

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB §§ 626, 133, 157, 164 Abs. 1

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 268/72

Urteil des BAG vom 22. März 1973

LAG Hamburg



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2 AZR 268/72

1 Sa 111/71 Hamburg

Verkündet am
22. März 1973

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Dr. Rengier und Hillebrecht sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Wiedemann und Thieß für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteils des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 13. März 1972 - 1 Sa 111/71 - wird zurückgewiesen, soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung gegen die Abweisung der Widerklage in Höhe von DM 1.605,06 nebst darauf entfallender Zinsen zurückgewiesen hat.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin wurde bei der Beklagten zum 1. September 1970 als Chefsekretärin zu einem Monatsgehalt von DM 1.700,-- brutto eingestellt. Nach § 2 Abs. 2 des schriftlichen Arbeitsvertrages war die Klägerin verpflichtet, auf Wunsch des Arbeitgebers oder seiner Beauftragten, bei Bedarf auch andere Arbeiten im Betrieb zu leisten. Nachdem es Anfang November 1970 zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen war, hat die Beklagte mit Schreiben vom 11. November 1970 das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

Die Klägerin hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung nicht aufgelöst sei, und weiter das Gehalt für November und Dezember 1970, ein Weihnachtsgeld in Höhe von DM 720,-- brutto und ein zusätzliches anteiliges Urlaubsgeld in Höhe von DM 170,-- brutto eingeklagt. Sie hat vorgetragen, sie habe der Beklagten keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben und deshalb sei die Beklagte verpflichtet, ihr bis zum 31. Dezember 1970 die vereinbarten vertraglichen Leistungen weiter zu gewähren.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte den Betrag von DM 4.230,06 nebst Zinsen zu zahlen. Die von ihr ausgesprochene fristlose Kündigung hat die Beklagte damit begründet, daß die Klägerin in mehreren Fällen ihre Arbeitspflicht verletzt habe. Zur Begründung ihrer Widerklage hat die Beklagte vorgetragen, sie habe es gegenüber Frau T übernommen, bestimmte Aufgaben bei der Einrichtung einer Modeboutique durch ihre Angestellten erledigen zu lassen, und die Klägerin sei insoweit als Erfüllungsgehilfin der Beklagten für Frau T eingesetzt worden. Durch eine von der Klägerin verschuldete verspätete Bestellung bei der Firma L C habe Frau T einen Gewinnausfall in Höhe von DM 5.250,-- erlitten, der ihr von der Beklagten durch Verrechnung bereits ersetzt worden sei, so daß auch die Beklagte durch die positive Vertragsverletzung der Klägerin geschädigt worden sei. Außerdem habe ihr die Klägerin bei einem Druckauftrag einen Schaden von DM 3.210,12 zugefügt. Diese beiden Schadensposten von DM 5.250,-- und DM 3.210,12



- 3 -

müsse die Klägerin, auch wenn man zu ihren Gunsten die Grundsätze über die Schadensverteilung bei gefahreneigter Arbeit anwende, jedenfalls zur Hälfte, d. h. in Höhe des mit der Widerklage eingeklagten Betrages, ersetzen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Die Beklagte hat ihre Widerklage in der Berufungsinstanz um weitere DM 2.678,98 nebst Zinsen erhöht, nachdem die Klägerin wegen dieses Betrages die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichtes betrieben hatte. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung und ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist begründet, soweit die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage und ihre Widerklage auf Zahlung von DM 2.625,-- nebst 11 % Zinsen seit dem 1. Januar 1971 und weiter DM 2.678,98 nebst 11 % Zinsen seit dem 5. November 1971 weiter verfolgt.

1. Soweit das angefochtene Urteil die Berufung der Beklagten gegen die vom Arbeitsgericht getroffene Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung zurückgewiesen hat, mußte es aus folgenden Gründen aufgehoben werden:

a) Die Beklagte hat ihre fristlose Kündigung vom 11. November 1970 insbesondere darauf gestützt, daß die Klägerin ein an Frau T gerichtetes Telegramm nicht weitergeleitet habe und der Frau T dadurch ein durch die Beklagte bereits ersetzter Schaden entstanden sei. Daraus hat die Beklagte mit folgender Begründung eine ihr gegenüber erfolgte Verletzung der Arbeitspflicht durch die Klägerin hergeleitet: Zwischen Frau T und ihr - der Beklagten - habe

ein Auftragsverhältnis bestanden, wonach für Frau T schriftliche und organisatorische Aufgaben anlässlich der Eröffnung einer Modeboutique erledigt werden sollten. Zur Erledigung dieser Aufgaben sei die Klägerin als Erfüllungsgehilfin der Beklagten tätig geworden, wozu die Klägerin schon aufgrund ihres Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verpflichtet gewesen sei. Die Klägerin habe sich zudem ausdrücklich oder zumindest stillschweigend gegenüber Frau T bereit erklärt, bei der Eröffnung der Modeboutique anfallende Aufgaben zu erledigen.

Die Klägerin hat demgegenüber bestritten, daß ihr ein an Frau T gerichtetes Fernschreiben vorgelegt worden sei, aber darüberhinaus eingeräumt, in einigen wenigen Fällen auf Bitten von Frau T aus Gefälligkeit für sie kleinere Geschäftsangelegenheiten ausgeführt zu haben.

b) Nach der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte damit nicht schlüssig dargelegt, daß die Klägerin gegenüber der Beklagten verpflichtet gewesen sei, auch für Frau T tätig zu werden. Die Beklagte habe nämlich nicht ins einzelne gehend vorgetragen, daß der Klägerin das Auftragsverhältnis zwischen der Beklagten und Frau T dargelegt und es ihr zur Pflicht gemacht worden sei, insoweit als Arbeitnehmerin der Beklagten Aufgaben zu erledigen. Wenn die Klägerin sich dazu gegenüber Frau T bereit erklärt haben sollte, bedeute das zunächst nur, daß die Klägerin in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu Frau T habe treten wollen.

c) Diese Auslegung der von der Beklagten behaupteten Vertragsgestaltungen ist für den Senat nicht bindend, weil das Landesarbeitsgericht dabei unter Verletzung der §§ 133, 157 BGB nicht alle maßgebenden Umstände berücksichtigt und die Vorschrift des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB übersehen hat.

Dem Landesarbeitsgericht ist grundsätzlich darin zu folgen, daß es für die Frage, ob die Klägerin in der Angelegenheit L C ihre Arbeitspflicht gegenüber der Beklagten verletzt hat, nicht ausschließlich und entscheidend darauf ankommt, ob zwischen der Beklagten und Frau T ein Auftragsverhältnis bestanden hat und ob die Klägerin nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der Verkehrssitte an sich auch



verpflichtet gewesen ist, Dienstleistungen für das Geschäft der Ehefrau ihres Arbeitgebers zu erbringen. Dazu kann die Klägerin vielmehr nur dann verpflichtet gewesen sein, wenn sie darauf von dem Inhaber der Beklagten oder einem seiner Vertreter überhaupt angesprochen worden ist.

Ausgehend von diesem richtigen Ansatzpunkt hat das Landesarbeitsgericht aber einen Rechtsfehler begangen, indem es nicht geprüft hat, ob Frau T bei den Gesprächen mit der Klägerin nicht nach den auch für die Klägerin erkennbaren Umständen (vgl. § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB) als Vertreterin ihres Ehemannes - des Inhabers der Beklagten - gehandelt hat, sondern ohne weiteres die von Frau T abgegebenen Erklärungen auf sie selbst bezogen hat. Die Möglichkeit, daß Frau T als Vertreterin der Beklagten mit der Klägerin verhandelt hat, ist durchaus in Betracht zu ziehen, weil Frau T zwar keine Vertragspartnerin der Klägerin war, wohl aber als Ehefrau des Arbeitgebers der Klägerin zu ihr engere tatsächliche Beziehungen hatte als andere nicht im Betrieb der Beklagten beschäftigte dritte Personen.

Der Senat konnte jedoch nicht abschließend beurteilen, ob die Umstände, unter denen die Gespräche zwischen der Klägerin und Frau T geführt worden sind, die Anwendung des § 164 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Das ist eine Frage der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB, die das Landesarbeitsgericht unterlassen hat und die der Senat nicht nachholen kann, weil dazu der Vortrag der Parteien und die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht ausreichen. Aufschlußreich dafür, ob Frau T für die Klägerin erkennbar als Vertreterin ihres Ehemannes aufgetreten ist, und dadurch eine entsprechende Konkretisierung der Arbeitspflicht der Klägerin oder aber aufgrund ihrer an sich nicht bestrittenen Bereitschaft, für Frau T gelegentlich tätig zu werden, eine entsprechende vertragliche Erweiterung der Arbeits-

pflicht der Klägerin gegenüber der Beklagten eingetreten ist, ist insbesondere, ob die Gespräche zwischen Frau T und der Klägerin im Betrieb der Beklagten und während der Arbeitszeit der Klägerin stattgefunden haben (vgl. Palandt, BGB, 30. Aufl., § 164 Anm. 1).

Wenn die in dieser Richtung noch erforderliche weitere Sachaufklärung ergeben sollte, daß Frau T sich als Vertreterin ihres Ehemannes an die Klägerin gewandt hat, kann die Klägerin sich nicht auf Ziffer 13 des Anstellungsvertrages berufen, wonach Ergänzungen und Abänderungen der Schriftform bedürfen. Da die Klägerin unbestritten in anderen Fällen schon Besorgungen für Frau T erledigt hatte, wäre dann die Abrede über die Schriftform durch schlüssiges Verhalten als stillschweigend abgeändert anzusehen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 127 BGB und BGH AP Nr. 2 zu § 127 BGB).

d) Wenn die Klägerin gegenüber der Beklagten verpflichtet gewesen sein sollte, auch für Frau T tätig zu werden, und wenn der Beklagten der Nachweis gelingt, daß das Telegramm der Firma L C der Klägerin übergeben und von ihr nicht weitergeleitet worden ist, dann wäre eine solche Pflichtverletzung der Klägerin entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichtes als unverfristeter Grund für die fristlose Kündigung der Beklagten zu würdigen. Alle für ihre Kündigung aus diesem Anlaß maßgebenden Umstände hat die Beklagte nämlich nicht schon seit dem 23. Oktober 1970 gekannt, als sie entdeckt haben will, daß das Fernschreiben vom 21. Oktober 1970 unerledigt im Schreibtisch der Klägerin lag. Die Beklagte hat die fristlose Kündigung nicht schon allein deswegen ausgesprochen, weil die Klägerin einen ihr erteilten Auftrag nicht erfüllt habe, sondern weil dadurch ein erheblicher Schaden entstanden sei. Am 23. Oktober 1970 war es aber noch ungewiß, ob nicht doch noch eine Bestellung von der Firma L C angenommen und das behauptete Versäumnis der Klägerin deshalb ohne nachteilige Folgen bleiben würde. Diese Hoffnung hat sich erst am 29. Oktober 1970 zerstreut, als die Absage der Firma L C eingetroffen war und erst von diesem Zeitpunkt an konnte und mußte die Beklagte damit rechnen, von Frau T auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Da die Zwei-Wochen-Frist des § 626



- 7 -

Abs. 2 BGB für diesen Kündigungsgrund somit erst am 29. Oktober 1970 begonnen hat, war sie bis zum Zugang der fristlosen Kündigung am 12. November 1970 noch nicht abgelaufen.

e) Da eine noch zu klärende Pflichtverletzung der Klägerin in der Angelegenheit L C , wenn sie zu dem von der Beklagten behaupteten Schaden geführt hat, an sich geeignet gewesen ist, der Beklagten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung zu geben, mußte das angefochtene Urteil schon wegen des erörterten Rechtsfehlers bei der Würdigung dieses Vorfalles hinsichtlich der Feststellungsklage aufgehoben werden. Darauf, ob die Verfahrensrügen der Revision gegen die Feststellungen des angefochtenen Urteiles, es sei nicht erwiesen, daß die Klägerin unangemeldete Telefongespräche geführt, ihr zugewiesene Geschäftsunterlagen nicht bearbeitet und bei einem Druckauftrag eine unrichtige Telefonnummer genannt habe, durchgreifen, kommt es deshalb, was die Frage der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung angeht, nicht mehr an.

f) Wenn sich die Vorwürfe der Beklagten in der Angelegenheit L C bestätigen sollten, kann es bei der dann nach § 626 Abs. 1 BGB erforderlich werdenden Interessenabwägung für das Landesarbeitsgericht geboten sein, unterstützend auch auf die beim Ausspruch der Kündigung bereits länger als zwei Wochen bekannten von der Beklagten behaupteten weiteren Kündigungsgründe zurückzugreifen (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 626 BGB und das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk vorgesehene Urteil des Senates vom 17. August 1972 - 2 AZR 359/71 -).

2. Der Rechtsfehler, der dem angefochtenen Urteil bei der Würdigung der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung unterlaufen ist, wirkt sich auch auf die Entscheidung über die Zahlungsansprüche der Klägerin

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



für die Zeit nach der fristlosen Entlassung und auf die auf § 717 Abs. 2 ZPO gestützte Widerklage der Beklagten auf Zahlung von DM 2.678,98 netto nebst Zinsen aus. Diese mit der Klage und der Widerklage geltend gemachten Ansprüche hängen davon ab, ob die fristlose Kündigung wirksam ist oder nicht. Da das gegenwärtig noch nicht beurteilt werden kann, war das angefochtene Urteil auch insoweit aufzuheben.

3. Die Aufhebung war weiter erforderlich, soweit das angefochtene Urteil die Abweisung der Widerklage in Höhe von DM 2.625,-- nebst Zinsen (d. h. der Hälfte des Betrages, den die Beklagte nach ihrem Vortrag Frau T als Gewinnausfall ersetzt hat) bestätigt hat. Wie die Beklagte schon in der Berufungsinstanz klargestellt hat, klagt sie insoweit nicht aufgrund der in der ersten Instanz überreichten Abtretungserklärung von Frau T aus fremdem, sondern nunmehr nur noch aus eigenem Recht, indem sie davon ausgeht, daß die Klägerin durch die unterlassene Weitergabe des Telegrammes unmittelbar eine gegenüber der Beklagten bestehende Arbeitspflicht verletzt habe. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über diesen Teil des Streitgegenstandes beruht auf dem gleichen Rechtsirrtum wie die Bestätigung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten, nämlich auf der irrtümlichen Annahme, Gespräche zwischen Frau T und der Klägerin könnten sich nicht auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien ausgewirkt haben. Das ist jedoch, wie sich aus den Ausführungen zur Feststellungsklage ergibt, aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht auszuschließen.

II. Unbegründet ist die Revision, soweit das Landesarbeitsgericht die Abweisung der Widerklage der Beklagten in Höhe von DM 1.605,06 bestätigt hat.

1. Die Beklagte hat die Zahlung dieses Betrages von der Klägerin mit der Begründung verlangt, die Klägerin habe bei der Vergabe eines Durckauftrages eine falsche Telefonnummer aufgegeben und diesen Fehler auch bei der Prüfung der Korrekturabzüge nicht berichtet. Dadurch habe sie einen Schaden in Höhe von DM 3.210,12 erlitten, weil die verdruckten Geschäftsunterlagen unbrauchbar seien.



Das Landesarbeitsgericht hat zu diesen von der Klägerin bestrittenen Behauptungen der Beklagten die Zeugen M und N vernommen und im Rahmen der Beweiswürdigung festgestellt, es sei nicht auszuschließen, daß die Klägerin dem Zeugen N die richtige Telefonnummer mitgeteilt habe und dem Zeugen ein Hör- oder Schreibfehler unterlaufen sei. Die Aussagen beider Zeugen hätten zudem nicht ergeben, daß die Klägerin mit der Überprüfung der Korrekturabzüge befaßt worden sei.

2. An diese Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden, weil sie von der Revision nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffen werden.

Die Beklagte hat insoweit zur Begründung ihrer Revision nur vorgetragen, der Zeuge N habe glaubhaft bekundet, daß die Klägerin ihm eine falsche Telefonnummer genannt habe, ohne jedoch zu rügen, daß die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, der Zeuge N könne die Telefonnummer falsch gehört oder notiert haben, gegen Denkgesetze oder Erfahrungsregeln verstößt.

Die Revision räumt im Gegenteil ein, mit dem Landesarbeitsgericht sei davon auszugehen, daß es nicht entscheidend auf die Fehlinformation durch die Klägerin, sondern darauf ankomme, daß sie es unterlassen habe, die Korrekturabzüge entweder selbst zu lesen oder zu diesem Zwecke weiterzuleiten. Dem steht jedoch die Feststellung des Landesarbeitsgerichts entgegen, es sei nicht sicher, ob der Zeuge N die Korrekturabzüge im Sekretariat bei der Klägerin abgegeben habe. Wenn die Revision weiter darauf verweist, als Empfängerin der Korrekturabzüge komme nur die Klägerin als Chefsekretärin in Betracht, weil über ihren Tisch alle Post gelaufen sei, dann übersieht sie, daß nach der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Aussage des Zeugen N die Korrekturabzüge eben nicht durch die Post an die Beklagte

gesandt worden sind.

Unbegründet ist auch die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe bei der Beweiswürdigung § 138 ZPO berücksichtigen müssen, weil die Klägerin alle gegen sie erhobenen Vorwürfe pauschal bestritten habe, und zwar auch in Bezug auf die Erledigung des Druckauftrages. Soweit die Revision damit etwa rügen will, das Landesarbeitsgericht habe es nach § 138 Abs. 2 ZPO als erwiesen ansehen müssen, daß die Klägerin sich um die ihr übergebenen Korrekturabzüge nicht gekümmert habe, kann dem nicht gefolgt werden. Die Klägerin hat nämlich in den Vorinstanzen vorgetragen, sie habe die Probeabdrücke weder bearbeitet noch eine entsprechende Anweisung erhalten. Das hat das angefochtene Urteil zutreffend als hinreichend substantiiertes Bestreiten der Klägerin gewertet, denn auch die Revision legt nicht dar, was die Klägerin zu diesem Punkt sonst noch hätte vortragen können und müssen.

gez. Dr. Gröninger

Dr. Rengier

Hillebrecht

Dr. Wiedemann

Thieß

