

Entscheidungen



Siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 55/08 vom 26.6.2008**

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 26.6.2008, 2 AZR 264/07

Kleinbetriebsklausel - Darlegungslast

Leitsätze

Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in § 23 Abs. 1 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes. Das gilt auch für die am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 23 KSchG.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 1. März 2007 - 2 Sa 589/06 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund einer von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und in diesem Zusammenhang über die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Außerdem begehrt die Klägerin Vergütungsansprüche.
- 2 Die Klägerin trat im Februar 2004 als Außendienstmitarbeiterin in die Dienste der Beklagten, die Stammzellen aus Nabelschnurblut herstellt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Mai 2005.
- 3 Die Beklagte hat betriebsbedingte Gründe für die Kündigung geltend gemacht, die von der Klägerin bestritten worden sind. In erster Linie hat die Beklagte jedoch angeführt, sie habe bei Ausspruch der Kündigung nur sieben Arbeitnehmer beschäftigt, weshalb die Klägerin die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 23 KSchG nicht geltend machen könne. Die Parteien haben zu dieser Frage im Einzelnen wie folgt vorgetragen:
- 4 Die Klägerin hat behauptet, zur Zeit der Kündigung habe die Beklagte 14 Arbeitnehmer beschäftigt. Neben den von der Beklagten genannten Personen seien dies der Laborleiter K, der Herstellungsleiter Dr. Ka, der Dienstvorgesetzte der Klägerin M, die Geschäftsführerin Kn, der ärztliche Direktor Prof. Dr. A sowie die Kontrollleiter S und F.
- 5 Die Beklagte hat unter Beweisantritt erwidert. Zur Zeit der Kündigung habe sie idR sieben Arbeitnehmer gehabt. Davon sei Frau R nur mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden im Labor tätig gewesen. Herr K sei bei einem anderen Arbeitgeber fest angestellt gewesen. Für die Beklagte sei er als freier Mitarbeiter für die

Sicherstellung des technischen Equipments im Bereich der Kryokonservierung tätig gewesen. Auch Herr Dr. Ka sei freier Mitarbeiter. Er überprüfe nach den gesetzlichen Vorgaben des Arzneimittelgesetzes die Einhaltung der Herstellungsvorschriften. Herr S sei als freier Mitarbeiter Kontrollleiter im Sinne des Arzneimittelgesetzes und für die Überprüfung der Herstellung der Stammzellen zuständig. Er erteile die Freigabe zur Aufbewahrung der Stammzellen. Die Beklagte hat erstinstanzlich die freien Mitarbeiterverträge dieser drei Personen vorgelegt. Herr M sei Mitglied des Beirats der Beklagten. Er übe organschaftliche Befugnisse des Beirats aus, ein Arbeitsverhältnis bestehe nicht. Frau Kn sei als Geschäftsführerin nicht Arbeitnehmerin. Auch zwischen Herrn Prof. Dr. A und der Beklagten bestünden keine arbeitsvertraglichen Vereinbarungen. Er repräsentiere die Beklagte lediglich als ärztlicher Leiter, übe aber keine betriebliche Funktion aus. Herr F sei kein Mitarbeiter der Beklagten, sondern erbringe als externer Dritter Leistungen, die er in Rechnung stelle.

- 6 Hierauf hat die Klägerin ohne Beweisantritt bestritten, dass Frau R lediglich eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden habe. Sie sei vollschichtig tätig. Herr K befinde sich kalendertäglich zur Erbringung seiner Tätigkeit im Geschäftsbetrieb der Beklagten. Seine Tätigkeit lasse sich nicht aus der Ferne bewerkstelligen. Er sei abhängig im Hinblick auf die Zeit und den Ort der Arbeitsleistung sowie die Art und Weise der Gestaltung der Tätigkeit. Er sei in den Betriebsablauf der Beklagten eingegliedert und dem Weisungsrecht der Beklagten unterworfen. Starkes Indiz für seine Eingliederung sei die zeitlich stark befristete Notwendigkeit, Nabelschnurblut einzufrieren, die Eingliederung in die bestehenden Dienstpläne sowie die Pflicht zur ständigen Dienstbereitschaft. Ähnliche Erwägungen würden für Herrn Dr. Ka gelten. Auch dieser sei weisungsabhängig und bekomme von der Beklagten vorgeschrieben, zu welcher Zeit er vor Ort sein müsse und zu welchem Zeitpunkt er Urlaub nehmen könne. Herr S sei in gleicher Weise weisungsgebunden. Die Beklagte sei sein einziger Auftraggeber und er sei bedingt durch die ihm übertragene Tätigkeit ständig in den Geschäftsräumen der Beklagten präsent. Herr Prof. Dr. A sei im Firmenbriefbogen als ärztlicher Leiter aufgeführt. Es werde bestritten, dass er keine betriebliche Funktion habe. Auch die Behauptungen der Beklagten bzgl. Herrn F seien unrichtig und würden bestritten. Diese Behauptungen seien so unsubstantiiert, dass sie nicht einlassungsfähig seien. Insbesondere werde nicht mitgeteilt, welche Leistungen er überhaupt für die Beklagte erbringe.
- 7 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte als Arbeitgeberin trage die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der nach § 23 Abs. 1 KSchG vorgesehene Schwellenwert nicht erreicht sei. Dazu reiche der Vortrag der Beklagten nicht aus. Die behaupteten betriebsbedingten Kündigungsgründe lägen nicht vor.
- 8 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,
 - I. es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 26. April 2005, zugegangen am 27. April 2005, nicht beendet worden ist, sondern über den 31. Mai 2005 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.
 - II. Die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin
 1. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. Juli 2005,
 2. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. August 2005,
 3. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. September 2005,
 4. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. Oktober 2005,
 5. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. November 2005,
 6. 5.200,00 Euro brutto nebst Zinsen von 5 %-Punkten über den Basiszins seit dem 1. Dezember 2005,

abzüglich 3.744,00 Euro netto (Krankengeld vom 1. Juni 2005 bis 27. Juni 2005), 140,79 Euro netto (Arbeitslosengeld vom 28. Juni 2005 bis 30. Juni 2005), 658,00 Euro netto (weitere Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit) sowie 18.000,00 Euro brutto (Arbeitseinkommen vom 1. Juli 2005 bis 30. November 2005) zu bezahlen.

- 9 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und ausgeführt, die Klägerin als Arbeitnehmerin müsse die nach § 23 Abs. 1 KSchG maßgeblichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1 KSchG darlegen und beweisen. Das sei ihr nicht gelungen. Die Kündigung sei abgesehen davon aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt, weil die Beklagte ihren Außendienst wegen Erfolglosigkeit abgeschafft habe.
- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage im hier interessierenden Umfang abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.
- 12 A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigung sei nicht sozialwidrig, weil die darlegungsbelastete Klägerin nicht hinreichend zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes und zur Beschäftigung von in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmern vorgetragen habe. Läge die Darlegungs- und Beweislast bei der Beklagten, so hätte über das Vorbringen der Beklagten zu den Herren M, Prof. Dr. A, S und F Beweis erhoben werden müssen. Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Meinung sei jedoch auch für § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG in der seit dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung an der zum früheren Recht vertretenen Auffassung des Bundesarbeitsgerichts festzuhalten. Danach liege die - abgestufte - Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin als Arbeitnehmerin. Dem sei sie nicht gerecht geworden. Sie habe zwar die Personen angegeben, die sie als Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt ansehe. Wenn man deren Arbeitnehmereigenschaft annehme, gelte das Kündigungsschutzgesetz. Die sachnähere Beklagte habe allerdings auf den Sachvortrag der Klägerin ausführlich und substantiiert erwidert und Tatsachen und Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben solle, dass die genannten Personen keine Arbeitnehmer seien. Demgegenüber habe die Klägerin jedenfalls die Arbeitnehmereigenschaft der Geschäftsführerin der Beklagten, des Herrn M, des ärztlichen Direktors Prof. Dr. A, des Herrn S sowie des Herrn F nicht hinreichend dargelegt. Der Klägerin werde mit der Auferlegung der Darlegungslast nichts Unzumutbares auferlegt. Sie habe sich bei den Personen, deren Arbeitnehmerstatus streitig sei, erkundigen oder andere Mitarbeiter fragen können.
- 13 B. Dem stimmt der Senat in einem Teil der Begründung, nicht aber im Ergebnis zu.
- 14 I. Ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, steht noch nicht fest.
- 15 1. Auf die Frage, ob die Kündigung sozialwidrig iSd. § 1 KSchG und damit rechtsunwirksam ist, kommt es nur an, wenn § 1 KSchG auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar ist. Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ist ua. § 1 KSchG dann nicht anwendbar, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt beim Arbeitgeber idR zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt waren. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin habe nicht dargelegt, dass die Beklagte mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt habe. Dieser Mangel der Darlegung gehe nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu Lasten der Klägerin.
- 16 a) Zutreffend weist das Landesarbeitsgericht darauf hin, dass die Frage, wie im Rahmen des § 23 Abs. 1 KSchG die Darlegungs- und Beweislast auf die Prozessparteien des Kündigungsschutzprozesses zu verteilen ist, in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt wird.

- 17 aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats, die er, wie auch das Landesarbeitsgericht gesehen hat, zuletzt ausdrücklich auf § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der bis zum 31. Dezember 2003 maßgeblichen Fassung beschränkt hat, trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen für eine Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (4. Juli 1957 - 2 AZR 86/55 - BAGE 4, 203, 207; 9. September 1982 - 2 AZR 253/80 - BAGE 40, 145, 156; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23; zuletzt: 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 34 = EzA KSchG § 23 Nr. 28; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 23 Rn. 28; APS/Moll 3. Aufl. § 23 KSchG Rn. 48 mwN). Danach gehört ein solcher Vortrag grundsätzlich zur Begründung der Klage.
- 18 bb) Dabei hat der Senat schon mehrfach deutlich gemacht, dass an die Erfüllung der Darlegungslast durch den Arbeitnehmer keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt dem objektiven Gehalt der Grundrechte, hier des Art. 12 GG, im Verfahrensrecht eine hohe Bedeutung zu (27. Januar 1998 - 1 BvR 15/87 - BVerfGE 97, 169). Der Stellenwert der Grundrechte muss sich insbesondere in der Darlegungs- und Beweislastverteilung widerspiegeln (s. auch BAG 23. März 1984 - 7 AZR 515/82 - BAGE 45, 259; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23). Dies gilt um so mehr, als der Arbeitgeber auf Grund seiner Sachnähe ohne Weiteres substantiierte Angaben zum Umfang und zur Struktur der Mitarbeiterschaft und ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen machen kann. Dementsprechend genügt der Arbeitnehmer regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen solche substantiierten Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen (Senat 18. Januar 1990 und 15. Januar 2001 - 2 AZR 355/89 - und - 2 AZR 151/00 - aaO).
- 19 cc) Demgegenüber haben sich insbesondere seit der Heraufsetzung des Schwellenwertes in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG die Stimmen derer gemehrt, die dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast auferlegen wollen (HWK/Pods/Quecke 2. Aufl. § 23 KSchG Rn. 17; KR-Weigand 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 54a ff.; ErfK/Kiel 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 20; Löwisch/Spinner Kommentar zum KSchG 9. Aufl. § 23 Rn. 25; Mittag ArbuR 2005, 190; Spinner BB 2006, 154; Gravenhorst FA 2007, 201; Müller DB 2005, 2022).
- 20 dd) Dennoch hält der Senat an der bisherigen Auffassung fest (ebenso: APS/Moll 3. Aufl. § 23 KSchG Rn. 48; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 23 Rn. 48 ff.; HaKo-Pfeiffer KSchR 3. Aufl. § 23 KSchG Rn. 37; Thüsing/Laux/Lembke-Thüsing KSchG § 23 Rn. 25; Bödecker in: Reformiertes Arbeitsrecht Kapitel 2 Rn. 36; Zundel NJW 2006, 3467; Krügermeyer-Kalthoff MDR 2006, 130; zögernd: AnwK-ArbR/Eylert § 23 KSchG Rn. 44). Für sie sprechen die besseren Argumente:
- 21 (1) Wenn auch die Voraussetzungen der Nichtanwendbarkeit des materiellen Kündigungsschutzrechts in ein sprachliches Gewand gekleidet sind, das ein Verständnis der Norm als Einwendungstatbestand nahelegen scheint, so lässt sich doch nicht übersehen, dass der Sache nach mit § 23 KSchG eine Anspruchsvoraussetzung beschrieben ist. "Sozial ungerechtfertigt" kann eine Kündigung nur bei Überschreitung des Schwellenwerts sein. Nur dann kann der Arbeitnehmer die fehlende soziale Rechtfertigung mit der in § 4 Satz 1 KSchG geregelten Klage geltend machen.
- 22 (2) Ferner hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 23 KSchG trotz verschiedentlicher Neuregelungen im hier maßgeblichen Punkt unverändert gelassen, obwohl ihm die seit Jahrzehnten bestehende bisherige Rechtsprechung bekannt war. Dies spricht dafür, dass er sie gebilligt hat und auch die Neufassung im bisherigen Sinne verstanden wissen wollte.
- 23 (3) Nichts anderes folgt aus dem Gesichtspunkt der Sachnähe. Zwar ist der Arbeitgeber nahezu immer derjenige, der von allen denkbaren Personen am besten weiß, wer zu welcher Zeit bei ihm in welcher Weise beschäftigt war. Abgesehen von Sonderfällen kennt

der Arbeitgeber zumindest deutlich besser als jeder Arbeitnehmer die entsprechenden Tatsachen und kann sie ohne Schwierigkeiten in den Prozess einführen. Diesem Umstand trägt aber schon die bisherige Rechtsprechung Rechnung, weil sie dem Arbeitgeber die - sekundäre - Vortragslast für alle in seine Sphäre fallenden Tatsachen auferlegt.

- 24 (4) Richtig ist, dass durch die Heraufsetzung des Schwellenwerts die Darlegung für den Arbeitnehmer schwieriger geworden ist. Von den nunmehr aus dem Geltungsbereich herausgenommenen Unternehmen kann nicht generell gesagt werden, es handele sich um kleine und für jeden Arbeitnehmer leicht einsichtige, weil letztlich abzählbare, Verhältnisse. Unter Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigten kann es sich bei den Kleinbetrieben nach dem jetzigen Recht um solche handeln, die bis zu 20 Arbeitnehmer beschäftigen. Es kann geschehen, dass ein Arbeitnehmer unter solchen Umständen sogar von der Existenz anderer Arbeitnehmer nichts weiß und nichts wissen kann. Indes gereicht dieser Umstand dem Arbeitnehmer schon bei Anwendung der bisherigen Rechtsprechung nicht zum Nachteil, da vom Arbeitnehmer nur der Vortrag der ihm bekannten Tatsachen verlangt wird und der Arbeitgeber sich daraufhin vollständig und wahrheitsgemäß erklären muss. Außerdem waren die am 30. September 1996 und die am 31. Dezember 1998 außer Kraft getretenen Regelungen für den Arbeitnehmer noch deutlich ungünstiger und unübersichtlicher, was die mögliche Anzahl von Mitarbeitern in Kleinbetrieben betrifft. So zählten geringfügig (bis 10 Std./Woche) Beschäftigte bis 30. September 1996 überhaupt nicht mit (vgl. dazu BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 22/93 - BVerfGE 97, 186). Vom 1. Oktober 1996 bis 31. Dezember 1998 war je nach Stundenzahl der Mitarbeiter in Anteilen von 0,25, 0,5, 0,75 und 1 Stelle zu rechnen. Gleichwohl hat der Senat auch in dieser Zeit an seiner Rechtsprechung festgehalten.
- 25 (5) Zu berücksichtigen ist weiter folgende Überlegung: Wollte man die Beweislast für die Nichterreichung des Schwellenwerts dem Arbeitgeber auferlegen, so hieße das, von ihm den Beweis einer negativen Tatsache zu verlangen. Die Auferlegung der Beweislast für eine negative Tatsache (*probatio diabolica*) ist zwar nicht schlechthin unzulässig (MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. § 286 Rn. 122). Sie begegnet meist bei anspruchsbegründenden Tatsachen und zwar in Fällen, in denen für die korrespondierende positive Tatsache gewisse oder sogar erhebliche Anhaltspunkte sprechen (vgl. BGH 28. Februar 2007 - XII ZR 95/04 - BGHZ 171, 232 - Beweislast für die Behauptung, eine Ehe sei nicht geschieden als Voraussetzung einer Restitutionsklage; BGH 18. Mai 2005 - VIII ZR 368/03 - MDR 2005, 1218 - fehlender Eigenbedarf des Vermieters als Voraussetzung für Schadensersatzansprüche des Mieters; OLG Düsseldorf 16. August 2005 - 20 U 123/05 - GRUR 2006, 673 - Beweislast für das "Nichterschienen" einer Vivaldi-Oper bis zum Jahre 2005 als Voraussetzung eines Anspruchs nach § 71 UrhG). Sie wäre aber für den Arbeitgeber im Rahmen des § 23 KSchG eine - ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG - erhebliche Belastung: Der Arbeitnehmer könnte mit der bloßen Behauptung, es gebe noch diesen oder jenen weiteren Arbeitnehmer, dessen Nichtvorhandensein nachzuweisen naturgemäß schwierig - wenn nicht unmöglich - sein kann, einen ihm in Wahrheit nicht zustehenden Kündigungsschutz erreichen. In der Wirkung gleicht die Beweislast für eine negative Tatsache (*Schwellenwert nicht erreicht*) der widerleglichen Vermutung der entsprechenden positiven Tatsache (*Schwellenwert erreicht*). Angesichts des Umstandes, dass etwa 80 vH der Betriebe in Deutschland den Schwellenwert nicht erreichen (vgl. AnwK-ArbR/Eylert § 23 KSchG Rn. 41 mwN), stünde die Verschiebung der Beweislast auf den Arbeitgeber in Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen, auf die sie sich bezöge.
- 26 (6) All dem kann am Besten mit den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung getragen werden. Dabei ist darauf zu achten, dass vom Arbeitnehmer nicht Darlegungen verlangt werden, die er mangels eigener Kenntnismöglichkeiten nicht erbringen kann. Vielmehr genügt er seiner Darlegungslast - bei fehlender eigener Kenntnismöglichkeit - bereits durch die bloße Behauptung, der Arbeitgeber beschäftige mehr als zehn Arbeitnehmer. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, sich vollständig über die Anzahl der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer unter Benennung der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel zu erklären. Zu den Beweismitteln können Vertragsunterlagen, Auszüge aus der Lohnbuchhaltung, Zeugen

usw. gehören. Hierzu muss daraufhin der Arbeitnehmer Stellung nehmen und Beweis antreten. Hat der Arbeitnehmer keine eigenen Kenntnisse über die vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen, kann er sich auf die sich aus dem Vorbringen des Arbeitgebers ergebenden Beweismittel stützen und die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vortragen, dass entgegen den Angaben des Arbeitgebers der Schwellenwert doch erreicht ist. Lediglich im Falle der Unergiebigkeit der daraufhin vom Gericht erhobenen Beweise (*non liquet*) trifft den Arbeitnehmer die objektive Beweislast (*MünchKomm/Prütting 3. Aufl. § 286 ZPO Rn. 100*).

- 27 2. Im Streitfall ist das Landesarbeitsgericht zwar von den vorstehenden Grundsätzen ausgegangen, hat ihnen aber bei der Anwendung auf die gegebene Prozesslage nicht in vollem Umfang Rechnung getragen.
- 28 a) Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast greifen ein, wenn ein darlegungspflichtiger Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, aber der Beklagte alle wesentlichen Tatsachen kennt. Bei dieser Sachlage muss der Beklagte den Vortrag des Klägers substantiiert bestreiten, wenn er ihm entgegentreten will. Einfaches Bestreiten genügt nicht, sofern nähere Angaben zumutbar sind (*vgl. zuletzt BGH 17. Januar 2008 - III ZR 239/06 - NJW 2008, 982 "Partnervermittlung - Lockvogel Bea"; 24. November 1998 - VI ZR 388/97 - NJW 1999, 714 "Aufrechnungsverbot wegen Veruntreuung"; 1. Dezember 1982 - VIII ZR 279/81 - BGHZ 86, 23 "Pfändbarkeit von Tagessalden"*). Trägt der sekundär Darlegungspflichtige ausreichend vor, benennt aber keine Beweismittel, so kann dies vom Tatsachengericht zwar nicht als Verletzung der sekundären Darlegungslast nach § 138 ZPO, wohl aber nach § 286 ZPO uU als Beweisvereitelung berücksichtigt werden (*BGH 17. Januar 2008 - III ZR 239/06 - aaO*). Benennt der sekundär Darlegungspflichtige dagegen Beweismittel, etwa auch Zeugen, so kann der primär Darlegungspflichtige, hier die Klägerin, sich der vom Gegner benannten Beweismittel bedienen. Auf diese Möglichkeit ist der primär Darlegungspflichtige nach § 139 ZPO hinzuweisen, wenn er sie erkennbar übersehen hat (*vgl. OLG Stuttgart 15. Februar 2007 - 901 Kap 1/06 - ZIP 2007, 481*).
- 29 b) Danach ist die Klägerin, wie auch das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, ihrer primären Darlegungslast nachgekommen. Nachdem daraufhin die Beklagte ihrerseits ausführlich und substanziell erwidert und auch Beweismittel benannt hat, genügte die Klägerin ihrer Darlegungslast, indem sie alle ihr bekannten Umstände benannte, die den Behauptungen der Beklagten widersprachen. Ferner konnte sich die Klägerin für ihre bestreitenden Behauptungen auf die von der Beklagten mitgeteilten Beweismittel berufen. Darauf hätte das Landesarbeitsgericht die Klägerin hinweisen müssen. Dagegen besteht keine Verpflichtung einer Prozesspartei, ihrerseits und außerhalb des Gerichts an Zeugen heranzutreten und sie zu ihren Rechtsverhältnissen mit der Gegenpartei zu befragen, um alsdann gegebenenfalls vorzutragen und Beweis antreten zu können.
- 30 c) Entsprechend diesen Grundsätzen wird das Landesarbeitsgericht nunmehr den Rechtsstreit weiterzuführen haben.
- 31 II. Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass mit der bisher gegebenen Begründung auch die Zahlungsanträge nicht abgewiesen werden durften. Auch insoweit muss das Berufungsurteil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.

Rost

Berger

Schmitz-Scholemann

Grimberg

Heise