

25. Mai 1962

76

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

Gesetz: BGB §§ 626, 628 Abs. 2; ZPO §§ 448, 526 Abs. 1

Leitsatz:

Es gehört zu den Pflichten eines leitenden Angestellten, die ihm erteilten Aufträge auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen und erforderlichenfalls seinen Arbeitgeber vor der Ausführung zu warnen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Aktenzeichen: 2 AZR 430/60

Urteil des BAG vom 25. Mai 1962

LAG Hamburg



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



2. AZR 430/60

3 Sa 95/60 Hamburg

Urteilstenor
zugestellt am
25. Mai 1962

Gez. Damm,
angestellte
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 24. Mai 1962 durch
den Senatspräsidenten Dr. Müller und die Bundesrichter
Schilgen und Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeits-
richter Krebs und Dr. Göbel für Recht erkannt:

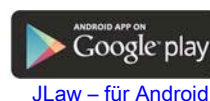
Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Hamburg, 3. Kammer,
vom 30. August 1960 - 3 Sa 95/60 - wird auf
Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand

Bei der Beklagten zu 1), einer Hörgeräte herstellen-
den und vertreibenden Kommanditgesellschaft, deren per-
sönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2) ist,
war seit 1953 der Kläger als Abteilungsleiter und Hand-
lungsbevollmächtigter für ein Monatsgehalt von zuletzt
brutto 1.200,-- DM tätig. Zu seinem Aufgabengebiet gehörte
die Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten. Im Jahre 1959
führte die Beklagte zu 1) vor dem Landgericht in D
einen Prozeß gegen einen ihrer Handelsvertreter. Ihr Revi-
sor P war - von der Beklagten mit einer kritischen
Nachprüfung beauftragt - zu dem Ergebnis gekommen, daß
die Anwälte der Beklagten, nämlich der D Rechtsanwalt Dr. D
und der H Korrespondenzanwalt Dr. S, den Prozeß nicht richtig führten. Er hatte
dieses Ergebnis in einem die Anwälte kritisierenden Akten-
vermerk vom 3. November 1959 niedergelegt. Eine Abschrift
dieses Aktenvermerks sandte der Kläger im Namen der Be-
klagten zu 1) mit Schreiben vom 5. November 1959 an Rechts-
anwalt Dr. D, wobei er betonte, daß er selbst sich
vorerst jeglicher eigenen Stellungnahme enthalte. Dr. D
und Dr. S protestierten mit Schreiben vom 7. und
10. November 1959 und kündigten die Mandatsniederlegung an.
Die Beklagte zu 1) forderte daraufhin den Kläger mit Schrei-
ben vom 13. November 1959 auf, den Anwälten gegenüber bis zum
16. November 1959 die Schuld auf sich zu nehmen und ihnen zu
erklären, er allein habe ohne Genehmigung und entgegen einer
Anweisung der Beklagten die Abschrift übersandt; auch solle
er sich bemühen, die übersandte Abschrift des Aktenvermerks
zurückzuerlangen. Die Beklagte zu 1) brachte in diesem Schrei-
ben ferner zum Ausdruck, sie habe die sofortige Entlassung
des Klägers erwogen, hiervon jedoch noch einmal Abstand genom-
men. Der Kläger sah in den Behauptungen, Vorwürfen und For-



derungen dieses Schreibens einen Grund, seinerseits fristlos den Arbeitsvertrag zu kündigen, was er mit Schreiben vom 14. November 1959 tat. In diesem Schreiben brachte er zum Ausdruck, daß der Brief der Beklagten zu 1) vom 13. November 1959 nur das letzte Glied einer Kette unzumutbarer Handlungen der Beklagten gewesen sei.

Der Kläger, der bis zum 15. November 1959 bei der Beklagten zu 1) Gehalt bezogen und erst ab 1. Januar 1960 wieder eine neue Stelle erlangt hat, fordert mit der Klage unter Hinweis auf §§ 628 Abs. 2 BGB, 70 Abs. 2 HGB sein Gehalt bis 31. Dezember 1959 als Schadensersatz und ferner in Anlehnung an § 7 KSchG die Zahlung einer in gerichtlichem Ermessen gestellten Abfindung.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgebend die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von insgesamt 6.800,-- DM verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I. Die Zweifel, die der Kläger an der ordnungsmäßigen Besetzung des Landesarbeitsgerichts mit Landesarbeitsrichtern geäußert hat, greifen nicht durch. Die Gründe, die am 14. Dezember 1961 in 2 AZR 332/60 und anderen Prozessen zur Aufhebung einiger Urteile des Landesarbeitsgerichts Hamburg geführt haben, liegen hier nicht vor. Die in jenen Urteilen beanstandeten Vorgänge betreffen die 1. Kammer, während es sich hier um Urteile der 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamburg handelt. Außerdem ist hier ein Urteil aus dem Jahre 1960 angefochten, während in den am 14. Dezember 1961 entschiedenen Sachen die Urteile aus dem Jahre 1959 stammten. Im Jahre 1960 aber



- 4 -

waren beim Landesarbeitsgericht die gerügten Mängel beseitigt, weil von diesem Jahre an der Kammervorsitzende die von der Geschäftsstelle aufgestellte Liste der Beisitzer auch selbst unterzeichnet und sie damit zu einer dem § 39 ArbGG entsprechenden gemacht hat. Unter diesen dem Senat bekannten Umständen bedurfte die Frage keiner Erörterung, ob die ordnungsmäßige Besetzung der Richterbank und die Einhaltung der Vorschriften über den gesetzlichen Richter von Amts wegen zu prüfen sind, und ob verneinendenfalls zur Nachholung einer in der Revisionsbegründung nicht erhobenen prozessualen Rüge eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden kann.

II Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Die geltend gemachten Ansprüche setzen gemäß §§ 626, 628 Abs. 2 BGB - ob daneben noch der gleichlautende § 70 Abs. 2 HGB zum Zuge kommt, konnte dahin gestellt bleiben - voraus, daß der Kläger einen aus einem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten zu 1) herzuleitenden wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung hatte. Der Kläger sieht einen solchen Grund in dem Schreiben der Beklagten vom 13. November 1959 und ihrem früheren Verhalten ihm gegenüber.

Das Schreiben der Beklagten zu 1) vom 13. November 1959 ist, wie auch das angefochtene Urteil zutreffend annimmt, unnötig scharf und entspricht nicht dem üblichen Umgangston zwischen Arbeitgeber und leitendem Angestellten. Bei seiner Beurteilung muß jedoch berücksichtigt werden, daß es durch eine grobe Fehlleistung des Klägers hervorgerufen worden ist. Der Aktenvermerk der Revisionsabteilung, den der Kläger an Rechtsanwalt Dr. D weitergeleitet hat, enthält eine nach Form und Inhalt recht massive Kritik an der Prozeßführung der Anwälte der Beklagten zu 1). Wiederholt wird darin von schweren Fehlern der Anwälte gesprochen und ihnen vorgeworfen, den Prozeß nur schleppend

- 5 -



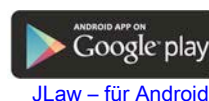
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



betrieben und die Beklagte auch nur mangelhaft und verspätet über wichtige Fragen des Prozesses unterrichtet zu haben. Daß dieser Aktenvermerk schon wegen seiner Form ein nur für den innerbetrieblichen Gebrauch bestimmtes Schriftstück war und keinesfalls den Anwälten der Beklagten zugänglich gemacht werden durfte, mußte der Kläger als Leiter der Rechtsabteilung erkennen. Er mußte auch damit rechnen, daß die Anwälte auf eine solche massive Kritik an ihren Fähigkeiten und Leistungen mit der Niederlegung des Mandats reagieren würden und der Beklagten zu 1) hierdurch Schwierigkeiten und Nachteile entstehen könnten. Tatsächlich haben die Anwälte daraufhin auch ihre Mandate niedergelegt und die Beklagte zu 1) gezwungen, einen anderen Anwalt mit ihrer Prozeßvertretung zu beauftragen, was mit weiteren Prozeßkosten verbunden war.

Der Kläger verteidigt sich nun damit, daß ihm der Beklagte zu 2) den Auftrag zur Übersendung des Aktenvermerks gegeben habe.

Es ist schon äußerst zweifelhaft, ob diese Verteidigung überhaupt schlüssig ist, jedenfalls unter den vom Kläger selbst geschilderten Umständen. Wenn der Beklagte zu 2), wie der Kläger in seinem Schriftsatz vom 3. Dezember 1959 auf Seite 3 anführt, selten etwas selbst liest, sondern sich meist auf die Information seiner Frau verläßt, so mußte der Kläger auch damit rechnen, daß der Beklagte zu 2) den Aktenvermerk des Revisors nicht selbst gelesen hatte, was dieser im Prozeß auch behauptet und was der Kläger als durchaus möglich ansieht. Dann aber war es Aufgabe eines Abteilungsleiters im Range des Klägers, den Beklagten zu 2) vor der Ausführung des behaupteten Auftrags zu warnen. Gerade wenn sich die Telefongespräche zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) so abgespielt haben, wie es der Kläger in seinem Schriftsatz vom 3. Dezember 1959 schildert, ging der Wunsch des Beklagten zu



- 6 -

2) dahin, seine Anwälte sachlich zu informieren, nicht aber sie zu kränken. Wenn er den Aktenvermerk – womit der Kläger rechnen mußte – nicht selbst gelesen hatte, sondern nur über den Inhalt informiert war, so wußte er damit möglicherweise nur, daß der Revisor P sachliche Vorschläge für die Prozeßführung gemacht, aber nicht, daß dieser die Anwälte persönlich angegriffen hatte. Erstrebte aber der Beklagte zu 2) nur eine Rücksprache des Revisors P mit dem Rechtsanwalt und meinte er, es sei gut, daß der Rechtsanwalt schon vorher wisse, worauf es P bei der Unterredung ankommen werde, so wollte er damit ersichtlich nur eine sachliche Information des Anwalts. Dann aber hätte der Kläger den Beklagten zu 2) auf die gegen die Rechtsanwälte gerichteten Ausfälligkeiten im Aktenvermerk besonders hinweisen und dem Beklagten vorschlagen müssen, aus dem Aktenvermerk nur die sachliche Information herauszuziehen, aber von einer Übersendung des Aktenvermerks im ganzen abzusehen. Einen solchen warnenden Hinweis erwartet man schon von einer guten Sekretärin, erst recht von einem Abteilungsleiter, der ja nicht nur Aufträge ausführen, sondern auch mitdenken und mitraten soll. Hinzu kommt, daß der Kläger in dem von ihm entworfenen und unterschriebenen Brief sich der Unzweckmäßigkeit der Übersendung offenbar selbst bewußt gewesen ist, wie jedenfalls seine sich selbst salvierende Äußerung, er enthalte sich vorerst einer eigenen Stellungnahme, vermuten läßt.

Davon abgesehen hat das Berufungsgericht auch ohne Rechtsirrtum den angeblichen Auftrag des Beklagten zu 2) an den dafür beweispflichtigen Kläger als unbewiesen angesehen. Der Kläger hat lediglich seine Sekretärin M als Zeugin benannt. Dieser hatte er nach seinem Telefongespräch mit dem Beklagten zu 2) gesagt, der Aktenvermerk des Revisors P solle als Information an Rechtsanwalt Dr. D geschickt werden. Das hat die Zeugin auch bekundet, was dem

- 7 -



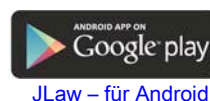
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Arbeitsgericht zur Feststellung, der Beklagte zu 2) habe den stritigen Auftrag erteilt, genügt hat, dem Landesarbeitsgericht hingegen nicht.

Die gegen die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts erhobenen Angriffe der Revision greifen nicht durch. Die Revision beanstandet zunächst, daß das Landesarbeitsgericht die Zeugin M nicht selbst gehört, sondern sich insoweit nur auf das Vernehmungsprotokoll erster Instanz gestützt habe; da es diese Zeugenaussage anders als das Arbeitsgericht gewertet habe, habe es sich, so meint die Revision, von dem Wert der Aussage einen eigenen Eindruck verschaffen müssen. Damit verkennt die Revision anscheinend, daß das Berufungsgericht grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine ordnungsgemäße erstinstanzliche Beweisaufnahme zu wiederholen (vgl. Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl., Anm. II zu § 526; Wieczorek, Kommentar zur ZPO, Anm. B III b 1 zu § 526). Eine erneute Vernehmung von Zeugen, die bereits in erster Instanz ausgesagt haben, kann freilich dann erforderlich sein, wenn es bei der Beweiswürdigung auf ihre Glaubwürdigkeit ankommt und das Berufungsgericht sich deshalb einen persönlichen Eindruck verschaffen muß. Ein solcher Fall ist hier gerade nicht gegeben. Das angefochtene Urteil hebt ausdrücklich hervor, daß es einer Entscheidung über die Glaubwürdigkeit der Zeugin nicht bedurfte, weil der von ihm als wahr erachtete Inhalt ihrer Aussage als solcher nicht geeignet sei, den vom Kläger zu führenden Beweis zu erbringen.

Auch die vom Berufungsgericht abgelehnte Vernehmung des Klägers als Partei nach § 448 ZPO ist entgegen der Ansicht der Revision prozeßrechtlich nicht zu beanstanden. Die Parteivernehmung nach § 448 ZPO steht im Ermessen des Gerichts und ist überhaupt nur zulässig, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht



- 8 -

ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Die Parteivernehmung setzt also - wie das Landesarbeitsgericht richtig erkannt hat - stets voraus, daß bereits einiger Beweis erbracht ist. Gerade diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht aber nicht als gegeben erachtet. Das ist revisionsrechtlich nicht angreifbar.

Ist somit davon auszugehen, daß der Beklagte zu 2) von der Übersendung des Revisionsberichts an die Anwälte vorher nichts wußte, so war seine Empörung über das Verhalten des Klägers verständlich, verständlich auch, daß er an den Kläger das Ansinnen gestellt hat, sich bei den Rechtsanwälten zu entschuldigen. Hiernach kann der Umstand, daß der Beklagte zu 2) in seinem Schreiben vom 13. November 1959 einen scharfen Ton angeschlagen und auch sonst vielleicht etwas zu weit gegangen ist, nicht so schwer wiegen, daß dem Kläger jegliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten war, zumal der Beklagte zu 2) das Schreiben unter dem unmittelbaren Eindruck der groben Fehlleistung des Klägers verfaßt hat. Mindestens hätte der Kläger, wie das angefochtene Urteil zutreffend annimmt, zunächst eine Klärung der Differenzen versuchen und sich um eine Zurücknahme der ihm unzumutbar erscheinenden Forderungen und Androhungen bemühen müssen. Da er durch eigenes fehlerhaftes Verhalten selbst den Anlaß zu diesem Schreiben gegeben hat, hätte er jedenfalls nicht übergangslos zum äußersten Mittel der fristlosen Kündigung greifen dürfen.

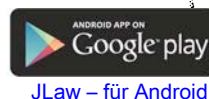
Dabei kann ganz dahingestellt bleiben, ob den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts über die langjährige Duldung des Betriebstones durch den Kläger allenthalben zuzustimmen ist.

Der Hinweis der Revision auf das Urteil des erkennenden Senats vom 14. Juli 1960 - 2 AZR 64/59 - kann der

- 9 -



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



Revision ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Der Senat hat dort ausgesprochen, daß die zum Zwecke der Herbeiführung einer einverständlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochene Drohung mit einer rechtlich nicht möglichen fristlosen Entlassung dem Arbeitnehmer das Recht gibt, seine Willenserklärung wegen widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 BGB anzufechten. Hier handelt es sich nicht um die Anfechtung einer Willenserklärung. Die Beklagten haben auch keine Drohung ausgesprochen, um den Kläger zu einer rechtserheblichen Willenserklärung zu veranlassen; sie haben lediglich Folgerungen, darunter vielleicht auch die fristlose Entlassung des Klägers, angedroht für den Fall der Wiederholung einer in dem Schreiben vom 5. November 1959 liegenden groben Fehlleistung des Klägers. Die Androhung diente also lediglich dazu, den Kläger vor weiteren Fehlleistungen zu warnen.

Auch im Zusammenhang mit dem übrigen Vortrag des Klägers kann das Schreiben des Beklagten zu 2) vom 13. November 1959 die fristlose Kündigung des Klägers nicht rechtfertigen. Das Schreiben der Ehefrau des Beklagten zu 2) vom 3. März 1959, worin sie dem Kläger ziemlich unverblümt vorwarf, er spiegle eine Erkrankung vor, um nicht zum Dienst erscheinen zu müssen, stellt zwar eine Ungehörigkeit dar. Der Vorfall lag aber zur Zeit der Kündigung bereits länger als ein halbes Jahr zurück, worauf das angefochtene Urteil mit Recht hinweist. Noch länger liegt die Auseinandersetzung vom 8. Februar 1957 zurück, bei der der Beklagte zu 2) dem Kläger angeblich in brüllendem Ton heftige Vorwürfe darüber gemacht hat, daß die Angestellten schon kurz nach Dienstschluß den Betrieb verlassen haben, obwohl sich die Abteilungsleiter darüber beschwerten, daß sie aus Mangel an Arbeitskräften das Arbeitspensum nicht schaffen könnten.

Darauf, daß die Beklagte andere Arbeitnehmer unzumutbar behandelt habe, kann der Kläger seine Kündigung



- 10 -

nicht stützen. Diese Behauptung könnte nur dazu dienen, den Vortrag des Klägers über die ihm selbst widerfahrene ungehörige Behandlung seitens der Beklagten zu erhärten. Da aber die vom Kläger neben dem Schreiben vom 13. November 1959 noch angeführten Vorfälle, selbst wenn man sie als wahr unterstellt, nicht hinreichen, im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 13. November 1959 die fristlose Kündigung zu rechtfertigen, kann es auf die vom Kläger angetretenen Beweise über das Verhalten der Beklagten gegenüber anderen Arbeitnehmern nicht ankommen. Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen der Revision sind daher unbegründet.

War somit die vom Kläger ausgesprochene fristlose Kündigung mangels eines wichtigen Grundes unwirksam, so steht dem Kläger ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB nicht zu. Damit entfällt auch der geltend gemachte Abfindungsanspruch, da dessen Grundlage ebenfalls nur die genannte Vorschrift, aber nicht § 7 KSchG sein kann.

gez. Schilgen
zugleich für den beurlaubten
und ortsabwesenden Senats-
präsidenten Dr. Müller

Dr. Meier-Scherling

H. Krebs

Dr. Göbel



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

