

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

133

Matthias Prinz
Rechtsanwalt

www.prinz.law

11. NOV. 1971

Gesetz: BGB § 611 Dienstordnungs-Angestellte; Dienstordnung für die Angestellten der Ruhr-Knappschaft vom 27. August 1966 §§ 10, 11; ZPO §§ 139, 308

Leitsätze:

1. Für die Nachprüfung von Dienststrafen gegen die Dienstordnungs-Angestellten der Sozialversicherungsträger ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeits-sachen gegeben.
2. Für das einer Dienstordnung unterstellte Arbeitsverhältnis gilt die jeweilige Dienstordnung kraft Normenwirkung; übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien bedarf es dazu nicht.
3. Im Prozeß kann eine Dienststrafe auch auf solche Gründe gestützt werden, zu denen der Angestellte nicht gehört worden ist, sofern diese Gründe dem Arbeitgeber erst nach der Verhängung einer auf andere Gründe gestützten Dienststrafe bekannt geworden sind.
4. Die Nachprüfung einer Dienststrafe im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen bezieht sich nicht nur auf die Rechtsgrundlage der Bestrafung, die Einhaltung der unverzichtbaren Verfahrensvoraussetzungen und die Feststellung des Straftatbestandes. Das Gericht hat auch zu prüfen, ob der Arbeitgeber bei der Wahl der Strafart und bei der Bestimmung der Strafhöhe sein Ermessen fehlerfrei gebraucht hat.
5. Die Ausübung einer nichtgenehmigten Nebentätigkeit rechtfertigt die Dienststrafe der Dienstentlassung wegen schwerer Verletzung der Dienstpflichten nur dann, wenn der Angestellte über die grobe und schuld-hafte Verletzung seiner Pflichten hinaus im Sinne einer Gesamtabwägung aller Umstände für den Arbeit-geber untragbar geworden ist.
6. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß die vom Arbeit-geber verhängte Dienststrafe der Dienstentlassung nicht zu rechtfertigen ist, bleibt aber eine (weniger schwer-wiegende) Dienstverfehlung bestehen, dann sollte es die Parteien gemäß § 139 ZPO veranlassen, hilfsweise An-träge zu stellen, die die jeweils mildereren Dienst-strafen erfassen, um neue Rechtsstreite über die Straf-folge der Dienstverfehlung zu vermeiden.

Aktenzeichen: 2 AZR 218/70

Urteil des BAG vom 11. November 1971

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet am
11. November 1971

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. September 1971 durch den Vizepräsidenten Dr. König, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling, den Bundesrichter Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Wörner und Dr. Wiedemann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. April 1970 - 3 Sa 543/69 - 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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der im Jahre 1927 geborene Kläger wurde nach Bestehen beider juristischer Staatsprüfungen am 2. Januar 1956 als wissenschaftlicher Hilfsarbeiter bei der damaligen Ruhrknappschaft eingestellt, deren Rechtsnachfolgerin seit dem 1. August 1969 die Beklagte unter Übernahme aller bestehenden Dienst- und Arbeitsverhältnisse ist. Mit schriftlichem Dienstvertrag vom 30. Juli 1957 wurde der Kläger von diesem Tage an nach Maßgabe der für die Angestellten der Reichsknappschaft erlassenen Dienstordnung vom 10. April 1941 als Knappschafts-Verwaltungsrat angestellt. Am 1. Januar 1962 wurde er zum Oberverwaltungsrat ernannt und in die Besoldungsgruppe A 14 der Bundesbesoldungsordnung (BBO) eingewiesen. Obwohl 1966 eine neue, in den hier wesentlichen Bestimmungen gleichlautende Dienstordnung in Kraft getreten ist, gehen beide Parteien davon aus, daß für das Arbeitsverhältnis des Klägers die Dienstordnung 1941 (künftig: DO 41) maßgeblich sei, weil der Kläger es abgelehnt habe, die Dienstordnung von 1966 (künftig: DO 66) durch schriftliche Erklärung zum Inhalt seines Dienstvertrages zu machen.

Der Kläger bearbeitete im Lauf seines Dienstverhältnisses grundsätzliche Fragen der Renten- und Krankenversicherung, Rentenangelegenheiten der Bergbau-Angestellten und der Berechtigten mit ausländischen Dienstzeiten, und zwar seit 1. Januar 1962 als planmäßiger Referent und seit 1. Januar 1965 als Hauptreferent. Daneben war der Kläger von der Beklagten als Lehrkraft für die Lehrgänge der Ruhrknappschaft zur Vorbereitung auf die Prüfung für den mittleren und gehobenen Dienst in den Fächern Verfassungs- und Verwaltungsrecht und später in dem Fach Rentenversicherung bestellt worden. Außerdem vertrat er die Ruhrknappschaft laufend in ihren sozialgerichtlichen Verfahren.



Am 9. Februar 1965 bewarb sich der Kläger um die Stelle des Hauptreferenten für mehrere Abteilungen. Statt seiner wurde jedoch ein Aufstiegsbeamter ausgewählt. Seit 1. Mai 1965 war der Kläger wieder Referent einer Abteilung. Er hatte von da an keine Sonderaufgaben und keine Beratungsfunktionen mehr.

Mit Schreiben vom 30. Juni 1969, das dem Kläger am 3. Juli 1969 zugeing, hat die Beklagte dem Kläger nach seiner Anhörung und mit Zustimmung des Personalrates unter Hinweis auf § 11 Abs. 2 Nr. 3 und 8 der Dienstordnung die strafweise Dienstentlassung erklärt. Sie hatte am 16. Juni 1969 gesprächsweise erfahren, daß der Kläger seit dem 1. März 1956 eine von der Beklagten nicht genehmigte Tätigkeit bei der Bau- und Wohnungsgenossenschaft eGmbH (künftig: BWG) ausübte. Um eine Genehmigung dieser Nebenbeschäftigung hat der Kläger zu keiner Zeit nachgesucht. Die Tätigkeit bei der BWG hatte sich im Lauf der Jahre folgendermaßen gestaltet:

Anfangs arbeitete der Kläger aufgrund mündlicher Absprache gegen eine Honorar- und Aufwandspauschale von DM 150,-- ab 1959 in Höhe von 200,-- DM monatlich. Seit 1. Juli 1965 war der Kläger stellvertretender nebenamtlicher Geschäftsführer der BWG und bezog hierfür 50 v. H. des Gehalts der Besoldungsgruppe A 15 der Landesbesoldungsordnung für Nordrhein-Westfalen (LBO). Wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, war seine Arbeitszeit auf zwei volle und drei halbe Tage in der Woche begrenzt. Seit 1. Juli 1966 war der Kläger als hauptamtlicher Geschäftsführer mit Dienstbezügen der Besoldungsgruppe B 3 LEO bei der BWG angestellt. Im Jahre 1966 hat er bei der BWG - bezogen auf das Jahr - durchschnittlich monatlich etwa 2.560,-- DM, im Jahre 1967 monatlich etwa 3.660,-- DM, im Jahre 1968 monatlich etwa 3.760,-- DM und im Jahre 1969 monatlich etwa 3.930,-- DM verdient. Sein Gehalt bei der Beklagten betrug zuletzt monatlich 2.411,-- DM. Die BWG war bei der Anstellung vom 1. Juli 1966 ausweislich des



Sitzungsprotokolls vom 19. Juni 1969 aufgrund einer Erklärung des Klägers davon ausgegangen, daß der Kläger am 30. Juni 1966 bei der Beklagten ausscheiden werde bzw. ausgeschieden sei. Sie hat nach Aufdeckung des Sachverhalts, der zur Dienstentlassung durch die Beklagte führte, dem Kläger zum 31. Januar 1970 die ordentliche Kündigung ausgesprochen.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß sein Dienstverhältnis durch die Dienstentlassung am 3. Juli 1969 nicht beendet worden sei. Er räumt zwar ein, daß er sich ein Dienstvergehen habe zuschulden kommen lassen, weil er für die Nebentätigkeit nicht um eine Genehmigung nachgesucht habe. Dies rechtfertige aber nach seiner Auffassung nicht eine so harte Bestrafung. Denn er habe seinen Dienst bei der Beklagten zu deren vollen Zufriedenheit trotz der Nebentätigkeit ausgeübt. Bis heute sei in den von ihm geleiteten Abteilungen kein Fehler nachgewiesen worden, der auf mangelhafte Erfüllung seiner Dienstpflichten zurückgehe. Auch die Entdeckung der Nebentätigkeit beruhe nicht auf unzulänglicher Dienstführung, sondern auf einer außerdienstlichen Information der Beklagten. Gegen die Dienstzeitordnung habe er nicht verstoßen; denn, so behauptet er, als Angestellter im höheren Dienst sei er in der Einteilung seiner Arbeitszeit weitgehend frei gewesen. Für die BWG habe er - so stellt es die Beklagte selbst dar - in den früheren Morgen- und in den späten Nachmittagsstunden gearbeitet. Damit habe er nicht gegen seine Präsenzpflicht in den Diensträumen der Beklagten verstoßen. Zudem sei er nach der Kürzung seines Aufgabenbereichs seit dem 1. Mai 1965 so wenig ausgelastet gewesen, daß schon deshalb die Zusatzstätigkeit ihn nicht dienstwidrig in Anspruch genommen habe. Schließlich müsse die Beklagte sich entgegenhalten lassen, daß der Vorsitzende der Geschäftsführung der Ruhrknappschaft, Assessor S , sowie ihre Vorstandsmitglieder de W und H - zugleich Angehörige des Aufsichtsrats der BWG - von seiner Nebentätigkeit Kenntnis gehabt hätten.



Die Beklagte hat ihren Klagabweisungsantrag damit begründet, daß die langjährige ungenehmigte Nebentätigkeit bei so hohem Verdienst eine schwere Dienstverfehlung im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 3 DO 41 (= DO 66) darstelle. Der Kläger sei verpflichtet gewesen, seine gesamte Kraft dem Dienst zu widmen und in der dienstfreien Zeit neue Kraft zu sammeln. Der Kläger habe sich außerdem durch sein Verhalten der Achtung, des Ansehens und des Vertrauens, das sein Beruf erfordere, unwürdig erwiesen; deshalb stütze sich die Dienstentlassung auch auf § 11 Abs. 2 Nr. 8 DO 41 (= DO 66). Die einschlägigen Bestimmungen der Dienstordnung von 1966, die insoweit mit der Fassung von 1941 übereinstimmt, haben folgenden Wortlaut:

§ 10

Dienststrafen

(1) Angestellte, die ihre Dienstpflichten schuldhaft verletzen, können wegen Dienstvergehens bestraft werden. ...
Die Dienststrafen verfügt der Vorstand.

(2) Der Angestellte ist vorher zu hören. Er kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistandes bedienen. ...

(3) Dienststrafen sind:

1. mündliche Verwarnung,
2. schriftlicher Verweis,
3. Geldbuße bis zur Höhe der einmonatigen Dienstbezüge,
4. Gehaltskürzung im Höchstbetrag von einem Fünftel der jeweiligen Dienstbezüge auf längstens 5 Jahre,
5. Versetzung in eine Stelle mit niedrigerem Entgelt,
6. Dienstentlassung,
7. Kürzung des Ruhegehalts und
8. Aberkennung des Ruhegehalts.

(4) In den Fällen des Absatzes 3 Nrn. 2 - 8 ist ein schriftlicher Bescheid mit Gründen und Rechtsmittelbelehrung zu erteilen.

...

§ 11

Dienstentlassung

(1) Liegen gegen einen Angestellten so erhebliche Beanstandungen vor, daß mit seiner Dienstentlassung zu rechnen ist, so kann er vom Vorstand unter Fortgewährung der ganzen



oder eines Teiles, mindestens der Hälfte der Bezüge vorläufig vom Dienst enthoben werden.

(2) Die Dienstentlassung ist zulässig,

1. ...
2. ...
3. bei schwerer Verletzung der Dienstpflichten,
4. - 7. ...
8. wegen eines sonstigen auch außerdienstlichen Verhaltens, das den Angestellten der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die bzw. das sein Beruf erfordert, unwürdig erscheinen läßt.

(3) Liegen mildernde Umstände vor, so kann an Stelle der Dienstentlassung auf Geldbuße oder Gehaltskürzung (§ 10 Abs. 3 Nrn. 3 und 4) oder auf Versetzung in eine Stelle mit niedrigerem Endgrundgehalt (§ 10 Abs. 3 Nr. 5) erkannt werden.

...

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat eine schwere Dienstverfehlung schon darin gesehen, daß der Kläger 13 Jahre lang eine Nebentätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung ausgeübt habe, wobei er in jedem Falle monatlich über DM 100,-- verdient habe, so daß der Umfang der Nebentätigkeit nicht als gering im Sinne des § 5 Abs. 1 der Nebentätigkeitsverordnung angesehen werden könne. Ob durch die Arbeiten des Klägers für die BWG die Tätigkeit bei der Beklagten beeinträchtigt worden sei, spiele, so meint das Landesarbeitsgericht, demgegenüber keine Rolle. Ob der Kläger auch den Tatbestand des § 11 Abs. 2 Nr. 8 DO erfüllt habe, hat das Landesarbeitsgericht nicht mehr geprüft. Milderungsgründe, die gemäß § 11 Abs. 3 DO eine mildere Bestrafung zulassen, lägen nicht vor. Weitere von der Beklagten behauptete, eine Entlassung rechtfertigende Gründe, die ihr erst nach der Dienstentlassung des Klägers bekanntgeworden seien, hat das Landesarbeitsgericht nicht mehr geprüft, weil der Kläger dazu nicht vor der Einbringung in den Prozeß gehört worden sei.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter, während die Beklagte um Bestätigung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils bittet.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet, weil die Dienstentlassung des Klägers jedenfalls nicht mit den Gründen bestätigt werden kann, auf die das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung gestützt hat. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil eine Reihe von Umständen berücksichtigt werden muß, die der Feststellung und Würdigung durch das Landesarbeitsgericht bedürfen.

I. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß für die Nachprüfung von Dienststrafen gegen die dienstordnungsmäßigen Angestellten der Sozialversicherungsträger (kurz: DO-Angestellte) der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist (vgl. BAG 2, 81 [82 ff.] = AP Nr. 7 zu § 2 ArbGG 1953; BAG 6, 257 [259 ff.] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte; BSGE 2, 53 = AP Nr. 15 zu § 2 ArbGG 1953).

II. Weiter hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß verhängte Dienststrafen auf Grund einer Dienstordnung grundsätzlich gerichtlich nachgeprüft werden können. Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Schrifttum darüber, daß das Gericht prüfen kann, ob die verhängte Strafe in der Dienstordnung vorgesehen ist und ob die Vorschriften über das Verfahren bei der Verhängung einer Strafe eingehalten worden sind. Dazu gilt hier folgendes:

1. Grundlage für die Bestrafung des Klägers ist entgegen der Auffassung beider Parteien die Dienstordnung von 1966. Sie regelt seit ihrem Inkrafttreten (1. April 1966) das Arbeitsverhältnis der Parteien an Stelle der Dienstordnung von 1941. Dem steht nicht entgegen, daß der Kläger es abgelehnt hat, schriftlich die DO 66 als "Inhalt seines Anstellungsvertrages" anzuerkennen. Denn eine Dienstordnung wird nicht Inhalt eines Arbeitsvertrages. Sie hat vielmehr den Charakter einer Satzung und beherrscht das Dienstverhältnis wie eine sonstige Norm, ohne daß es dazu übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien des Arbeitsver-

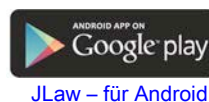


trages bedarf (BAG 10, 196 [199] = AP Nr. 15 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte; weitere Nachweise bei Säcker, DB 1971, 1476, Fußnote 2; vgl. auch den Wortlaut des § 185 RKnG: Die Anstellungs- und Dienstverhältnisse der Angestellten werden durch eine Dienstordnung geregelt).

Es ist nicht ersichtlich, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages vom 30. Juli 1957 den dieser Rechtslage entgegenstehenden Willen gehabt hätten, sich ausschließlich der DO 41 zu unterwerfen. Im Gegenteil: Der Vertrag vom 30. Juli 1957 nimmt zwar ohne die sogenannte Jeweiligkeitsklausel, auf die DO 41 Bezug. In § 2 Abs. 5 DO 41 ist aber vorgesehen, daß der Angestellte ein Stück der Dienstordnung "mit ihren jeweiligen Änderungen" ausgehändigt erhält. Die Jeweiligkeitsklausel ist also in der DO 41 selbst enthalten, der sich der Kläger unterworfen hat.

2. Formale Rechtsfehler bei der Verhängung der Dienststrafe sind nicht ersichtlich. Die Strafe der Dienstentlassung ist in § 10 Abs. 3 DO 66 als Sanktion für eine schuldhaft Verletzung der Dienstpflichten vorgesehen. Die Strafe ist auch in zulässiger Weise durch die Vorstandsvorsitzenden der Beklagten aufgrund einer Ermächtigung durch den Vorstand vom 26. Juni 1969 als dem berechtigten Organ im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 DO 66 verfügt worden. Ebenso ist das in § 10 Abs. 2 DO 66 vorgeschriebene Verfahren der Anhörung ordnungsmäßig durchgeführt worden.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist diese Voraussetzung für die Zulässigkeit der Dienstentlassung nicht nur hinsichtlich der Entlassungsgründe erfüllt, von denen die Beklagte vor der Entlassungsverfügung Kenntnis hatte, sondern auch hinsichtlich der ihr nach ihrer Behauptung später bekanntgewordenen Gründe, die sie erst im Prozeß vorgetragen hat. Zu den sogenannten nachgeschobenen Gründen hat das Bundesarbeitsgericht schon früher einen weniger strengen Standpunkt vertreten als das Landesarbeitsgericht (vgl. BAG 6, 257 [265 f.] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte).



Danach ist eine nochmalige Anhörung nicht notwendig, wenn der Angestellte infolge der Entlassung nicht mehr im Dienst steht, bereits ein Rechtsstreit schwebt, in dem er zu verfahrensmäßig zutreffend behandelten Dienstverfehlungen gehört wird, und weitere Vergehen während des Rechtsstreits aufgedeckt werden; denn der anhängige Rechtsstreit bietet die volle Gewähr dafür, daß der Angestellte in gleicher Weise zu diesen neuen Gründen der Entlassung Stellung nehmen kann.

Um die Ausschließung der Beklagten mit den neuen Entlassungsgründen aufrechtzuerhalten, wird das Landesarbeitsgericht festzustellen haben, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, sie habe davon erst nach der Dienstentlassung Kenntnis erhalten.

3. Die vom Bundesarbeitsgericht bei etwas anderer Fallgestaltung bejahte Frage (vgl. BAG 18, 172 = AP Nr. 8 zu § 66 PersVG), ob der Personalrat gemäß § 66 Abs. 1 Buchst. g PersVG (nicht § 70 Abs. 1 Buchst. b Nr. 5 PersVG, wie das Landesarbeitsgericht meint), bei der Verhängung von Dienststrafen mitzuwirken hat, kann hier offen bleiben, weil der Vorsitzende des Personalrats bei der Beklagten nach Beratung der Angelegenheit im Personalrat am 24. Juni 1969 erklärt hat, der Personalrat werde gegen die Dienstentlassung des Klägers keinen Einwand erheben.

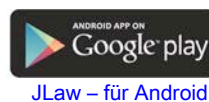
III. Jedoch läßt sich das angefochtene Urteil mit seiner Begründung zum Grund der Entlassung (schwere Verletzung der Dienstpflichten im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 3 DO) nicht halten, weil die Tatsachen allein, auf die das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung gestützt hat, nicht den Schluß auf eine schwere Verletzung der Dienstpflichten durch den Kläger zulassen.

1. Das Landesarbeitsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß die Gerichte für Arbeitssachen nachprüfen können, ob der Dienstherr bei Verhängung der Strafe ohne Ermessensfehler gehandelt hat. Die Dienstentlassung ist die schwerste



Strafe, die der Katalog der Dienstordnung in § 10 Abs. 3 vorsieht. Zwar braucht der Dienstherr bei einem Dienstvergehen nicht zunächst mildere Strafen auszusprechen, um erst bei beharrlicher Widersetzlichkeit des Angestellten zu stärkeren Strafmaßnahmen zu greifen (BAG 6, 257 [268] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte [zu II 9]). Schon aus § 11 Abs. 2 DO 66 ergibt sich jedoch, daß eine Dienstentlassung nur in ganz besonders schwerwiegenden Fällen schuldhafter Dienstvergehen ausgesprochen werden darf. Der Dienstherr ist nicht völlig frei in der Auswahl der Strafe. Vielmehr kann er die Strafe nur bei gegebener Tatbestandsvoraussetzung aussprechen und ist auch dabei an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden. Ob er sich daran gehalten und sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat, kann durch die Gerichte nachgeprüft werden. Von dieser Voraussetzung ist das Bundesarbeitsgericht bisher wie selbstverständlich ausgegangen (BAG 6, 257 [266 ff.] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte [zu II 8 bis 11]).

Die Frage der gerichtlichen Nachprüfung ist neuerdings vorwiegend im Zusammenhang mit der Verhängung von Betriebsbußen erörtert worden (vgl. BAG 20, 79 [87 ff.] = AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsbußen [zu II]; dazu Kammann, DB 1969, 2132 [2133, 2134]; Galperin, BB 1970, 933 [938]; Sommer, Arbeitsrechts-Blattei "Betriebsbußen" Entsch. 5; Sieg, SAE 1968, 29 [33]; ferner Dietz, BetrVG, 4. Aufl., § 56 Anm. 170; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, 9. Aufl., § 56 Anm. 38 a; Galperin-Siebert, BetrVG, 4. Aufl., § 56 Anm. 78 a; Herschel, Betriebsbußen, ihre Voraussetzungen und Grenzen, München 1967; Sieg, RdA 1954, 361 [362]). Dabei gehen die Ansichten über den Umfang der Nachprüfung auseinander. Ein Teil des Schrifttums will die Nachprüfung auf die Rechtsgrundlage, die Einhaltung der unverzichtbaren Verfahrensvoraussetzungen, die Feststellung des Verstoßes gegen die gegebene Regelung und den Ausschluß von Willkür beschränken (so Dietz, Fitting-Kraegeloh-Auffarth und Galperin-Siebert, aaO, im Anschluß



an die Rechtsprechung zum Vereinsstrafrecht [BGHZ 21, 373]). Demgegenüber weist Herschel aaO S. 93 mit Recht darauf hin, daß sowohl rechtsstaatliche, als auch praktische Gründe, nämlich die Sicherung der Funktionsfähigkeit betrieblicher Straf- oder Bußregelungen, es gebieten, daß die Gerichte für Arbeitssachen ihr Prüfungsrecht nicht zu eng begrenzen. Dabei übersieht er nicht, daß den Stellen, die über die Verhängung der Strafe oder Buße zu entscheiden haben, hinsichtlich der Wahl der Strafart und der Bestimmung der Strafhöhe ein Ermessensspielraum zugestanden werden muß (Herschel, aaO, S. 96). Es handelt sich aber um gebundenes Ermessen; es ist pflichtgemäß unter Berücksichtigung des Sinns betrieblicher Straf- oder Bußregelungen auszuüben. Die gerichtliche Nachprüfung muß deshalb auch den fehlerfreien Ermessensgebrauch umfassen.

Diese Überlegungen können sinngemäß auf das besondere Dienststrafrecht für die DO-Angestellten der Sozialversicherungsträger übertragen werden. Hier spricht für eine weitreichende gerichtliche Nachprüfung zusätzlich der Gedanke, daß dieses Dienststrafrecht – wie auch zahlreiche andere Regelungen der Dienstordnung – dem Beamtenrecht nachgebildet ist. Im Beamtenrecht dürfen die ins Gewicht fallenden Dienststrafen überhaupt nur von einem Gericht verhängt werden, dessen Urteil seinerseits im Instanzenzug wiederum der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ob daraus auf einen gegenüber dem dargestellten noch erweiterten Umfang der Nachprüfung zu schließen ist, kann dahingestellt bleiben; denn das angefochtene Urteil hält bereits hinsichtlich der ihm obliegenden Pflicht zur Prüfung auf fehlerfreien Ermessensgebrauch den Angriffen der Revision nicht stand.

2. Die Revision hat eine große Zahl von Rügen in diesem Bereich gegen das angefochtene Urteil erhoben. Sie brauchen nicht alle erörtert zu werden, weil das Landesarbeitsgericht jedenfalls in den nachstehend genannten Punkten seiner Prüfungspflicht nicht genügt hat.



a) Für sein Ergebnis, der Kläger habe eine schwere Dienstpflichtverletzung im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 3 DO begangen, hat das Landesarbeitsgericht entscheidend darauf abgestellt, es sei ohne Belang, ob die Arbeitsaufgaben des Klägers bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten durch seine Tätigkeit für die BWG beeinträchtigt worden seien; es komme allein darauf an, daß er eine hochdotierte Nebentätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung seines Arbeitgebers ausgeübt habe. Diese Auffassung ist nicht zu halten.

b) Zwar erkennt das Landesarbeitsgericht richtig, daß der Beamte und der diesem insoweit gleichgestellte DO-Angestellte sich mit voller Hingabe ihrem Beruf zu widmen haben und sich durch private Nebentätigkeit nicht belasten oder schwächen dürfen. Hieraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, die Ausübung einer privaten Nebentätigkeit schließe es aus, daß der Bedienstete sich mit voller Hingabe seinem Beruf widme. Das zeigt sich im Beamtenrecht, in dem zur Frage der Nebentätigkeit eine Milderung eingetreten ist. So darf beispielsweise die Genehmigung gemäß § 65 BBG nur versagt werden, wenn zu besorgen ist, daß die Nebentätigkeit die dienstlichen Leistungen beeinträchtigen werde. Eine andere Regelung würde im Hinblick auf Artikel 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen (vgl. BAG AP Nr. 60 zu § 626 BGB).

Es mag zwar sein, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten die Genehmigung für die Nebentätigkeit des Klägers jedenfalls als Geschäftsführer der BWG versagt hätte, weil der Umfang der übertragenen Aufgaben, dem ein hohes Gehalt entsprach, möglicherweise die Besorgnis gerechtfertigt hätte, daß diese Nebentätigkeit den Kläger so in Anspruch nehmen werde, daß seine Dienstausbildung im Hauptberuf darunter leide. Jedoch rechtfertigt das nicht den Schluß, daß der Kläger seinen Dienst durch die Nebentätigkeit ohne Genehmigung tatsächlich schwer vernachlässigt hat. Daß er die Genehmigung nicht eingeholt hat, ist zunächst ein reiner Formalverstoß. Eine Dienstentlassung rechtfertigt sich daraus erst dann, wenn durch die verbotene Tätigkeit selbst die Dienstpflichten erheblich verletzt worden sind.



Wie jede Strafe so muß auch die der Dienstentlassung als die Höchststrafe in einem angemessenen Verhältnis zum Unrechtsgehalt der Dienstverfehlung stehen (Lindgen, Handbuch des Disziplinarrechts, Band I, Systematische Darstellung I, S. 40). Schon der Reichsdisziplinarhof hat auf Dienstentlassung bei Ausübung unerlaubter Nebentätigkeit nur erkannt, wenn durch die Nebentätigkeit selbst wiederholt der Dienst versäumt, schlecht ausgeübt oder zum Schaden der Anstellungsbehörde die Nebentätigkeit mit Dienstgeschäften verquickt worden ist (vgl. die Hinweise bei Lindgen, Disziplinarrecht I, Systematische Darstellung, § 5 S. 163, 92 f.). In anderen Fällen ist stets auf mehr oder weniger erhebliche Geldbußen erkannt worden.

c) Das Landesarbeitsgericht hätte deshalb den Vortrag des Klägers berücksichtigen müssen, er habe seine Pflichten bei der Beklagten in vollem Umfang erfüllt. Da die Beklagte die Dienstentlassung rechtfertigen muß, wird es ihre Sache sein, ihre Darlegung, das sei nicht der Fall gewesen, durch Angabe von Einzelheiten zu belegen und nötigenfalls zu beweisen.

Dabei muß auch festgestellt werden, ob eine Vernachlässigung des Dienstes während der gesamten 13 Jahre der Tätigkeit des Klägers für die BWG oder von welchem Zeitpunkt an nachzuweisen ist. Das ist für die Schwere der Dienstpflichtverletzung von Bedeutung, weil eine Vernachlässigung über kurze Zeit eine Abmahnung oder mildere Strafe erfordern kann. Das Landesarbeitsgericht hat als einen Umstand, den die Annahme einer schweren Dienstpflichtverletzung rechtfertigt, den gesamten mehr als 13-jährigen Zeitraum (vom 1. März 1956 bis zur Dienstentlassung am 30. Juni 1969) angesehen, in dem der Kläger einer nicht genehmigten Nebentätigkeit nachgegangen ist. Von hier aus hat es die Schwere der Dienstpflichtverletzung bewertet, ohne die Frage zu behandeln, ob die Nebentätigkeit des Klägers bis 30. Juni 1965 - also mehr als 9 oder 13 Jahre - wegen Geringfügigkeit (§ 5



Abs. 1 Nebentätigkeitsverordnung vom 22. April 1964 oder entsprechende frühere Vorschriften) überhaupt außer Betracht zu lassen war. Sollte für diese mehr als 9 Jahre eine allgemeine Erlaubnis der Nebentätigkeit anzunehmen sein, dann ist ein erheblich anderer Sachverhalt zu beurteilen, als ihn das Landesarbeitsgericht zugrunde gelegt hat. Hierbei darf nicht entscheidend darauf abgestellt werden, daß der Kläger bei der BWG von Anfang an mehr als 100,-- DM als Pauschale, Vergütung und Aufwandsentschädigung bezogen hat. Die Vorschrift bedeutet lediglich, daß bei einem Entgelt in Höhe von 100,-- DM eine Geringfügigkeitsprüfung gar nicht erst angestellt zu werden braucht. Das schließt nicht aus, daß auch eine um 50,-- oder 100,--DM höher vergütete Nebenbeschäftigung wegen der Art der Tätigkeit geringfügig und somit genehmigungsfrei ist.

Für das eine Jahr der stellvertretenden Geschäftsführertätigkeit des Klägers für die BWG vom 1. Juli 1965 bis 30. Juni 1966 hat das Landesarbeitsgericht in den Entscheidungsgründen angenommen, der Kläger habe sich nach den mit der BWG getroffenen Vereinbarungen zur Dienstleistung an 4 1/2 Arbeitstagen verpflichtet, während der Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, daß die BWG intern vor Vertragsabschluß zwar an eine Dienstleistung von allerdings nur 3 1/2 Arbeitstagen in diesem Zeitraum gedacht hat (Niederschrift vom 9. Juni 1965), in dem Anstellungsvertrag vom 17. September 1965 aber die Arbeitsleistung des Klägers zeitlich nicht festgelegt worden ist. Die hierin liegenden Widersprüche bedürfen noch der Klärung in der Richtung, welche Zeiten der Kläger für die BWG in diesem einen Jahr aufwenden mußte und tatsächlich aufgewandt hat, um daraus Schlüsse für die Schwere der Dienstverfehlung ziehen zu können.

In diesem Zusammenhang wird auf die Einhaltung der Dienstzeit nicht entscheidend abgestellt werden können; denn die Referenten der Beklagten sind, wie sie selbst einräumt, in ihrem Aufgabenbereich weitgehend selbständig und unterliegen im Hinblick auf die Einhaltung der Dienstzeiten keinen laufenden Kontrollen. Es kommt dagegen auf den Umfang der Tätig-



keit des Klägers bei der BWG an und auf die Tageszeiten, während welcher er sie ausgeübt hat.

Welchen Umfang die Tätigkeit des Klägers für die BWG vom 1. Juli 1966 an in seiner Stellung als hauptamtlicher Geschäftsführer ausgemacht hat, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Es nimmt an, der Kläger habe sich in dieser Zeit "voll, d. h. während der normalen Dienstzeit", der BWG widmen müssen, ohne das zu begründen. Tatsächlich hat der Kläger offenbar ohne Beanstandung durch die BWG über drei Jahre hinweg nicht während der normalen Arbeitszeit für die BWG gearbeitet; denn er hat ja immerhin auch noch sein Hauptamt bei der Beklagten ausgeübt, bei der ein Dienst "außerhalb der normalen Arbeitszeit" nur ausnahmsweise vorstellbar ist.

Die vom Landesarbeitsgericht weiter angeführten Umstände, nämlich die Höhe der Bezüge des Klägers bei der BWG und deren aus der Bilanz ermittelter Geschäftsumfang lassen ohne Kenntnis der zeitlichen Inanspruchnahme des Klägers einen Schluß auf den Umfang seiner Tätigkeit für die BWG nicht zu. Es ist hier wie bei der Dienstleistung für die Beklagte nicht auszuschließen, daß der Kläger beide Berufe durch organisatorisches und fachliches Geschick ohne ins Gewicht fallende Überschreitung der "normalen Dienstzeit" ausgeübt hat. Auch hier bedarf es näherer Sachaufklärung.

d) Wenn das Landesarbeitsgericht aufgrund seiner erneuten Prüfung zu dem Ergebnis kommt, daß der Kläger infolge der Ausübung der Nebentätigkeit grob und schuldhaft seine Dienstausübungspflicht bei der Beklagten verletzt hat (vgl. BAG AP Nr. 23 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte Bl. 189 unten), so muß es weiter feststellen, ob der Kläger dadurch für die Beklagte untragbar geworden ist (Immand, Anm. zu AP wie vorher). Der Rechtsbegriff der schweren Dienstpflichtverletzung ist nämlich ähnlich wie der des wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB nur dann richtig angewandt, wenn das Gericht der Tatsacheninstanz unter Berücksichtigung aller



vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, auch der Interessen des Sozialversicherungsträgers, an der Beendigung und der des DO-Angestellten an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses, im Sinne einer Gesamtabwägung bedacht hat, ob der Angestellte - gegebenenfalls unter Verhängung einer geringeren Dienststrafe als der der Dienstentlassung - im Dienst tragbar ist. Fehlt es an einer solchen Gesamtabwägung, die überdies durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und durch die ausdrückliche Vorschrift über die Beachtung mildernder Umstände geboten ist, dann ist nicht auszuschließen, daß der Begriff der schweren Dienstpflichtverletzung verkannt ist.

3. Das Landesarbeitsgericht hat es weiter zu Unrecht abgelehnt, für den Kläger mildernde Umstände in Betracht zu ziehen, aufgrund deren gemäß § 11 Abs. 3 DO eine mildere Strafe als die der Dienstentlassung gerechtfertigt wäre. Es hat keine möglicherweise zugunsten des Klägers sprechenden Umstände berücksichtigt, obwohl solche unstreitig vorliegen oder doch behauptet sind. Hierzu gehört, daß der Beklagte durch die Nebentätigkeit des Klägers bisher kein greifbarer Schaden entstanden ist, daß die Nebentätigkeit keine nachweisbaren Auswirkungen auf die Amtsführung des Klägers hatte und, daß die für die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin tätigen Herren S , de W und H von der Nebentätigkeit des Klägers nach seiner Darstellung Kenntnis hatten. Letzteres ersetzt zwar nicht die erforderliche Genehmigung, könnte jedoch die Nebentätigkeit deswegen in einem milderen Licht erscheinen lassen, weil der Kläger sich sagen dürfte, seine Verfehlung könne nicht so schwerwiegend sein, wenn diese Herren von ihrem Wissen gegenüber seinem Arbeitgeber, mit dem sie näher verbunden waren, keinen Gebrauch machten.

Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang ersichtlich den Begriff der mildernden Umstände im Sinne



des § 11 Abs. 3 DO verkannt. Es schränkt ihn entgegen dem Wortlaut und dem Sinn der Vorschrift erheblich ein, wenn es nur "ausnahmsweise" und beim Vorliegen "außergewöhnlicher" Umstände eine Milderung eintreten lassen will. Die Vorschrift verlangt nichts anderes, als die gegebenen Gesamtumstände zu berücksichtigen, und sieht für den Fall, daß der eine oder andere Umstand geeignet ist, die schwere Dienstverfehlung - nur diese fällt unter § 11 DO 66 - in einem mildereren Licht erscheinen zu lassen, die Möglichkeit vor, auf eine andere (geringere) Strafe als die der Dienstentlassung zu erkennen.

IV. Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden. Wie schon die bisherigen Ausführungen ergeben, bedarf es einer Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und hierzu der Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird noch folgendes zu beachten sein:

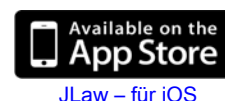
1. Die Beklagte hatte die Dienstentlassung des Klägers nicht nur mit schwerer Dienstpflichtverletzung (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 DO), sondern auch damit begründet, daß der Kläger wegen seines Verhaltens der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens unwürdig erscheine, das oder die sein Beruf erfordere (§ 11 Abs. 2 Nr. 8 DO 66). Diesen Entlassungsgrund hat das Landesarbeitsgericht nicht behandelt. Er bezieht sich insbesondere auf das Verhalten des Klägers in seinem zweiten Dienstverhältnis zur BWG. Die dahin gehörenden Einzelheiten, insbesondere die Umstände, aus denen die Beklagte auf einen Anstellungsbetrug zum Nachteil der BWG glaubt schließen zu können, sind nicht festgestellt. Deshalb kann der Senat dazu nicht Stellung nehmen. Das Landesarbeitsgericht wird sich aber mit diesem Entlassungsgrund befassen müssen, wenn aufgrund der erneuten Verhandlung der Entlassungsgrund der schweren Dienstpflichtverletzung nicht anerkannt werden kann.



2. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte mit den nach ihrer Behauptung nachträglich bekannt gewordenen Gründen zur Rechtfertigung der Dienstentlassung (Papiergeschäfte des Klägers mit der BWG unter Ausnutzung seiner Möglichkeiten bei der Beklagten, Beanspruchung doppelter Reisekosten, unerlaubte Benutzung des Dienstwagens der BWG) ausgeschlossen hat, weil der Kläger über diese Tatbestände nicht gehört worden sei und sie nicht im Strafbescheid aufgeführt worden seien, wird es daran nicht festhalten können (s. zu II 2 dieser Entscheidungsgründe).

V. Sollte das Landesarbeitsgericht aufgrund des gesamten, in Einzelheiten noch näher festzustellenden Sachverhalts zu dem Ergebnis kommen, daß die von der Beklagten verhängte Dienststrafe der Dienstentlassung weder gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 3 noch Nr. 8 DO zu rechtfertigen ist, dann braucht das nicht ohne weiteres zum Erfolg der Klage zu führen. Nach aller Voraussicht bleibt ein Dienstvergehen übrig, das dann mit einer milderen Strafe zu ahnden wäre, nämlich die Ausübung einer nicht unerheblichen Nebentätigkeit ohne Genehmigung. Für die Frage, ob darüber in diesem Rechtsstreit abschließend befunden werden kann, gilt folgendes:

1. Zwar ist die Strafgewalt der Beklagten anders als im Disziplinargerichtsverfahren nicht verbraucht, wenn das Gericht dem Antrag des Klägers stattgibt. Der Begriff des verbrauchten Strafanspruchs entstammt dem Strafrecht; über seine Anwendung wird im Strafverfahren entschieden, dem das Disziplinargerichtsverfahren nachgebildet ist. Der Grundsatz rechtfertigt sich daraus, daß diese Verfahrensarten so geprägt sind, daß unter Geltung der Untersuchungsmaxime der Richter selbst aufgrund der Hauptverhandlung die Strafe auswählt und festsetzt. Nach einem solchen Verfahren soll der Betroffene die Sicherheit haben, daß ihm aus demselben Lebensvorgang nicht erneut ein Strafverfahren droht, wenn neue Gesichtspunkte auftreten, aber keine Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sind.



Obwohl für die DO-Angestellten die beamtenrechtlichen Regeln sinngemäß angewandt werden, unterliegen sie gerade nicht der Disziplinargerichtsbarkeit. Über die gegen sie verhängten Dienststrafen haben die Gerichte für Arbeitssachen zu befinden. Diese können jedoch nur im Rahmen ihres Verfahrensrechts, also nach den Regeln des Arbeitsgerichtsgesetzes in Verbindung mit denen der Zivilprozeßordnung, entscheiden (§ 46 Abs. 2, § 64 Abs. 2 und § 72 Abs. 3 ArbGG). Aus § 308 Abs. 1 ZPO folgt, daß das Arbeitsgericht nicht selbst eine Strafe festsetzen kann, deren Verhängung nicht beantragt ist. Schließt demnach der Urteilsspruch des Landesarbeitsgerichts zwar die Dienststrafe der Dienstentlassung aus, ist aber über eine mögliche andere (mildere) Strafe nichts gesagt, so greift der Grundsatz des ne bis in idem nicht ein.

Auch eine Herabsetzung der Strafe durch das Gericht analog der Herabsetzung einer Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB scheidet aus. Abgesehen von der fehlenden Vergleichbarkeit von Vertrags- und Dienststrafen kann der Gedanke des § 343 BGB auch deshalb nicht herangezogen werden, weil die Dienstentlassung keine teilbare Belastung des Arbeitnehmers ist.

2. Andererseits ist es prozeßunwirtschaftlich, der Klage stattzugeben, die Beklagte auf die Möglichkeit einer anderen Dienststrafe zu verweisen und wegen der neuen Bestrafung möglicherweise einen neuen Prozeß entstehen zu lassen. Ein solches Vorgehen wäre nur im Verwaltungsverfahren sinnvoll, wo die Verwaltungsbehörde ein Glied in der Kette der Rechtsmittelstationen ist und vom Gericht angewiesen werden kann, unter Beachtung der Grundsätze, die dieses aufgestellt hat, erneut von seinem Ermessen durch neue Entscheidung Gebrauch zu machen.

Im Rahmen der von der Zivilprozeßordnung gegebenen Möglichkeit kann das Landesarbeitsgericht, kommt es dazu, daß die Dienstentlassung unzulässig ist, die Parteien nur gemäß § 139 ZPO veranlassen, neben ihren Hauptanträgen hilfsweise solche Anträge zu stellen, die die jeweils milderen Dienststrafen umfassen. Eine solche Hinwirkung auf sach-



dienliche Anträge ist hier zulässig, weil sie den Prozeßzweck fördert, Klarheit über die Bestrafung des Klägers zu schaffen.

Es wird nicht verkannt, daß ein solches Verfahren recht umständlich ist. Das ist jedoch die Folge daraus, daß den Arbeitsgerichten in der Form der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit eine Aufgabe zugewiesen ist, für die von der Sache her die Verfahrensordnungen, sei es der Verwaltungsgerichte, sei es der Disziplinargerichte, geeigneter wären. Das Zivilgericht kann nur im Rahmen seiner Verfahrensordnung dieser Aufgabe nachkommen. Es ist nicht befugt, Verfahrensgrundsätze der Disziplinarstrafo- oder Verwaltungsgerichte anzuwenden.

gez. Dr. König

Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling ist in den Ruhestand getreten.

Dr. Gröninger

gez. Dr. König

A. Wörner

Dr. Wiedemann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)