

Aktenzeichen: 2 AZR 761/79

Bundesarbeitsgericht Zweiter Senat - Urteil vom 21. Januar 1982
Az. 2 AZR 761/79

I. Arbeitsgericht Wesel - Urteil vom 23. November 1976
Az. 2 Ca 833/76

II. Landesarbeitsgericht - Urteil vom 6. März 1979
Düsseldorf Az. 18 Sa 121/77

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung wegen Nebentätigkeit

Gesetz:

BAT § 54; Landesbeamtengesetz NW §§ 68, 73;

Nebentätigkeitsverordnung NW § 5, § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 761/79

18 Sa 121/77 Düsseldorf

Verkündet am
21. Januar 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

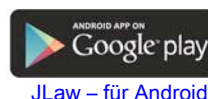
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Hammel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 6. März 1979 - 18 Sa 121/77 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 1. Juli 1976.

Der Kläger war seit dem 15. Februar 1963 bei der Beklagten angestellt. Die Arbeitsbedingungen wurden zuletzt im Arbeitsvertrag vom 19. Februar 1974 festgelegt, der unter § 2 vorsah, daß sich das Arbeitsverhältnis nach den jeweils gültigen Bestimmungen des Bundesangestelltentarifvertrages (BAT) richtet bei einer Eingruppierung des Klägers in VergGr. V c BAT.

In den letzten Jahren seiner Tätigkeit nahm der Kläger Aufgaben eines Baukontrolleurs im Bauaufsichtsamt wahr. Zu den Aufgaben gehörte die Bearbeitung von Anträgen auf Genehmigung von Ölfeuerungsanlagen, Kanalanschlüssen und sonstigen kleinen Bauvorhaben (zum Beispiel Garagen). Ferner wurde er zur Überwachung dieser Bauvorhaben eingesetzt. Das Bauaufsichtsamt gehört zum Bauamt der Beklagten. Für die Jahre 1971 bis 1975 beantwortete der Kläger die schriftliche Anfrage der Beklagten nach der Ausübung von Nebentätigkeit unterschriftlich jeweils mit "nein". Unter dem 22. November 1973 versandte die Beklagte an alle Mitarbeiter im Hause noch einmal ein Schreiben, in dem die Voraussetzungen für die Genehmigung von Nebentätigkeiten erschöpfend genannt werden, ausgeführt wird, es bestehe die Vermutung, daß Mitarbeiter des Bauaufsichtsamtes nicht genehmigte Nebentätigkeiten ausüben und mitgeteilt wird, für den Fall, daß sich diese Vermutungen bestätigen sollten, werde der Stadtdirektor einschreiten. Am 3. Januar 1975 forderte der Stadtdirektor in einem persönlichen Gespräch den Kläger auf, sich zu bestimmten Bauanträgen zu äußern, bei denen der Verdacht bestand, der Kläger habe sie gefertigt. Dieser verließ das Zimmer, ohne sich zu äußern. Am selben Tage wurde er schriftlich aufgefordert, innerhalb einer Woche mitzuteilen, ob er im Jahre 1974 Nebentätigkeiten ausgeübt habe. Dies verneinte er mit Schreiben vom 7. Februar 1975. Am 25. März 1975 räumte der Kläger auf Vorhalt ein, bisher nicht die ganze Wahrheit gesagt zu haben, denn er habe sich in einigen Fällen an der Erstellung von Bauantragsunterlagen beteiligt. Er versprach, zukünftig keine ungenehmigten Nebentätigkeiten mehr auszuüben.



Die Parteien streiten darüber, ob der Stadtdirektor dem Kläger hierauf einen strengen mündlichen Verweis erteilte, den der Kläger annahm. Wie der Kläger ausdrücklich zugestanden hat, erledigte er aber auch nach diesem Gespräch Nebentätigkeiten. Nur der Umfang dieser Nebentätigkeiten ist zwischen den Parteien streitig. Am 22. Juni 1976 rief der Dezernatsleiter des Bauamts, S, alle technischen Bediensteten zu einer Besprechung zusammen und forderte sie auf, mitzuteilen, an welchen Bauanträgen sie für Antragsteller privat gegen Entgelt mitgearbeitet hätten. Der Kläger erklärte, in der Zeit vom 1. April 1975 bis 3. Juni 1976 in ca. 18 Fällen Zeichnungen und Pläne für Bauanträge gefertigt zu haben. Am 25. Juni 1976 schränkte er seine Erklärung dahingehend ein, er habe nur in 6 Fällen die Anträge gefertigt. Die übrigen zugegebenen Fälle würden aus dem Jahre 1974 stammen. Mit Schreiben vom 1. Juli 1976, das dem Kläger am 5. Juli 1976 zuging, kündigte die Beklagte dem Kläger außerordentlich mit sofortiger Wirkung.

Der Kläger hält die Kündigung wegen Fehlens wichtiger Gründe und Verfristung (§ 54 Abs. 2 BAT) für unwirksam.

Er hat beantragt festzustellen, daß die von der Beklagten unter dem 1. Juli 1976 ausgesprochene fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Kläger habe ohne Genehmigung seines Arbeitgebers keine Nebentätigkeiten ausüben dürfen. Sie könne nicht nach § 7 der Nebentätigkeitsverordnung (NTV), die über § 11 BAT in Verbindung mit §§ 68 ff. LBG auf das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger anzuwenden gewesen sei, als erteilt gelten, weil eine Interessenkollision mit dienstlichen Belangen zu besorgen gewesen sei. Vielmehr sei gerade in solchen Fällen die nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilende Genehmigung zur Nebentätigkeit zu versagen, denn § 6 Abs. 1 Satz 3 NTV bestimme ausdrücklich, daß dienstliche Interessen u.a. insbesondere dann beeinträchtigt würden, wenn die Tätigkeit den Bediensteten in Widerstreit zu seinen dienstlichen Pflichten bringen könne.

Der Kläger habe sich auch den strengen Verweis wegen



- 4 -

der Ausübung nicht erlaubter Nebentätigkeit vom 25. März 1975 keine Lehre sein lassen. Vielmehr habe er auch danach unerlaubte Nebentätigkeit ausgeübt. Hierin liege ein so erheblicher Vertrauensbruch, daß es unzumutbar sei, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Die Zweiwochenfrist des § 54 Abs. 2 BAT sei gewahrt. Der Stadtdirektor der Beklagten habe von der Nebentätigkeit des Klägers erst durch das Eingeständnis in der Besprechung vom 22. Juni 1976 erfahren. Der bloße Verdacht des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes reiche nicht aus. Es komme zwar nur auf die Kenntnis des Stadtdirektors an. Jedoch hätten auch der Stadtbaurat und der Leiter des Bauaufsichtsamtes, van B , erst seit dem 22. Juni 1976 Kenntnis von der Nebentätigkeit des Klägers gehabt. Zwischen dem Stadtbaurat und dem Kläger habe in der Gaststätte "Haus Peters" kein Gespräch über Nebentätigkeiten stattgefunden. Sie, die Beklagte, müsse ausdrücklich bestreiten, daß irgendwelche Vorgesetzte den Kläger zur Ausübung von Nebentätigkeiten angehalten hätten. Auch der Bezirksingenieur E habe nichts von der unerlaubten Tätigkeit des Klägers gewußt. E habe den Kläger schon gar nicht zu Antragstellern im Ortsteil Kessel geschickt, damit er gegen Entgelt Bauanträge fertige. Vielmehr sei der Kläger im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit als fachkundiger Techniker nach Kessel geschickt worden, um die Anlieger - selbstverständlich kostenlos - zu beraten. Daß der Kläger daraus ein privates Geschäft machen würde, habe niemand geahnt.

Der Kläger hat erwidert, die Beklagte habe die Frist des § 54 Abs. 2 BAT nicht eingehalten. Bereits im Juni 1975 und im April 1976 sei sowohl dem Stadtbaurat S als auch dem Leiter des Bauaufsichtsamtes van B der vom Kläger geschilderte Sachverhalt bezüglich der Nebentätigkeiten bekannt gewesen. Bei einer Gemeinde, bei der mehrere hundert Menschen beschäftigt seien, könne es nicht allein auf die Kenntnis des Stadtdirektors ankommen, sondern es reiche die Kenntnis des Leiters des Bauamtes und des Leiters des Bauaufsichtsamtes aus. Mit Schriftsatz vom 28. November 1977 hat der Kläger vorgetragen, er habe zwischenzeitlich erfahren, der Stadtbaurat S habe von den hier interessierenden

- 5 -



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



Vorgängen schon weit vor dem 22. Juni 1976 durch ein Gespräch zwischen ihm, dem Kläger, und dem Stadtbaurat in der Gaststätte "Haus Peters" in G Kenntnis gehabt. Der Stadtbaurat habe erklärt, er wisse von der Nebentätigkeit des Klägers, ihm seien jedoch auch Nebentätigkeiten anderer Bediensteter bekannt. Auch der Stadtdirektor habe bereits am 10. Juni 1976 von der Nebentätigkeit Kenntnis erlangt. Das Personalratsmitglied Sc habe dem Stadtdirektor an diesem Tage sogar diverse Anträge gezeigt, die andere Bedienstete gefertigt hätten.

Im übrigen liege Nebentätigkeit im eigentlichen Sinne nicht vor. Nach den Grundsätzen des Nebentätigkeitsrechts sei für die von ihm ausgeübten Nebentätigkeiten die Genehmigung zu erteilen gewesen, da sie bei geringem Umfang der Nebentätigkeit (Vergütung bis zu 200,-- DM monatlich) nach § 5 Abs. 1 NTV als allgemein erteilt gelte. Für die im Kündigungsschreiben vom 1. Juli 1976 angeführten Zeichnungen zu 18 Bauanträgen habe er insgesamt eine Vergütung von allenfalls 800,-- bis 900,-- DM erhalten. Der Kläger hat aber eingeräumt, den Bauantrag des Bauherrn H über den Bau von zwei Garagen, der erst am 16. Juni 1976 eingegangen ist, gegen Entgelt erstellt zu haben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers nach Beweisaufnahme zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig, aber nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die fristlose Kündigung sei gemäß § 54 BAT gerechtfertigt. Der Kläger habe fortgesetzt über Jahre hinweg unerlaubterweise genehmigungspflichtige Nebentätigkeiten gegen Entgelt verrichtet, obwohl er regelmäßig für dieselben Zeiträume gegenüber der Beklagten schriftlich erklärt habe, er habe keinerlei Nebentätigkeit ausgeübt. Der Kläger habe die Nebentätigkeit selbst dann noch ohne Genehmigung fortgesetzt, nachdem er vom Stadtdirektor der Beklagten wegen der unerlaubten Ausübung der Nebentätigkeit



- 6 -

verwarnt worden war und versprochen hatte, zukünftig diese Verhaltensweise zu ändern. Es könne dahinstehen, ob der Kläger sämtliche 18 zunächst zugestandenen Nebentätigkeiten verrichtet habe. Entscheidend sei, daß der Kläger nach eigenem Geständnis auch nach dem 25. März 1975, dem Tage der Verwarnung durch den Stadtdirektor, derartige Nebentätigkeiten erledigt habe.

Unzutreffend sei, die vom Kläger ausgeübten Nebentätigkeiten würden als "allgemein genehmigt" i.S. von § 11 BAT, §§ 79 ff. (75) LBG, § 7 NTV gelten. Die dortigen Voraussetzungen lägen ersichtlich nicht vor, denn es werde hierfür gefordert, daß die Nebentätigkeit die dienstlichen Interessen nicht beeinträchtigten. Gerade das Gegenteil sei aber vorliegend der Fall. Soweit es sich um Nebentätigkeiten des Bezirks B handle, desjenigen Bezirks, in dem der Kläger als Techniker arbeite, bedürfe es hierfür keiner weiteren Erörterung. Soweit es sich hier um Nebentätigkeiten aus dem Bezirk A handle, gelte auch nichts anderes, denn eine dienstliche Beeinträchtigung liege bereits dann vor, wenn die Gefahr einer Interessenkollision gegeben sei. Diese sei bei der Sachbearbeitung durch dieselbe Behörde, in der der Bedienstete tätig sei, nie ganz auszuschließen, hier um so weniger, als das Bauaufsichtsamt nur wenige Bedienstete beschäftige. Die Einflußnahme auf die Entscheidung des Sachbearbeiters könne schon in dem bloßen Umstand liegen, daß diesem bekannt sei, der Bauantrag stamme von der Hand eines Arbeitskollegen. Ein dienstliches Interesse liege auch darin, in den Augen der Öffentlichkeit eine strenge Trennung zwischen behördlichen und privaten Interessen zu wahren. Dieses Prinzip werde durchbrochen, wenn Bedienstete einer Behörde Anträge fertigten, die von derselben Behörde zu entscheiden seien, ggf. sogar von demselben Mitarbeiter. In einem solchen Falle müsse der Eindruck entstehen, daß private und dienstliche Interessen in unzulässiger Weise vermengt würden. Es müsse aber das dienstliche Interesse der Behörde sein, auch nur den Anschein einer solchen Verquickung dienstlicher und privater finanzieller Interessen zu vermeiden. Entgegen der Auffassung des Klägers habe die Beklagte die Nebentätigkeit auch nicht genehmigen müssen. Gerade das Gegenteil sei richtig. Die Nebentätigkeit wäre für jeden Einzelfall

- 7 -



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

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

- 7 -

zu versagen gewesen, da sie mit dem Ansehen der Bediensteten des Bauaufsichtsamtes nicht vereinbar gewesen sei. Der Beklagten sei es unzumutbar, den Kläger auch nur bis zum Ende der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen, weil er jährlich darauf hingewiesen worden sei, Nebentätigkeiten bedürften der Erlaubnis, er dennoch jedes Jahr wahrheitswidrig angegeben habe, er habe keine Nebentätigkeiten ausgeübt und selbst nach dem Verweis am 25. März 1975 die Nebentätigkeiten fortgesetzt habe.

Die Beklagte habe auch die in § 54 Abs. 2 BAT vorgeschriebene Zweiwochenfrist gewahrt. Kündigungsberechtigter sei der Stadtdirektor. Ausnahmsweise könne es zwar auch auf die Kenntnis anderer Personen ankommen, wenn diese eine ähnliche selbständige Stellung wie ein gesetzlicher oder ein rechtsgeschäftlicher Stellvertreter des Arbeitgebers hätten und nicht nur zur Meldung, sondern vorab auch zur Feststellung der für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen verpflichtet seien. Dies treffe aber im vorliegenden Falle nicht zu, da der Stadtbaurat S zwar Beigeordneter, zur Vertretung des Stadtdirektors aber lediglich in seinem Arbeitsgebiet befugt sei. Dazu gehörten aber nicht Personalangelegenheiten. Im übrigen sei die Kammer auch davon überzeugt, daß neben dem Stadtdirektor auch der Beigeordnete S die zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung erforderliche Gewißheit von der Nebentätigkeit des Klägers erst im Rahmen der Besprechung vom 22. Juni 1976 erlangt habe.

II. Da die Revision das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht mit Prozeßrügen, sondern nur die Verletzung von § 54 Abs. 1 und § 54 Abs. 2 BAT gerügt hat, sind Grundlagen der Beurteilung durch das Revisionsgericht ausschließlich die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Die materiellrechtliche Würdigung des für den Senat bindend festgestellten Kündigungssachverhaltes ist frei von Rechtsfehlern.

1. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Beklagte habe die Ausschußfrist des § 54 Abs. 2 BAT, die der des § 626 Abs. 2 BGB entspricht, gewahrt.

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

a) Die Ausschlußfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis vom Kündigungssachverhalt erhalten hat (ständige Senatsrechtsprechung: vgl. BAG vom 28. Oktober 1971 - 2 AZR 32/71 - und BAG vom 6. Juli 1972 - 2 AZR 386/71 -, BAG 23, 475 = AP Nr. 1 und BAG 24, 341 = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschlußfrist).

Kündigungsberechtigter der Beklagten ist der Stadtdirektor. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dieser habe erst am 22. Juni 1976 erfahren, daß der Kläger auch nach dem 25. März 1975 noch ohne Erlaubnis Nebentätigkeiten nachgegangen ist.

b) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Ausschlußfrist habe noch nicht mit dem Entstehen eines Verdachts im Gespräch zwischen Stadtdirektor und Personalratsmitglied Sc am 10. Juni 1976 zu laufen begonnen, denn zu jenem Zeitpunkt hatte der Kündigungsberechtigte noch keine sichere Kenntnis des Kündigungssachverhalts. Der Verdacht ist nur geeignet gewesen, Ermittlungen anzustellen, die dazu führten, daß der Stadtdirektor am 22. Juni 1976 durch das Geständnis des Klägers erfuhr, der Kläger habe seine Nebentätigkeiten auch nach dem Verweis am 25. März 1975 fortgesetzt. Da der Stadtdirektor am 10. Juni 1976 noch keine zuverlässige Kenntnis hatte, sondern zunächst noch weitere Ermittlungen erforderlich waren, mußte auch eine Anhörung des Klägers nicht bereits innerhalb einer Woche nach dem 10. Juni 1976 (vgl. dazu BAG vom 6. Juli 1972, aaO) erfolgen. Auch wenn der Beklagten ab 10. Juni 1976 für die weitere Aufklärung und die Anhörung des Klägers jeweils nur eine Frist von einer Woche zugebilligt wird, hat sie die gebotenen Ermittlungen noch mit der gebotenen Eile betrieben.

c) Ausnahmsweise genügt für den Fristbeginn auch die Kenntnis eines Dritten, der keine Entlassungsbefugnis hat. Das setzt voraus, daß dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen des Einzelfalles erwarten läßt, er werde den Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt unterrichten. Der Kündigungsberechtigte darf sich dann nicht auf seine erst später erlangte Kenntnis berufen, wenn dies darauf beruht, daß die Organisation des Betriebs bzw. der Verwaltung zu einer Verzögerung des Fristbeginns führt, obwohl eine andere Organisation sachgemäß



und zumutbar wäre (BAG vom 5. Mai 1977 - 2 AZR 297/76 - BAG 29, 158 = AP Nr. 11 zu § 626 BGB (Ausschlußfrist). Diese Ausnahme soll nur in seltenen Fällen zum Zuge kommen (BAG vom 5. Mai 1977, aaO).

aa) Dementsprechend kann es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts vorliegend auch auf die Kenntnis des Beigeordneten S ankommen. Entgegen der Auffassung der Revision ist dieser zwar nicht allgemeiner Vertreter des Stadtdirektors. Es ist aber zu erwägen, ob der Beigeordnete S nicht zu den Personen gehört, deren Kenntnis sich der kündigungsberechtigte Stadtdirektor anrechnen lassen muß, auch wenn zu dessen Aufgabengebiet nicht das Personalwesen gehört. Die Stellung des Beigeordneten ist nach der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen aus der Verwaltung so herausgehoben, und ist der eines Kündigungsberechtigten soweit angenähert, daß es naheliegt anzunehmen, er werde den Stadtdirektor von dem Kündigungssachverhalt unverzüglich unterrichten.

bb) Diese Frage braucht jedoch nicht abschließend geklärt zu werden, denn das Landesarbeitsgericht hat weiter zutreffend angenommen, die Beklagte habe die Ausschlußfrist auch dann eingehalten, wenn auf die Kenntnis des Beigeordneten abzustellen sei. Das Berufungsgericht hat nämlich festgestellt, daß auch der Beigeordnete S die zur außerordentlichen Kündigung erforderliche Gewißheit über den Kündigungssachverhalt erst am 22. Juni 1976 erlangt hat. An diese nicht beanstandete Feststellung ist der Senat gebunden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, der Verdacht, den der Stadtbaurat S gehabt hat, habe ihn zwar verpflichtet, diesem Verdacht nachzugehen, sie habe jedoch noch nicht die Ausschlußfrist in Lauf gesetzt, weil dem Beigeordneten gerade die zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts gefehlt habe.

Der Auffassung der Revision, der Verdacht sei bereits am 10. Juni 1976 so konkret gewesen, daß die Beklagte eine Verdachtskündigung hätte aussprechen können, kann nicht gefolgt werden. Aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts steht nur fest, daß bei dem Gespräch zwischen Stadtdirektor und Personalratsmitglied Sc am 10. Juni 1976 ein Verdacht ausgesprochen wurde, der Kläger könnte weiterhin ohne Erlaubnis Nebentätigkeiten ausgeführt haben. Die Beweisaufnahme hat auch ergeben, daß



der Zeuge S schon vor dem 22. Juni 1976 einen Verdacht gegen den Kläger hegte und deshalb zwei Anträge ausgedondert hat. Die Revision übersieht aber, daß eine Verdachtskündigung nur dann rechtswirksam ist, wenn der dringende Verdacht eines vertragswidrigen Verhaltens besteht, das seinerseits zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen würde und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat (BAG vom 10. Februar 1977 - 2 ABR 80/76 - BAG 29, 7 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 153 a ff.). Außerdem darf der Arbeitgeber sogar das Ergebnis eines Ermittlungsverfahrens oder eines Strafverfahrens abwarten, wenn er nicht wegen des Verdachts, sondern wegen einer erwiesenen Pflichtverletzung zu kündigen beabsichtigt (vgl. BAG vom 11. März 1976 - 2 AZR 29/75 - AP Nr. 9 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Im vorliegenden Falle hat die Beklagte die Ermittlungen gerade erst am 22. Juni 1976 mit dem Ergebnis abgeschlossen, daß die Nebentätigkeit des Klägers festgestellt werden konnte. Der Vorwurf der Revision, die Beklagte habe sich dabei zuviel Zeit gelassen, trifft diese nicht, weil sie den Verdacht nicht auf sich beruhen ließ, sondern die Zeit zu Recherchen nutzte. Daß die Beklagte nicht leichtfertig kündigte, sondern erst, nachdem ihre Ermittlungen ein klares Ergebnis brachten, gereicht ihr nicht zum Nachteil.

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch nicht den mit § 626 Abs. 1 BGB inhaltsgleichen § 54 Abs. 1 BAT verletzt.

a) Bei § 626 Abs. 1 BGB und entsprechend bei § 54 Abs. 1 BAT handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, die nur daraufhin überprüft werden kann, ob der Rechtsbegriff verkannt worden ist. Dabei ist einmal darauf abzustellen, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben kann, darüber hinaus muß das Berufungsgericht abgewogen haben, ob es dem Kündigenden unzumutbar gewesen ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen (vgl. BAG vom 17. August 1972 - 2 AZR 415/71 - und BAG vom 26. August 1976 - 2 AZR 377/75 -, BAG 24, 401 = AP Nr. 65 und 68 zu § 626 BGB). Die hiernach vorzunehmende Überprüfung durch das Revisionsgericht erstreckt sich darauf, ob bei der Entscheidung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und bei der Interessenabwägung vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

worden sind und das Berufungsgericht hierbei nicht gegen Denk- oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat (BAG AP Nr. 65 zu § 626 BGB).

b) Unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Überprüfungsmaßstabes ist das Urteil des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe über Jahre hinweg Nebentätigkeiten ohne Erlaubnis gegen Entgelt verrichtet, obwohl er Jahr für Jahr schriftlich erklärt habe, er habe keine Nebentätigkeiten ausgeübt. Er habe diese Nebentätigkeiten selbst dann fortgesetzt, nachdem er ihretwegen vom Stadtdirektor einen Verweis erhalten und versprochen hatte, in Zukunft keine Nebentätigkeit mehr auszuüben.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Nebentätigkeit des Klägers gelte nicht als genehmigt. Die gegen die Auffassung des Berufungsgerichts erhobenen Revisionsangriffe können keinen Erfolg haben.

Nach § 11 BAT gilt für die Nebentätigkeit der Angestellten das Nebentätigkeitsrecht der Beamten entsprechend. Nach § 68 Abs. 1 Landesbeamtengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (LBG) bedarf der Beamte der vorherigen Genehmigung zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung. Nach § 68 Abs. 2 LBG ist die Genehmigung zu versagen, wenn die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigen kann. Ein solcher Versagungsgrund liegt insbesondere vor, wenn die Nebentätigkeit "den Beamten in einen Widerstreit mit seinen dienstlichen Pflichten bringen kann" oder "die Unparteilichkeit oder Unbefangenheit des Beamten beeinflussen kann". Dementsprechend darf der Beamte nach § 5 NTV Nebentätigkeiten, die den dienstlichen Interessen zuwider laufen, nicht ausüben. Nach § 6 NTV ist die Genehmigung stets zu versagen, wenn zu befürchten ist, daß dienstliche Interessen beeinträchtigt werden. Dienstliche Interessen werden insbesondere beeinträchtigt, wenn "die Tätigkeit mit dem Ansehen der Beamtenschaft und dem Gemeinwohl nicht vereinbar ist" oder "die Tätigkeit den Beamten in Widerstreit zu seinen dienstlichen Pflichten bringen kann". Nach § 7 Abs. 1 NTV sind eine oder mehrere Nebentätigkeiten, die nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 LBG genehmigungspflichtig sind, nur dann allgemein genehmigt,



- 12 -

wenn "sie insgesamt einen geringen Umfang haben, dienstliche Interessen nicht beeinträchtigen, außerhalb der für den Beamten geltenden Dienstzeit ausgeübt werden und dafür keine Vergütung gewährt wird oder diese den Betrag von insgesamt 200,-- DM monatlich (Bruttobetrag) nicht übersteigt".

Aus dem Gesamtzusammenhang von § 68 Abs. 2 LBG sowie §§ 5, 6 und 7 NTV ergibt sich, daß alle vier in § 7 Abs. 1 NTV genannten Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die Nebentätigkeiten allgemein genehmigt sind. Keinesfalls können danach Nebentätigkeiten als allgemein genehmigt gelten, wenn dienstliche Interessen beeinträchtigt werden oder beeinträchtigt werden können, denn sowohl nach § 68 Abs. 2 LBG wie auch nach § 5, § 6 Abs. 1 und § 7 NTV darf die Nebentätigkeit nicht ausgeführt werden und dementsprechend auch keine Genehmigung erteilt werden, wenn dienstliche Interessen beeinträchtigt werden oder werden können .

cc) Daß es mit dem Ansehen des öffentlichen Dienstes und dem Gemeinwohl nicht vereinbar ist, wenn derjenige, der über Bauanträge zu entscheiden hat, diese gegen Entgelt selber fertigt, bedarf eigentlich keiner weiteren Begründung. Ebenso offenbar ist es, daß ein Baukontrolleur, der über Bauanträge zu entscheiden hat, in Widerstreit zu dienstlichen Pflichten geraten kann, wenn er gegen Entgelt Bauanträge erstellt. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob es sich hierbei um Bauanträge für den Bezirk A oder B handelte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Schon das Landesarbeitsgericht hat darauf hingewiesen, bei der geringen Anzahl von Bediensteten habe auch der Kläger zum Beispiel bei einer Krankheits- oder Urlaubsvertretung in die Verlegenheit kommen können, seine Bauanträge für den Bezirk A zu entscheiden. Ebenso zutreffend hat das Landesarbeitsgericht betont, es genüge bereits, wenn der Kollege des Klägers im Bezirk A bemerke, daß der Bauantrag vom Kläger stamme, schon in einem solchen Falle sei der Kollege nicht mehr so unbefangen wie bei sonstigen Bauanträgen. Es besteht auch ein berechtigtes Interesse der Beklagten daran, eine strenge Trennung zwischen behördlichen und Privatinteressen zu wahren. Jede Verquickung von privaten und dienstlichen Interessen

- 13 -



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



- 13 -

muß dem Ansehen des öffentlichen Dienstes schaden. Zutreffend ist auch die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Tatsache, daß der Kläger einen Antrag für einen Angestellten der Beklagten und einen weiteren Antrag für einen Freund dieses Angestellten gefertigt hat, spreche keineswegs gegen die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen. Gerade in diesen beiden Fällen werden die dienstlichen Belange in besonders großem Maße beeinträchtigt, weil die Vermischung privater und dienstlicher Angelegenheiten besonders anstößig erscheint.

dd) Hat der Kläger also laufend sowohl vor als auch nach dem 25. März 1975 Nebentätigkeiten ohne Genehmigung ausgeübt, so hat er laufend Pflichtverletzungen begangen. Die Arbeitsvertragsverletzung bezieht sich sowohl auf den Leistungs- wie auf den Vertrauensbereich. Der Kläger hat Jahr für Jahr wider besseres Wissen schriftlich angegeben, er habe keine Nebentätigkeit ausgeübt. Er hat zudem im Februar 1975 dem Stadtdirektor der Beklagten auf dessen Frage bewußt wahrheitswidrig geantwortet, er habe keine Nebentätigkeiten ausgeübt. Auch nach dem Verweis vom 25. März 1975 hat der Kläger entgegen seinem Versprechen die Arbeitsvertragsverletzungen fortgesetzt. Zum Schluß hat er dann die Einstellung der Nebentätigkeiten davon abhängig gemacht, daß er höhergruppiert werde. Dieses Gesamtverhalten des Klägers ist bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob es vorliegend einer vergeblichen Abmahnung bedurfte.

Bei einer Pflichtverletzung im Leistungsbereich ist in der Regel vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zunächst eine Abmahnung erforderlich. Der Verweis des Stadtdirektors genügt entgegen den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts den Voraussetzungen einer Abmahnung nicht. Eine Abmahnung liegt nämlich nur vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet und damit den Hinweis verbunden hat, daß im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (BAG vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung und vor allem BAG vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte

- 14 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kündigung). Die Abmahnung ist vorliegend auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Störung sich auch auf den Vertrauensbereich bezieht. Denn gerade im vorliegenden Falle ist eine Abgrenzung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich willkürlich und lebensfremd. In solchen Fällen ist eine Abmahnung grundsätzlich erforderlich (vgl. KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 100). Ausnahmsweise bedarf es aber einer Abmahnung dann nicht, wenn sie im Hinblick auf die Einsichts- oder Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers keinen Erfolg verspricht (BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung und Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz. 90 a). Vorliegend ist der Kläger alle Jahre wieder darauf hingewiesen worden, daß er für Nebentätigkeiten eine Erlaubnis einholen muß. Er hat trotz verschiedener Hinweise immer wieder ungenehmigte Nebentätigkeiten ausgeführt und wahrheitswidrige Angaben gemacht. Er hat dieses Verhalten auch dann nicht geändert, als er deswegen einen strengen Verweis erhielt. Zum Schluß hat er sogar das vertragsgemäße Verhalten abhängig von der Erfüllung von Gegenforderungen gemacht, auf die er keinen eindeutigen Anspruch hatte. Der Kläger hat damit gezeigt, daß er entweder nicht in der Lage oder nicht willens war, sein vertragswidriges Verhalten abzustellen. Eine Abmahnung ist aus diesem Grunde nicht mehr erforderlich gewesen.

ee) Die Auffassung des Klägers, die außerordentliche Kündigung sei deshalb rechtsunwirksam, weil die Beklagte bereits am 25. März 1975 eine fristlose Kündigung hätte aussprechen können, ist bereits im Ansatz unrichtig. Wie bereits ausgeführt, muß bei einem festgestellten vertragswidrigen Verhalten dem Arbeitnehmer zunächst einmal Gelegenheit gegeben werden, sein Fehlverhalten abzustellen. Diese Gelegenheit hat die Beklagte dem Kläger am 25. März 1975 gegeben. Der Kläger hätte nach dem Verweis spätestens zu einem vertragsgemäßen Verhalten zurückkehren müssen. Nachdem er auch diese Chance einer Änderung seines Verhaltens nicht wahrgenommen hatte, war sein Verhalten anders als bei der erstmaligen Pflichtverletzung zu beurteilen. Wenn der Kläger trotz dieses Verweises wegen seiner Nebentätigkeiten diese fortsetzte, so spricht dies nicht gegen die Warnfunktion des Verweises, sondern gegen die Einsichtsfähigkeit des Klägers.



ff) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Weiterbeschäftigung des Klägers auch nur bis zum Ende der Kündigungsfrist sei auch unter Berücksichtigung des Interesses des Klägers an dem Bestand seines Arbeitsverhältnisses der Beklagten nicht zumutbar, ist revisionsrechtlich wegen der beharrlichen Fortsetzung der Pflichtwidrigkeiten nicht zu beanstanden.

III. Dementsprechend war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht

Triebfürst

Weller

G. Wellhausen

Hammel

