

22. Nov. 1962

146

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

Gesetz: BGB §§ 162, 626, 723, 737; HGB §§ 70, 72, 133, 140;
ZPO §§ 279, 529; ArbGG § 67

Leitsätze:

1. Der Senat hält daran fest, daß bei einem Arbeitnehmer in besonderer Vertrauensstellung auch schon ein einmaliger und verhältnismäßig geringfügiger Fall von Spesenbetrug ein wichtiger Kündigungsgrund sein kann (vgl. BAG 9, 263/267, 268/).
2. Hat ein solcher Arbeitnehmer die Anwartschaft, als Gesellschafter in die Firma seines Arbeitgebers einzutreten, so ist das kein Grund, die bereits vor dem Eintritt erklärte außerordentliche fristlose Entlassung wie eine Ausschließung aus der Gesellschaft zu beurteilen. Die Anwartschaft muß aber bei der Interessenabwägung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann, mit berücksichtigt werden.

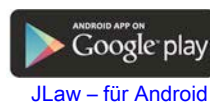
Aktenzeichen: 2 AZR 42/62

Urteil des BAG vom 22. November 1962

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 42/62

3 Sa 94/59 Hamburg

Verkündet
am 22. November 1962

gez. Damm,

Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

146

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. November 1962 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter Schilgen und Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeitsrichter Dr.h.c. Siebrecht und Petersen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 24. Oktober 1961 - 3 Sa 94/59 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten, nämlich die Kaufleute S und B, waren schon vor Gründung der Beklagten Inhaber der B Firma S & B, Fleischwaren- und Konservenfabrik. Durch "Anstellungsvertrag" vom 7. Juni 1956, der nur von B unterzeichnet ist, sollte der Kläger Geschäftsführer einer noch zu gründenden Firma mit dem Sitz in H werden. Seine Aufgabe sollte darin bestehen, den Import der ausländischen Produkte und den Export der Erzeugnisse der B Firma durchzuführen und auszubauen. Der Kläger sollte eine Provision von 1 % auf gewinnbringende Geschäfte, mindestens monatlich 2.500 DM erhalten. Durch Gesellschaftsvertrag vom 16. Juli 1956 gründeten S und B dann die Beklagte als Kommandit-Gesellschaft in H, wobei S persönlich haftender Gesellschafter und B Kommanditist wurde. In dem Gesellschaftsvertrag, den der Kläger mit unterzeichnet hat, wird dessen Anstellung bestätigt und ihm unwiderruflich und unbeschränkt für die Zeit vom 1. Oktober 1958 bis 30. September 1959 das Angebot gemacht, als persönlich haftender Gesellschafter gleichberechtigt mit S und B in die beklagte Firma einzutreten.

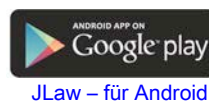
Vom 1. Oktober 1956 an führte der Kläger die Geschäfte der Beklagten, die später in eine offene Handelsgesellschaft zwischen S und B umgewandelt wurde. Im März 1958, nachdem bereits Unstimmigkeiten mit dem Kläger entstanden waren, stellte die Beklagte R K als zweiten Geschäftsführer ein. Durch Schreiben vom 14. August 1958 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos.

Der Kläger hat am 28. August 1956 auf Feststellung geklagt, daß diese Kündigung unwirksam sei. Die Beklagte hat die Kündigung im Laufe des Prozesses damit begründet, daß der Kläger in vielen Fällen untreu gewesen sei und die Geschäfte mangelhaft geführt habe. Der Kläger hat das bestritten. Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 65.374,69 DM nebst Zinsen erhoben. Später hat sie diese Widerklage in Höhe von

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

74,95 DM zurückgenommen. Im Laufe des Prozesses hat der Kläger durch Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 29. Januar 1959 das Angebot, Gesellschafter zu werden, mit Wirkung vom 1. Juli 1959 angenommen.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil vom 15. Juni 1959 der Feststellungsklage stattgegeben und die Widerklage in Höhe von 44.350,65 DM abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten gegen dieses Teilurteil hat das Landesarbeitsgericht, ebenfalls durch Teilurteil, die Feststellungsklage abgewiesen, da die fristlose Entlassung des Klägers berechtigt sei.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Feststellungsklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangen, daß die fristlose Entlassung des Klägers gerechtfertigt war.

I. Sie war es dann, wenn die Beklagte einen wichtigen Grund (§§ 70, 72 HGB, § 626 BGB) hatte, der die Weiterbeschäftigung des Klägers für sie unzumutbar machte. Solche Gründe hat das Berufungsgericht in dem Verhalten des Klägers gegenüber der Beklagten gefunden. Es stellt fest (Urteil S.10), daß der Kläger die Beklagte vielfach mit rein privaten Ausgaben wie Geschenke an seine Mutter, Bewirtung seiner Familie auf privaten Ausflugsfahrten und Anschaffung von Medikamenten zum eigenen Verbrauch als Geschäftsspesen belastet hat. Es stellt ferner fest (Urteil S.12 bis 15), daß der Kläger im Dezember 1956 durch Vermittlung der H Speditionsfirma K für 130,95 DM Spirituosen zum eigenen Verbrauch bezogen und diese Firma veranlaßt habe, die Beklagte mit diesem Betrag als "Rollgeld laut Vereinbarung" zu belasten. Durch all dieses habe sich der Kläger grober Treuwidrigkeiten schuldig

- 4 -

gemacht, die geeignet seien, das Vertrauen der Beklagten in ihn als mit weitgehender Selbständigkeit ausgestatteten Geschäftsführer, der seine Tätigkeit an einem anderen Ort als dem Wohnsitz der Gesellschaft^{e)} ausübte, restlos zu zerstören. Allein der Fall K genüge, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Der Auffassung des Klägers, als künftiger Gesellschafter habe er sich mehr Rechte herausnehmen dürfen, könne nicht gefolgt werden. Es treffe auch nicht zu, daß die Beklagte das Verhalten des Klägers jahrelang geduldet habe. Die Beklagte habe auch das Recht zur fristlosen Kündigung wegen des Falls K nicht verwirkt, sondern diesen Kündigungsgrund in zulässiger Weise nachgeschoben. Der Vorgang habe sich zwar lange vor der Kündigung ereignet, habe aber trotz vielfältiger Bemühungen der Beklagten erst im Jahre 1959 aufgeklärt werden können. Bei der Interessenabwägung wiege das Interesse der Beklagten an sofortiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses schwerer als das Interesse des Klägers an dessen Fortsetzung, da der Kläger noch nicht einmal zwei Jahre im Dienst der Beklagten gestanden und dank seiner guten geschäftlichen Beziehungen binnen kurzer Zeit wieder eine neue Tätigkeit gefunden habe.

Diese Begründung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie hält sich im Rahmen der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts über die fristlose Entlassung aus wichtigem Grunde und der dazu notwendigen Interessenabwägung (BAG 2, 207; 2, 214). Der Senat hat in BAG 9, 263 [267/268] bereits ausgesprochen, daß, wenn ein Dienstverpflichteter in besonderer Vertrauensstellung Ersatz von Spesen verlangt, die ihm gar nicht entstanden sind, dies ein Grund zu seiner fristlosen Entlassung sein könne, auch wenn es sich um einen einmaligen Vorfall und um einen geringen Betrag handelt. In dieser Entscheidung hat sich der Senat auch zu der Auffassung bekannt, daß sich der dortige Kläger zu seiner Entschuldigung nicht darauf berufen könne, daß mit der Berechnung von Spesen vielfach Mißbrauch getrieben wird. Denn diese Mißbräuche könnten nicht dazu herhalten, Recht zu bilden. Daß die individuelle Schuld des Klägers in jenem Fall gering und im Hinblick auf das eigene Verhalten des Beklagten

- 5 -



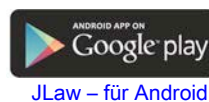
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

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

verzeihlich sein möge, könne gegenüber der Unkorrektheit, begangen in einer besonderen und maßgeblichen Vertrauensstellung, nichts ändern. Diese Erwägungen treffen auch hier zu.

II. Demgegenüber dringen die Angriffe der Revision nicht durch.

1. Sie gehen in erster Linie dahin, daß das Landesarbeitsgericht die Rechtsnatur der beiden Verträge vom 7. Juni und 16. Juli 1956 und ihre Verknüpfung miteinander verkannt, vor allem nicht genügend berücksichtigt habe, daß die Beklagte dem Kläger im Gesellschaftsvertrag vom 16. Juli 1956 das unwiderufliche Angebot gemacht habe, in der Zeit vom 1. Oktober 1958 bis zum 30. September 1959 als Gesellschafter in die Beklagte einzutreten, und daß der Kläger dieses Angebot mit Schreiben vom 29. Januar 1959 angenommen habe. Im einzelnen meint die Revision, der Anstellungsvertrag sei nur ein Vorvertrag für den Gesellschaftsvertrag gewesen. Die Beklagte habe mit der Kündigung zugleich die Anwartschaft des Klägers als Gesellschafter vernichten wollen. Die Anstellung sei nur ein Provisorium gewesen und nicht frei kündbar. Die Kündigung habe unter den Aspekten einer Kündigung des Gesellschaftsvertrages beurteilt werden müssen, der Vertrag vom 16. Juli 1956 sei letztlich bereits ein echter Gesellschaftsvertrag mit dem Kläger gewesen, nur unter der Bedingung, daß der Kläger das Angebot annehme. Das Landesarbeitsgericht habe daher die Frage der Kündigung des Arbeitsvertrages zumindest ab 1. Oktober 1958 unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten prüfen müssen. Die Beklagte habe den Eintritt des Klägers in die Gesellschaft wider Treu und Glauben verhindert (§ 162 BGB). Das Berufungsgericht habe prüfen müssen, ob bei der Kündigung die Voraussetzungen gegeben waren, unter denen ein Gesellschafter nach §§ 133, 140 HGB i.V.m. §§ 723, 737 BGB aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden konnte. Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 29. Januar 1959 von seinem Optionsrecht Gebrauch gemacht habe, habe jedenfalls das Landesarbeitsgericht davon ausgehen müssen, daß der Kläger nunmehr Gesellschafter und sein Ausschluß aus der Gesellschaft nur durch Urteil möglich war.



- 6 -

Diese Ausführungen der Revision sind rechtlich verfehlt. Der Kläger war bei seiner fristlosen Entlassung am 14. August 1958 nur angestellter Geschäftsführer und nicht Gesellschafter. Der von ihm mitunterzeichnete Gesellschaftsvertrag vom 16. Juli 1956 machte ihn noch nicht zum Gesellschafter, sondern enthielt nur das unwiderrufliche Angebot an ihn, in der Zeit zwischen 1. Oktober 1958 und 30. September 1959 als Gesellschafter in die Firma eintreten zu können. Als der Kläger mit Schreiben vom 29. Januar 1959 von diesem Angebot Gebrauch machte, war er bereits fristlos entlassen. Das Angebot nahm der Beklagten nicht die - unabdingbare - Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung; trotz des Angebotes war der Kläger jedenfalls bis zu seinem Schreiben vom 29. Januar 1959 Angestellter, das Angebot änderte an dieser seiner Stellung nichts. Ob die fristlose Entlassung auch gleichzeitig das Angebot hinfällig machte, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es ist also nicht richtig, wenn die Revision meint, die fristlose Kündigung sei nicht nach §§ 70, 72 HGB, 626 BGB, sondern nach §§ 133, 140 HGB wie die Ausschließung eines Gesellschafters zu beurteilen.

Richtig ist nur, daß das unwiderrufliche Angebot an den Kläger, Gesellschafter zu werden, und die Möglichkeit seiner Annahme durch den Kläger bei der Beurteilung der Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung mit zu berücksichtigen sind. Es muß nämlich beachtet werden, daß der Kläger durch seine fristlose Entlassung nicht nur seine Stellung als Geschäftsführer verlor, sondern daß auch seine Anwartschaft, Gesellschafter zu werden, zum mindesten gefährdet wurde. Darauf geht das angefochtene Urteil (S. 16) allerdings nicht ausdrücklich ein. Das bedeutet aber nicht, daß es diesen aus dem unstreitigen Sachverhalt sich ergebenden Zusammenhang aus dem Auge verloren hätte. Vielmehr ist den Entscheidungsgründen zu entnehmen, daß das Landesarbeitsgericht die Untreue des Klägers, besonders im Fall K, als so schwer angesehen hat, daß sie die fristlose Kündigung unter allen Umständen rechtfertigte. Das Urteil sagt nämlich an zwei Stellen (S. 10 und 16), der Kläger habe durch sein Verhalten das Vertrauen der Beklagten in ihn

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"restlos zerstört". Wenn das aber der Fall ist, war die Anwartschaft des Klägers auf Eintritt in die Gesellschaft kein Grund, von der fristlosen Kündigung abzusehen.

2. Die Revision meint ferner, die fristlose Kündigung sei schon deshalb unzulässig, weil sie nicht mit Gründen versehen gewesen sei. In der Tat enthält das Kündigungsschreiben vom 14. August 1958 keine Begründung. Die Beklagte hat jedoch bereits in ihrem ersten Schriftsatz vom 12. September 1958 behauptet, die Kündigung sei am 14. August 1958 dem Kläger gegenüber durch den Prokuristen O mit aller Ausführlichkeit begründet worden, und der Kläger hat daraufhin (Schriftsatz vom 20. September 1958) zugegeben, O

- der Schwiegersohn des Gesellschafters B - habe ihm verschiedene Punkte vorgehalten, in denen die Beklagte die Tätigkeit des Klägers beanstanden zu können glaubte. Hiernach ist unstreitig, daß eine im Kündigungsschreiben fehlende Begründung dem Kläger noch am gleichen Tage mündlich gegeben worden ist. Das muß in jedem Fall genügen. Es braucht daher im vorliegenden Fall nicht darauf eingegangen zu werden, ob und inwieweit bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung alsbald die Gründe angegeben werden müssen, und was die Folge ist, wenn eine solche Begründung fehlt.

3. Weiter rügt die Revision, daß gerade diejenigen Kündigungsgründe, aus denen das Berufungsgericht die fristlose Kündigung als berechtigt anerkannt hat, nämlich die Belastung der Beklagten mit privaten Spesen des Klägers und der Fall K, von der Beklagten verspätet vorgebracht worden seien. Soweit es sich dabei um die Spesen handelt, trifft das tatsächlich nicht zu. Denn die Beklagte hat bereits in ihrem Schriftsatz vom 13. Oktober 1958 zu Beginn des Prozesses innerhalb der ihr damals vom Arbeitsgericht gesetzten Ausschlussfrist behauptet, daß der Kläger die Beklagte mit unverhältnismäßig hohen Spesen belastet habe, bei denen es sich mindestens zum größten Teil um seine Privatausgaben handelte, u.a. Getränke, Kaffee und dergl., die er in seine Privatwohnung mitgenommen habe. Die Beklagte hat also dem Grunde nach schon

- 8 -

damals genau dasselbe behauptet, was das Landesarbeitsgericht nunmehr als wichtigen Kündigungsgrund anerkannt hat. Nur hat sie diese Behauptungen erst später im einzelnen substantiiert, zuletzt in dem Schriftsatz vom 9. Juni 1959. Die Verfahrensrüge der Revision, daß dieser Schriftsatz nicht habe berücksichtigt werden dürfen, weil er erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 20. Mai 1959 eingereicht worden ist, ist schon deshalb verfehlt, weil es sich dabei nur um einen Mangel des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht, aber nicht des Berufungsverfahrens gehandelt haben kann, das insoweit allein der Revisionsprüfung zugänglich ist. Das Berufungsgericht als zweite Tatsacheninstanz war nicht gehindert, den Schriftsatz vom 9. Juni 1959 zu verwerten, weil er ihm von Beginn des Berufungsverfahrens an vorlag und eine Verzögerung des Verfahrens also gar nicht eintreten konnte. Es hätte auch keinen Grund und keinen Anlaß gehabt, die Einzelheiten zu dem Spesenverbrauch des Klägers als verspätet zurückzuweisen.

4. Soweit der Kläger zugleich mit dem verfahrensrechtlichen Einwand des verspäteten Vorbringens von Prozeßstoff zum Spesepunkt auch den materiell-rechtlichen Einwand der Verwirkung dieses Kündigungsgrundes erhoben hat, braucht darauf nicht eingegangen zu werden. Denn das Landesarbeitsgericht nimmt an, daß der Fall K allein schon ausreiche, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen, und es befindet sich damit in Übereinstimmung mit BAG 9, 263. Auf den Fall der unberechtigten Spesen im allgemeinen kommt es somit gar nicht entscheidend an. Sollte die Beklagte durch zu langes Zögern wirklich das Recht verwirkt haben, den allgemeinen Spesepunkt mit seinen Einzelheiten als selbständigen Grund zur fristlosen Entlassung des Klägers heranzuziehen, so wäre sie doch nicht gehindert, das Verhalten des Klägers jedenfalls insoweit zur Unterstützung und Verstärkung des Grundes "Fall K " zu verwerten.

5. Auch im Fall K , den er an sich nicht bestreitet, sondern nur zu bagatellisieren und damit zu entschuldigen versucht, beruft sich der Kläger auf Verwirkung. Allerdings hat sich die-

- 9 -



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



ser Fall von arbeitsrechtlicher Untreue, den das angefochtene Urteil strafrechtlich als Betrug wertet, bereits im Dezember 1956 ereignet, und die Beklagte hat ihn erst am Schluß des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht durch Schriftsatz vom 9. Mai 1959 vorgebracht. Mit den Gründen für diese Verzögerung setzt sich das angefochtene Urteil (S. 12 bis 15) ausführlich auseinander. Es stellt fest, daß sich die Beklagte seit Februar 1957 unablässig bemüht hat, diesen Vorfall aufzuklären, was ihr jedoch wegen des Widerstandes des Klägers und der Firma K erst im April 1959 gelungen ist. Danach kann jedenfalls schon aus diesem Grunde von einer Verwirkung nicht die Rede sein.

6. Zu Unrecht versucht auch der Kläger, den Fall K zu verkleinern, indem er seine Besonderheit verkennt. Diese liegt darin, daß der Kläger nicht nur, wie im übrigen bei dem Spesenkomplex, die Beklagte mit seinen Privatspesen belastet, sondern seinen Ankauf von Spirituosen zum Privatverbrauch in den Büchern gerade als Geschäftskosten, nämlich als "Rollgeld laut Vereinbarung" getarnt und damit als ihr leitender Angestellter die Beklagte im Zusammenwirken mit Angestellten der Firma K bewußt getäuscht und die Aufdeckung des wahren Sachverhalts erschwert hat. Bei dieser Sachlage konnte das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsirrtum schon allein in diesem Vorfall einen wichtigen Kündigungsgrund erblicken, der es für die Beklagte unzumutbar machte, weiterhin mit dem Kläger zusammenzuarbeiten.

7. Schließlich kann die Revision auch nicht mit dem Einwand durchdringen, die Beklagte könne aus dem großzügigen Spesengebahren des Klägers und seinem ordnungswidrigen Verhalten im Falle K deshalb keinen wichtigen Kündigungsgrund herleiten, weil ihre Inhaber selbst zu ihrem persönlichen Vorteil sehr großzügig mit Spesen gewirtschaftet und demzufolge dem Kläger ebenfalls Großzügigkeit gestattet und sie jahrelang geduldet hätten. Denn das angefochtene Urteil stellt (S. 11) dazu fest, daß dem Kläger der Beweis in keiner dieser Rich-



- 10 -

tungen gelungen sei. Das Landesarbeitsgericht konnte es daher dahingestellt sein lassen, ob und inwieweit eine Großzügigkeit der beiden Gesellschafter zur Entlastung des Klägers, der ja nur Angestellter war, überhaupt geeignet war.

gez. Dr. Müller

Schilgen

Dr. Meier-Scherling

Siebrecht

Wilh. Petersen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)