

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

Gesetze: BGB §§ 626, 626 Ausschußfrist; HGB §§ 84, 89 b

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 372/76

Urteil des BAG vom 22. September 1977 LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

15 Sa 174/75 Düsseldorf

Verkündet am
22. September 1977

gez. Kistner,

Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 5. November 1975 - 15 Sa 174/75 - aufgehoben.

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



- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte stellte den Kläger im Februar 1968 als Versicherungsvertreter im Außendienst ein. Die Beschäftigung erfolgte zunächst aufgrund eines Arbeitsvertrages. Im Januar 1971 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag ab. Danach sollte der Kläger seine Tätigkeit für den Beklagten hauptberuflich ausüben, hierdurch aber kein Angestelltenverhältnis geschaffen werden. Die Parteien legten fest, daß der Kläger bei der Durchführung seiner Aufgaben an die Weisungen des Beklagten gebunden war. Dem Kläger wurde eine monatliche Vergütung einschließlich Reisekosten in Höhe von 1.500,-- DM und eine Umsatzprovision aus den für den Beklagten errechneten Prämien für verschiedene Versicherungszweige zugesagt. Das Fixum und die Umsatzprovisionen sollten im Falle der Erkrankung des Klägers abzüglich der Reisekosten an den Kläger weitergezahlt werden.

Zur Altersversorgung des Klägers wurde eine Lebensversicherung abgeschlossen, für die der Beklagte einen anteiligen Beitrag von monatlich 50,-- DM gezahlt hat. Die Parteien haben zudem vereinbart, daß die Grundsätze des § 84 HGB "mit Ausgleich" auf der Grundlage des echten Bestandszuwachses, der durch den Kläger erzielt wurde, gelten sollen.

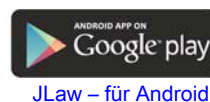
Der Beklagte kündigte dem Kläger im März 1973 fristgemäß zum 30. Juni 1973. Am 7. Mai 1973 schlug der Kläger dem Beklagten vor, das Arbeitsverhältnis einverständlich vorzeitig zu beenden. Es kam bei dieser Besprechung zu einer Auseinandersetzung zwischen den Parteien, worauf der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt hat.

Der Kläger hat beim Landgericht Duisburg Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung erhoben. Das Landgericht hat sich für sachlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht verwiesen. Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht seine Feststellungsklage um den Antrag erweitert, den Beklagten zur Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Ausgleiches

- 3



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



- 3 -

nach § 89 b HGB zu verurteilen. Er hat vorgetragen, der Beklagte könne sich nicht auf einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung berufen. Aufgrund der vertraglichen Zusicherung stehe ihm ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB zu, weil er zahlreiche neue Versicherungsverträge für den Beklagten vermittelt habe.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat vorgebracht, die außerordentliche Kündigung sei aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Der Kläger habe ihn in der Unterredung am 7. Mai 1973 grob beleidigt. Auf den Vorwurf, mehrfach Urkundenfälschungen begangen zu haben, habe der Kläger erwidert, er - der Beklagte - habe durch ihn erst Format bekommen und sei früher wie ein "Schlot" herumgelaufen. Der Kläger habe zudem einen Schadensfall vorge täuscht, auf der Schadensmeldung und der Empfangsbestätigung die Unterschrift des Versicherungsnehmers gefälscht und sich die unberechtigt geltend gemachte Versicherungsleistung in Höhe von 100,-- DM auszahlen lassen. Von diesem Vorfall habe er erst wenige Tage vor der außerordentlichen Kündigung erfahren. Der Kläger habe weiter im April 1973 treuwidrig den Abschluß einer Lebensversicherung bei der I -Versicherung vermittelt und dafür eine Provision erhalten. Durch diese unerlaubte Konkurrenztätigkeit sei ihm - dem Beklagten - ein Schaden in Höhe von 3.100,-- DM entstanden.

Der Kläger hat erwidert, bei der Auseinandersetzung am 7. Mai 1973 sei er zuerst durch den Beklagten beleidigt worden. Der Beklagte habe ihn auch veranlaßt, einen Versicherungsfall vorzutäuschen, um damit den Prämienrückstand eines Kunden auszugleichen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Kündigungsschutzklage und seinen Antrag auf Zahlung eines Ausgleiches nach § 89 b HGB weiter, während der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus folgenden Gründen unzumutbar gewesen: Der Kläger habe den Beklagten am 7. Mai 1973 in Gegenwart eines anderen Angestellten beleidigt, indem er ihm vorgeworfen habe, er habe durch ihn erst Format bekommen und sei vorher wie ein "Schlot" herumgelaufen. Durch die Beweisaufnahme sei nicht bestätigt worden, daß der Kläger diese herabsetzende Äußerung erst gemacht habe, nachdem er zuvor durch den Beklagten beleidigt worden sei. Es komme hinzu, daß der Kläger einen fingierten Schadensfall gemeldet und dadurch die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zerstört habe. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Beklagte zur Abdeckung des Prämienrückstandes eines Kunden den Kläger zu dem Betrug zu Lasten der Versicherung veranlaßt oder sogar daran mitgewirkt haben könnte. Es sei unerheblich, ob der Beklagte von diesem Vorfall schon länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gewußt habe, weil der Versicherungsbetrug zumindest in Verbindung mit der vom Kläger am Entlassungstage begangenen weiteren Pflichtwidrigkeit dem Beklagten eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar gemacht habe.

2. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts beruht auf zwei Rechtsfehlern, die eine Zurückverweisung der Sache erforderlich machen.

a) Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, daß die von ihm festgestellten Äußerungen des Klägers gegenüber dem Beklagten bei der Auseinandersetzung am 7. Mai 1973 als Beleidigungen zu werten sind. Bei einer auf eine Beleidigung gestützten außerordentlichen Kündigung kommt es jedoch nicht auf die strafrechtliche Wertung, sondern darauf an, ob dem Arbeitgeber deswegen nach dem gesamten Sachverhalt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zuzumuten ist (vgl. BAG 3,

193 [195-196] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB; BAG 7, 165 [170-172] = AP Nr. 1 zu § 133 b GewO; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rz. 232). Diesem Erfordernis einer umfassenden Interessenabwägung ist das Landesarbeitsgericht nicht ausreichend nachgekommen.

Es hätte zunächst prüfen müssen, ob die herabsetzende Äußerung des Klägers gegenüber dem Beklagten den Tatbestand einer groben Beleidigung erfüllt. Nicht jede herabsetzende Äußerung des Arbeitnehmers ist geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu bilden, sondern es muß sich um eine erhebliche Ehrverletzung handeln. Das ergibt sich aus den früheren Regelungen der Voraussetzungen zur außerordentlichen Kündigung in § 123 Abs. 1 Nr. 5, § 133 c Abs. 1 Nr. 5 GewO und § 72 Abs. 1 Nr. 4 HGB. Diese Bestimmungen enthielten Beispiele für Kündigungsgründe, die als typische Sachverhalte weiterhin auch zur Auslegung des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB herangezogen werden können (vgl. König, RdA 1969, 8 [15]; Monjau, BB 1969, 1045, und Neumann, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 7, 1969, S. 37, 38).

Das Landesarbeitsgericht hat weiter den eigenen Vortrag des Beklagten nicht berücksichtigt, daß der Kläger ihn erst beleidigt hat, nachdem der Beklagte ihm vorgeworfen hatte, er habe mehrfach Urkundenfälschungen begangen. Das angefochtene Urteil enthält keine Feststellungen darüber, ob diese Beschuldigung des Klägers zutrifft oder nicht. Das war erforderlich, weil dann, wenn der Beklagte grundlos die Schärfe in die Auseinandersetzung gebracht und den Kläger dadurch gereizt haben sollte, dessen Verhalten milder zu beurteilen wäre (vgl. BAG, aaO; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I S. 605).

b) Bei der erforderlichen weiteren Aufklärung des Sachverhaltes wird das Landesarbeitsgericht folgende Grundsätze für die Verteilung der Beweislast im Kündigungsschutzprozeß anzuwenden haben: Der Kündigende muß in vollem Umfang die

Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung darlegen und beweisen (vgl. BAG 2, 333 [339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB; BAG 24, 383 [394] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlussfrist [zu II 2 der Gründe]; Grunsky, ZfA 1977, 167 [174]; Monjau, RdA 1959, 366 [367], und Sieg, RdA 1962, 137 [139]). Zu den für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen, die der Kündigende vortragen und beweisen muß, gehören auch Umstände, die einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Gekündigten ausschließen (vgl. das Urteil des Senates vom 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 [demnächst] AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 [zu C III 1 aa der Gründe]). Den Kündigenden trifft auch die volle Beweislast dafür, daß der Gekündigte schuldhaft seine Vertragspflichten verletzt hat (vgl. BAG 2, 333 [338-339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB [zu I 6 der Gründe]). Wie sich aus diesen beiden Entscheidungen ergibt, kann die Beweislast nicht derart aufgeteilt werden, daß der Kündigende die belastenden und der Gekündigte die entlastenden Umstände beweisen muß, die für die Interessenabwägung von Bedeutung sind.

Unter Berücksichtigung dieser Beweislastregel wird das Landesarbeitsgericht möglicherweise auch seine Folgerungen zu überprüfen haben, die es aus der Feststellung getroffen hat, es sei durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden, daß der Beklagte dem Kläger zunächst vorgehalten habe, wer er denn sei und er sei erst durch ihn - den Beklagten - etwas geworden.

c) Der Senat kann auch nicht abschließend beurteilen, ob der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Versicherungsbruch des Klägers die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, weil das Landesarbeitsgericht offengelassen hat, ob der Beklagte von diesem Kündigungsgrund nicht bereits länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung Kenntnis gehabt hat (vgl. § 626 Abs. 2 BGB). Das ist aus folgenden Gründen entscheidungserheblich:

Die außerordentliche Kündigung ist nur wirksam, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sind. Die Sonderregelung des § 89 a HGB ist nicht anwendbar, weil der Kläger kein selbst-

- 7 -

ständiger Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB, sondern Angestellter im Außendienst nach § 84 Abs. 2 HGB gewesen ist. Das Landgericht Duisburg hat in seinem Verweisungsbeschuß zutreffend die für diese Abgrenzung maßgeblichen Umstände angeführt. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger beim Einsatz seiner Arbeitskraft für den Beklagten im wesentlichen frei gewesen ist, d.h. ob er nur in beschränktem Umfang an Weisungen gebunden war. Für den Begriff des Handelsvertreters im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB wird nämlich weiter vorausgesetzt, daß er seinen Beruf in einem eigenen Unternehmen ausübt (vgl. BAG 18, 87 [99-104] = AP Nr. 2 zu § 92 HGB [zu 5 und 6 der Gründe]). Dazu ist u.a. erforderlich, daß er ein eigenes Unternehmerrisiko trägt. Diese Voraussetzung hat der Kläger aufgrund der zwischen den Parteien vorgenommenen Vertragsgestaltung nicht erfüllt. Er hat nicht ausschließlich oder überwiegend erfolgsabhängige Entgelte bezogen, sondern er hatte Anspruch auf Zahlung eines Fixums und auf Umsatzbeteiligung an allen für den Beklagten verrechneten Prämien. Diese Ansprüche standen ihm auch dann zu, wenn er wegen Krankheit oder aus anderen Gründen nicht für den Beklagten tätig werden konnte. Gegen ein eigenes echtes Unternehmerrisiko des Klägers spricht auch die Vereinbarung einer Altersversorgung unter Beteiligung des Beklagten.

Es kommt deswegen darauf an, ob der vom Landesarbeitsgericht gewürdigte zweite Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 2 BGB verfristet ist. Wenn der Beklagte - wie der Kläger behauptet - schon Ende 1972 oder Anfang 1973 gewußt hat, daß der Kläger für einen Kunden einen tatsächlich nicht eingetretenen Versicherungsfall angemeldet und abgewickelt hat, dann kann auf diesen Vorfall nicht unterstützend zurückgegriffen werden. Verfristete Kündigungsgründe können nur in beschränktem Umfang unterstützend berücksichtigt werden. Das ist nur dann zulässig, wenn die früheren Vorgänge mit den innerhalb der Ausschußfrist bekanntgewordenen Tatsachen in einem so engen sachlichen Zusammenhang stehen,

- 8 -



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



daß sie nur ein weiteres und letztes Glied in der Kette der Ereignisse bilden, die zum Anlaß der Kündigung genommen worden sind (vgl. BAG 24, 384 [396-397] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 c der Gründe] und das zum Abdruck im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmte Urteil des Senates vom 10. April 1975 - 2 AZR 113/74).

Die innerhalb der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgte Beleidigung des Beklagten durch den Kläger steht zu dem ihm weiter vorgeworfenen Versicherungsbetrug nicht in dem erforderlichen engen Zusammenhang. Die beiden verschiedenartigen Verfehlungen können deswegen nicht zu einem Gesamtverhalten zusammengefügt werden. Das hat das Landesarbeitsgericht übersehen.

Da die Würdigung des zweiten Kündigungsgrundes bereits auf diesem Rechtsfehler beruht, kommt es auf die vom Kläger gegen die vom Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen nicht mehr an.

3. Der Rechtsstreit war auch wegen des Ausgleichsanspruches des Klägers an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, weil noch nicht feststeht, ob das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten beendet worden ist und weil es zwischen den Parteien streitig ist, ob und in welchem Umfang der Kläger neue Versicherungsverträge für den Beklagten vermittelt hat.

Ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB steht dem Kläger zwar nicht zu, weil er kein Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB gewesen ist. Der von ihm eingeklagte Anspruch auf Zahlung eines Ausgleiches ist aber deswegen nicht von vornherein unbegründet, weil der Beklagte in Ziffer 12 des Vertrages vom 4. Januar 1971 dem Kläger jedenfalls vertraglich einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften des HGB eingeräumt hat. Dieser Anspruch würde nach dem aufgrund vertraglicher Vereinbarung ebenfalls anzuwendenden § 89 b Abs. 3 Satz 2 HGB nur dann nicht bestehen,



gez.: Dr. Gröninger Hillebrecht Roeper
 Zeilinger Dr. Hautmann

