

Aktenzeichen: 6 AZR 659/77

LAG Berlin

Urteil des BAG vom 8. Januar 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BetrVG § 4; BGB § 626

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 659/77

8 Sa 11/77 Berlin

Verkündet am
8. Januar 1980

gez. Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Januar 1980 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, die Richter Roeper und Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter Ostkamp und Carl für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 14. Juni 1977 - 8 Sa 11/77 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1969 als Außendienstmitarbeiter in der Berliner Zweigniederlassung der Beklagten (Hauptsitz H) tätig, die Postbearbeitungsmaschinen und Zubehör herstellt und vertreibt. Er erzielte ein durchschnittliches Monatsgehalt von 4.000,-- DM brutto.

Mit Schreiben vom 10. Mai 1976 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos und vorsorglich fristgemäß wegen geschäftsschädigenden Verhaltens und groben Vertragsverstosses. Ursache für diese Kündigung waren Vorfälle im Zusammenhang mit dem Verkauf von Maschinen an das "St. Marienkrankenhaus".

Mit Schreiben vom 21. Mai 1976, dem Kläger zugegangen am 22. Mai 1976, kündigte die Beklagte erneut fristlos und hilfsweise fristgemäß. Begründet wurde die erneute Kündigung mit dem Verkauf von Produkten der Beklagten auf eigene Rechnung des Klägers in geschäftsschädigender Weise.

Ein Betriebsrat ist zur beabsichtigten Kündigung des Klägers nicht gehört worden. Seit dem 1. Januar 1976 existiert in Berlin lediglich noch die Zweigniederlassung Berlin, ein Verkaufsbüro mit damals etwa 26 Mitarbeitern. Diese Zweigniederlassung ist von ihrer Personalstärke her und organisatorisch von der Schließung des Werks Berlin unberührt geblieben. Mit der Stilllegung der Produktion in Berlin zum 31. Dezember 1975 ist der damals im Amt befindliche Betriebsrat weggefallen. Die letzten Betriebsratsmitglieder haben aufgrund einverständlicher Regelung am 31. März 1976 ihre Tätigkeit bei der Beklagten eingestellt. Als das Werk Berlin der Beklagten noch bestand, war die Zweigniederlassung Berlin, der der Kläger organisatorisch angehörte, personell und räumlich in das Werk Berlin integriert. Die Mitarbeiter der Zweigniederlassung Berlin haben in der Vergangenheit zum Betriebsrat des Produktionsbetriebs mitgewählt und wurden von diesem vertreten. Nach der Stilllegung des Werks Berlin ist in der Zweigniederlassung kein neuer Betriebsrat gewählt worden.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Der Kläger hat beantragt, 1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 10. Mai 1976 noch durch die Kündigung vom 21. Mai 1976 aufgelöst worden ist, 2. das Arbeitsverhältnis aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigungen seien betriebsverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da in der selbständigen Niederlassung Berlin, der der Kläger angehört habe, zur Zeit der Kündigung kein Betriebsrat existiert habe, also auch nicht wegen der Kündigung des Klägers hätte angehört werden können. Die Kündigung vom 21. Mai 1976 sei zu Recht ausgesprochen worden, weil der Kläger, wie er selbst eingeräumt habe, ein Privatgeschäft mit APB-Produkten getätigt habe, indem er von einem Kunden ein gebrauchtes Gerät für 450,-- DM zurückgekauft und an einen anderen Kunden zu einem Preise von 1.900,-- DM weiterveräußert habe. Die entsprechende Rechnung sei von der Ehefrau des Klägers ausgestellt worden.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 10. Mai 1976 nicht aufgelöst worden ist, jedoch nur bis zum 22. Mai 1976 fortbestanden hat. Im übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag wegen der Kündigung vom 21. Mai 1976 weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nach dem Streitwert statthaft und auch sonst zulässig. Daß die Kündigung vom 10. Mai 1976 unwirksam ist, ist rechtskräftig festgestellt worden, denn die Beklagte hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts kein Rechtsmittel eingelegt. Die Parteien streiten daher nun um die Wirksamkeit



- 4 -

der Kündigung vom 21. Mai 1976. Die Revision des Klägers ist nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat unter Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts ausgeführt, betriebsverfassungsrechtliche Gründe stünden der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen. Einer Anhörung des Betriebsrats des "F Unternehmens" habe es nicht bedurft und in der Zweigniederlassung Berlin habe ein Betriebsrat nicht bestanden. Als Nebenbetrieb sei die Zweigniederlassung Berlin betriebsverfassungsrechtlich selbständig gewesen, da sie mit 26 Mitarbeitern betriebsratsfähig sei. Als Betriebsteil, der räumlich weit vom Hauptbetrieb in F entfernt liegt, gelte die Zweigniederlassung in Berlin ebenfalls als selbständiger Betrieb.

Die fristlose Kündigung sei auch gerechtfertigt gewesen, da der Kläger Fabrikate der Beklagten auf eigene Rechnung verkauft habe, obwohl dies im Arbeitsvertrag ausdrücklich untersagt worden sei. Dem Kläger sei bewußt gewesen, daß er dieses Privatgeschäft nicht habe abschließen dürfen, denn nur so lasse sich erklären, daß er die Rechnung von seiner Ehefrau habe ausstellen lassen. Der Einwand des Klägers, die Beklagte habe ähnliche Privatgeschäfte geduldet, greife nicht durch.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Daß der H Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört worden ist, steht entgegen der Auffassung der Revision der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen (§ 102 BetrVG). Einer Beteiligung des Betriebsrats des H Betriebes hat es nicht bedurft. Er war und ist nicht befugt, für die Berliner Zweigniederlassung, deren Arbeitnehmer an der Wahl dieses Betriebsrats nicht teilgenommen haben, Beteiligungsrechte auszuüben. Die Zweigniederlassung Berlin ist selbst ein betriebsratsfähiger Betrieb. Sie gilt als selbständiger Betrieb im Sinne des § 4 BetrVG, gleichgültig ob sie als Betriebsteil anzusehen ist, da er räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt liegt (§ 4 Satz 1 Ziff. 1 BetrVG) oder als Nebenbetrieb anzusehen ist (§ 4 Satz 2 BetrVG), denn er ist der Größe nach (§ 1 BetrVG) betriebsratsfähig.



- 5 -

Ein Betriebsrat ist bei der Zweigstelle Berlin zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung vom 21. Mai 1976 nicht mehr vorhanden gewesen, denn unstreitig haben die letzten Betriebsratsmitglieder aufgrund einverständlicher Regelung mit der Beklagten am 31. März 1976 ihre Tätigkeit bei der Beklagten im Zusammenhang mit der Schließung des Werkes Berlin eingestellt. Unstreitig ist auch in der Zweigniederlassung Berlin, der der Kläger angehörte, bis zur Kündigung kein neuer Betriebsrat gewählt worden. Ein "Restmandat" des alten Betriebsrats kommt hier ebenfalls nicht in Betracht. Ein derartiges Restmandat, das nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts insbesondere für die Aufstellung von Sozialplänen bei Betriebsstillegungen angenommen wird, entfällt, wenn der Beteiligungstatbestand erst in einem nunmehr vertretungslosen Betrieb eintritt. Beteiligungsrechte können erst wieder ausgeübt werden, wenn die Zweigniederlassung Berlin einen eigenen Betriebsrat gewählt hat.

2. Auch die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu § 626 BGB sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nur daraufhin nachgeprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt hat. Dabei ist zunächst darauf einzugehen, ob der Tatrichter von einem Sachverhalt ausgegangen ist, der unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles geeignet ist, an sich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Zum Rechtsbegriff des wichtigen Grundes gehört dann weiter die Prüfung und Abwägung ob es demjenigen, der eine außerordentliche Kündigung erklärt hat, unzumutbar gewesen ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Der Begriff des wichtigen Grundes ist nur dann richtig erkannt und angewendet, wenn sich die erforderliche Interessenabwägung auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles erstreckt und diese vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen worden sind (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. z.B. BAG 2, 175 [182] = AP Nr. 1 zu

§ 23 BetrVG und BAG 2, 214 [215] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; BAG 2,



Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 6 -

- 6 -

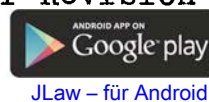
207 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB; BAG 9, 263 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB; BAG 24, 401 = AP Nr. 65 zu § 626 BGB). Die Anwendung dieser Prüfungsmaßstäbe führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

b) Im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung ist das Landesarbeitsgericht von folgenden tatsächlichen Feststellungen ausgegangen: Der Kläger habe von dem Kunden Dr. Sch eine gebrauchte Prägemaschine zum Preis von 450,-- DM erworben und diesem eine neue Frankiermaschine (Modell der Beklagten) verkauft. Die von Sch erworbene Prägemaschine habe der Kläger an die Firma Z zum Preise von 1.900,-- DM verkauft. Den Kaufpreis habe er vereinnahmt. Die Rechnung für die Firma Z habe der Kläger von seiner Ehefrau ausstellen lassen. Nachdem die Firma Z alsbald 400,-- DM zur Reparatur an der Maschine habe aufwenden müssen und deshalb an die Beklagte herangetreten sei, hat diese die Kundin an den Kläger "als den für dieses Geschäft haftbaren Verkäufer" verwiesen. Durch Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts hat das Landesarbeitsgericht ferner festgestellt, daß die Beklagte erst am 12. Mai eine schriftliche Mitteilung des Kunden über dieses Geschäft des Klägers erhalten habe. Sie habe im übrigen durch Vorlage der von der Ehefrau des Klägers ausgestellten Rechnung mit ihrem Eingangsstempel vom 20. Mai dargetan, daß sie erst zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis von diesem Privatgeschäft des Klägers erhalten habe.

An diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden, denn sie sind nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden (§ 561 Abs. 2 ZPO).

c) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, aufgrund des festgestellten Sachverhalts sei es der Beklagten bei Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Parteien nicht zuzumuten gewesen, den Kläger über den Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung hinaus weiterzubeschäftigen. Diese Interessenabwägung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß Pflichtverletzungen wie vertragswidrige Vornahme von Privatgeschäften mit Produkten des Arbeitgebers auf eigene Rechnung an sich geeignet sein können, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Insoweit sind Rügen von der Revision auch nicht erhoben



- 7 -

worden.

bb) Die materiellen Rügen der Revision haben keinen Erfolg.

Ohne Erfolg rügt die Revision, das Recht zur außerordentlichen Kündigung könne nicht über das gesetzliche Maß des § 626 Abs. 1 BGB hinaus vertraglich erweitert werden. Die von den Parteien im Arbeitsvertrag getroffene Regelung könne lediglich einen gewissen Anhaltspunkt dafür geben, daß die Parteien einem derartigen Verhalten eine maßgebende Bedeutung beigemessen hätten. Demgegenüber habe der Kläger im einzelnen dargelegt, daß die Beklagte derartige Nebengeschäfte geduldet habe.

Im vorliegenden Fall hat der Kläger keine Tatsachen vorgetragen, aus denen geschlossen werden könnte, daß die Beklagte ähnliche Privatgeschäfte geduldet habe, wie das Geschäft mit der Prägemaschine, das der Kläger an die Firma Z verkauft hat. Der Kläger hat lediglich vorgetragen, nach einer Absprache zwischen der Beklagten und der Firma O sei üblich gewesen, für die Vermittlung eines Verkaufs einer O-Schreibmaschine einer gewissen Type eine Provision zu zahlen. Eine entsprechende Absprache habe auch zwischen der Firma U Ze und der Firma A bestanden. Der Kläger trägt jedoch selbst vor, es treffe zwar zu, daß diese Fälle mit dem Vorfall, der ihm zur Last gelegt werde, nicht identisch sei. Der Hinweis des Klägers auf die Firmen Ze und A reicht demnach nicht aus, um schlüssig darzulegen, daß Geschäfte, wie das des Klägers mit der Firma Z, von der Beklagten geduldet worden seien. Auch der Hinweis des Klägers, Herr P, ein Angestellter der Beklagten, habe eine Adressiermaschine gebraucht gekauft und zum Preis von 300,-- DM verkauft; er habe diese Maschine von der jüdischen Gemeinde Berlin, einer Kundin der Beklagten erhalten, reicht nicht aus, schon weil der Kläger nicht vorgetragen hat, die Beklagte habe dieses Geschäft gebilligt oder auch nur Kenntnis von ihm gehabt. Ebensowenig kann sich der Kläger wegen der Üblichkeit derartiger Privatgeschäfte auf die Mitarbeiter W und G beziehen, denn der Kläger



- 8 -

hat insoweit nur behauptet, beiden sei eine Nebentätigkeit von der Beklagten erlaubt worden.

Da der Kläger nicht im einzelnen vorgetragen hat, in welchen ihm vergleichbaren Fällen die Beklagte Privatgeschäfte geduldet oder gebilligt habe, kann die Beklagte auch nicht im einzelnen substantiiert bestreiten bzw. im einzelnen Tatsachen behaupten, aus denen folgt, daß sie derartige Geschäfte nicht gebilligt habe.

Die Beklagte ist zwar beweisbelastet für alle Einzelheiten ihres Parteivorbringens, aus dem sich eine Vertragswidrigkeit und damit die Rechtfertigung ihrer Kündigung ergeben könnte (vgl. insbesondere BAG 2, 333 [339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB und wegen der Verteilung der Darlegungslast und des substantiierten Bestreitens und Vorbringens, nach dem sich der Vortrag der Gegenseite dann auszurichten hat AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 unter III 1 c), cc) der Gründe). Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen, die der kündigende Arbeitgeber vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen hat, gehören auch die Tatsachen, die einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen. Der Umfang seines Vorbringens richtet sich aber jeweils danach, wie substantiiert sich der Arbeitnehmer auf die Kündigungsgründe einläßt. Der Arbeitnehmer muß im Prozeß nach § 138 Abs. 2 ZPO den Vorwurf, sich vertragswidrig verhalten zu haben, substantiiert bestreiten. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, daß der Kläger im einzelnen Tatsachen hätte vorbringen müssen, aus denen geschlossen werden könnte, daß die Beklagte ähnliche Privatgeschäfte geduldet hätte. Dies hat der Kläger wie bereits ausgeführt, jedoch nicht getan.

Ohne Erfolg bleibt der Hinweis des Klägers, das Landesarbeitsgericht hätte auf die Gründe, die die Beklagte zum Anlaß für die erste Kündigung vom 10. Mai 1976 genommen habe, nicht als "illustrierend" für die zweite Kündigung hinweisen dürfen. - Zwar ist die Entscheidung rechtskräftig geworden, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten

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

- 9



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

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

- 9 -

vom 10. Mai 1976 nicht beendet worden ist. Damit ist aber noch nicht rechtskräftig entschieden, daß wegen der Kündigung vom 21. Mai 1976 nicht unterstützend auf vergleichbares Verhalten außerhalb der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden könnte. Streitgegenstand bei einer Kündigungsschutzklage ist nämlich die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlaß einer ganz bestimmten Kündigung zu dem von der Kündigung gewollten Termin aufgelöst worden ist oder nicht (BAG 7, 36 = AP Nr. 17 zu § 3 KSchG und BAG 7, 51 = AP Nr. 18 zu § 3 KSchG). Durch die rechtskräftige Feststellung des Arbeitsgerichts, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 10. Mai 1976 nicht beendet worden ist, ist also noch nicht festgestellt, daß das Verhalten des Klägers, das zur Kündigung vom 10. Mai 1976 geführt hat, nicht etwa unterstützend im Zusammenhang mit anderen neuen Tatsachen zur Begründung einer späteren Kündigung herangezogen werden könnte. Die Vorfälle im Zusammenhang mit dem St. Marienkrankenhaus lassen eine eigenwillige und beanstandenswerte Praxis des Klägers erkennen, die vergleichbar sind dem Versuch des Klägers, mit Privatgeschäften seine Einkünfte zu verbessern. Insoweit hätte das Landesarbeitsgericht die Geschäftspraktiken des Klägers im Zusammenhang mit dem Marienkrankenhaus unterstützend heranziehen können (vgl. BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist).

Abgesehen davon hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang klargestellt, daß es zur rechtlichen Beurteilung der Kündigung allein das Privatgeschäft des Klägers und nicht sein Verhalten im Zusammenhang mit den Geschäften mit dem St. Marienkrankenhaus gewertet hat. Es hat nämlich ausdrücklich ausgeführt, das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem St. Marienkrankenhaus habe in rechtlicher Beziehung nur Bedeutung für die erste Kündigung vom 10. Mai 1976.

Entgegen der Ansicht der Revision scheitert die Kündigung auch nicht daran, daß die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung nicht ausdrücklich abgemahnt hat. Allenfalls

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



- 10 -

bei Störungen im Leistungsbereich kann die Wirksamkeit der Kündigung von einer Abmahnung abhängen (vgl. AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG; AP Nr. 62 und 63 zu § 626 BGB). Im vorliegenden Fall ist durch das Verhalten des Klägers der Vertrauensbereich berührt worden. Der Kläger hat trotz vertraglichen Verbots ein Privatgeschäft abgeschlossen und die entsprechende Rechnung sogar von seiner Ehefrau ausstellen lassen. Er hat sich auf diese Weise bewußt vertragswidrig und den vertraglich festgelegten Interessen der Beklagten zuwider verhalten. Auf diese Weise hat er das Vertrauen, das zwischen Arbeitgeber und insbesondere auch seinen Außenmitarbeitern bestehen muß, untergraben.

Ohne Erfolg meint die Revision schließlich, entgegen den Erwägungen des Landesarbeitsgerichts sei durch das Verhalten des Klägers der Ruf der Beklagten nicht geschädigt worden. Die Erwägungen des angefochtenen Urteils mögen nicht zwingend sein. Sie sind jedoch vertretbar und damit einer abweichenden Beurteilung durch das Revisionsgericht entzogen. Das Revisionsgericht kann nicht seine eigene Wertung an die Stelle der des Landesarbeitsgerichts setzen.

d) Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie werden auch von der Revision nicht gerügt.

III. Die Revision des Klägers war nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

gez.: Dr. Auffarth Roeper Dr. Leinemann
Ostkamp Carl



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

