

25. Juli 1963

04

Für das Nachschlagewerk!	Ja	} auszugsweise
Für die Fachpresse!	Ja	
Für die amtliche Sammlung!	Ja	

Gesetz: HGB § 70 Abs. 1, § 71 Ziff. 2; BGB § 284; ZPO § 160 Abs. 2 Ziff. 3, §§ 162, 164, 286, 397, 445, 448, 451, 554 Abs. 3, § 559

Leitsätze:

1. Für die Wirksamkeit einer vom Arbeitnehmer erklärten fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund kommt es darauf an, ob ihm bei Abwägung aller vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände zuzumuten oder nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Es gelten insoweit dieselben Maßstäbe wie bei der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber.
2. Ob zum Beweis einer Tatsache die Vernehmung einer bestimmten Partei nach § 448 ZPO notwendig ist, steht nicht im freien Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.
3. Lassen die Urteilsgründe nicht erkennen, weshalb das Gericht von einer solchen Parteivernehmung abgesehen hat, so geht daraus allein noch nicht hervor, daß es sich seiner Prüfungspflicht nicht bewußt war (BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO).
4. Ist jedoch über eine erhebliche und nur den Parteien bekannte Tatsache allein die beweispflichtige Partei gehört und der Antrag der anderen, auch sie über dieselbe Tatsache zu vernehmen, in den Urteilsgründen stillschweigend übergangen worden, dann liegt darin ein Verfahrensmangel, nämlich eine Verletzung von §§ 286, 448 ZPO.

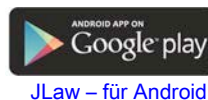
Aktenzeichen: 2 AZR 510/62

Urteil des BAG vom 25. Juli 1963

LAG Bayern (Nürnberg)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. AZR 510/62

6 Sa 149/62 N Bayern (Nürnberg)

Verkündet am
25. Juli 1963

Im Namen des Volkes! 24

gez. Lamm,

Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juli 1963 durch den Präsidenten Dr. Müller, den Bundesrichter Schilgen und die Bundesrichterin Professor Dr. Hilger sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Müller und Zeilinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern, Kammer 6 in Nürnberg, vom 18. Oktober 1962 - 6 Sa 149/62 N - aufgehoben.

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

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1930 oder 1931 geborene Kläger war seit Dezember 1952 für die Beklagte, eine Papiergroßhandlung, als Handelsreisender tätig. Nach dem Vertrag vom 13. Dezember 1952 erstreckte sich sein Bezirk über Teile der Gebiete von Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz. Er erhielt eine feste Vergütung von 600 DM im Monat zuzüglich 100 DM als Entgelt dafür, daß seine Ehefrau in seiner Abwesenheit Post und Telefonanrufe entgegennahm, ferner eine Provision für alle von ihm unmittelbar oder mittelbar hereingebrachten Aufträge, die bei Rotationsdruckpapier 1/2 % betrug. Die Beklagte stellte dem Kläger einen Kraftwagen zur Verfügung und zahlte einen Reisespesenzuschuß von täglich 10 DM. Der Vertrag sollte bis zum 30. Juni 1956 unkündbar sein und sich jeweils um zwei Jahre verlängern, wenn er nicht vorher mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt wurde.

Das Vertragsverhältnis entwickelte sich günstig. Der Kläger erhielt im Jahre 1955 Handlungsvollmacht und im Jahre 1960 Prokura. Durch Vereinbarung vom 6. April 1959 wurde die Provision des Klägers für österreichisches, belgisches und finnisches Rotationspapier bei Erzielung nur niedriger Preise auf 1/4 % herabgesetzt. Die Haupteinnahmequelle des Klägers aus dem Vertrag waren die Provisionen. Er erzielte im Jahre 1960 einen Gesamtverdienst von mehr als 40.000 DM.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 1960 schlug die Beklagte dem Kläger eine allgemeine Herabsetzung der Provision für Rotationspapier auf 1/4 % vor. Darauf ging der Kläger nicht ein. Gleichwohl kurzte die Beklagte in der Folgezeit die Provision des Klägers entsprechend ihrem Vorschlag, wogegen der Kläger wiederholt protestierte und seine vertraglich vereinbarte Provision verlangte. Zuletzt tat er dies mit Einschreiben vom 19. März 1961, abgesandt am 31. März 1961, in welchem er der Beklagten zur Zahlung von angeblich 1.926,50 DM rückständiger Provision eine Frist bis zum 10. April 1961 setzte. Eine Aussprache zwischen dem Kläger und dem Mitinhaber D der Beklagten am 11. April 1961 führte zu keiner Einigung. Mit Schreiben vom gleichen Tage, das er dem

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mitinhhaber bei der Unterredung übergab, kündigte der Kläger der Beklagten wegen Vorenthaltung seiner vertraglichen Provision fristlos, vorsorglich mit Frist zum 30. Juni 1961, und gab ihr den Wagen zurück. Mit Schreiben vom 14. April 1961 übersandte die Beklagte dem Kläger einen Scheck über die verlangten 1.926,50 DM. Weitere Bemühungen der Beklagten, den Kläger umzustimmen und zur Rücknahme seiner fristlosen Kündigung zu veranlassen, blieben erfolglos.

Der Kläger, der sich inzwischen selbständig gemacht hatte, hat am 19. Juni 1961 beim Arbeitsgericht Stuttgart auf Zahlung von 3.910,17 DM rückständige Provision nebst Zinsen geklagt. Die Beklagte hat die sachliche und örtliche Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts Stuttgart geltend gemacht, die Klageforderung bestritten und vorsorglich mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet. Das Arbeitsgericht in Stuttgart hat die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache zuständigkeitshalber an das Arbeitsgericht in Würzburg verwiesen. Der Kläger hat seine Klageforderung auf 3.721,72 DM ermäßigt. Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 5.000 DM Schadenersatz wegen der angeblich unberechtigten fristlosen Kündigung des Klägers erhoben.

Das Arbeitsgericht Würzburg hat dem Kläger 3.521,72 DM nebst Zinsen zugesprochen, die weitere Klageforderung von 200 DM und die Widerklage abgewiesen, von den Kosten des Rechtsstreits der Beklagten 43/44 und dem Kläger 1/44 sowie die durch Anrufung des örtlich unzuständigen Gerichts erwachsenen Mehrkosten auferlegt.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagte Berufung und der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Die Beklagte hat weiterhin Abweisung der Klage und Verurteilung des Klägers nach dem Widerklageantrag zur Zahlung von 5.000 DM beantragt, ferner Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung der an ihn zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil gezahlten 3.678,02 DM nebst Zinsen. Der Kläger hat mit seiner



- 4 -

Anschlußberufung beantragt, die Beklagte zur Zahlung weiterer 14.596,25 DM Provision nebst Zinsen zu verurteilen. Diesen Antrag hat er auf 12.885,70 DM nebst Zinsen ermäßigt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, auf die Anschlußberufung des Klägers die Beklagte zur Zahlung weiterer 12.317,75 DM nebst Zinsen verurteilt, die weitergehende Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen und von den Kosten des Rechtsstreits dem Kläger ein Elftel und der Beklagten zehn Elftel auferlegt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr früheres Begehren weiter, jedoch zunächst mit der Einschränkung, daß sie mit der Widerklage nicht mehr 5.000 DM, sondern nur noch 500 DM nebst Zinsen verlangt. In der Revisionsverhandlung hat sie den Widerklageanspruch wieder in Höhe von 5.000 DM geltend gemacht, da die Ermäßigung auf 500 DM in der Revisionsbegründung auf einem Schreibfehler beruht habe. Außerdem verlangt sie noch die Rückzahlung von 12.895,40 DM nebst Zinsen, die sie zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landesarbeitsgerichts an den Kläger gezahlt hat.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist formgerecht und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie ist auch insoweit zulässig, als die Beklagte ihren Widerklageanspruch, den sie in ihrer Revisionsbegründung nur noch mit 500 DM geltend gemacht hatte, in der Verhandlung vor dem Revisionsgericht wieder auf die ursprüngliche Summe von 5.000 DM erhöht hat. Dabei ist es unerheblich, ob die Beschränkung des Anspruchs auf 500 DM in der Revisionsbegründung nur ein Schreibfehler oder ob sie wirklich gewollt war. Denn auf jeden Fall hatte die Beklagte noch bis zum Schluß der letzten Verhandlung vor dem Revisionsgericht die Möglichkeit, ihre Revision im Rahmen ihrer abgewiesenen früheren Anträge und der Revisionsbegründung zu erweitern (BGHZ 12, 52 [67/68]).

- 5 -



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



II. Die Revision ist auch sachlich begründet.

1. Die Entscheidung über Klage und Widerklage hing im wesentlichen davon ab, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien durch die vom Kläger erklärte fristlose Kündigung vom 11. April 1961 aufgelöst worden ist oder nicht. Das Vertragsverhältnis war, da der Kläger kein selbständiger, sondern ein unselbständiger Handelsvertreter im Sinne von § 84 Abs. 2 HGB war, ein Arbeitsverhältnis. Es richtete sich nach den Vorschriften des HGB über Handlungsgehilfen. Hiernach konnte der Kläger sein Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Frist kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorlag (§ 70 Abs. 1 HGB), u.a. wenn die Beklagte ihm sein Gehalt nicht zahlte (§ 71 Ziff. 2 HGB). Als Gehalt in diesem Sinne sind auch die Provisionsansprüche des Klägers anzusehen.

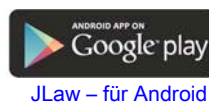
Von dieser allgemeinen Rechtslage geht das angefochtene Urteil aus. Sie ist auch zwischen den Parteien unstreitig.

2. Das Landesarbeitsgericht hat einen die fristlose Kündigung des Klägers rechtfertigenden wichtigen Grund darin erblickt, daß die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung mit Provisionszahlungen für die Zeit von Dezember 1960 bis Februar 1961 in Höhe von 1.358,55 DM in Verzug gewesen sei, und daß sie sich hartnäckig geweigert habe, die dem Kläger vertraglich zustehende Provision von 1/2 % für normale Abschlüsse über Rotationspapier zu gewähren. Dadurch habe die Beklagte, so meint das Berufungsgericht, die für eine weitere Zusammenarbeit der Parteien notwendige Vertrauensgrundlage beseitigt. Wenn die Beklagte eine weitere Minderung der Provision des Klägers habe erreichen wollen, dann habe sie bei fehlender Zustimmung des Klägers den Weg einer Änderungskündigung gehen müssen. Diesen einzig möglichen Weg habe sie in unzulässiger Weise eigenmächtig umgangen. Außerdem habe sie durch Hinauszögern der Besprechung bis zum 11. April 1961 die Lage noch verschärft. Alle weiteren Umstände seien nicht geeignet, den wichtigen Kündigungsgrund zu entkräften. Nach alledem habe dem Kläger am 11. April 1961 nicht zugemutet werden können, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.



Diese Ausführungen des angefochtenen Urteils geben allgemein gesehen keinen Anlaß zu rechtlichen Beanstandungen. Sie halten sich im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde. Diese Rechtsprechung gilt wegen des jeweils in gleicher Weise zur Anwendung kommenden Begriffs des wichtigen Grundes nicht nur für fristlose Entlassungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, sondern ebenso für die fristlose Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitnehmer.

3. Die Revision rügt zunächst, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht einen Schuldnerverzug der Beklagten mit (wenigstens) 1.358,55 DM Provision angenommen. Diese Rüge greift nicht durch. Der Verzug der Beklagten ergibt sich zweifelsfrei aus dem Schriftwechsel. Daß die Beklagte dem Kläger nach dem geltenden Vertrag mindestens noch den genannten Betrag schuldete und dieser Betrag auch fällig war, ist unstreitig. Durch seinen Einschreibebrief vom 19. März 1961 (Bl. 25 Korrespondenzmappe), der allerdings erst am 31. März 1961 zur Post gegeben worden ist, lehnte der Kläger "jegliche Provisionskürzung ausdrücklich ab" und setzte der Beklagten zur Zahlung seiner Restforderung eine Frist bis zum 10. April 1961. Darin liegt eine wirksame Mahnung im Sinne von § 284 BGB. Eine Fristsetzung war zur Wirksamkeit der Mahnung nicht notwendig. Davon abgesehen war die gesetzte Frist auch nicht zu kurz, selbst wenn man bedenkt, daß der Mahnbrief erst am 31. März abgegangen ist. Aus Bl. 30 der Korrespondenzmappe geht hervor, daß die Beklagte ihn am 1. April 1961 erhalten hat. Der Verzug ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht dadurch weggefallen, daß der Kläger sich auf Wunsch der Beklagten vom 23. März 1961 (Bl. 24 Korrespondenzmappe) durch Schreiben vom 1. April 1961 (Bl. 32 Korrespondenzmappe), also nach seiner Mahnung, zu einer Besprechung am 11. April 1961 bereiterklärt hatte, die nach dem Wunsch der Beklagten (Bl. 33 aaO) umfassend sein sollte. In diesem Verhalten des Klägers liegt kein Abgehen von seiner Mahnung und kein Verzicht auf ihre Rechtswirkungen. Das hätte eindeutig ausgesprochen werden müssen.



4. Es kommt aber nicht nur auf den Verzug der Beklagten mit 1.358,55 DM Provision an, sondern bei der erforderlichen Gesamt-abwägung der beiderseitigen Interessen auch darauf, wie sich der Mitinhaber D bei der Aussprache mit dem Kläger am 11. April 1961 bezüglich der Provisionsansprüche des Klägers verhalten hat. Das ist ebenfalls die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, wenn es sagt, allein der Verzug der Beklagten mit dieser Summe dürfte eine fristlose Kündigung wohl nicht begründen können (Urteil S. 15); jedoch müsse die monatelang fortgesetzte hartnäckige Verweigerung der vertraglichen Bezüge als ausreichender Grund für eine außerordentliche Kündigung angesehen werden. Das Landesarbeitsgericht fährt dann fort: "Wie die Beklagte bei der Unterredung am 11. April 1961 noch einmal ausdrücklich bestätigte, war sie auch für die Zukunft nicht mehr bereit, der Vereinbarung entsprechend zu bezahlen" (Urteil S. 16).

Die in diesem letzten Satz enthaltene tatsächliche Feststellung, auf der das Urteil seinem Zusammenhang nach mit beruht, greift die Revision mit einer Rüge aus § 448 ZPO an. Diese Rüge dringt durch.

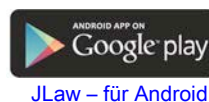
Worauf das Landesarbeitsgericht diese Feststellung stützt, sagt das Urteil nicht. Es muß aber angenommen werden, daß es die Erklärung im Auge hat, die der Kläger in erster Instanz in dem Termin vor dem Arbeitsgericht Würzburg am 18. Mai 1962 abgegeben hat; diese Erklärung lautet insoweit: "Bei der Besprechung vom 11. April 1961 habe Herr D ihm, Kläger, auf seine Frage, ob er ihm die Provision gemäß den getroffenen Vereinbarungen nun zahlen wolle, erklärt, nein, er denke nicht daran." Indessen hat der Kläger diese Erklärung weder in einer Parteivernehmung zwecks Beweises nach § 445 ZPO abgegeben noch in einer Vernehmung von Amts wegen gemäß § 448 ZPO. Vielmehr handelte es sich nur um eine Anhörung des Klägers zu Protokoll des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 141 ZPO).

Eine Parteivernehmung zwecks Beweises (§ 445 ZPO) scheidet schon deshalb aus, weil für das Vorliegen eines wichtigen Grundes als Voraussetzung des Klageanspruchs der Kläger und nicht die Beklagte beweispflichtig wäre. Nach § 445 ZPO wäre also zum Zweck



des Beweises nicht eine Vernehmung des Klägers, sondern in erster Linie eine solche der Inhaber der Beklagten als Gegnerin des Beweispflichtigen in Frage gekommen. Außerdem wäre dazu ein entsprechender Beweisantrag des Klägers über den Verlauf der Besprechung notwendig gewesen, welcher nicht vorliegt. Gegen die Annahme, daß es sich bei der "Vernehmung" des Klägers um eine Parteivernehmung im Sinne von § 445 gehandelt haben kann, spricht ferner, daß es nach dem insoweit beweiskräftigen (vgl. §§ 164, 561 Abs. 1 ZPO) Protokoll vom 18. Mai 1961 auch sonst an den für eine Beweisaufnahme durch Parteivernehmung vorgeschriebenen Formen gefehlt hat, insbesondere an einem Beweisbeschluß (§ 450 Abs. 1 Satz 1 ZPO), an der Ermahnung zur Wahrheit und an der Vernehmung zur Person (§ 395 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 451 ZPO). Bezeichnend ist ferner, daß die Aussage des Klägers nicht, wie es bei Zeugen- und Parteiaussagen, wenn auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben, so doch üblich ist, in direkter, sondern in indirekter Rede gefaßt ist. Dementsprechend fehlt der durch § 162 i.V.m. § 160 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO vorgeschriebene Vermerk in dem Protokoll, daß dem Kläger seine Aussage vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt und von ihm genehmigt worden ist.

Die Anhörung des Klägers im Termin vor dem Arbeitsgericht am 18. Mai 1962 kann aber auch nicht als fakultative Parteivernehmung im Sinne von § 448 ZPO angesehen werden. Zwar kann nach dieser Vorschrift eine Partei ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast vernommen werden, wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu begründen. Auch in diesem Fall muß jedoch das Gericht die Parteivernehmung "anordnen"; d.h. es muß durch Beschluß gesagt werden, daß eine förmliche Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO durchgeführt werden soll (vgl. Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., § 448 Anm. V; Wieczorek, ZPO, § 448 Anm. B II). Die Wahrung dieser Form ist nicht etwa belanglos, schon deshalb nicht, weil die Gegenpartei Wert darauf legen muß, alsbald zu wissen, wie sie sich bei der Vernehmung ihres Gegners zur Wahrung ihrer eigenen Rechte verhalten soll, insbesondere hinsichtlich der Ausübung des Frage-



rechts (§ 451 i.V.m. § 397) und des Stellens weiterer Anträge, vor allem eines etwaigen Antrages auf eigene Vernehmung.

Handelt es sich demnach weder um eine Parteivernehmung zwecks Beweises nach § 445 ZPO noch um eine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO, so kann die umstrittene Erklärung des Klägers nur auf Grund einer Anhörung zu Protokoll des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts gemäß § 141 ZPO abgegeben worden sein. Eine solche Parteivernehmung entbehrt aber der Beweiskraft.

Allerdings hat die Revision nicht ausdrücklich beanstandet, daß das Landesarbeitsgericht die aus diesen Gründen als Beweisaufnahme durch Parteivernehmung nicht verwertbare Aussage des Klägers vor dem Arbeitsgericht zur Grundlage seiner Feststellung über das Verhalten des Mitinhabers D bei der Unterredung am 11. April 1961 genommen hat. Sie hat aber als Verstoß gegen § 448 ZPO gerügt, daß das Gericht auf den Antrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 28. Mai 1962 nicht eingegangen ist, ihren Mitinhaber D über den Verlauf der Unterredung am 11. April 1961 zu hören, insbesondere darüber, ob D

bei dieser Unterredung dem Kläger, schon bevor dieser das Kündigungsschreiben übergab, gesagt habe, seine Provision werde für die Monate Dezember 1960 bis Februar 1961 (für März 1961 hätten damals die Zahlen noch nicht festgestanden) vertragsgemäß genau nachberechnet. Daß die Beklagte diesen zunächst beim Arbeitsgericht gestellten Antrag auch im Berufungsverfahren aufrechterhalten hat, ergibt sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 10). Die Revision meint in diesem Zusammenhang weiter, zur Erforschung der Wahrheit hätten beide Parteien gehört werden müssen.

In dieser Rüge der Revision liegt gleichzeitig die weitere Rüge, daß das Gericht zu Unrecht die formlose Erklärung des Klägers trotz Bestreitens der Beklagten zur Grundlage seiner Feststellung gemacht hat.

Darüber hinaus wäre die Rüge der Revision aber auch dann begründet, wenn das Landesarbeitsgericht den Kläger formgerecht gemäß § 448 ZPO vernommen hätte. Bei der Beurteilung der Rüge ist wiederum davon auszugehen, daß es sich um die zwischen den



Parteien streitige Frage handelt, ob der Kläger bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung einen wichtigen Grund hatte, und daß die Beweislast hierfür beim Kläger lag. Nun durfte sich allerdings das Landesarbeitsgericht unter Umständen im Rahmen von § 448 ZPO darauf beschränken, nur den Kläger als Partei zu vernehmen, erforderlichenfalls unter Eid. Es durfte dies nämlich dann, wenn es aus sachlichen Gründen der Meinung war, nach dem unstreitigen Sachverhalt, insbesondere nach dem Schriftwechsel der Parteien vor und nach der Kündigung vom 11. April 1961 sei es wahrscheinlich, daß sich der Mitinhaber der Beklagten D bei der Unterredung an diesem Tage wiederum geweigert hatte, die begründeten Provisionsforderungen des Klägers anzuerkennen. Es kann auch für das Revisionsverfahren unterstellt werden, daß der Kläger dann dasselbe ausgesagt hätte, wie bei seiner Anhörung vor dem Arbeitsgericht am 18. Mai 1962. Nachdem aber die Beklagte ausdrücklich beantragt hatte, zu demselben Thema auch ihren Mitinhaber D als Partei zu vernehmen, durfte das Landesarbeitsgericht über diesen Antrag nicht stillschweigend hinweggehen. Das Übergehen dieses Antrages in den Entscheidungsgründen stellt bereits einen Verfahrensmangel, nämlich einen Verstoß gegen § 448 i.V.m. § 286 ZPO dar, der zur Aufhebung des Urteils zwingt. Denn es läßt erkennen, daß das Berufungsgericht sich nicht bewußt war, daß die Vernehmung oder Nichtvernehmung D nicht in seinem freien Belieben stand, es vielmehr zu einer Prüfung verpflichtet war, ob es dieser Vernehmung bedurfte, um den Sachverhalt im entscheidenden Punkt soweit wie möglich zu klären. Zwar kann aus dem bloßen Schweigen des angefochtenen Urteils über § 448 ZPO der Mangel dieses Bewußtseins noch nicht gefolgert werden (OGHBrZ 1, 228; BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO; a.A. RGZ 144, 321 [324]). Doch muß diese Folgerung hier daraus gezogen werden, daß das Landesarbeitsgericht die bloße Protokollerklärung des Klägers vom 18. Mai 1962 als Parteivernehmung gewertet und sich mit dem ausdrücklichen Antrag der Beklagten auf Vernehmung ihres Mitinhabers D überhaupt nicht befaßt hat.

Das Landesarbeitsgericht hätte sogar, wenn nicht ganz besondere Gründe dagegen sprachen, diesem Antrag auch stattgeben



und D vernehmen müssen, am zweckmäßigsten unter Gegenüberstellung mit dem Kläger. Denn bei jener Unterredung waren nur der Kläger und D zugegen, die beide in gleicher Weise am Ausgang des Prozesses interessiert sind, und es wäre deshalb ein einseitiges Verfahren, der Aussage der einen Partei ohne weiteres Glauben zu schenken, ohne die andere vorher ebenfalls persönlich gehört zu haben, um auch einen Eindruck von ihrer Glaubwürdigkeit zu gewinnen. Es ist im voraus nicht ohne weiteres auszuschließen, daß die Vernehmung D die Aussage des Klägers, wenn auch nicht widerlegen, so doch derartig hätte erschüttern können, daß der wichtige Kündigungsgrund, nämlich die endgültige Weigerung der Beklagten zur Zahlung der vertragsgerechten Provision, entweder ganz hinfällig geworden oder doch derart abgeschwächt worden wäre, daß er der gebotenen Interessenabwägung nicht mehr standgehalten hätte.

III. Bei dieser Abwägung, die das Landesarbeitsgericht nach Gegenüberstellung des Klägers mit D erneut vornehmen muß, wird es sowohl auf die festzustellende Intensität einer etwaigen Weigerung der Beklagten zur vertragsgerechten Provisionszahlung als auch auf alle sonstigen wesentlichen Begleitumstände ankommen.

Die Beklagte hat im Revisionsverfahren zu ihrer Entlastung behauptet, der Kläger habe sich in einem Schreiben vom 8. August 1960 zu einer Herabsetzung seiner Provision grundsätzlich bereit erklärt. Da dieses Schreiben nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens war, enthält dieses Vorbringen der Beklagten eine neue Tatsache, die im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden kann.

Was die weiteren Behauptungen der Beklagten anlangt, der Kläger habe sich schon vor seiner fristlosen Kündigung in geschäftsschädigender Weise gegenüber Kunden der Beklagten geäußert und auch schon damit begonnen, Geschäfte für eigene Rechnung zu machen, so hat das angefochtene Urteil (S. 18, 19) dieses Vorbringen deshalb für unerheblich erachtet, weil es nichts daran ändern könne, daß die Beklagte es gewesen sei, die durch ihr Verhalten dem Arbeitsverhältnis die notwendige



Vertrauensgrundlage entzogen habe, und weil ein etwaiges derartiges Fehlverhalten des Klägers die Beklagte nicht berechtige, die zur Herabsetzung der Provision erforderliche Änderungskündigung durch Teilentzug bereits verdienter Provisionen zu ersetzen. Zudem habe die Beklagte das Verhalten des Klägers insoweit vor der Kündigung niemals gerügt, so daß ihr Vertragsbruch durch eine derartige Beschuldigung nicht getragen sei. Diese Begründung ist allerdings bedenklich. Denn sie scheint zu verkennen, daß ein solches Fehlverhalten des Klägers bei der Interessenabwägung doch eine Rolle spielen kann, jedenfalls insofern als dem Kläger dann eher zuzumuten war, von einer fristlosen Kündigung abzusehen und die bis zum 31. Dezember 1961 laufende ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Indessen braucht auf diesen Punkt nicht näher eingegangen zu werden, weil das angefochtene Urteil auf diesem Mangel seiner Begründung nicht beruht. Die Beklagte hat nämlich ihre Behauptungen über das Fehlverhalten des Klägers bisher nicht ausreichend substantiiert, insbesondere nicht in der Richtung, wann und wem gegenüber sich der Kläger geschäftsschädigend geäußert und mit eigenen Geschäften begonnen haben soll.

Schließlich wird das Landesarbeitsgericht bei seiner neuen Interessenabwägung auch die unstreitige Tatsache in Betracht ziehen müssen, daß die Beklagte dem Kläger im Jahre 1960 Prokura erteilt hat, was wegen der damit begründeten engeren Bindung der Parteien aneinander einerseits eine größere Treuepflicht des Klägers, andererseits aber auch eine größere Fürsorgepflicht der Beklagten entstehen ließ.

gez. Dr. Müller

Schilgen

Hilger

Dr. Müller

Fritz Zeilinger



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

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