

Aktenzeichen: 2 AZR 563/77

LAG Baden-Württemberg

Urteil des BAG vom 5. Juli 1979

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 626, § 140, § 615 Satz 1; ZPO § 139, § 561,
§ 554 Abs. 3 Nr. 3 b; AFG § 117 Abs. 4 Satz 2

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 563/77

2 Sa 132/76 Baden-Württemberg

Verkündet am
5. Juli 1979

gez. Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 1979 durch den Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Dr. Gehring und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und Schwarz für Recht erkannt:

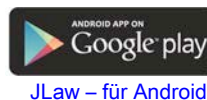
1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 14. Februar 1977 - 2 Sa 132/76 - insoweit aufgehoben, wie es über den Anspruch des Klägers auf Zahlung von 17.500,-- DM brutto und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 31. Mai 1976 - 10 Ca 1065/75 - zu Ziffer 2 a) und hinsichtlich der Kostenentscheidung wie folgt abgeändert:
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 17.500,-- DM brutto abzüglich 5.239,-- DM netto (erhaltenes Arbeitslosengeld) zu zahlen.
3. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 1/4 und die Beklagte zu 3/4.

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 Kläger war aufgrund des schriftlichen Vertrages vom 27. März 1975 bei der Beklagten als Außendienstmitarbeiter angestellt und damit betraut, für die Beklagte Verkäufe von optischen Geräten und Einrichtungen, insbesondere von Brillenfassungen, an den Facheinzelhandel zu vermitteln. Das monatliche Bruttogehalt des Klägers betrug 2.500,-- DM. Weiter hatte der Kläger nach näher bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Provision sowie auf Erstattung von Tage- und Übernachtungsgeldern und Kilometerspesen gemäß den Steuer Richtlinien. Nach § 5 des Vertrages war der Kläger insbesondere verpflichtet, "die Abnehmer und Interessenten seiner Bezirke 9 bis 12mal jährlich zu besuchen und zu beraten" sowie "vermittelte Aufträge am Tage der Vermittlung unverzüglich an das Unternehmen zu senden". Nach § 10 des Vertrages sollte das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einmonatiger Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Monats gekündigt werden können; darüber hinaus war in dieser Bestimmung aufgezählt, welche Vertragsverletzungen oder Vorfälle als wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung gelten sollten. Für Änderungen und Ergänzungen des Vertrages sowie für Nebenabreden hatten die Parteien die Schriftform vereinbart.

Dem Kläger war zunächst zusammen mit einem Kollegen das Land Baden-Württemberg als Reisebezirk zugewiesen. Ab August/September 1975 hatte der Kläger etwa die Hälfte dieses Bundeslandes allein zu bereisen. Der vom Kläger erzielte Umsatz, für den im Vertrag eine monatliche Mindestgröße von 25.000,-- DM vorgesehen war, belief sich im April 1975 auf 25.500,-- DM und im Oktober 1975 auf 9.000,-- DM. In den übrigen Monaten lag er - abgesehen vom Urlaubsmonat Juli - um 20.000,-- DM.

Mitte November 1975 fand zwischen dem Kläger und dem Inhaber der Beklagten ein Gespräch statt, bei dem dieser versuchte, den Kläger zu einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen. Mit Anwaltsschreiben vom 24. November 1975 kündigte die Beklagte das Arbeitsver-

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



hältnis des Klägers mit sofortiger Wirkung. Sie begründete ihre Kündigung damit, der Kläger habe die vereinbarten Besuchsintervalle von neun bis zwölf Besuchen pro Kunde und die vertragliche Pflicht, Besuchsberichte umgehend zurückzusenden, nicht eingehalten; der Kläger habe den im Vertrag vorgesehenen Mindestumsatz nicht erreicht und sei entgegen einer Vereinbarung "radial" statt "zirkular" gereist. Weiter warf die Beklagte dem Kläger vor, seine Spesenabrechnungen seien unrichtig, es bestehe der Verdacht der Täuschung; auch habe der Kläger die Kollektion "Beauty Bar" nicht bei den Kunden vorgestellt. Mit Anwaltsschreiben vom 27. November 1975 wies der Kläger die fristlose Kündigung zurück und wiederholte seine Bedingungen für eine vorzeitige Vertragsauflösung. Nach dem Mitte November 1975 zwischen den Parteien geführten Gespräch hat der Kläger nicht mehr für die Beklagte gearbeitet.

Der Kläger hat nach fruchtlosem Ablauf der für die Annahme seines Auflösungsangebots gesetzten Frist Klage erhoben. Er begehrt die Feststellung, daß die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst habe. Weiter verlangt er von der Beklagten die Zahlung des Gehaltes für die Zeit von November 1975 bis einschließlich Mai 1976 in Höhe von 17.500,-- DM brutto sowie die Zahlung von Spesen für die Monate Oktober und November 1975 in Höhe von insgesamt 2.541,92 DM. Der Kläger hat am 23. August 1976 eine neue Arbeitsstelle angetreten. Bis zum 31. Mai 1976 hat er Arbeitslosengeld in Höhe von 5.239,-- DM empfangen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger habe von den rund 330 Kunden seines Reisegebietes in acht Monaten nur 131 Kunden und diese unterschiedlich oft besucht. Ungeachtet eines Rundschreibens vom Juni 1975 und ungeachtet wiederholter Abmahnungen habe der Kläger seine Besuchsberichte nicht postwendend vorgelegt. Die Verkleinerung des Vertretungsgebietes habe den Kläger nicht benachteiligt, da seine Kollektion verdoppelt worden sei. Der Kläger habe dadurch, daß er entgegen der Vereinbarung zuviel radial gefahren sei, zu hohe Kosten verursacht und zu viele Fahrtzeiten aufzuweisen. Statt des vereinbarten Betrages von 26,-- DM habe er immer wieder 30,-- DM in die Spesenab-



rechnung eingetragen. Die Beklagte hat die fristlose Kündigung hilfsweise auch darauf gestützt, daß der Kläger nach dem Mitte November 1975 geführten Gespräch nicht mehr gearbeitet hat.

Demgegenüber hat der Kläger geltend gemacht, nach der Gebietsaufteilung seien ihm im Höchstfall noch 120 Kunden verblieben. Er habe die Kunden in regelmäßigen Abständen von vier bis sechs Wochen aufgesucht. Seine Besuchsberichte habe er jeweils unverzüglich an die Beklagte abgeschickt. Freitagserichte habe er teilweise am darauffolgenden Montag persönlich bei der Beklagten abgegeben. Die Verkleinerung seines Bezirks habe zwangsläufig zu einem rückläufigen Umsatz geführt. Eine weitere Kollektion sei ihm erst kurz vor der Kündigung übergeben worden. Es sei nicht vereinbart gewesen, daß er streng zirkular fahren müsse. Bei einer Übernachtung zu Hause habe er Übernachtungsgelder eingespart.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt, nachdem er in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht die Klage in Höhe von 5.239,-- DM (erhaltenes Arbeitslosengeld) zurückgenommen hat, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist zum überwiegenden Teil nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat mit dem Arbeitsgericht angenommen, die fristlose Kündigung der Beklagten vom 24. November 1975 sei rechtsunwirksam. Die Beklagte habe zu dem Kündigungsgrund, der Kläger habe die Kunden seines Reisebezirks nicht oft genug besucht, nicht dargelegt, daß sie die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt habe. Auch sei eine Abmahnung des Klägers nicht ausreichend dargetan. Soweit die Beklagte behauptet habe, der Kläger habe die Verpflichtung verletzt, die Besuchsberichte täglich und umgehend zurückzusenden, habe die Beklagte eine schuldhaft schlechte Erfüllung nicht dargelegt. Zudem sei es ihr des-



wegen nicht unzumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Das bloße Nichterreichen einer bestimmten vertraglich vorgesehenen Umsatzhöhe sei für sich allein kein Grund für eine außerordentliche Kündigung. Die Arbeitsvertragsparteien könnten das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht vertraglich erweitern. Eine von der Beklagten behauptete Vereinbarung über die Gestaltung der Fahrtrouten des Klägers ergebe sich nicht aus seinem Arbeitsvertrag. Auch wenn die Beklagte kraft ihres Weisungsrechts befugt gewesen sei, den Kläger zu einer kostengünstigen Gestaltung des Tourenplanes anzuhalten, so habe die Beklagte doch nicht dargelegt, wie der Kläger kostengünstiger habe reisen können. Die Beklagte habe auch nicht ausreichend vorgetragen, daß der Kläger in einzelnen Fällen zu hohe Spesen geltend gemacht habe. Auf die unterlassene Vorstellung der Kollektion "Beauty Bar" könne die Kündigung schon deswegen nicht gestützt werden, weil der Kläger wegen dieses Grundes nicht abgemahnt worden sei. Das Fernbleiben des Klägers von der Arbeit nach dem im November 1975 geführten Gespräch sei nach den Umständen als unverschuldet anzusehen. Vier bis fünf Fehltage stellten noch keine erhebliche Fehlzeit dar, insofern habe ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht vorgelegen. Insgesamt sei es der Beklagten angesichts der vereinbarten kurzen ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf dieser Frist fortzusetzen.

Die Zahlungsansprüche des Klägers seien begründet. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß der Inhaber der Beklagten bei dem Mitte November 1975 geführten Gespräch ordentlich gekündigt habe. Mangels eines entsprechenden Vortrags der Beklagten sei auch nicht davon auszugehen, daß die außerordentliche Kündigung für den Fall ihrer Unwirksamkeit als ordentliche Kündigung habe aufrechterhalten werden sollen.

II. An die vom Landesarbeitsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist der Senat nach § 561 Abs. 2 ZPO gebunden, da die von der Revision erhobene Verfahrensrüge der unzureichenden Sachaufklärung nicht durchgreift. Zwar scheitert

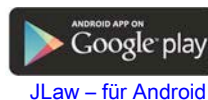
Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



die Rüge nicht schon an der fehlenden Kennzeichnung der verletzten Norm, weil mit dem Vorwurf mangelnder Aufklärung für das Revisionsgericht und den Gegner hinreichend deutlich erkennbar ist, daß eine Verletzung des § 139 ZPO gerügt wird (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision [zu III der Gründe]), wohl aber an der fehlenden Angabe, wie die von der Revision vermißte Fragestellung des Landesarbeitsgerichts hätte lauten müssen und was die Revisionsklägerin für den Fall, daß eine solche in der Tatsacheninstanz an sie gestellt worden wäre, geantwortet hätte (vgl. BAG 13, 340 [344] = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO; BAG AP Nr. 8 zu § 322 ZPO [zu I der Gründe]). Weiter hätte angegeben werden müssen, welche Beweismittel für einen solchen Prozeßvortrag der Revisionsklägerin in der Tatsacheninstanz angegeben worden wären (vgl. BAG AP Nr. 25 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu II der Gründe]). Darüber hinaus muß entweder offenkundig sein oder vom Revisionskläger im einzelnen die Möglichkeit dargelegt werden, daß ohne die gerügte Verfahrensverletzung anders entschieden worden wäre (vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 554 ZPO [zu 4 der Gründe]; BAG AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1969 [zu II 3 a der Gründe]). An allen diesen Angaben läßt die von der Revision erhobene Verfahrensrüge es fehlen. Sie ist damit unzulässig.

III. Das Landesarbeitsgericht hat mit der Begründung seiner Entscheidung nicht gegen § 626 BGB verstoßen.

1. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nicht uneingeschränkt nachgeprüft werden. Entscheidend ist allein, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt oder unrichtig angewandt hat. Das Revisionsgericht kann insoweit nur nachprüfen, ob ein bestimmter Vorgang für sich genommen überhaupt geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB zu geben, und ob das Berufungsgericht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, bedacht und abgewogen hat (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit BAG 2, 207



[212] = AP Nr. 5 zu § 626 BGB [zu II der Gründe], vgl. statt vieler BAG 24, 401 [407] = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu III 1 der Gründe] sowie BAG AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision [zu II 3 a der Gründe] - jeweils mit weiteren Nachweisen). Die Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

2. Soweit die Revision geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe die vorgetragenen Gründe zur fristlosen Kündigung rechtlich unzutreffend gewürdigt, übersieht sie, daß das Berufungsgericht bei dem überwiegenden Teil der Vorwürfe gar nicht zu der Frage Stellung zu nehmen brauchte, ob sie überhaupt einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden konnten. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich im wesentlichen die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB als versäumt angesehen. Dem ist aus folgenden Gründen zu folgen:

a) Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist eine materiell-rechtliche Ausschußfrist (BAG 24, 341 [343] = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu I 2 der Gründe]). Die Vorschrift enthält sachlich den Tatbestand einer Verwirkung des wichtigen Grundes wegen reinen Zeitablaufs. Es wird dadurch die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung aufgestellt, daß auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund nach dem Ablauf der Frist seine die Kündigung rechtfertigende Bedeutung verloren hat (BAG 24, 292 [295] = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 [zu 1 der Gründe]; BAG 24, 383 [393] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]). Nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB beginnt die Frist, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis vom Kündigungssachverhalt hat (BAG 24, 341 [344] = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu I 4 der Gründe]).

b) Im Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung ist derjenige Vertragsteil, der die Kündigung erklärt hat, darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erst innerhalb der letzten beiden Wochen vor Zugang der Kündigung Kenntnis erlangt hat (vgl. BAG 24, 383 [394] = AP Nr. 4 zu



§ 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]; BAG AP Nr. 7 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu 3 b der Gründe]). Dabei erfüllt der Kündigende diese Darlegungspflicht nicht schon dann, wenn er gleichsam abstrakt vorträgt, er habe die maßgeblichen Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung erfahren. Vielmehr muß er möglichst genau den Tag der Kenntniserlangung bezeichnen und vortragen, auf welche Weise dies geschehen sein soll. Nur dann ist es dem Gekündigten möglich, auf den Vortrag des Kündigenden einzugehen und diesen gegebenenfalls qualifiziert zu bestreiten (BAG 24, 383 [395] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]).

c) Obwohl bereits das Arbeitsgericht in bezug auf zwei der von der Beklagten behaupteten Kündigungsgründe auf die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB hingewiesen hatte (Bl. 83 und 84 VA), hat die Beklagte dies nicht zum Anlaß genommen, ihren Vortrag in der Berufungsinstanz insoweit zu ergänzen.

Allerdings haben die Vorinstanzen den genauen Zeitpunkt des Zugangs der außerordentlichen Kündigung nicht festgestellt. Das die Kündigung enthaltende Schreiben ist an die Prozeßbevollmächtigten des Klägers gesandt worden, die mit Schreiben vom 27. November 1975 darauf erwidert haben. Geht man zugunsten der Beklagten davon aus, daß das Kündigungsschreiben am 25. November 1975 zugegangen ist, so bedeutet dies, daß der Inhaber der Beklagten erst kurz vor oder während des Mitte November 1975 geführten Gesprächs mit dem Kläger von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt haben durfte, wenn die Ausschußfrist bei Zugang der Kündigung noch gewahrt sein sollte. Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Sie hat insbesondere nicht vorgetragen, daß das erwähnte Gespräch zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts habe dienen sollen, um ihr eine ausreichende Kenntnis des Sachverhalts zu verschaffen. Auch das von der Beklagten behauptete und von der Zeugin R bekundete Verhalten des Klägers bei dem Gespräch, wonach der Kläger die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens zugegeben habe, reicht für einen substantiierten Vortrag zur Frage der Kenntniserlangung im Sinne des § 626



Abs. 2 BGB nicht aus; denn nicht erst das Eingeständnis des Fehlverhaltens, sondern bereits dieses selbst hätte einen Kündigungsgrund darstellen können. Es ist daher offengeblieben, wann die Beklagte von den nach ihrer Auffassung zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat.

3. Hinsichtlich der einzelnen Kündigungsgründe gilt folgendes:

- a) Bei dem Vorwurf, der Kläger habe die vertraglich vereinbarte Verpflichtung, jeden seiner Kunden 9 bis 12mal im Jahr zu besuchen, trotz wiederholter Abmahnung verletzt, vermißt das Landesarbeitsgericht zu Recht den Vortrag der Beklagten, sie habe erst in den letzten beiden Wochen vor der Kündigung von diesem Grund Kenntnis erlangt. Somit kommt es auf die weiteren Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, wonach die Beklagte nicht ausreichend dargetan habe, daß sie den Kläger deswegen abgemahnt habe und dieser gleichwohl bei seinem Verhalten geblieben sei, nicht mehr an.
- b) Die Beklagte hat auch, soweit sie dem Kläger vorwirft, er habe vermittelte Aufträge nur bündelweise eingesandt, bezüglich der Einhaltung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht ihrer Darlegungspflicht genügt.
- c) Den weiteren Vorwurf, der Kläger habe einzelne Aufträge verspätet zugesandt, hat das Landesarbeitsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, die Beklagte habe ein schuldhaftes Verhalten nicht dargetan. Diese Würdigung ist zutreffend. Eine außerordentliche Kündigung wegen Verstoßes gegen Leistungspflichten ist regelmäßig nur dann gerechtfertigt, wenn der Gekündigte rechtswidrig und schuldhaft seine Pflichten aus dem Vertrag verletzt hat (vgl. BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht [zu II 7 der Gründe]; BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 22 [zu 8 der Gründe]). Die Beklagte könnte dem Kläger den verspäteten Eingang der Besuchsberichte allenfalls dann vorwerfen, wenn er sie verspätet abgesandt hätte. Dies ist jedoch nicht dargelegt worden. Die Beklagte hat nur behauptet, der Bericht vom 13. November 1975 sei erst am 17. November 1975 eingegangen. Sie hat jedoch nicht vorge-



- 10 -

tragen, wann der Bericht abgesandt worden ist. Dabei kann nicht unbeachtet bleiben, daß der 13. November 1975 auf einen Donnerstag fiel, so daß vor dem 17. November 1975 (Montag) immerhin ein Wochenende lag.

Zudem hat das Landesarbeitsgericht hinsichtlich dieses Vorwurfs eine revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Zumutbarkeitsabwägung vorgenommen.

d) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht in dem bloßen Nichterreichen einer bestimmten im Vertrag vorgegebenen Umsatzhöhe allein keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gesehen. Es hat unter Anwendung der von dem erkennenden Senat aufgestellten Grundsätze die Parteien nicht für befugt angesehen, das Recht zur außerordentlichen Kündigung vertraglich über das gesetzliche Maß des § 626 Abs. 1 BGB hinaus zu erweitern (vgl. BAG 2, 333 [341] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB [zu III 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu I 3 der Gründe]; BAG AP Nr. 67 zu § 626 BGB [zu I 1 a der Gründe]; BAG AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung [zu B II 3 b der Gründe] auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Die Beklagte hätte eine tatsächlich vorhandene Minderleistung des Klägers nach einer Abmahnung allenfalls zum Anlaß einer ordentlichen Kündigung nehmen können. Zur außerordentlichen Kündigung war sie insoweit nicht berechtigt.

e) Der Vorwurf, der Kläger habe die Touren- und Besuchsfahrten abredewidrig nicht zirkular, sondern radial ausgeführt, kann die außerordentliche Kündigung schon deswegen nicht rechtfertigen, weil die Beklagte auch insoweit den Tag der Kenntniserlangung nicht angegeben hat.

f) Bei den dem Kläger vorgeworfenen Unkorrektheiten bei der Spesenabrechnung vermißt das Landesarbeitsgericht zu Recht einen substantiierten Vortrag. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte der Kläger bei einer eintägigen Geschäftsreise Tagesspesen in Höhe von 26,-- DM und bei einer mehrtägigen Geschäftsreise und bei einer Abwesenheit von mehr als zwölf Stunden solche in Höhe von 30,-- DM beanspruchen. Da die Beklagte nur behauptet hat, daß die Spesen-

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



abrechnungen des Klägers unzutreffend seien, aber die angeblichen Fehler nicht näher erläutert hat, ist ihr Vortrag vom Landesarbeitsgericht zu Recht als nicht ausreichend angesehen worden. Die Beklagte hat sich weitgehend auf Vermutungen beschränkt, ohne konkrete Behauptungen aufzustellen und gegebenenfalls dafür Beweis anzutreten. Aus der vom Kläger eingereichten Reisekostenabrechnung für den Monat Oktober 1975 ergeben sich jedenfalls keine Unkorrektheiten. Die beiden vom Kläger zugestandenen fehlerhaften Abrechnungsposten lassen nicht den Schluß zu, der Kläger habe auch sonst bei den Spesenabrechnungen Unkorrektheiten begangen. Entscheidend ist schließlich auch hinsichtlich dieses Kündigungsgrundes, daß die Beklagte nicht vorgetragen hat, wann sie von den Vorfällen Kenntnis erlangt hat.

g) Ebenso ist der weitere im Kündigungsschreiben enthaltene Vorwurf, der Kläger habe trotz ausdrücklicher Aufforderung die Kollektion "Beauty Bar" nicht vorgeführt, vom Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler als nicht hinreichend substantiiert gewertet worden.

h) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger nach dem Mitte November 1975 geführten Gespräch der Parteien nicht mehr gearbeitet. Die Beklagte hat die Kündigung hilfsweise auch hierauf gestützt. Da der behauptete Kündigungsgrund vor Zugang der Kündigung entstanden war, konnte er grundsätzlich berücksichtigt werden. Dieser Umstand, der unstreitig innerhalb der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingetreten ist, ist vom Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler nicht als ein wichtiger Kündigungsgrund gewertet worden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht verkannt, daß Fehlzeiten eines Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigen können. Nur wegen der tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Falles, nämlich der Verhandlung der Parteien über eine einverständliche Vertragsbeendigung, hat das Landesarbeitsgericht die Fehltage als unverschuldete gewertet und die Anzahl von vier bis fünf Fehltagen als nicht erheblich angesehen. Mit dieser Würdigung hat das Landesarbeitsgericht den Begriff des wichtigen Grundes nicht verkannt



und auch alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt. Das von ihm gefundene Ergebnis ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

IV. Erfolglos ist auch der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, die außerordentliche Kündigung habe nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden können. Nach der Neufassung des § 11 KSchG 1951 durch § 13 KSchG 1969 spricht zwar keine Vermutung mehr gegen die Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung. Maßgebend ist aber auch hier die Vorschrift des § 140 BGB über die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Danach kommt es darauf an, ob die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach den gegebenen Umständen dem mutmaßlichen Willen des Arbeitgebers entspricht und ob dieser Wille dem Arbeitnehmer erkennbar geworden ist (BAG AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung [zu B II der Gründe]; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 13 Rz 26). Die Revisionsrüge kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Beklagte sich in den Tatsacheninstanzen nicht auf Umstände berufen hat, die auf ihren Willen hindeuten, sich vom Kläger auch beim Fehlen wichtiger Gründe zu trennen. Das hat das **Landesarbeitsgericht** ausdrücklich und für den Senat - mangels Erhebung einer Verfahrensrüge nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO - bindend festgestellt (Bl. 18 des Urteils). Die Beklagte hätte in den Tatsacheninstanzen auch geltend machen müssen, dem Kläger sei im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ihr Wille, das Arbeitsverhältnis zumindest durch eine ordentliche Kündigung zu beenden, erkennbar geworden. Dieser Vortrag kann in der Revisionsinstanz nicht mehr nachgeholt werden (§ 561 Abs. 1 ZPO). Soweit sich die Revision hinsichtlich der erforderlichen Erkennbarkeit für den Kläger auf Ausführungen im angefochtenen Urteil beruft, übersieht sie den Zusammenhang. Bei dem Mitte November 1975 geführten Gespräch ging es noch um eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, während die Beklagte erst mit ihrem Schreiben vom 24. November 1975 dann die außerordentliche Kündigung erklärt hat.



VI. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers - wie oben ausgeführt - nicht durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung geendet hat, steht dem Kläger, wie von ihm geltend gemacht, die Fortzahlung des Gehalts bis einschließlich Mai 1976 aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Annahmeverzuges (§ 615 Satz 1 BGB) zu. Da der Kläger für den Zeitraum, für den die Beklagte zur Gehaltszahlung verurteilt worden ist, Arbeitslosengeld in Höhe von 5.239,-- DM erhalten hat und nach § 117 Abs. 4 Satz 2 AFG der Anspruch des Arbeitslosen auf die vom Arbeitgeber geschuldeten Leistungen in Höhe des gewährten Arbeitslosengeldes auf die Bundesanstalt für Arbeit übergeht, konnte der Kläger diesen Betrag wegen fehlender Sachbefugnis nicht mehr geltend machen. Diesem von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachtenden Umstand (BGHZ 18, 223 [224]; BAG AP Nr. 53 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 6 zu § 83 ArbGG 1953) hat der Kläger allerdings erst in der Revisioninstanz durch teilweise Klagerücknahme Rechnung getragen, was sich bei der Kostenentscheidung zu seinen Lasten (§§ 97, 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO) auswirken mußte.

ANDROID APP ON
Google play

JLaw – für Android

Available on the
App Store

JLaw – für iOS