

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

Gesetz: BGB § 626, § 339; ZPO §§ 286, 320, 561

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 459/75

Urteil des BAG vom 9. November 1976

LAG Rheinland-Pfalz



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



2 AZR 459/75

5 (3) Sa 150/74 Rheinland-Pfalz

Urteilstenor
zugestellt am
9. November 1976

gez. Bittner,
Regierungsobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 4. November 1976 durch den Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Roeper und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Hackmann und Brenne für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland - Pfalz vom 9. Mai 1975 - 5 (3) Sa 150/74 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger, ein männlicher Transsexueller, schloß am 8. Mai 1973 über eine Agentur einen Engagementsvertrag mit dem Beklagten. Darin verpflichtete er sich, im Monat Juli 1973 in dem Barbetrieb des Beklagten als "Universalartistin" für eine Tagespauschalgage von 164,--DM brutto zuzüglich 6,--DM brutto Urlaubsgeld täglich vier Striptease-Auftritte vorzuführen. In dem Vertrag haben die Parteien u.a. vereinbart:

"Die Kontrahenten vereinbaren eine Konventionalstrafe in Höhe der Monatsgage, wenn einer der beiden Kontrahenten durch schuldhaftes Verhalten die Vertragslösung herbeiführt oder gegen wesentliche Bestimmungen des TV dieses Vertrages gröblich verstößt oder die vertragsmäßige Ausführung der Darbietung verletzt, verweigert oder verhindert."

Nachdem es am 16. Juli 1973 zwischen dem Kläger und der damaligen Geschäftsführerin des Lokals, der Zeugin D , zu einer Auseinandersetzung gekommen war, kündigte der Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 18. Juli 1973 zum 15. Juli 1973 "wegen Ihres ungebührlichen Verhaltens und wegen falscher Angabe zu Ihrer Person im Engagementsvertrag vom 8. Mai 1973". Der Kläger hält die fristlose Kündigung für unwirksam. Er hat vorgetragen, die Auseinandersetzung am 16. Juli 1973 habe allein Frau D verschuldet. Dem Beklagten sei bei Abschluß des Vertrages auch mitgeteilt worden, daß er ein Hermaphrodit sei. Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 18. Juli 1973 nicht aufgelöst worden ist und den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5.084,--DM als Konventionalstrafe zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zu verurteilen, 4.420,--DM Vertragsstrafe zu zahlen. Er hat vorgetragen, der Kläger habe seine Geschäftsführerin bei der Auseinandersetzung grundlos schwer beleidigt. Außerdem sei ihm bis zu der Auseinandersetzung nicht bekannt gewesen, daß es sich bei dem Kläger



- 3 -

nicht um eine Frau handele. Im Geschäftsinteresse stelle er grundsätzlich als Stripteasetänzerinnen nur Frauen ein. Der Kläger habe ihm auf Befragen wahrheitswidrig versichert, er sei eine Frau. Da der Kläger die Auflösung des Vertragsverhältnisses zu vertreten habe, sei er verpflichtet, die Vertragsstrafe zu zahlen, die mit der Widerklage geltend gemacht werde.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 18. Juli 1973 nicht aufgelöst worden ist. Es hat ferner den Beklagten verurteilt, dem Kläger eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.084,--DM zu zahlen. Die Widerklage des Beklagten hat es abgewiesen. Der Beklagte hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts am 1. April 1974 Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründung ist zusammen mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand am 29. April 1974 beim Landesarbeitsgericht eingegangen. Das Landesarbeitsgericht hat wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und die Berufung des Beklagten als unbegründet zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine bisherigen Anträge weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist als unbegründet zurückzuweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat dem Beklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu Recht gewährt. Diese Frage ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 234 ZPO; BAG AP Nr. 1 zu § 212 a ZPO und BGHZ 6, 369).

Der Wiedereinsetzungsantrag ist rechtzeitig innerhalb



- 4 -

der Zweiwochenfrist des § 234 ZPO gestellt worden, denn es ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts davon auszugehen, daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten erst durch die Mitteilung des Gerichts vom 18. April am 19. April 1974 Kenntnis von der Fristversäumung erlangt hat. Der Wiedereinsetzungsantrag ist auch sachlich begründet, weil nach der eidesstattlichen Versicherung des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten glaubhaft gemacht ist, daß er selbst seinen Kanzleivorsteher angewiesen hat, die 14-tägige Berufungsbegründungsfrist nebst der üblichen Vorfrist im Terminkalender einzutragen. Demnach hat es der Prozeßbevollmächtigte des Berufungsklägers seinem Büropersonal nicht überlassen, die Fristen selbst zu berechnen. Es kommt daher im Streitfall nicht darauf an, ob unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG AP Nr. 68 zu § 233 ZPO unter Hinweis auf AP Nr. 62 zu § 233 ZPO) der Auffassung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts zu folgen ist, wonach es Anwälte ihrem besonders gut ausgebildeten und sorgfältig überwachten Büropersonal überlassen dürfen, Fristen selbst zu berechnen (vgl. BGHZ 43, 148 [151 ff.] = AP Nr. 43 zu § 233 ZPO und BVerwGE 27, 36 = NJW 1967, 2026).

II. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß die fristlose Kündigung des Beklagten unwirksam ist.

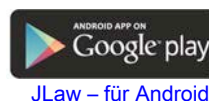
1. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nur daraufhin nachgeprüft werden, ob im angefochtenen Urteil der Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt ist. Dabei ist zunächst darauf einzugehen, ob der Tatrichter von einem Sachverhalt ausgegangen ist, der unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Zum Rechtsbegriff des wichtigen Grundes gehört dann weiter die Prüfung und Abwägung, ob es demjenigen, der eine außerordentliche Kündigung erklärt hat, unzumutbar gewesen ist, das

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

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. vereinbarten Vertragsdauer fortzusetzen. Der Begriff des wichtigen Grundes ist nur dann richtig erkannt und angewendet, wenn sich die erforderliche Interessenabwägung auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles erstreckt und diese vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen sind (ständige Rechtsprechung des Senats: vgl. BAG 2, 175 [182] = AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG; BAG 2, 214 [215] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 70 HGB und BAG 9, 263 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB sowie BAG 24, 401 = AP Nr. 65 zu § 626 BGB). Die der rechtlichen Würdigung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen sind für das Revisionsgericht bindend, soweit sie nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffen worden sind (vgl. § 561 Abs. 2 ZPO).

Die Anwendung dieser Prüfungsmaßstäbe führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

2. Der für die außerordentliche Kündigung maßgebliche Sachverhalt ist durch das Landesarbeitsgericht ohne Verfahrensverletzung festgestellt worden.

a) Das Landesarbeitsgericht hat darauf abgestellt, wegen der "Geschlechtszugehörigkeit" des Klägers sei es nie zu irgendwelchen Beanstandungen durch die Gäste gekommen. Es könne daher davon ausgegangen werden, daß der Kläger die ihm nach dem Engagementsvertrag obliegende Darbietung - als Universalartistin vier Striptease-Auftritte pro Abend - erbracht habe. Es sei nicht ersichtlich, warum in einem solchen Fall das "wahre Geschlecht" des Klägers, das weder bei den Auftritten noch in dem sonstigen Bereich seines Arbeitsgebietes erkennbar geworden ist, ein wichtiger Kündigungsgrund sei. Es sei nicht bewiesen worden, ob der Kläger gewußt habe, daß der Beklagte Wert darauf lege, nur Frauen als "Universalartistinnen" auftreten zu lassen.

b) Die dagegen erhobenen Rügen der Revision sind unbegründet.

aa) Zu Unrecht meint die Revision, nach dem unbestritten



- 6 -

gebliebenen Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 2. Oktober 1973 - und damit unstreitig - habe der Kläger bei Antritt des Engagements auf ausdrückliches Befragen gegenüber der Geschäftsführung des Beklagten behauptet, selbstverständlich eine Frau zu sein.

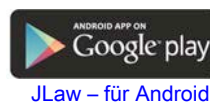
Im angefochtenen Urteil ist die entsprechende Behauptung des Beklagten nicht als unstreitig, sondern als streitig behandelt worden. Dies folgt aus dem 3. Absatz Seite 2 des Urteils "dem Beklagten sei bei Abschluß des Vertrages auch mitgeteilt worden, daß es sich bei dem Kläger um einen Hermaphroditen handele" und aus Seite 4 des Urteils letzter Absatz, in dem als streitiges Vorbringen des Beklagten angeführt wird "...trotz ausdrücklicher Befragung habe der Kläger sein Geschlecht wahrheitswidrig mit weiblich angegeben...". Diese Darstellung im Tatbestand ist für das Revisionsgericht bindend. Sie hätte nur mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO angegriffen werden können (vgl. BAG 8, 156 [159 f.] = AP Nr. 13 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche). Tatbestandsberichtigungsantrag ist jedoch vom Beklagten nicht gestellt worden.

bb) Die Rügen, mit denen die Beklagte darzulegen versucht, das Landesarbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, daß sich der Kläger im Engagementsvertrag als Frau bezeichnet habe, obwohl er sich als Mann betrachte, wie sein Verhalten im Prozeß zeige, greifen nicht durch. Diese Umstände lassen nicht auf eine Absicht des Klägers schließen, den Beklagten bewußt über sein Geschlecht zu täuschen, weil das Landesarbeitsgericht die nicht mit Verfahrensrügen angegriffene Feststellung getroffen hat, der Beklagte habe nicht bewiesen, daß der Kläger wußte, der Beklagte beschäftige nur Personen weiblichen Geschlechts als "Universalartistinnen". Wenn aber der Kläger davon ausgehen konnte, dem Beklagten komme es nur darauf an, ob er als Frau wirke, war er nicht verpflichtet, sich als Hermaphrodit oder Transvestit zu erkennen zu geben.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

cc) Das Landesarbeitsgericht hat weiter festgestellt, der Kläger habe seine Leistungen unbeanstandet erbracht. Die Revision rügt demgegenüber, durch die Auseinandersetzung mit der Zeugin D sei nicht nur dem Beklagten und seinem Personal, sondern auch den Gästen bekannt geworden, daß der Kläger in Wirklichkeit Hermaphrodit oder ein Mann sei. Danach sei dem Beklagten eine weitere Beschäftigung des Klägers nicht mehr zumutbar gewesen. Sonst wäre er in den "Geruch" geraten - wie andere Konkurrenzunternehmer - auch Männer als weibliche Artisten auftreten zu lassen. Mit dieser Rüge kann der Beklagte nicht gehört werden, denn insoweit handelt es sich um einen neuen Tatsachenvortrag (§ 561 ZPO).

dd) Die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu dem Vorfall in der Nacht vom 16. zum 17. Juli 1973, in der sich der Kläger und die Geschäftsführerin D beschimpft haben, und deren rechtliche Würdigung sind von der Revision nicht angegriffen worden. Diese Ausführungen sind unabhängig davon revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Auch die Interessenabwägung ist frei von Rechtsfehlern. Den Vorwurf, der Kläger habe sich trotz Befragung wahrheitswidrig als Mann ausgegeben, hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler nicht zu Lasten des Klägers verwertet, weil es diese Darstellung des Beklagten zutreffend als streitige und unbewiesene Behauptung angesehen hat. Darauf, ob das Geschlecht des Klägers auch Gästen bekannt gewesen ist, braucht es nicht einzugehen, weil das nach seinen für den Senat bindenden Feststellungen weder bei den Auftritten noch sonst erkennbar geworden ist.

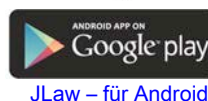
Es ist nicht ersichtlich, daß das Landesarbeitsgericht andere für die Interessenabwägung wesentliche Umstände übersehen hat.

III. Die Widerklage ist unbegründet.

Der Kläger schuldet keine Vertragsstrafe, weil er es dem Beklagten nicht unzumutbar gemacht hat, den befristeten



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

8 -

Vertrag bis zum 31. Juli 1973 fortzusetzen und für die vorzeitige Beendigung des Engagements keinen hinreichenden Anlaß gegeben hat. Er hat auch nicht gegen wesentliche Bestimmungen des Vertrages gröblich verstoßen oder die vertragsmäßige Ausführung der Darbietung verletzt, verweigert oder verhindert.

IV. Dagegen hat der Beklagte die vereinbarte Vertragsstrafe nach § 339 BGB in Verbindung mit der im Engagementsvertrag vereinbarten Strafabrede verwirkt.

1. Bei der Auslegung der Konventionalstrafenklausel handelt es sich um eine branchenübliche Vereinbarung, deren Auslegung vom Revisionsgericht uneingeschränkt nachprüfbar ist (BAG AP Nr. 3 zu § 339 BGB und BGH AP Nr. 1 zu § 339 BGB).

2. Mit der Revision ist zwar davon auszugehen, daß nach dem Inhalt der Konventionalstrafenklausel nur eine schuldhaft Vertragsverletzung die Vertragsstrafe auslöst (vgl. BGH AP Nr. 6 zu § 339 BGB). Ob das Landesarbeitsgericht ausreichend ~~klar~~ begründet hat, aus welchem Grunde der Beklagte schuldhaft das Engagement vorzeitig gekündigt hat, ist aber entgegen der Ansicht der Revision unerheblich.

Nach § 282 BGB ist nämlich bei nachfolgender Unmöglichkeit - und dieser Fall liegt hier vor - derjenige verpflichtet, sich zu entlasten, der die Unmöglichkeit der Leistung verursacht hat. Das ist durch den Beklagten geschehen, indem er den Kläger unberechtigt fristlos entlassen hat. Er hatte sich daher exkulpieren müssen (vgl. BGH AP Nr. 6 zu § 339 BGB unter 3 b der Gründe). Um sich auf einen Irrtum berufen zu können, der sein Verschulden ausschließt, wäre der Vortrag des Beklagten erforderlich gewesen, er habe sich vor Ausspruch der Kündigung sorgfältig erkundigt, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt sei (vgl. BAG 24, 318 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Ausbildungsverhältnis). Der Beklagte hat dafür jedoch nichts vorgetragen und auch keine Verfahrensrüge nach § 139 ZPO angebracht.

- 9 -

3. Die Höhe der Konventionalstrafe wird von der Revision nicht beanstandet. Da der Beklagte auch in den Vorinstanzen nichts gegen ihre Berechnung vorgetragen hat, ist die vom Landesarbeitsgericht zugesprochene Vertragsstrafe auch der Höhe nach nicht zu beanstanden.

gez.: Hillebrecht

Dr. Jobs

zugleich für den durch Urlaub
verhinderten Richter am
Bundesarbeitsgericht

Roeper

Hackmann

Brenne

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)