

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

Gesetz: BGB § 626 Ausschlußfrist, § 615;
 ZPO §§ 138, 139, 286

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 29/72

Urteil des BAG vom 25. September 1972 LAG Berlin



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

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 29/72

5 Sa 84/71 Berlin

Urteilstenor
zugestellt am
25. September 1972

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 21. September 1972
durch den Vizepräsidenten Dr. König, die Bundesrichter
Dr. Gröninger und Hillebrecht sowie die Bundesarbeits-
richter Dr. Wiedemann und Zeilinger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Berlin vom 11. November 1971
- 5 Sa 84/71 - wird auf Kosten der Beklagten zu-
rückgewiesen.

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

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos (mobile App)

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger trat am 1. August 1970 als Leasing-Verkaufsleiter für die Berliner Filiale bei der Beklagten ein. Er wurde zunächst als freier Mitarbeiter geführt und seit dem 1. November 1970 als Angestellter, wobei seine Arbeiten und seine Stellung im Betrieb die gleichen blieben. Sein Gehalt betrug monatlich 2.000,-- DM brutto zuzüglich 2 % der Endsumme für jeden von dem Kläger selbst abgeschlossenen Leasing-Vertrag sowie einer Provision in Höhe von 1 % des Gesamtumsatzes sämtlicher Leasing-Verkäufer der Gesellschaft. Der Anstellungsvertrag war zunächst bis zum 30. August 1971 befristet und sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht drei Monate vor Ablauf des Vertragsjahres gekündigt wurde. Dem Kläger war es gestattet, für Geschäftsfahrten auf Rechnung der Beklagten bei einer Vertragstankstelle zu tanken.

Mit Schreiben vom 4. Februar 1971 hat die Beklagte dem Kläger fristlos gekündigt und zugleich den Arbeitsvertrag aus allen Rechtsgründen angefochten.

Der Kläger hat daraufhin Klage auf Feststellung erhoben, daß der Arbeitsvertrag durch die fristlose Kündigung vom 4. Februar 1971 nicht erloschen sei sondern fortbestehe und ferner sein Grundgehalt für die Monate Februar bis Juni 1971 in Höhe von DM 10.000,-- brutto eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat dem Kläger u. a. vorgeworfen, er habe sie bei Abschluß des Arbeitsvertrages über seinen Gesundheitszustand und über seine berufliche Qualifikation getäuscht. Er habe zudem unberechtigt für Privatfahrten auf ihre Rechnung getankt, sich der Steuerhinterziehung schuldig gemacht und für einen eigenen Leasing-Vertrag unberechtigt Provision beansprucht und versehentlich auch erhalten. Gegenüber dem Zahlungsanspruch hat sie geltend gemacht, der Kläger habe durch überhöhte Gehaltsforderungen arglistig die Erlangung einer neuen Stelle vereitelt.



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung sei unwirksam, weil die von der Beklagten behaupteten Kündigungsgründe teils nicht schlüssig vorgetragen, teils nach § 626 Abs. 2 BGB verfristet seien. Auf die von der Beklagten erklärte Anfechtung brauche nicht eingegangen zu werden, weil die Beklagte ihren entsprechenden Vortrag in der Berufungsbegründung nicht aufrecht erhalten habe. Der Zahlungsanspruch des Klägers sei nach § 615 BGB begründet, weil die Beklagte ihm nicht vorwerfen könne, die anderweitige Verwendung seiner Dienste böswillig unterlassen zu haben.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts am 18. Januar 1972 Revision eingelegt und diese nach Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist bis zum 20. März 1972 am 21. März 1972 begründet. Gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist ist der Beklagten durch Beschluß des Senats vom 24. April 1972 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden. Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Wie die Revision einräumt, hat die Beklagte zur Begründung ihrer fristlosen Kündigung vom 4. Februar 1971 auch eine Anzahl von Tatsachen vorgetragen, die ihr schon länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung bekannt gewesen sind. Sie verkennt auch nicht, daß auf diese nach § 626 Abs. 2 BGB verfristeten Gründe nur dann zurückgegriffen werden könnte, wenn Pflichtwidrigkeiten des Klägers vorliegen würden, die ihr nicht vor dem 21. Januar 1971 bekannt geworden sind. Das könnte nach dem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen nur insoweit zutreffen, als sie dem Kläger vorgeworfen hat, sich unberechtigt Provisionen für ein eigenes Leasing-Geschäft erschlichen,



Steuerhinterziehungen hinsichtlich der Ausfallprovisionen für andere Vertreter veranlaßt und unbefugt auf ihre Kosten Benzin für Privatfahrten getankt zu haben. Den ersten Grund hat das angefochtene Urteil wegen Verfristung nach § 626 Abs. 2 BGB und die übrigen beiden Kündigungsgründe wegen nicht ausreichender Darlegung einer Pflichtverletzung des Klägers nicht durchgreifen lassen. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision sind im Ergebnis unbegründet.

a) Zum Vorwurf des Provisionsbetruges hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, es sei der Beklagten bereits Ende Dezember 1970 bekannt gewesen, daß der Kläger für ein eigenes Leasing-Geschäft Provision beansprucht und erhalten habe. Die Provision sei ihm nämlich bereits mit der Abrechnung vom 31. Dezember 1970 gutgeschrieben worden und die Beklagte habe nicht darlegen können, wie diese Abrechnung ohne ihre Kenntnis zustande gekommen sei.

Die Revision macht demgegenüber geltend, die Gutschrift der Sonderprovision sei irrtümlich erfolgt, weil die betreffende Mitarbeiterin nicht gewußt habe, daß dem Kläger insoweit auf Grund einer Absprache mit dem Manager L keine Provision zustehe.

Darin liegt ein teilweise neuer und damit unzulässiger Tatsachenvortrag (vgl. § 561 ZPO), weil diese Darstellung sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen deckt. Die Revisionsbegründung läßt zudem auch nicht zweifelsfrei erkennen, ob die Beklagte insoweit eine Sach- oder eine Verfahrensrüge erheben will. Aber selbst dann, wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, daß sie rügen wolle, das Landesarbeitsgericht habe ihren Vortrag nicht richtig gewürdigt, kann sie mit dieser Rüge nicht durchdringen.

Der Senat hält daran fest (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil vom 17. August 1972 - 2 AZR 359/71 -), daß derjenige, der eine Kündigung aus wichtigem Grunde ausspricht, darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, daß er



von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor ihrem Ausspruch erfahren hat. Diese Darlegungspflicht ist nicht bereits erfüllt, wenn der Kündigende lediglich allgemein vorträgt, er habe die Kündigungsgründe nicht länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gekannt. Sie erstreckt sich vielmehr auch auf die Schilderung der Umstände, aus denen sich ergibt, wodurch der Kündigungsberechtigte an einem bestimmten Tage von den maßgebenden Tatsachen erfahren hat. Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt nämlich dann zu laufen, wenn der Kündigungsberechtigte von den Tatsachen möglichst genaue und sichere Kenntnis gewonnen hat (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist [zu III 1]; auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Um diesen Zeitpunkt, in dem der Wissensstand des Kündigungsberechtigten ausreicht, bestimmen zu können, und um es dem Gekündigten zu ermöglichen, die behauptete Schilderung zu überprüfen und ggf. qualifiziert zu bestreiten, bedarf es zusätzlich der Angaben, wie es zu der Aufdeckung des Kündigungsgrundes gekommen sein soll.

Diesen an die Darlegungspflicht zu stellenden Anforderungen entspricht der Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen nicht. In ihrem Kündigungsschreiben vom 4. Februar 1970 hat die Beklagte ohne nähere Begründung dem Kläger mitgeteilt, sie habe erst heute zufällig festgestellt, daß er sich in strafrechtlich relevanter Weise Provision erschlichen habe. Auf die Auflage des Arbeitsgerichts, sich darüber zu erklären, wieso sie von der Provisionsangelegenheit nicht bereits durch die von ihr gefertigte Abrechnung vom 31. Dezember 1970 erfahren habe, hat die Beklagte die aus sich heraus nicht verständliche Darstellung gegeben, erst später sei von einem Mitarbeiter festgestellt worden, daß die vom Kläger errechnete Leasing-Rate zu niedrig gewesen sei und dadurch sei man von der weiteren Abrechnung abgelenkt worden. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend als nicht ausreichende Erklärung gewertet.



In der Berufungsbegründung hat die Beklagte daraufhin zu diesem Punkt ausgeführt, der Kläger habe sich unberechtigt Provisionen gutgeschrieben und das habe ihr Geschäftsführer zunächst nicht gewußt. Nur auf seine Kenntnis, und nicht auf die eines subalternen Angestellten komme es an. Auch die Erwiderung des Klägers, mit dem "subalternen Angestellten" spreche die Beklagte den Leiter der Berliner Niederlassung an, der alle maßgeblichen Entscheidungen getroffen habe, hat die Beklagte nicht veranlaßt, das Abrechnungsverfahren bei der Gutschrift von Provisionen und deren Kontrolle näher zu erläutern. Das Landesarbeitsgericht hat daher ohne Rechtsfehler angenommen, daß die Beklagte nicht schlüssig vorgetragen hat, ihr kündigungsberechtigter Vertreter habe von der Provisionsgutschrift erst am Kündigungstage erfahren.

b) Den Vorwurf, der Kläger habe die Buchhaltung angewiesen, Ausfallprovisionen nicht zu versteuern, hält das angefochtene Urteil für unbegründet, weil die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen habe, daß die Handhabung der Buchführung die Angelegenheit des Klägers gewesen sei.

Das wird von der Revision zu Unrecht mit der Begründung angegriffen, die Feststellung des Landesarbeitsgerichts sei unzutreffend und gehe an den Dingen vorbei. Sie habe nicht behauptet, daß der Kläger Buchhalter gewesen sei, sondern nur, daß er falsche Verbuchungen angeordnet habe.

Entgegen der Auffassung der Revision ist das angefochtene Urteil so zu verstehen, daß es nicht einen ausreichenden Vortrag der Beklagten in Bezug auf eine Anweisungsbefugnis des Klägers gegenüber der Buchhaltung, sondern bezüglich einer tatsächlich durch den Kläger erfolgten Anordnung vermißt hat. Diese Würdigung ist zutreffend. Die Beklagte hatte zwar in der ersten Instanz vorgebracht, sie habe erst im Laufe des Prozesses erfahren, daß der Kläger eine Buchhalterin angewiesen habe, Ausfallprovisionen für einige Vertreter bei der Berechnung der Lohnsteuer nicht zu berücksichtigen.



sichtigen. Das hat der Kläger aber nicht nur einfach, sondern mit dem Hinweis bestritten, die entsprechenden Anordnungen an die Buchhaltung habe Herr L. gegeben. Mit Rücksicht auf dieses qualifizierte Bestreiten des Klägers durfte die Beklagte sich nicht darauf beschränken, in der Berufungsbegründung ihren Vorwurf, der Kläger habe die Nichtversteuerung der Ausfallprovisionen veranlaßt, lediglich zu wiederholen, ohne auf die Darstellung des Klägers einzugehen. Die Beklagte hat nicht beachtet, daß sich der Umfang der Darlegungspflicht nach der Art der Einlassung des Prozeßgegners richtet (vgl. § 138 Abs. 2 ZPO).

c) Zu der Behauptung der Beklagten, der Kläger habe für Privatfahrten Benzin auf ihre Rechnung getankt, hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, damit könne die Beklagte deswegen nicht gehört werden, weil der Kläger mit seinem Wagen unstreitig fast ausschließlich Geschäftsfahrten durchgeführt habe und die Beklagte deshalb ihre Zweifel an der Berechtigung der Benzinrechnungen unter Darlegung der Entfernungen, die der Kläger aus geschäftlichen Gründen zurückgelegt habe, näher habe begründen müssen. Dabei ist das angefochtene Urteil offensichtlich davon ausgegangen, daß es um die Benzinrechnungen für ein vom Kläger bei der Vertragstankstelle der Beklagten betanktes Fahrzeug geht.

Dagegen wendet sich die Revision mit der Rüge, es sei nicht Sache der Beklagten gewesen nachzuweisen, daß der Kläger mit seinem Privatwagen keine Geschäftsfahrten durchgeführt habe, denn er habe sowohl einen Firmenwagen als auch einen Privatwagen zur Verfügung gehabt und es werde ihm vorgeworfen, daß er Benzin für seinen Privatwagen für Privatzwecke bezogen habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob tatsächlich schon dem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen zu entnehmen war, daß die von der Beklagten beanstandeten Rechnungen sich auf den Privatwagen des Klägers beziehen sollen. Auch wenn das Landesarbeitsgericht den Vortrag der Beklagten insoweit mißverstanden



haben sollte, ändert das im Ergebnis nichts daran, daß die Beklagte sich auf diesen Vorfall zur Begründung ihrer außerordentlichen Kündigung nicht berufen kann. Nach ihrem Vortrag bleibt nämlich offen, ob sie von dem beanstandeten Verhalten des Klägers erst in den letzten zwei Wochen vor der Kündigung erfahren hat. Auf eine entsprechende Auflage des Arbeitsgerichts hat die Beklagte in der ersten Instanz nur vorgetragen, es sei "Ende Januar 1971" bemerkt worden, daß der Kläger im Dezember 1970 zu Privatzwecken Benzin auf ihre Kosten getankt habe. Diese ungenaue Angabe über den Zeitpunkt der Kenntniserlangung hätte die Beklagte zumindest nach der Einlassung des Klägers im Termin am 7. Juli 1971, die Benzinrechnungen für Dezember 1970 seien bereits Ende Dezember grundlos beanstandet worden, zeitlich konkretisieren müssen. Das hat die Beklagte jedoch auch im Berufungsverfahren unterlassen.

Es kommt nicht darauf an, ob das Landesarbeitsgericht möglicherweise Veranlassung gehabt hat, die Beklagte insoweit zu einem genaueren Vortrag aufzufordern. Die Revision rügt zwar in Bezug auf die vom angefochtenen Urteil nicht behandelten weiteren Kündigungsgründe, falls eine zeitlich in etwa nähere Konkretisierung erforderlich gewesen sei, habe das Landesarbeitsgericht seine Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO erfüllen müssen. Diese Rüge ist jedoch unzulässig, weil die Revision nicht vorträgt, was die Beklagte auf eine entsprechende Anfrage des Gerichtes erwidert haben würde (vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 322 ZPO; BAG 13, 340 [344] = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO).

d) Da keine unverfristeten Kündigungsgründe vorliegen, erübrigt es sich, auf die weiteren Vorwürfe der Beklagten einzugehen. Diese sind ihr nämlich nach ihrem eigenen Vortrag zum Teil schon länger als zwei Wochen vor der fristlosen Entlassung des Klägers bekannt gewesen; im übrigen fehlen Angaben darüber, wann sich die Pflichtverletzungen des Klägers ereignet haben und wann sie der Beklagten bekannt geworden sein sollen.

Zu der ersten Gruppe der weiteren Kündigungsgründe gehören auch die Vorwürfe der Beklagten, der Kläger habe falsche Angaben über seine fachliche Vorbildung und seinen Gesundheitszustand gemacht. Die Beklagte hat diese beiden Behauptungen zwar zunächst zur Begründung ihrer zugleich mit der fristlosen Kündigung erklärten Anfechtung in den Prozeß eingeführt. In der Berufungsbegründung hat sie aber nur noch eingewandt, das Arbeitsverhältnis sei



durch ihre fristlose Kündigung beendet worden und hat zur Begründung der Kündigung auch auf die angeblichen Täuschungshandlungen durch den Kläger zurückgegriffen. Es ist deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht daraufhin angenommen hat, daß wegen einer insoweit fehlenden Berufungsbegründung der Einwand der Anfechtung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte nicht aufrechterhalten worden ist.

2. Da das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten nicht beendet worden ist, hat das angefochtene Urteil den Gehaltsanspruch des Klägers für die Monate Februar bis Juni 1971 wegen Annahmeverzuges der Beklagten gemäß § 615 BGB in vollem Umfange für begründet erachtet. Den Einwand der Beklagten, der Kläger habe es böswillig unterlassen, ein anderes Arbeitsverhältnis einzugehen, hat es aus folgenden Gründen nicht durchgreifen lassen: Der Kläger habe sich nach der Bekundung des Zeugen B bereits im Januar 1971 um eine neue Anstellung bemüht, dabei zunächst ein Gehalt in Höhe von DM 6.000,-- gefordert und wäre wegen dieser ursprünglichen Gehaltsforderung auch dann nicht eingestellt worden, wenn er sie später auf DM 2.500,-- ermäßigt haben würde. Es könne dem Kläger nicht zur Last gelegt werden, wenn er anfangs versucht habe, ein möglichst hohes Gehalt zu fordern.

Darin sieht die Revision zu Unrecht eine fehlerhafte Beweiswürdigung und eine Verkennung der Bedeutung des § 615 Satz 2 BGB.

Was ihre Verfahrensrügen gegen die Würdigung der Aussage des Zeugen B angeht, so ist nicht ersichtlich, daß das Landesarbeitsgericht gegen die Grundsätze des § 286 ZPO verstoßen haben soll, indem es nicht die später von dem Zeugen eingeschränkte Äußerung zugrunde gelegt hat, er wäre noch im März 1971 bereit gewesen, den Kläger einzustellen, falls er mit seinen Ansprüchen erheblich heruntergegangen wäre. Es ist mit Denkgesetzen und Erfahrungsregeln zu vereinbaren, wenn das Landesarbeitsgericht aufgrund der weiteren Bekundung des



Zeugen, wann etwa der Kläger seine Forderungen ermäßigt habe, könne er nicht mehr sagen, in Verbindung mit der insoweit unbestrittenen Darstellung des Klägers festgestellt hat, daß der Kläger im Laufe der Verhandlungen mit dem Zeugen B seine Forderungen tatsächlich erheblich vermindert hat. Nachdem der Zeuge eine spätere Herabsetzung der Gehaltsforderung des Klägers nicht mehr ausschließen konnte, war es nur folgerichtig von ihm, wenn er abschließend erklärt hat, er hätte den Kläger auch unabhängig von einer solchen Bereitschaft nicht eingestellt, weil er ursprünglich derart hohe Forderungen gestellt habe.

Zuzugeben ist der Revision allerdings, daß sich die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, der Zeuge habe den Kläger nur mehr oder weniger informatorisch befragen wollen und daher die Einstellungsverhandlungen hinausgeschoben, nicht aus dem Protokoll über die Vernehmung des Zeugen B ergeben. Da sie aber auch nicht in Widerspruch zu der protokollierten Aussage stehen, hätte die Beklagte Tatbestandsberichtigung nach § 320 Abs. 2 ZPO beantragen müssen, wenn der Zeuge die nicht protokollierten Äußerungen in Wahrheit nicht gemacht haben sollte. Da das nicht geschehen ist, sind die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über den Verlauf der Verhandlungen zwischen dem Zeugen B und dem Kläger für den Senat bindend (vgl. § 561 ZPO).

Dann ist dem Kläger aber auch nicht vorzuwerfen, daß er es böswillig unterlassen habe, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerten. Als er erstmalig an den Zeugen mit Gehaltsforderungen in Höhe von 6.000,-- DM herantrat, stand er noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Zu diesem Zeitpunkt brauchte er auf berechnete Interessen der Beklagten an einer baldigen anderweitigen Beschäftigung noch keine Rücksicht zu nehmen. Es liegt auch kein Anhalt dafür vor, daß der Kläger in Erwartung



einer fristlosen Kündigung und im Hinblick darauf seine Gehaltsforderungen nur deshalb so hochgeschraubt hat, um die Möglichkeit einer Anstellung bei der Firma des Zeugen von vornherein zu vereiteln. Die Beklagte konnte dem Kläger zudem nicht widerlegen, daß er nach den Ankündigungen ihres Geschäftsführers auch bei der Beklagten nach einer Anlaufzeit ein Gesamteinkommen in Höhe von DM 10.000,-- zu erwarten hatte. Gemessen an dieser Vergütungserwartung war die ursprüngliche Gehaltsforderung des Klägers gegenüber dem Zeugen B nicht unangemessen hoch.

gez. Dr. König

Dr. Gröninger

Hillebrecht

Dr. Wiedemann

Fritz Zeilinger



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos (mobile App)

Über 100.000 Urteile

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)