

Aktenzeichen: 2 AZR 51/79

LAG Düsseldorf

Urteil des BAG vom 23. April 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 626, § 140; BetrVG 1972 § 102; KSchG 1969 § 1
Verhaltensbedingte Kündigung, § 9; ZPO §§ 139,
286, 565

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 51/79

3 Sa 211/78 Düsseldorf

Verkündet am
23. April 1981

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 26. März 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und Engel für Recht erkannt:

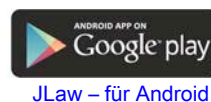
I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 16. November 1978 - 3 Sa 211/78 - teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das am 17. Februar 1978 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Köln - 14 Ca 5856/77 - abgeändert:

Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 21. Dezember 1977 mit Ablauf des 31. März 1978 beendet worden ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Im übrigen wird die Feststellungsklage
abgewiesen.

2. Der Auflösungsantrag des Klägers wird abge-
wiesen.

II. Im übrigen wird die Berufung des Klägers und die
Revision der Beklagten zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger
2/3, die Beklagte 1/3.

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

Tatbestand:

Der im Jahre 1935 geborene Kläger war zunächst ab 1. Juni 1960
als Architekt für die Schwestergesellschaften der Beklagten, die
D -Baubetreuungs-GmbH und D -Wohnungsbaugesellschaft tätig.
Mit Anstellungsvertrag vom 30. April 1975 war er seit 1. Mai 1975
in gleicher Funktion für die Beklagte zu einem Monatsgehalt von
zuletzt 2.950,-- DM brutto beschäftigt. Die frühere Dienstzeit bei
den Schwestergesellschaften wurde ihm voll angerechnet.

In dem Anstellungsvertrag vom 30. April 1975 heißt es u.a.:

"Nebentätigkeit darf die Arbeitskraft nicht beeinträchtigen.
Die Übernahme entgeltlicher Nebenbeschäftigung bedarf der
vorherigen schriftlichen Zustimmung der Geschäftsleitung."

Die mit den Schwestergesellschaften der Beklagten getroffene
Vereinbarung enthielt eine im wesentlichen gleichlautende Bestim-
mung.

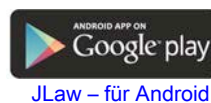
Im August und September 1975 erfuhr die Beklagte durch eine
Anzeige in der Zeitung "Händlerschutz", daß der Kläger ohne ihre
Genehmigung als Architekt an zwei fremden Bauvorhaben - Dünn-
walder Kommunalweg, Köln und Am Oberhof, Köln - mitgewirkt habe.
Auf ihre erste Nachfrage vom 21. August 1975 teilte der Kläger
unter dem 2. September 1975 mit, er habe wegen starker Anspannung
vergessen, die Genehmigung einzuholen und bitte um nachträgliche
Genehmigung; seine Arbeiten umfaßten lediglich Vorentwurfsskizzen.
Die weitere Frage der Beklagten nach sonstigen Nebentätigkeiten
beantwortete er in diesem Schreiben nicht.

Unter dem 8. September 1975 forderte die Beklagte den Kläger
auf, bis 12. September 1975 die sonstigen Objekte, getrennt nach

- 3 -



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



- 3 -

den Beschäftigungszeiten bei ihr und ihren Schwestergesellschaften, bekanntzugeben, an denen er ohne Zustimmung der Geschäftsleitung mitgewirkt habe, nachdem sie von der Mitwirkung des Klägers als Architekt an einem weiteren Objekt Kenntnis erlangt habe. Er werde um genaue Angaben in dieser Sache ersucht. Sie habe ein Anrecht darauf, den Umfang seiner außerbetrieblichen Tätigkeit kennenzulernen.

Der Kläger antwortete unter dem 10. September 1975 wie folgt:

"In den letzten 5 Jahren meiner Zugehörigkeit zu D Baubetreuung habe ich 3 Bauvorhaben bearbeitet deren Bezahlung zum Teil auf Nachbarschaftshilfe und Leistung auf Gegenseitigkeit bestanden. In der Zeit meiner Zugehörigkeit zur Fa. B habe ich keine Bauvorhaben bearbeitet."

Die Beklagte wies den Kläger unter dem 10. November 1975 darauf hin, er habe in mindestens zwei Fällen das vertragliche Nebentätigkeitsverbot verletzt; ein neuerlicher Verstoß könne Anlaß zur Kündigung sein.

Ende März 1976 beantragte der Kläger die Genehmigung für Planungsarbeiten 1 : 100 sowie die Korrekturen seines Standardteils für ein zweigeschossiges Wohnhaus in Stammheim, Isidor-Caro-Straße. Er fügte hinzu, daß sich der Zeitaufwand für diese Arbeiten auf die freien Samstage beschränke. Diesem Antrag gab die Beklagte mit Schreiben vom 8. April 1976 statt. In der Zeitung "Händler-schutz" vom März 1977 wurde der Kläger als der Architekt für dieses Bauvorhaben aufgeführt.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 1977 teilte die Beklagte dem Betriebsrat ihre Absicht mit, dem Kläger fristlos, vorsorglich fristgemäß zum 31. März 1978 zu kündigen. Zur Begründung führte sie unter Beifügung von Abschriften der Erklärungen des Klägers vom 2. und 10. September 1975 an, sie habe am 12. Dezember erfahren, daß der Kläger ein weiteres Bauvorhaben gegen Entgelt geplant und die Bauleitung noch im Jahre 1976 durchgeführt habe. Außerdem habe er für seine betriebliche Tätigkeit weit mehr Zeit benötigt als alle anderen Bauleiter. Dies dürfte nicht zuletzt auf seine unerlaubte Nebentätigkeit zurückzuführen sein. Der Kläger habe durch sein Verhalten das Vertrauensverhältnis erheblich gestört.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 1977 erhob der Betriebsrat Bedenken gegen die beabsichtigte fristlose Kündigung. Mit Schreiben

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



- 4 -

vom 21. Dezember 1977 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos.

Der Kläger wehrt sich mit der vorliegenden Klage gegen diese Kündigung, weil kein wichtiger Grund hierfür vorliege. Er hat beantragt festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis hierdurch nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hierzu vorgetragen:

Neben den nach eigenem Eingeständnis ohne ihre Genehmigung ausgeübten Nebentätigkeiten habe der Kläger für ein Bauvorhaben in Bergisch-Gladbach als Architekt gegen Entgelt gearbeitet. Weiterhin habe er entgegen seiner Erklärung vom 2. September 1975 für das Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg und über die erteilte Genehmigung vom 8. April 1976 hinaus für das Bauvorhaben Isidor-Caro-Straße auch die Bauleitung durchgeführt. Im Juli 1977 hätten der unmittelbare Vorgesetzte des Klägers und ihr technischer Leiter seine Entlassung wegen äußerst mangelhafter Leistungen angeregt. Am 12. Dezember 1977 habe sie dann erfahren, daß der Kläger als Architekt wiederum ohne ihre Genehmigung gegen Entgelt bis Juli 1976 an dem Bauvorhaben Dr. H tätig gewesen sei. Im Hinblick auf die Abmahnung vom 10. November 1975 und das wiederholte Ableugnen weiterer Nebentätigkeiten in der Vergangenheit habe er das Vertrauensverhältnis restlos zerstört.

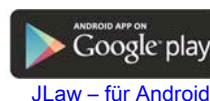
Der Kläger hat entgegnet, er habe seit seiner Anstellung bei der Beklagten allein die genehmigte Tätigkeit für das Bauvorhaben Isidor-Caro-Straße ausgeübt. Für das Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg, Köln, habe er über den Vorentwurf hinaus nur noch die Pläne gefertigt. Dies habe er im Zeitpunkt seiner Erklärung vom 2. September 1975 noch nicht absehen können. Das Bauvorhaben Bergisch-Gladbach datiere aus den Jahren 1970/71, als er noch nicht bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei. Für das Bauvorhaben Dr. H habe er nach Abschluß seines Anstellungsvertrages mit der Beklagten nur geringfügige, wenige Stunden in Anspruch nehmende Tätigkeiten unentgeltlich ausgeübt. Die Beklagte werfe ihm auch zu Unrecht unzureichende Leistungen als Bauleiter vor.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

- 5 -



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



In der Berufungsinstanz hat sich die Beklagte in der letzten mündlichen Verhandlung vorsorglich darauf berufen, daß ihre Kündigung in eine fristgemäße umzudeuten sei. Der Kläger hat daraufhin beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen. Die Beklagte ist diesem Antrag entgegengetreten.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert. Es hat festgestellt, daß die fristlose Kündigung der Beklagten rechtsunwirksam sei, das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. März 1978 aufgelöst und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung von 7.500,-- DM netto an den Kläger verurteilt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts richtet, die Kündigung vom 21. Dezember 1977 habe das Arbeitsverhältnis nicht fristlos beendet. Im übrigen ist das Rechtsmittel jedoch begründet. Die unwirksame fristlose Kündigung ist in eine ordentliche Kündigung zum 31. März 1978 umzudeuten, die auch sozial gerechtfertigt ist. Damit ist auch die Voraussetzung für den Auflösungsantrag des Klägers weggefallen, da dieser nur im Hinblick auf eine ordentliche Kündigung gestellt worden ist.

A. I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, daß für die Kündigung der Beklagten weder ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB noch Gründe für ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Nach der vertraglichen Regelung sei dem Kläger jegliche Nebentätigkeit untersagt, die seine dienstlichen Leistungen beeinträchtigen. Sie enthalte ferner das Verbot, eine entgeltliche Nebentätigkeit ohne vorherige schriftliche Genehmigung der Beklagten zu übernehmen. Das Verbot habe die Beklagte später durch schlüssiges Verhalten auf Nebentätigkeiten des Klägers als Architekt und Bauleiter eingeschränkt. Gegen diese Regelung bestünden auch keine rechtlichen Bedenken. Für die fristlose Kündigung sei deshalb nur erheblich, ob der Kläger nach der Abmahnung vom 10. November 1975 wiederum eine entgeltliche Nebentätigkeit als Architekt oder Bauleiter ausgeübt habe. Dies sei jedoch nach dem



- 6 -

Ergebnis der Beweisaufnahme nicht der Fall.

Durch die nochmalige Vernehmung des Zeugen Dr. H sei erwiesen, daß der Kläger für dieses Bauvorhaben unentgeltlich und nach Abschluß der Rohbauarbeiten im März 1975 nur noch in geringem Umfang tätig geworden sei. Diese Tätigkeit sei somit nicht genehmigungspflichtig gewesen. Daß der Kläger für das Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg noch bis zum Jahre 1977 als Bauleiter tätig gewesen sei, habe die Beweisaufnahme nicht ergeben. Auf eine Vernachlässigung der Dienstpflichten könne die Beklagte die fristlose Kündigung nicht stützen, da es insoweit an einer vorherigen Abmahnung fehle.

II. Auf Antrag des Klägers sei das Arbeitsverhältnis jedoch zum 31. März 1978, dem nächsten zulässigen Kündigungsstermin, aufzulösen. Die Bestimmung dieses Beendigungszeitpunkts sei in Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts trotz Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung gerechtfertigt, weil es hier auch um die zulässige Umdeutung der Kündigung in eine ordentliche gehe und der Kläger auch die Sozialwidrigkeit der Kündigung geltend gemacht habe. In diesem Falle müsse sein Auflösungsantrag auf den ordentlichen Kündigungsstermin bezogen werden. Der Antrag sei im Hinblick auf die schweren, aber im wesentlichen unzutreffenden Vorwürfe, die die Beklagte gegen den Kläger insbesondere im vorliegenden Verfahren erhoben habe, auch begründet. Dieser Begründung konnte der Senat nur teilweise folgen.

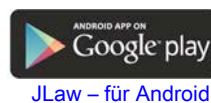
B. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst worden, ist ihm im Ergebnis zuzustimmen.

I. Das Berufungsgericht hat den Inhalt des vertraglichen Nebentätigkeitsverbots zutreffend bestimmt und in diesem Umfang für rechtswirksam erachtet. Das Recht des Arbeitnehmers, eine Nebentätigkeit auszuüben, kann vertraglich beschränkt werden, soweit der Arbeitgeber an deren Unterlassung ein berechtigtes Interesse hat. Das ist der Fall, wenn durch die Ausübung der Nebentätigkeit die vertraglich geschuldeten Leistungen beeinträchtigt werden oder der Arbeitnehmer eine verbotene Konkurrenztaetigkeit ausübt (vgl. Senatsurteil vom 26.8.1976 - 2 AZR 377/75 - AP Nr. 68 zu § 626 BGB [zu I 3 b und c der Gründe];

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

KR-Becker § 1 KSchG Rz 279, 280; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 90, 324, jeweils m.w.N.). Danach konnte zwischen den Parteien wirksam vereinbart werden, daß dem Kläger jegliche seine Arbeitskraft beeinträchtigende Nebentätigkeit und jede entgeltliche Tätigkeit als Architekt oder Bauleiter ohne vorherige Zustimmung der Beklagten verboten sein sollte.

II. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Kläger keine verbotswidrige Nebentätigkeit ausgeübt hat, die geeignet war, die ausgesprochene fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen.

1. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf abgestellt, ob der Kläger nach der schriftlichen Abmahnung vom 10. November 1975 erneut gegen das Nebentätigkeitsverbot verstoßen hat oder der Beklagten ein früherer Verstoß bekannt geworden ist. Auf ein Recht, dem Kläger wegen seiner entgeltlichen Tätigkeit für die Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg und Am Oberhof in dem von ihm in seiner schriftlichen Erklärung vom 2. September 1975 zugestandenen Umfang zu kündigen, hatte die Beklagte durch die Abmahnung verzichtet (vgl. dazu KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 39).

2. Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, der Kläger habe für das Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg keine über sein Eingeständnis hinausgehende Tätigkeit als Bauleiter ausgeübt. Hieran ist der Senat gebunden, weil insoweit kein Verfahrensangriff erhoben ist (§ 561 Abs. 2 ZPO).

3. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger habe im Falle Dr. H keine verbotswidrige Tätigkeit entfaltet.

a) Das Berufungsgericht hat aufgrund der Aussage des Zeugen Dr. H in beiden Instanzen festgestellt, daß der mit dem Zeugen über die miteinander befreundeten Ehefrauen in ständigem privaten Kontakt stehende Kläger nach Fertigstellung des Rohbaus im März 1975 nur noch in dem von dem Zeugen in erster Instanz näher geschilderten Umfang tätig gewesen ist, ohne hierfür Geld oder andere geldwerte Leistungen erhalten zu haben. Es hat den Zeugen für glaubwürdig angesehen und im Gegensatz zu der Würdigung des Arbeitsgerichts nicht für ausgeschlossen erachtet, daß er als Chemiker in der Lage gewesen sein dürfte, die Ausbauarbeiten eines Wohnhauses selbst in die Hand zu nehmen.



b) An diese tatsächlichen Feststellungen ist der Senat ebenfalls gebunden, da die hiergegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen nicht durchgreifen.

aa) Die Revision rügt als Verletzung des § 286 ZPO die Würdigung des Berufungsgerichts, die festgestellte Tätigkeit des Klägers habe nur einen sehr geringen Umfang gehabt, sei nicht nachvollziehbar, weil es sich hierzu nicht mit dem Vorbringen der Beklagten in der Berufsbeantwortung auseinandergesetzt habe. Unter Verstoß gegen alle Erfahrungssätze habe es ungeprüft gelassen, ob dem Kläger sonstige Vorteile zugeflossen seien.

bb) Die Beweiswürdigung des Tatrichters kann nur darauf hin nachgeprüft werden, ob sie vollständig und widerspruchsfrei ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungsregeln verstößt oder ob wesentliche Beweisantritte übergangen worden sind (vgl. BAG vom 7.2.1964 - 1 AZR 251/63 - BAG 15, 261 [268] = AP Nr. 6 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß [zu II 3 der Gründe]). Bei dieser eingeschränkten Nachprüfung ist die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz die von dem Zeugen bestätigten Tätigkeiten im einzelnen erläutert und auch genaue Angaben über die hierfür, teilweise an Wochenenden oder anlässlich abendlicher Privatbesuche aufgewendete Zeit von jeweils nur wenigen Stunden oder sogar Minuten gemacht. Demgegenüber hat die Beklagte weder den nach ihrer Ansicht erforderlichen Zeitaufwand schriftsätzlich präzisiert noch ausweislich der Niederschrift über die erneute Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz insoweit Fragen an den Zeugen gestellt. Das Berufungsgericht konnte deshalb in Ausübung seines tatrichterlichen Ermessens von den Angaben des Klägers über den zeitlichen Umfang und die zeitliche Lage seiner im übrigen von dem Zeugen bestätigten Tätigkeit ausgehen und insoweit auch von einer ins einzelne gehenden Darstellung im Urteil absehen. Dem Tatrichter hat als Grundlage der Beweiswürdigung der gesamte Inhalt der Verhandlung zu dienen. Er hat deshalb auch die Handlungen und Erklärungen der Parteien frei zu beurteilen und kann selbst bestrittene Behauptungen im Wege der Schlußfolgerung aus bereits ordnungsgemäß festgestellten Tatsachen und im Hinblick auf ein



unsubstantiiertes Bestreiten des Gegners für wahr erachten (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 39. Aufl., § 286 Anm. 2 A m.w.N.; Senatsurteil vom 20.9.1979 - 2 AZR 946/77 -, nicht veröffentlicht).

Die in Übereinstimmung mit der Zeugenaussage getroffene Feststellung, der Kläger habe von dem Zeugen keine anderen geldwerten Leistungen erhalten, schließt ein, daß dem Kläger auch keine sonstigen Vorteile zugeflossen sind. Hierbei hat das Berufungsgericht im Hinblick auf den von ihm festgestellten geringen Umfang der Tätigkeit des Klägers und seine persönlichen Beziehungen zu der Familie des Zeugen auch keine für eine Vorteilsgewährung sprechenden Erfahrungssätze verletzt oder zu Unrecht eine Umkehrung der Beweislast verneint, sondern die besonderen Umstände des Falles gewürdigt.

4. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die behaupteten Leistungsmängel des Klägers rechtfertigten im Hinblick auf eine fehlende Abmahnung keine Kündigung, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

5. Ohne Erfolg bleiben auch die Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, daß der Kläger an dem Bauvorhaben Dr. H während des Rohbaus die Bauleitung übernommen, für ein Bauvorhaben in Bergisch-Gladbach gegen Entgelt als Architekt gearbeitet und für das Bauvorhaben Isidor-Caro-Straße über die ihm erteilte Genehmigung hinaus die Bauleitung ausgeführt habe.

a) Während der von der Beklagten insoweit beanstandeten Mitwirkung an den beiden erstgenannten Bauvorhaben war der Kläger noch bei den Schwestergesellschaften der Beklagten beschäftigt. Im Falle Dr. H hat dies das Berufungsgericht festgestellt, und hinsichtlich des Bauvorhabens in Bergisch-Gladbach ist die Beklagte ausweislich ihrer Ausführungen in der Berufsbeantwortung von den zeitlichen Angaben des Klägers ausgegangen. Ob der Kläger damit gegen das auch mit seinen früheren Arbeitgebern vereinbarte Nebentätigkeitsverbot verstoßen hat, kann dahingestellt bleiben. Die Anrechnung der bei diesen Unternehmen verbrachten Dienstzeit durch die Beklagte kann entgegen der Ansicht der Revision nicht die Rechtsfolge auslösen, daß der Kläger sich gegenüber der Beklagten so behandeln lassen müsse, als ob er auch



schon damals bei ihr tätig gewesen wäre. Die Beklagte ist nicht wie im Falle einer Betriebsübernahme bei fortbestehendem Arbeitsvertrag an die Stelle des bisherigen Arbeitgebers getreten, sondern hat mit dem Kläger ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Vor dem Beginn des Arbeitsverhältnisses liegende Ereignisse können jedoch eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn hierdurch das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird (vgl. KR-Becker § 1 KSchG Rz 258-264; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 91, 309; jeweils m.w.N.). Im Streitfall hat die Beklagte jedoch, wie ihre Reaktion auf die schriftliche Erklärung des Klägers vom 10. September 1975 zeigt, die von ihm darin offenbarten Verstöße gegen das mit ihren Schwestergesellschaften vereinbarte Nebentätigkeitsverbot als unwesentlich für die Frage einer weiteren Zusammenarbeit angesehen. Denn ihre Abmahnung vom 10. November 1975 bezieht sich allein auf die von ihr ermittelte und vom Kläger während seines Arbeitsverhältnisses mit ihr ausgeübte Tätigkeit für die beiden Bauvorhaben Dünnwalder Kommunalweg und Am Oberhof.

b) aa) Auf eine über die erteilte Genehmigung hinausgehende Mitwirkung des Klägers als Bauleiter an dem Bauvorhaben Isidor-Caro-Straße kann die Beklagte die Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG wegen fehlender Unterrichtung des Betriebsrats von diesem Sachverhalt nicht mehr stützen.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Senatsurteil vom 18.12.1980 - 2 AZR 1006/78 - [demnächst] AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972 = EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 44; Urteil des Siebten Senats vom 1.4.1981 - 7 AZR 1003/78 - [demnächst] AP Nr. 23 zu § 102 BetrVG 1972, beide Entscheidungen sind auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) können nachgeschobene Kündigungsgründe, die bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden und dem Arbeitgeber bekannt gewesen, jedoch von ihm dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden sind, im Kündigungsschutzprozeß nicht mehr verwertet werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Betriebsrat der Kündigung aufgrund der ihm mitgeteilten Gründe zugestimmt oder wenn der Arbeitgeber ihn von den nachgeschobenen Gründen später unterrichtet hat. Unbeschränkt zulässig ist lediglich die nachträgliche Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündi-



gungsgründe durch erläuternde oder ergänzende Angaben.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ergibt, daß er von der Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz vortragene Sachverhalt zur Rechtfertigung ihrer Kündigung nicht mehr verwertet werden kann. Er war ihr nach ihrem eigenen Vortrag vor der Einleitung des Anhörungsverfahrens aus einer Ausgabe der Zeitung "Händlerschutz" vom März 1977 bekannt. Die Beklagte hat damit auch nicht lediglich einen der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe durch zusätzliche Angaben ergänzt oder erläutert, sondern einen zusätzlichen Kündigungsgrund in den Prozeß eingeführt; denn in ihrem Anhörungsschreiben vom 13. Dezember 1977 ist auch nicht andeutungsweise davon die Rede, daß der Kläger für das Bauvorhaben Isidor-Caro-Straße eine über die ihm erteilte Genehmigung hinausgehende Tätigkeit ausgeübt habe.

bb) Das Recht der Beklagten, dem Kläger wegen dieses Verhaltens aus wichtigem Grunde außerordentlich zu kündigen, ist im Hinblick auf ihre lange vor Ausspruch der Kündigung hiervon erlangte Kenntnis überdies nach § 626 Abs. 2 BGB verwirkt.

6. Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht vor, es hätte die Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung auch unter dem Gesichtspunkt prüfen müssen, ob nicht zumindest der Verdacht bestehe, daß der Kläger sowohl im Falle Dr. H als auch noch in weiteren Fällen gegen das Verbot der entgeltlichen Nebentätigkeit verstoßen habe.

Zwar kann auch der Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer Vertragspflichtverletzung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (BAG vom 4.6.1964 - 2 AZR 310/63 - BAG 16, 72 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Eine Verdachtskündigung liegt jedoch nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung damit begründet, es sei gerade der Verdacht eines strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers, der das für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört habe (Senatsurteil vom 22.9.1977 - 2 AZR 722/75 -, nicht veröffentlicht; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 156). Im Streitfall hat die Beklagte zwar in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 11. Januar 1978 im Hinblick auf die vom Kläger bisher verfolgte Taktik die Befürchtung geäußert, die bisher bekannten Bauvorhaben, an denen er ohne Genehmigung mitgewirkt



habe, stellten nur "die Spitze des Eisberges" dar. Sie hat jedoch anschließend ausgeführt, sie sei keinesfalls verpflichtet, den gesamten Umfang der Nebentätigkeiten des Klägers zu ermitteln; schon die hier zufällig bekannt gewordenen Nebentätigkeiten reichten zur Rechtfertigung der Kündigung völlig aus. Damit hat sie die Kündigung aber gerade nicht auf den Verdacht weiterer verbotswidriger Nebentätigkeiten gestützt.

7. An sich zutreffend, aber im Ergebnis erfolglos, rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht sei nicht auf den Vortrag der Beklagten eingegangen, der Kläger habe in jedem Falle wiederholt wahrheitswidrige Angaben über seine Nebentätigkeiten gemacht und insbesondere auch auf ihre erneute Anfrage vom

8. September 1975 seine Tätigkeit für das Bauvorhaben Dr. H -
verschwiegen. Jedoch führt dieser Rechtsfehler nicht zur Bestätigung der fristlosen Kündigung. Dies kann der Senat auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts sowie des eigenen Vorbringens der Beklagten selbst feststellen.

a) Der Kläger war verpflichtet, die Beklagte auf ihre erneute Anfrage von seiner nach dem 1. Mai 1975 für das Bauvorhaben Dr. H ausgeübten Tätigkeit zu unterrichten.

Die Beklagte hat in diesem Schreiben um die Bekanntgabe aller Bauvorhaben gebeten, an denen der Kläger ohne Zustimmung der Geschäftsleitung mitgewirkt hat, und abschließend auf ihr Recht hingewiesen, den Umfang seiner außerbetrieblichen Tätigkeit kennenzulernen, "um die Sache beurteilen zu können". Damit war es der auch für den Kläger erkennbare Sinn ihrer Anfrage, uneingeschränkt über alle Nebentätigkeiten für fremde Bauvorhaben ohne Rücksicht auf Umfang und Entgeltlichkeit unterrichtet zu werden. Zu dieser Auskunft war der Kläger gemäß § 242 BGB verpflichtet, soweit es die Zeit seiner Beschäftigung bei der Beklagten angeht. Er hatte unstreitig in den Fällen Dünnwalder Kommunalweg und Am Oberhof eine vertragswidrige entgeltliche Tätigkeit ausgeübt, diese der Beklagten verschwiegen und hierfür eine wenig überzeugende Begründung gegeben. In seiner Funktion als bauleitender Architekt konnte er zudem nicht ständig überwacht werden.

b) Diese Auskunftspflicht hat der Kläger bereits durch seine schriftliche Erklärung vom 10. September 1975 verletzt. Er hat



darin jegliche Mitwirkung an fremden Bauvorhaben während seiner Beschäftigungszeit bei der Beklagten verneint, obwohl er in dieser Zeit für das Bauvorhaben Dr. H in dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Umfang tätig war.

c) Die Beklagte ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG gehindert, die Kündigung auf diese Pflichtverletzung zu stützen. Sie hat die zugrunde liegenden Tatsachen dem Betriebsrat in dem Anhörungsschreiben und den beigefügten Abschriften der Erklärungen des Klägers vom 2. und 10. September 1975 mitgeteilt und auch auf die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zum Kläger hingewiesen.

d) Die Pflichtverletzung ist auch an sich geeignet, einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung abzugeben, da die Beklagte im Hinblick auf die eingeschränkte Überwachungsmöglichkeit in den Kläger ein besonderes Vertrauen setzen mußte. Einer vorherigen Abmahnung bedurfte es nicht, weil diese Pflichtverletzung im sog. Vertrauensbereich liegt (vgl. BAG vom 4.4.1974 - 2 AZR 452/73 - BAG 26, 116 [129] = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat [zu V 2 der Gründe]).

e) Gleichwohl erweist sich das angefochtene Urteil, soweit es die fristlose Kündigung für unwirksam erachtet hat, im Ergebnis als richtig. Der Senat kann diese Entscheidung selbst treffen, so daß die Revision insoweit zurückzuweisen ist (§ 563 ZPO).

Das Gewicht dieser Pflichtverletzung ist nicht so erheblich, daß der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. März 1978 unzumutbar gewesen wäre. Bereits in dem Abmahnungsschreiben vom 10. November 1975 war Gegenstand der Rüge wie auch der Kündigungsandrohung im Wiederholungsfall die Ausübung der verbotenen Nebentätigkeit. Nach ihrem eigenen Sachvortrag hat die Beklagte in der Folgezeit trotz des gegen den Kläger erhobenen Vorwurfs schwerer Leistungsmängel und des von ihr gehegten Verdachts, diese seien maßgebend auf weitere unerlaubte Nebentätigkeiten zurückzuführen, die fristlose Kündigung erst ausgesprochen, als sie von der (vermeintlich) verbotswidrigen Nebentätigkeit im Fall Dr. H erfahren hatte. Schon hieraus wird deutlich, daß diese Pflichtverletzung der wesentliche Grund war, der für die Beklagte auch eine nur noch zeitlich begrenzte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen ließ. Auch in ihrem Anhörungsschreiben

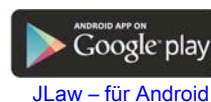


an den Betriebsrat hat sie diesen Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt; die weiter angeführten Gründe sollten erkennbar dieser Pflichtverletzung nur noch zusätzliches Gewicht verleihen.

C. Die unwirksame außerordentliche Kündigung vom 21. Dezember 1977 ist jedoch nach § 140 BGB in eine fristgerechte Kündigung zum 31. März 1978 umzudeuten, die nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist. Diese Würdigung ist dem Senat ohne weitere Sachaufklärung möglich, weil der insoweit entscheidungserhebliche Sachverhalt feststeht (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

I. Wie die Ausführungen des angefochtenen Urteils insbesondere zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ergeben, hat das Berufungsgericht, allerdings ohne nähere Begründung, die Umdeutung vorgenommen und auch für zulässig angesehen. Im Ergebnis ist ihm in diesem Punkte zuzustimmen.

Das Berufungsgericht war an der Umdeutung nicht aus prozessualen Gründen gehindert, nachdem sich die Beklagte hierauf ausdrücklich berufen hatte (vgl. dazu BAG vom 18.9.1975 - 2 AZR 311/74 - BAG 27, 263 = AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung [zu B II der Gründe]). Materiellrechtlich kommt es nach § 140 BGB darauf an, ob die Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach den gegebenen Umständen dem mutmaßlichen Willen des Arbeitgebers entspricht und ob dieser Wille dem Arbeitnehmer erkennbar geworden ist (BAG vom 18.9.1975, aaO; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 262). Auch diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Der mutmaßliche Wille der Beklagten, sich durch die Kündigung notfalls auch fristgemäß vom Kläger zu trennen, ergibt sich bereits aus dem Anhörungsschreiben der Beklagten an den Betriebsrat. Diese Absicht der Beklagten ist auch für den Kläger erkennbar gewesen. Er hat in der Klageschrift seinen Antrag allgemein dahin gefaßt, festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch "die Kündigung" zum 21. Dezember 1977 nicht aufgelöst worden ist. Ferner hat die Beklagte in dem Kündigungsschreiben zur Begründung auch auf Leistungsmängel hingewiesen, auf die in der Regel nur eine ordentliche Kündigung gestützt wird. Schließlich hat die Beklagte den Betriebsrat auch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie notfalls eine fristgemäße Kündigung zum 31. März 1978



beabsichtige und ihn damit gemäß § 102 BetrVG ordnungsgemäß auch zu der umgedeuteten ordentlichen Kündigung angehört (Senatsurteil vom 16.3.1978 - 2 AZR 424/76 - BAG 30, 176 = AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972 [zu B II 2 der Gründe]).

II. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Kündigung der Beklagten als umgedeutete ordentliche Kündigung auch nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.

Wie bereits vorstehend unter B II 7 der Gründe ausgeführt, hat der Kläger durch das Verschweigen seiner nach dem 1. Mai 1975 für den Zeugen Dr. H ausgeübten Nebentätigkeit in der schriftlichen Erklärung vom 10. September 1975 eine Vertragspflichtverletzung begangen, die geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung und damit auch einen verhaltensbedingten Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung ohne vorherige Abmahnung abzugeben.

Bei der erforderlichen Interessenabwägung hat der Senat berücksichtigt, daß der Kläger das besondere Vertrauen, das die Beklagte aus den dargelegten Gründen in ihn setzen mußte, bereits in den beiden abgemahnten Fällen durch eine verbotene entgeltliche Nebentätigkeit enttäuscht hatte. Die Versuchung, private Aufträge anzunehmen und sich hierbei zum Nachteil des Arbeitgebers zu übernehmen, ist für einen Bauleiter, der in gewissem Umfang über die zeitliche Lage seiner Arbeit disponieren kann, besonders groß. Die Beklagte hatte deshalb ein berechtigtes Interesse daran, vom Kläger umfassend über sämtliche Nebentätigkeiten ohne Rücksicht auf Umfang und Entgeltlichkeit unterrichtet zu werden, um insbesondere selbst beurteilen zu können, ob die Nebentätigkeiten nach Zahl und Umfang geeignet sein konnten, die Leistungsfähigkeit des Klägers für ihr Unternehmen zu beeinträchtigen. Dies hat sie in ihrem Schreiben vom 8. September 1975 auch für den Kläger eindeutig zum Ausdruck gebracht. Durch das Verschweigen seiner Mitarbeit an dem Bauvorhaben Dr. H hat der Kläger das erforderliche Vertrauensverhältnis so stark erschüttert, daß bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien eine ordentliche Kündigung als billigenstwert erscheint. Hierbei kommt es nicht mehr darauf an, ob und mit welcher Begründung der Kläger im November 1977 eine von der Beklagten erneut geforderte Auskunft über seine Nebentätigkeiten verweigert



hat, wie die Beklagte in ihrem Anhörungsschreiben an den Betriebsrat behauptet, jedoch im Prozeß erstmals in der Revisionsbegründung näher vorgetragen hat. Das Interesse der Beklagten, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger jedenfalls auf Dauer nicht mehr fortzusetzen, überwiegt das Interesse des Klägers am Bestandsschutz. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, daß der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung 42 Jahre alt war und bei der Beklagten und deren Schwestergesellschaften insgesamt sieben Jahre beschäftigt gewesen ist. Die sozialen Erwägungen müssen gegenüber den berechtigten Zweifeln der Beklagten an der erforderlichen Zuverlässigkeit des Klägers zurücktreten.

D. Die soziale Rechtfertigung der umgedeuteten ordentlichen Kündigung führt zur Abweisung des Auflösungsantrags des Klägers, ohne daß es darauf ankommt, ob hierfür Gründe ausreichend vorgetragen worden sind.

Ist im Kündigungsschutzprozeß eine außerordentliche Kündigung und eine umgedeutete ordentliche Kündigung im Streit, so kann der Arbeitnehmer sowohl nach § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung als auch nach § 9 Abs. 1 KSchG lediglich in Bezug auf die ordentliche Kündigung beantragen. Es hängt somit von dem ggf. durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Arbeitnehmers ab, welcher Antrag gestellt wird. Beantragt der Arbeitnehmer lediglich nach § 9 Abs. 1 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf die ordentliche Kündigung, so kommt nach der in diesem Falle unmittelbar anzuwendenden Vorschrift des § 9 Abs. 2 KSchG von vornherein lediglich eine Auflösung zum ordentlichen Kündigungstermin in Betracht. Sie setzt jedoch voraus, daß die umgedeutete Kündigung sozialwidrig ist (vgl. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl., § 13 Rz. 36, 37; KR-Friedrich § 13 KSchG Rz 108). Die vom Berufungsgericht aufgeworfene, in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis bei einem im Hinblick auf die fristlose Kündigung gestellten Antrag des Arbeitnehmers aufzulösen ist (vgl. die Übersicht bei KR-Friedrich § 13 KSchG Rz 66 und 67), stellt sich in diesem Falle gar nicht.



- 12 -

Im Streitfall hat der Kläger ausweislich der Sitzungsniederschrift über die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht in unmittelbarem Anschluß an die Erklärung der Beklagten, in ihrem Kündigungsschreiben liege auch eine fristgemäße Kündigung, den Antrag gestellt, das Arbeitsverhältnis "gemäß §§ 9, 10 KSchG" aufzulösen. Damit hat er eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß der Antrag im Hinblick auf die fristgemäße Kündigung gestellt werde. Da die umgedeutete ordentliche Kündigung jedoch sozial gerechtfertigt ist und das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1978 beendet hat, ist dieser Auflösungsantrag unbegründet.

E. Das angefochtene Urteil war demgemäß teilweise aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts entsprechend abzuändern. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO, weil der Kläger in größerem Umfange unterlegen ist.

Hillebrecht

Triebfürst

Weller

Kerrmann

Engel

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



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

