

29. Jan. 1960

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die Sammlung! ja

11

Gesetz: GewO § 123; BGB §§ 123, 142

Leitsätze:

1. Kein Bürger der Bundesrepublik kann nach seinem Arbeitsvertrag verpflichtet sein, für eine Zeitschrift, die den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat angreift oder das Gewalt- und Unrechtsregime des Nazismus verherrlicht oder verharmlost, auch nur im geringsten tätig zu werden.
2. Eine Urlaubserteilung kann nach Antritt des Urlaubs nur mit Wirkung ex nunc und nach Beendigung des Urlaubs nicht mehr angefochten werden.

Aktenzeichen: 1 AZR 200/58

Urteil des BAG vom 29. Januar 1960

LAG Bayern
(Nürnberg)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 200/58

Ber.Reg.Nr. N 275/57/VI
Bayern (Nürnberg)

Verkündet am
29. Januar 1960

gez. Henkelmann,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

11

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 1960 durch den Präsidenten Professor Dr. Dr. Dr. Nipperdey, die Bundesrichter Dr. Schröder und Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Hüsing und Dr. Kaulen für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden die Urteile des Arbeitsgerichts Bamberg, Zweigstelle Coburg, vom 12. November 1957 - Proz.Reg.Nr. I 548/57 C - und des Landesarbeitsgerichts Bayern, Sitz Nürnberg, vom 3. April 1958 - Ber.Reg.Nr. N 275/57/VI - aufgehoben.

Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die am 9. Oktober 1957 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte, graphische Kunstanstalt, Druckerei und Verlag, druckt u. a. die Monatsschrift "Nation Europa", die im Verlag Nation Europa erscheint und von A. Fritsch herausgegeben wird. Der Kläger war seit dem 28. Mai 1956 bei der Beklagten als Hilfsarbeiter (gewerblicher Arbeiter) beschäftigt und üblicherweise in der Abteilung Tiefdruck tätig.

Am 3. Oktober 1957 nachmittags wurde er von dem Abteilungsleiter der Buchbinderei der Beklagten aufgefordert, eine Beilage in die Nr. 10/1957 der Zeitschrift "Nation Europa" einzustecken. Es handelte sich hierbei um einen eiligen Terminauftrag, da die Zeitschrift am nächsten Tage fertiggestellt werden mußte und die Betriebsleitung angeordnet hatte, alle verfügbaren Kräfte zu den Einsteckarbeiten heranzuziehen. Der Kläger, dessen Vater Insasse eines nationalsozialistischen Konzentrationslagers war, weigerte sich, diese Arbeit zu verrichten. Er erklärte, daß er die Zeitschrift aus Gewissensgründen nicht anfasse, da sie neonazistischen Charakter trage und insbesondere einen die ehemaligen Konzentrationslagerhäftlinge verunglimpfenden Artikel veröffentlicht habe. Daraufhin wurde der Kläger zunächst mit anderen Arbeiten beschäftigt.

Am 4. Oktober 1957 bei Dienstbeginn wurde dem Kläger eröffnet, daß nunmehr nur noch die Zeitschrift "Nation Europa" zur Bearbeitung vorliege und er die Einsteckarbeiten verrichten müsse. Darauf erklärte er, daß er zur Betriebsleitung ginge. Dort traf er lediglich den Handlungsbevollmächtigten G an und erwirkte von diesem einen Tag Erholungsurlaub, der ihm noch zustand, ohne den Prokuristen über die Gründe seines Urlaubsbegehrens aufzuklären. Er erklärte lediglich, daß in der Abteilung Tiefdruck nichts für ihn zu tun sei.

Nach Aufklärung des Sachverhalts wurde der Kläger wieder zur Arbeitsstelle gerufen, wo er gegen Arbeitsende erschien und zunächst beurlaubt wurde.



- 3 -

Mit Schreiben vom 9. Oktober 1957 wurde ihm fristlos gekündigt mit der Begründung, er habe am 3. Oktober die ihm zugewiesene und zumutbare Arbeit ohne zwingende Gründe verweigert und am nächsten Tag unter Angabe fingierter Gründe einen Urlaub beantragt.

Seine Klage auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei, war in beiden Vorinstanzen erfolglos. Mit der zugelassenen Revision begehrt er die Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile und bittet, nach seinem Klageantrag zu erkennen. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hatte Erfolg.

I. Mit Recht rügt die Revision die Verletzung der dem Vorderrichter nach § 139 ZPO obliegenden Aufklärungspflicht. Der Kläger hat, wie der Vorderrichter feststellt, in den Vorinstanzen geltend gemacht, die Zeitschrift "Nation Europa" sei eine neo-nazistische Zeitschrift, die die ehemaligen Insassen nationalsozialistischer Konzentrationslager verunglimpft habe und der Verherrlichung der Greuel-taten der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, der Verdeckung und Verfälschung ihrer Schandtaten sowie der Verächtlichmachung und Beschimpfung des freiheitlichen, demokratischen Rechtsstaates der Bundesrepublik diene. Ferner hat der Kläger darauf hingewiesen, daß gegen den Herausgeber der Zeitschrift, E , ein Strafverfahren anhängig sei, bei dem auch geprüft werde, ob die Zeitschrift einen verfassungswidrigen oder gesetzeswidrigen Inhalt habe. In der Berufungsinstanz hat der Kläger so-dann vorgetragen, daß E zu einer Gefängnisstrafe von 3 Monaten verurteilt worden sei.

Der Vorderrichter hat diesen gesamten Vortrag des Klägers unberücksichtigt gelassen und keinerlei Beweise



- 4 -

über einen neo-nazistischen Charakter der Zeitschrift "Nation Europa" erhoben und keine entsprechenden Feststellungen getroffen. So hat er weder, was seine Pflicht im Rahmen des § 139 ZPO gewesen wäre, den Kläger veranlaßt, den – wie der Kläger behauptet – die Konzentrationslagerinsassen verunglimpfenden Artikel der Zeitschrift "Nation Europa" vorzulegen, noch hat er den Inhalt der Nr. 10/57 der Zeitschrift geprüft, an der der Kläger beschäftigt werden sollte. Er hat auch die Akten über den Strafprozeß gegen E , auf die der Kläger hingewiesen und sie damit als Beweismittel angeboten hatte, nicht beigezogen.

Diese Unterlassungen des Vorderrichters müßten an sich zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits führen. Denn hätte das Berufungsgericht seiner Aufklärungspflicht entsprochen und beantragte Beweise erhoben, so hätte gegebenenfalls festgestellt werden können, daß die Zeitschrift "Nation Europa" tatsächlich den vom Kläger behaupteten neo-nazistischen Inhalt hat. Dies hätte sich sowohl aus der Zeitschrift als solcher als auch aus den Strafakten ergeben können.

Wäre das Landesarbeitsgericht auf Grund dieser Prüfung zu dem Ergebnis gekommen, daß die Zeitschrift "Nation Europa" neo-nazistischen Charakter hat, so könnte von einem unbefugten Verlassen der Arbeit oder einer beharrlichen Arbeitsverweigerung des Klägers, die bei gewerblichen Arbeitern bei dem festgestellten Tatbestand allein die fristlose Entlassung hätten rechtfertigen können, keine Rede sein. Sicherlich steht einem Arbeitnehmer kein Recht zur Arbeitsverweigerung zu, wenn er etwa auf Grund seiner politischen Einstellung anderer Ansicht als sein Arbeitgeber ist und infolgedessen die Mitwirkung an bestimmten Arbeiten, zu denen er arbeitsvertraglich verpflichtet ist, ablehnt. Ein solches Recht eines Arbeitnehmers gibt es natürlich nicht, es würde jede geordnete Zusammenarbeit im Betrieb und die Betriebsdisziplin unmöglich machen und die Stellung des Arbeitgebers und seiner Beauftragten untergraben. Darum

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



handelt es sich hier aber nicht. Es geht vielmehr darum, daß kein Bürger der Bundesrepublik nach seinem Arbeitsvertrag verpflichtet sein kann, für eine Zeitschrift auch nur im geringsten tätig zu werden, die den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat angreift oder das blutbefleckte Gewalt- und Unrechtsregime des Nazismus verherrlicht oder verharmlost. Ein Arbeitnehmer hat bei einem derartigen Verlangen seines Arbeitgebers das Recht und auch die Pflicht, eine solche Tätigkeit abzulehnen. Der Senat hält es angesichts der fehlenden Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts durch den Vorderrichter für geboten, dies mit allem Nachdruck auszusprechen.

II. Eine Zurückverweisung ist jedoch nicht erforderlich, weil das angefochtene Urteil, auch wenn man den behaupteten neo-nazistischen Charakter der Zeitschrift "Nation Europa" außer Betracht läßt, an materiellen Rechtsfehlern leidet, die zu seiner Aufhebung und zur Entscheidung des Senats entsprechend den Anträgen des Revisionsklägers führen müssen.

1. Zwar ist der Revision nicht dahin zu folgen, der Vorderrichter habe die Feststellung unterlassen, daß das Einstecken der Beilage in die Zeitschrift "Nation Europa" auch durch andere, arbeitsvertraglich verpflichtete Arbeitskräfte hätte verrichtet werden können. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Abteilungsleiter K von der Betriebsleitung den Auftrag hatte, alle verfügbaren Kräfte in der Buchbinderei einzusetzen, um die Nr. 10/57 der Zeitschrift termingerecht fertigzustellen. Daraus folgt, daß andere Arbeitskräfte, insbesondere solche, die an sich in der Buchbinderei beschäftigt, also arbeitsvertraglich verpflichtet waren, nicht zur Verfügung standen. Wenn die Revision weiter vorträgt, die Annahme einer "Arbeitspflicht im Notfalle" durch das Landesarbeitsgericht sei insofern rechtsirrig, als die Eilbedürftigkeit eines Auftrages hierfür nicht genüge, so braucht auf diese Frage nicht näher eingegangen zu werden; denn eine



- 6 -

Übernahme einer anderen Tätigkeit durch den Arbeitnehmer als der arbeitsvertraglich vereinbarten, ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht des Arbeitnehmers bereits in außergewöhnlichen Fällen (Nikisch, Bd. I, 2. Aufl., S. 254), zu denen der vom Berufungsgericht festgestellte Eilauftrag jedenfalls zu zählen ist. Der Kläger war in der Tiefdruckabteilung der Beklagten als Hilfsarbeiter beschäftigt. Das Einstecken von Prospekten ist eine typische Hilfsarbeiterbeschäftigung, die er – sogar von Eilfällen abgesehen – auf Grund des Direktionsrechts der Beklagten auch in einer anderen Abteilung hätte übernehmen müssen (Lehrbuch des Arbeitsrechts, Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 182; Molitor, SAE 1958, S. 167; derselbe – jedenfalls wohl im Ergebnis –, RdA 1959, S. 1, 7).

2. Mit Recht betont die Revision aber, daß die im Kündigungsschreiben der Beklagten vom 9. Oktober 1957 zum Anlaß der Kündigung genommenen Vorgänge am Donnerstag, dem 3., und Freitag, dem 4. Oktober 1957, scharf voneinander zu trennen seien.

a) Das Verhalten des Klägers am 3. Oktober 1957 läßt keine Verletzung des § 123 Abs. 1 Ziff. 3 GewO, der allein eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnte, erkennen. Das ergibt sich schon daraus, daß die von der Beklagten mit der Leitung der Arbeit Betrauten, der Abteilungsleiter K und die Vorarbeiterin K, den Kläger nach seiner Weigerung, sich mit der Zeitschrift zu befassen, anderweit beschäftigt haben. Dieses Verhalten ihrer Beauftragten muß die Beklagte gegen sich gelten lassen, wobei es rechtsunerheblich ist, ob man die Beauftragten der Beklagten als Stellvertreter ansieht oder nicht. Es liegt mindestens ein duldendes Hinnehmen der vom Kläger vertretenen Ansicht und seiner Weigerung, an der Zeitschrift mitzuarbeiten, vor. Das genügt, um die "Unbefugtheit" und die "beharrliche Arbeitsverweigerung", die Vertragswidrigkeit voraussetzt, auszuschließen. Beide Tatbestände sind nur gegeben, wenn ein Handeln wider den klaren Willen des Arbeitgebers vorliegt. Das Kündigungsschreiben vom 9. Ok-

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



- 7 -

tober 1957 ist also zu Unrecht auf eine Arbeitsverweigerung am 3. Oktober 1957 gestützt.

b) Das Verhalten des Klägers am 4. Oktober 1957 vormittags, auf das der Vorderrichter die Annahme eines unbefugten Verlassens des Arbeitsplatzes und eine beharrliche Arbeitsverweigerung vor allem gründet, rechtfertigt eine fristlose Kündigung des Klägers ebenfalls nicht. Denn auch das Verhalten des Klägers zu diesem Zeitpunkt verletzt weder § 123 Abs. 1 Ziff. 3 der GewO noch eine andere, die fristlose Entlassung eines gewerblichen Arbeiters rechtfertigende Bestimmung des § 123 GewO. Der Vorderrichter erkennt zwar zutreffend, daß die Gewährung eines Erholungsurlaubs von der Arbeitspflicht befreit und damit ein unbefugtes Verlassen des Arbeitsplatzes oder ein pflichtwidriges Verweigern der Arbeit begrifflich ausschließt. Der vom Berufungsgericht angestellten "komplexen Betrachtungsweise", mit der es offensichtlich zum Ausdruck bringen will, die Urlaubsgewährung sei infolge der Täuschungshandlung des Klägers rechtlich gar nicht existent und daher liege ein "weisungswidriges Nichtausführen der Einsteckarbeiten am 4. Oktober 1957 vor", vermag der Senat nicht zu folgen. Der Kläger, der unstreitig noch einen Urlaubsanspruch hatte, konnte von der Beklagten die vorübergehende Befreiung von der Arbeit verlangen. Besteht der Urlaubsanspruch, so muß der Arbeitgeber den Urlaub erteilen, damit der Arbeitnehmer in Urlaub gehen kann. Das geschieht in der Weise, daß die bestimmte Urlaubszeit für den Arbeitnehmer vom Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers und eines etwaigen Urlaubsplanes festgesetzt wird. Alsdann kann der Arbeitnehmer in der festgesetzten Zeit von der Arbeit fernbleiben. Diese Urlaubserteilung, d. h. die Festsetzung der konkreten Urlaubszeit und die entsprechende Mitteilung an den Arbeitnehmer, ist rechtlich eine Willenserklärung des Arbeitgebers, an die dieser grundsätzlich gebunden ist (vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. I, S. 451 f.). Der Arbeitgeber kann sie einseitig nur bei ganz unvorhergesehenen Ereignissen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

widerrufen. Diese Möglichkeit entfällt aber jedenfalls dann, wenn der erteilte Urlaub genommen und die Urlaubszeit verstrichen ist.

Aber auch eine Anfechtung der Urlaubserteilung, die dem Vorderrichter – obwohl von ihm nicht expressis verbis erwähnt – offensichtlich vorschwebte, kann hier nicht durchgreifen. Es ist schon sehr zweifelhaft, ob das Berufungsgericht im vorliegenden Fall nicht zu Unrecht eine arglistige Täuschung seitens des Klägers angenommen hat. Der Senat hat jedoch in seiner Entscheidung vom 15. November 1957 (AP Nr. 2 zu § 125 BGB) in Übereinstimmung mit der Rechtslehre (Hueck-Nipperdey, ^{Lehrbuch des Arbeitsrechts,} Bd. I, S. 166 f. u. 168 statt vieler) dargetan, daß dann, wenn im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses die geschuldete Arbeit bereits geleistet ist, die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nicht mehr mit rückwirkender Kraft geltend gemacht werden kann. Diese Grundsätze müssen auch hier Anwendung finden. Die Anfechtung der Urlaubserteilung, die auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, soweit sie mit dem Wesen und dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses besonderer Art vereinbar ist (BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB), nach § 123 BGB mit der Wirkung des § 142 BGB an sich denkbar ist, ist nur so lange zulässig, als der Urlaub noch nicht angetreten ist. Nach Antritt des Urlaubs kann die Anfechtung nur mit Wirkung ex nunc und nach Beendigung des Urlaubs überhaupt nicht mehr erfolgen. Nach den tatsächlichen Feststellungen ist aber eine Anfechtung, wenn sie wegen des Verhaltens des Klägers bei der Urlaubserteilung überhaupt von der Beklagten gewollt und erklärt ist, erst erfolgt, als der dem Kläger gewährte Urlaubstag bereits verstrichen war, nämlich am Abend des 4. Oktober 1957, als der Kläger wieder im Betrieb der Beklagten erschien.

Demgegenüber kann die Beklagte auch nicht einwenden, daß der Kläger die nicht rechtzeitige Abgabe der Anfechtungserklärung verschuldet oder auch nur verursacht habe.

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



Aus der Tatsache, daß der Handlungsbevollmächtigte G den Kläger am 4. Oktober 1957 vormittags nach der Urlaubserteilung wieder zur Arbeitsstelle rufen ließ, können keine für den Kläger nachteiligen Folgerungen gezogen werden, wie die Revision mit Recht betont. Die Aussage des Zeugen G vor dem Arbeitsgericht läßt erkennen, daß ein Bote in die Wohnung des Klägers mit dem Auftrag geschickt worden ist, der Kläger möge umgehend bei G vorsprechen. Es ist nicht ersichtlich, woraus der Zeuge seine Annahme begründen will, der Kläger sei dieser Anordnung nicht nachgekommen, sondern erst am Abend des gleichen Tages erschienen. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen getroffen und die Beklagte keine Behauptungen in der Richtung aufgestellt, daß der Bote den Kläger gesprochen habe und was er dem Kläger ausgerichtet habe. Ganz offenbar ist dem Kläger nicht ausgerichtet worden, daß er sofort die Arbeit wieder aufzunehmen habe, daß also nach Auffassung der Beklagten die Urlaubserteilung in Wegfall komme, da die Willenserklärung angefochten sei. Der Senat hatte bei dieser Lage keine Veranlassung, den Rechtsstreit zur erneuten Sachaufklärung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Konnte somit die Urlaubserteilung für den 4. Oktober 1957 nicht rechtswirksam mit Rückwirkung nach den §§ 123, 142 BGB beseitigt werden, so scheidet auch der Einwand des Rechtsmißbrauchs gegenüber dem sich auf die Urlaubserteilung berufenden Kläger aus.

c) Schließlich scheidet auch ein von der Beklagten behauptetes, vom Berufungsgericht jedoch nicht festgestelltes Verhalten des Klägers am Abend des 4. Oktober 1957 als Grund zur fristlosen Entlassung aus. Der Vorderrichter hat eine Feststellung darüber, ob der Kläger zu diesem Zeitpunkt in Gegenwart des Betriebsratsvorsitzenden B dem Handlungsbevollmächtigten G auf eine entsprechende Frage eine erneute Weigerung, für die Zeitschrift "Nation Europa" zu arbeiten, ausgesprochen habe, nicht getroffen. Das war auch nicht erforderlich; eine solche Fest-



- 10 -

stellung wäre rechtlich bedeutungslos gewesen, da die Arbeiten an der hier in Rede stehenden Nr. 10/57 der Zeitschrift bereits zu diesem Zeitpunkt beendet waren. Die etwaige von der Beklagten behauptete, vom Kläger bestrittene Weigerungserklärung des Klägers, der normalerweise mit der Zeitschrift bei seiner Arbeit nicht in Berührung kam, da er in der Tiefdruckabteilung beschäftigt und nur einmalig für die Nr. 10/57 wegen eines Eilauftrages herangezogen worden war, hätte keinerlei konkrete praktische Bedeutung gehabt. Eine solche Weigerung, gewissermaßen für die Zukunft, kann den gesetzlichen Tatbestand der beharrlichen Arbeitsverweigerung im Sinne des § 123 Abs. 1 Ziff. 3 GewO nicht erfüllen. Einer Tatsachenaufklärung in dieser Richtung, die eine Zurückverweisung des angefochtenen Urteils erforderlich machen würde, bedarf es daher ebenfalls nicht.

Da somit ein Tatbestand nach § 123 Abs. 1 Ziff. 3 GewO nicht gegeben ist und ein anderer außerordentlicher Kündigungsgrund nach § 123 GewO nicht vorliegt – weder § 123 Abs. 1 Ziff. 1 noch § 123 Abs. 1 Ziff. 2 sind gegeben –, war der Revision des Klägers, wie geschehen, zu entsprechen.

Für den z.Zt. in Urlaub-
befindlichen und ortsab-
wesenden Bundesrichter
Dr. Gröninger:

gez. Nipperdey

Dr. Schröder

Nipperdey

Hüsing

Dr. Kaulen



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

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