkte* für einen Sachver- 30

halt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen begännen. Dies gilt indes nur so lange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen und Beweismittel verschaffen soll, die ihm die Entscheidung darüber ermöglichen, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht (vgl. BAG 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - Rn. 23; 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 66, BAGE 159, 192).

c) Das Anlaufen der Kündigungserklärungsfrist setzt allerdings stets voraus, dass dem Kündigungsberechtigten die Tatsachen bereits im Wesentlichen bekannt und nur noch zusätzliche Ermittlungen erforderlich sind oder doch erscheinen dürfen, wie etwa die Anhörung des Betroffenen bei einer Verdachtskündigung oder die Ermittlung von gegen eine Kündigung sprechenden Tatsachen (BGH 2. Juli 2019 - II ZR 155/18 - Rn. 30; 9. April 2013 - II ZR 273/11 - Rn. 15). Hingegen besteht keine Obliegenheit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer belastende Tatsachen zu ermitteln, die einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung begründen. Das widerspräche einerseits dem Grundsatz, dass eine - sogar grob - fahrlässige Unkenntnis der maßgeblichen Tatsachen nicht genügt, um die Erklärungsfrist auszulösen (vgl. BGH 9. April 2013 - II ZR 273/11 - Rn. 17). Es läge andererseits auch nicht im Interesse der Arbeitnehmer, weil der Arbeitgeber zu ständigem Misstrauen angehalten (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 30, BAGE 163, 239) und gleichsam gezwungen würde, bei der bloßen Möglichkeit einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung „vom Schlimmsten“ auszugehen und zügig „Belastungsermittlungen“ in die Wege zu leiten. 31

d) Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine juristische Person, ist grundsätzlich (1.) die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber (2.) mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt grundsätzlich die Kenntnis 32

schon eines der Gesamtvertreter (*BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 61, BAGE 159, 192; 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - Rn. 48*). Neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und Körperschaften gehören (3.) zu den Kündigungsberechtigten auch die Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat (*BAG 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - Rn. 19; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 55*). Die Kenntnis anderer Personen ist für die Zwei-Wochen-Frist grundsätzlich unbeachtlich. Dies gilt selbst dann, wenn ihnen Vorgesetzten- oder Aufsichtsfunktionen übertragen worden sind. Nur ausnahmsweise muss sich der Arbeitgeber die Kenntnis auch anderer Personen nach Treu und Glauben zurechnen lassen. Dazu müssen diese Personen (4.) eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb oder in der Verwaltung innehaben sowie tatsächlich und rechtlich in der Lage sein, den Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrem Bericht an den Kündigungsberechtigten dieser ohne weitere Nachforschungen seine (Kündigungs-) Entscheidung abgewogen treffen kann. Voraussetzung dafür, dem Arbeitgeber solche Kenntnisse zuzurechnen, ist ferner, dass die Verspätung, mit der er in eigener Person Kenntnis erlangt hat, auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs oder der Verwaltung beruht (*BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 47, BAGE 157, 69; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 55*). Beide Voraussetzungen (ähnlich selbständige Stellung und schuldhafter Organisationsmangel in Bezug auf die Kenntniserlangung) müssen kumulativ vorliegen (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 388/07 - Rn. 22*) und bei einer Zurechnung vom Gericht positiv festgestellt werden.

e) Danach ist zwar die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass es, weil keine „befreiende“ Übertragung des Kündigungsrechts stattgefunden hat (*Rn. 19*), für die Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen sowohl auf die Beklagte zu 1. als auch auf das Klinikum ankommt. 33

f) Jedoch hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen, die seine Annahme trügen, der Fristlauf habe entgegen dem Vorbringen der 34

Beklagten zu 1. bereits vor dem 26. Februar 2018 begonnen. Da das Berufungsgericht den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 9. März 2018 nicht aufgeklärt hat, hätte die Frist aus § 626 Abs. 2 BGB bei unterstellter Richtigkeit des Klägervortrags (*Zugang der Kündigung erst am 12. März 2018*) nicht vor dem 26. Februar 2018 anlaufen dürfen.

aa) Die Beklagte zu 1. hat vorgetragen, ein Kündigungsberechtigter sei 35  
erstmals am 28. Februar 2018 über die maßgeblichen Tatsachen informiert worden. Frühestens zu diesem Zeitpunkt habe Frau B dem Vorstand des Klinikums nach einer abschließenden Prüfung eine Handlungsempfehlung erteilt und ein Anhörungsschreiben für den Personalrat entworfen. Die relevanten Tatsachen seien dem Ärztlichen Direktor des Klinikums hingegen nicht bereits Ende November 2017 zur Kenntnis gelangt. Das Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags vom 11. Dezember 2017 sei ausschließlich aufgrund vorangegangener Vorkommnisse wie ua. Streitigkeiten mit diversen Mitarbeitern unterbreitet worden.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen getroffen, aus de- 36  
nen erkennbar ist, dass der Kläger den gemäß § 11 Abs. 1 UniKlinG kündigungsberechtigten Ärztlichen Direktor schon Ende November 2017 in einem persönlichen Gespräch über die für die Frage einer Veruntreuung von Drittmitteln wesentlichen Umstände selbst informiert hat. Auch der Kläger hat dies nicht substantiiert behauptet. In dem Gespräch will der Kläger den Ärztlichen Direktor des Klinikums „über den Vorwurf der Drittmittelveruntreuung“ unterrichtet haben. Das lässt schon nicht erkennen, welche - ihn belastenden, den Sachverhalt in den Bereich eines wichtigen Grundes hebenden - *Tatsachen* der Kläger dem Ärztlichen Direktor eröffnet, insbesondere ob er eine Untreue eingräumt haben möchte. Soweit der Kläger anschließend seine Korrespondenz mit Frau K und Frau Dr. M übermittelt haben will, lässt sich diesen E-Mails, soweit das Landesarbeitsgericht sie wiedergegeben oder doch in Bezug genommen hat, eine positive Kenntnis des Ärztlichen Direktors von den wesentlichen kündigungsrelevanten Tatsachen nicht ansatzweise entnehmen. In den Nachrichten

ging es allein darum, eine ordnungsgemäße Verwendung der Drittmittel entsprechend den internen Vorgaben der Beklagten und den Vorgaben des Drittmittelgebers zu dokumentieren, um hierüber Rechenschaft ablegen zu können. Eine Obliegenheit zur Ermittlung der für eine mögliche außerordentliche Kündigung maßgebenden Umstände (Wird der Kläger Unterlagen zum Vertragsverhältnis mit der Firma SC vorlegen? Wurden tatsächlich Sachmittel geliefert? Wer war für die Zahlungsfreigabe verantwortlich?) bestand aus Anlass der Vorlage des E-Mail-Wechsels nicht, weil eine fahrlässige Unkenntnis der maßgeblichen Tatsachen nicht genügt, um die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB auszulösen (*Rn. 29*).

cc) Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, dass im weiteren Fortgang eine relevante Person vor dem 26. Februar 2018 Kenntnis von Tatsachen erlangt hat, die zu einer außerordentlichen Kündigung wegen Veruntreuung von Drittmitteln berechtigen konnten. Namentlich ist derzeit nicht ersichtlich, dass die Kenntnis des Kanzlers der Beklagten zu 1. die Kündigungserklärungsfrist hätte anlaufen lassen können. Dieser ist nicht ihr organschaftlicher Vertreter. Das Landesarbeitsgericht hat auch keine Feststellungen getroffen, wonach der Kanzler der Beklagten zu 1. bevollmächtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis eines im Klinikum tätigen Arztes und Wissenschaftlers außerordentlich zu kündigen, obwohl die Personalangelegenheiten dieser Mitarbeiter samt der Kündigungsbefugnis kraft Vereinbarung dem Klinikum übertragen waren (*Rn. 19 f.*). Ebenso wenig hat es Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergäbe, dass der Kanzler der Beklagten zu 1. sich in einer ähnlich selbständigen Stellung befand wie ein zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger Berechtigter *und* ein überflüssiges spezifisches Organisationsrisiko zu einer Verzögerung des Fristbeginns geführt hat. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Kanzler die Hochschulverwaltung gemäß § 41 Abs. 1 HSchulG HE 2010 lediglich nach den Richtlinien des Präsidiums leitet sowie die Haushalts-, Personal- und Rechtsangelegenheiten nur nach Maßgabe der Beschlussfassung des Präsidiums wahrnimmt. Außerdem scheidet der Vorwurf eines überflüssigen spezifischen Organisationsrisikos aus, soweit die Organisa-

37

tion auf gesetzlichen Vorgaben beruht (vgl. BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 930/93 - zu II 3 c der Gründe).

V. Da der Senat nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht selbst über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung entscheiden kann, ist die Sache hinsichtlich der gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Anträge an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende weitere Hinweise veranlasst: 38

1. Bezüglich der Vorwürfe der Selbstgenehmigung einer Nebentätigkeit und der Nötigung eines Doktoranden wird das Landesarbeitsgericht prüfen müssen, ob es sich um so schwerwiegende Pflichtverletzungen handelte, dass selbst deren erstmalige Hinnahme nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war. Dabei wird es das gesamte Vorbringen der Beklagten zu 1. zu berücksichtigen haben und dieses nur so als wahr unterstellen dürfen, wie es von ihr gehalten worden ist. Hinsichtlich der vom Kläger nach den bisherigen Feststellungen nicht substantiiert bestrittenen Äußerung gegenüber dem Doktoranden wird es zu würdigen haben, dass der Kläger für den Fall künftiger Kritik eine negative Bewertung der von ihm betreuten Dissertation in Aussicht gestellt haben soll. Überdies wird es ggf. der Frage nachgehen müssen, ob gegenüber dem Personalrat der im Rechtsstreit erhobene Vorwurf hinreichend kenntlich gemacht worden ist, der Kläger habe durch die Verwendung von dessen Stempel und dem Anbringen eines nicht zuzuordnenden Kürzels vorgetäuscht, sein Vorgesetzter sei mit der beabsichtigten Nebentätigkeit einverstanden. 39

2. So es auf die mögliche Veruntreuung von Drittmitteln ankommen sollte, wird das Landesarbeitsgericht aufklären müssen, ob ein kündigungsberechtigter oder einem solchen gleichzustellender Mitarbeiter der Beklagten zu 1. oder des Klinikums vor dem 26. Februar 2018 eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hatte, die ihm die Entscheidung darüber ermöglichte, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Ge- 40

gebenenfalls wäre zudem zu prüfen, ob ein überflüssiges spezifisches Organisationsrisiko zu einer Verzögerung des Fristbeginns geführt hat.

3. Falls das Landesarbeitsgericht annehmen sollte, es könne - namentlich, weil er neben dem Klinikum zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger befugt war - diesbezüglich auf den Kanzler der Beklagten zu 1. abgestellt werden, wäre zu prüfen, ob dieser durch die E-Mail von Frau Dr. M zum Thema „Auffälligkeiten im Projektverlauf in administrativer und finanzieller Hinsicht“ vom 6. Februar 2018 eine „Kenntnisschwelle“ überschritten hatte, die grundsätzlich die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB hätte anlaufen lassen können. Sollte das Berufungsgericht dies bejahen, käme es darauf an, ob der Kanzler nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen - insbesondere auch zu den Kläger möglicherweise entlastenden Umständen - für notwendig erachten durfte und ob diese ggf. mit der gebotenen - nicht hektischen - Eile durchgeführt worden sind. Insofern dürfte es nicht zu beanstanden gewesen sein, dass die Beteiligten zunächst die am Abend des 16. Februar 2018 (Freitag) erfolgte Stellungnahme des Klägers abgewartet haben. Nach den bisherigen Feststellungen ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass es pflichtgemäßem Ermessen entsprach, diese an seinen Vorgesetzten weiterzuleiten bzw. mit diesem Rücksprache zu halten, um dem Einwand des Klägers nachzugehen, er sei zur Freigabe von Drittmitteln nicht berechtigt und hierfür auch nicht verantwortlich gewesen. Sollte das Landesarbeitsgericht bei nochmaliger Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, dass eine entsprechende Nachfrage geboten erscheinen durfte, spricht nach dem von der Beklagten zu 1. geschilderten Ablauf nichts dafür, dass die Aufklärung nicht mit der nötigen Zügigkeit versucht worden wäre.

41

4. Wenn es auf den Vorwurf der Drittmittelveruntreuung ankommen und das Berufungsgericht annehmen sollte, insofern sei die Erklärungsfrist eingehalten worden, wird es prüfen müssen, ob dieser Kündigungsgrund vorlag und ob er ggf. - wofür alles spräche - die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigte.

42

5. Sollte das Landesarbeitsgericht nicht von einer „Tat“ überzeugt sein, müsste es prüfen, ob die Beklagte zu 1. sich gegenüber dem Personalrat sowie im Rechtsstreit auch auf den dringenden Verdacht einer „Drittmittelveruntreuung“ gestützt hat und ob die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung vorliegen. 43
6. Nähme das Berufungsgericht an, ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB liege vor, wäre zu prüfen, ob das Verfahren zur Beteiligung des nach § 98 Abs. 1 Satz 1 HPVG zuständigen Personalrats des Klinikums zu einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 78 Abs. 2 HPVG korrekt durchlaufen wurde, insbesondere ob es entsprechend dem Vortrag der Beklagten zu 1. bereits am 5. März 2018 eingeleitet worden ist und damit im von ihr behaupteten Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 9. März 2018 abgeschlossen war. 44
7. Schließlich wäre zu prüfen, ob der Kläger die Kündigungserklärung wirksam zurückgewiesen hat. 45
- a) Nach - soweit ersichtlich - einhelliger Auffassung kann dem Erklärungsempfänger das Recht zustehen, ein ihm gegenüber von einem Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten nach § 185 Abs. 1 BGB vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft - wie die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses - mangels Vorlage der Einwilligung in schriftlicher Form zurückzuweisen, wenn nicht der Berechtigte ihn - den Erklärungsempfänger - zuvor von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dieses Zurückweisungsrecht aus § 182 Abs. 3 iVm. § 111 Satz 2 BGB (so *BGH 10. Dezember 1997 - XII ZR 119/96 - zu 4 der Gründe; Löwisch BB 2009, 326, 327*) oder einer analogen Anwendung von § 174 BGB (so *Palandt/Ellenberger 79. Aufl. § 185 Rn. 7*) folgt. 46
- b) Vorliegend entfällt das Zurückweisungsrecht nicht deshalb, weil die Befugnis des Klinikums, das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. zu kündigen, bereits unmittelbar aus dem Gesetz folgte. Vielmehr 47

musste hinzutreten, dass hierüber eine entsprechende Vereinbarung nach § 22 Abs. 4 iVm. § 15 UniKlinG abgeschlossen worden war. Deshalb würde es ggf. darauf ankommen, ob die Beklagte zu 1. den Kläger über die in der VE UniKlinG enthaltene Ermächtigung des Klinikums in Kenntnis gesetzt hatte, sein Arbeitsverhältnis zu kündigen.

c) Indes lag hier eine „Vertretungs-/Ermächtigungskette“ vor. Zunächst 48  
haben der Ärztliche Direktor und Vorstandsvorsitzende sowie der stellvertre-  
tende Kaufmännische Direktor des Klinikums in Vertretung für dieses gehandelt  
(§ 164 BGB). Das Klinikum hat wiederum gemäß § 185 BGB im eigenen Na-  
men für die Beklagte zu 1. agiert. Deshalb ist das Zurückweisungsschreiben  
einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB aus dem verobjektivierten Empfänger-  
horizont der Beklagten zu 1. und des Klinikums dahin zu unterziehen, ob der  
Kläger die fehlende Vorlage einer „Vollmacht“ (gemeint ist: „Vollmachtsurkun-  
de“) - nur - im Hinblick auf das Handeln des Ärztlichen Direktors und Vor-  
standsvorsitzenden sowie des stellvertretenden Kaufmännischen Direktors als  
vermeintliche Vertreter des Klinikums oder - auch - betreffend deren Handeln  
als vermeintliche Ermächtigte der Beklagten zu 1. beanstanden wollte. Sollte  
sich die Zurückweisung allein auf das erste Verhältnis (das Vertretungsverhält-  
nis) bezogen haben, käme es nicht darauf an, ob die Beklagte zu 1. den Kläger  
zuvor von der Kündigungsermächtigung des Klinikums in Kenntnis gesetzt hat-  
te. Damit ginge die Zurückweisung nicht von vornherein fehl. Denn die Vertre-  
tungsbefugnis des Ärztlichen Direktors für das Klinikum folgt zwar aus § 11  
Abs. 1 UniKlinG. Doch müsste das Klinikum (ua.) den Kläger auch über die  
Person ihres Ärztlichen Direktors in Kenntnis gesetzt haben, weil sich diese  
weder dem Gesetz noch - soweit ersichtlich - einem öffentlichen Register ent-  
nehmen lässt (vgl. BAG 14. April 2011 - 6 AZR 727/09 - Rn. 22 ff., BAGE 137,  
347).

8. Gelänge das Landesarbeitsgericht erneut zur Unwirksamkeit der au- 49  
ßerordentlichen Kündigung, schiede deren Umdeutung nach § 140 BGB in eine  
ordentliche Kündigung aus. Der Personalrat des Klinikums wurde vor Zugang

der Kündigung nicht ordnungsgemäß nach §§ 77, 69 HPVG beteiligt. Am 9. bzw. 12. März 2018 war die Zustimmungsfiktion des § 69 Abs. 2 Satz 4 HPVG noch nicht eingetreten. Der Personalrat hatte der außerordentlichen Kündigung - ungeachtet der Frage, ob dies ausgereicht hätte (*offengelassen von BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 28/19 - Rn. 26*) - auch nicht ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt.

9. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht auf eine Klarstellung durch den Kläger hinwirken müssen, ob er mit dem Antrag zu 2. begehrt, dass die Beklagte zu 1. ihn als stellvertretenden Direktor der Klinik für N und leitenden Oberarzt tatsächlich beschäftigt, oder ob sie lediglich auf einen solchen Einsatz beim Klinikum hinwirken soll (*vgl. BAG 26. Januar 2017 - 2 AZR 61/16 - Rn. 26 ff. für einen Wiedereinstellungsanspruch im Bereich der Stationierungsstreitkräfte*). 50

Koch

Rachor

Niemann

C. Peter

Brossardt

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 570/19  
8 Sa 1339/18  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## BESCHLUSS

In Sachen

1.

Beklagte zu 1., Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

2.

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 9. Juni 2020 beschlossen:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - wird gemäß § 319 Abs. 1 ZPO im Rubrum dahingehend berichtigt, dass bei der Revisionsklägerin die Bezeichnung „Berufungsbeklagte“ und bei dem Revisionsbeklagten die Bezeichnung „Berufungskläger“ entfallen sowie in Rn. 48 der Entscheidungsgründe die Formulierung „- betreffend deren Handeln als vermeintliche Er-

mächtigte der Beklagten zu 1.“ durch „- betreffend das Handeln des Klinikums als vermeintlicher Ermächtigter der Beklagten zu 1.“ ersetzt wird.

Koch

Rachor

Niemann