

Aktenzeichen: 6 AZR 934/77

LAG Frankfurt/Main

Urteil des BAG vom 13. November 1979

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: KSchG §§ 1, 9, 14 Abs. 2

Leitsatz:

Nebenbeschäftigungen während der Arbeitsunfähigkeit können eine Kündigung nur rechtfertigen, wenn sie aus Gründen des Wettbewerbs den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen oder durch sie der Heilungsprozeß verzögert wird.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 934/77

3 Sa 808/76 Frankfurt am Main

Verkündet am
13. November 1979

gez. Stöcker,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, die Richter Roeper und Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hollmann und Lehmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 19. Juli 1977 - 3 Sa 808/76 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 24. Mai 1976 - 3 Ca 454/76 - wird zurückgewiesen.
3. Die Kosten der Berufung und der Revision trägt die Beklagte.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger, von Beruf Reisebürokaufmann und früher Inhaber eines eigenen Reisebüros in K , war ab 1. August 1974 bei der Beklagten tätig, die ihn zuletzt als Handlungsbevollmächtigten und Leiter der zentralen Verkaufssteuerung beschäftigte. Vom 7. April bis zum 2. September 1975 war der Kläger wegen einer Gelbsucht arbeitsunfähig krank geschrieben.

Während der Erkrankung bis etwa Mitte August 1975 hatte der Kläger Kontakt zu einer Firma S , deren Mitarbeiter der Zeuge L war, die die Vermittlung von Lebensversicherungen und den Abschluß von Bausparverträgen betreiben wollte. Danach kam der Kläger mit der Firma W - und F GmbH (WFT) ins Gespräch, die auf dem gleichen Gebiet arbeiten wollte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger noch während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses für diese Firma tätig gewesen ist. In der Arbeitsordnung der Beklagten, die Inhalt des Arbeitsvertrages geworden ist, wird u.a. bestimmt: "Die Übernahme von Nebenbeschäftigungen und ehrenamtlichen Tätigkeiten in anderen wirtschaftlichen Unternehmungen bedürfen der Zustimmung der Geschäftsleitung. Die Zustimmung kann im Einvernehmen mit dem Betriebsrat verweigert oder zurückgezogen werden."

Der Kläger hatte der Beklagten nicht mitgeteilt, daß er Nebentätigkeiten nachgehe. Am 18. September 1975 ermahnt die Beklagte den Kläger wegen seiner Nebenbeschäftigung. Der Kläger versprach, seine Aktivitäten einzuschränken. Am 26. September 1975 kündigte die Beklagte dem Kläger mit Zustimmung des Betriebsrats fristgemäß zum 31. Dezember 1975. Mit der am 6. Oktober 1975 eingegangenen Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 26. September 1975 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung damit begründet, der Kläger habe während seiner Erkrankung für andere Unternehmen gearbeitet, für diese eine Außendienstorganisation aufgebaut und Mitarbeiter angeworben; dabei habe er auch ihre eigenen Arbeitnehmer angesprochen.



- 3 -

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und den Kläger mit der Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist dem Streitwert nach statthaft. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie hat auch Erfolg.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, dem Arbeitsgericht sei beizupflichten, daß die Nebentätigkeitsklausel in der Arbeitsordnung "zu eng gefaßt ist". Gemeint hat das Landesarbeitsgericht, wie sich aus dem Inhalt seiner weiteren Ausführungen ergibt, es teile die Ansicht des Arbeitsgerichts, daß diese Nebentätigkeitsklausel zu weit gefaßt sei. Aus der Beweisaufnahme habe sich ergeben, daß der Kläger von April 1975 bis zur Kündigung seines Arbeitsverhältnisses einer Nebentätigkeit nachgegangen sei. Der Kläger habe sich mit dem Zeugen L zusammen bemüht, für dessen Firma S Geschäftsbeziehungen anzuknüpfen mit der G Versicherungsgesellschaft in Gö , der C Bausparkasse in K und der A L Versicherungsgesellschaft in O . Er habe auch Mitarbeiter angeworben. Ähnliche Aktivitäten habe er nach der Trennung von der Firma S im August 1975 bei der Firma WFT fortgesetzt. Es spreche auch viel dafür, daß der Kläger als Weinvertreter tätig geworden sei. Das Landesarbeitsgericht schließt diese Erwägungen mit dem Hinweis, alle diese Tätigkeiten hätten aber nicht unmittelbar die vertraglich vereinbarte Arbeit im Betrieb der Beklagten berührt. Sie wäre nach ihrer Eigenart - auf die Verträglichkeit des Umfangs brauche hier nicht eingegangen zu werden - mit der Arbeit für die Beklagte zu vereinbaren gewesen. Die Beweisaufnahme habe auch nicht ergeben, daß der Kläger an eine die Ordnung des Betriebes sprengenden oder auch nur berührenden Weise unter seinen Arbeitskollegen für die Nebentätig-

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



- 4 -

- 4 -

keit erworben habe. Dennoch sei die Kündigung gerechtfertigt. Das Arbeitsgericht habe nicht genügend berücksichtigt, daß der Kläger seiner Nebentätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit nachgegangen sei. Durch die Nebentätigkeit des Klägers sei das ärztliche Attest über seine Arbeitsunfähigkeit entkräftet worden. Schließlich habe der Kläger nach der Überzeugung der Kammer seine Aktivitäten auch nach der Abmahnung vom 18. September 1975 nicht eingeschränkt. Es bleibe der Vorwurf, daß der Kläger trotz nicht erfüllter Arbeitspflicht bei der Beklagten für andere Unternehmen tätig gewesen sei.

II. Die Revision hat keine Verfahrensrügen erhoben. Sie meint, die einschränkende Auslegung des Nebentätigkeitsverbots sei rechtlich nicht möglich, das Verbot sei nichtig.

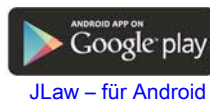
III. Dem Landesarbeitsgericht sind bei der Anwendung des § 1 KSchG Rechtsfehler unterlaufen, die zur Wiederherstellung des Urteils erster Instanz führen. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich zwar um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die der revisionsrechtlichen Nachprüfung grundsätzlich nur dahin unterliegt, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und bei der Interessenabwägung alle wesentliche Umstände berücksichtigt worden sind (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. etwa BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG; BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 4, 152 = AP Nr. 18 zu § 3 TOA sowie BAG AP Nr. 71 zu § 1 KSchG). Auch dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil aber nicht stand.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, daß dem Kläger nicht jede Nebentätigkeit verboten sei, und zwar auch nicht mit Rücksicht auf die Nebentätigkeitsklausel in der Arbeitsordnung, die zum Inhalt des Arbeitsvertrages geworden ist. Derartige Klauseln können mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 6o HGB; BAG AP Nr. 6o zu § 626 BGB).

- 5 -



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



- 5 -

Der Kläger darf demnach keine Nebentätigkeit verrichten, die den Interessen seines Arbeitgebers aus Gründen des Wettbewerbs zuwider läuft und auch keine Nebentätigkeit in einem Ausmaß übernehmen, daß er seine Leistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann. Diese Pflicht folgt im übrigen nicht nur aus einer besonderen Nebentätigkeitsklausel, sondern schon aus der allgemeinen arbeitsvertraglichen Verpflichtung, die Dienste aus dem Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß zu erfüllen.

2. Weder im schriftlichen Parteivortrag der Beklagten noch aus den Zeugenaussagen, die sich die Beklagte zueigen gemacht haben mag, folgt, daß der Kläger der Beklagten tatsächlich Konkurrenz gemacht oder durch seine Nebentätigkeiten sich so überarbeitet hat, daß er seinen vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten gegenüber nicht ausreichend nachkommen können. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend ausgeführt, daß in den Gesprächen mit Arbeitnehmern der Beklagten, in denen der Kläger auf Erwerbsmöglichkeiten durch Nebentätigkeiten hingewiesen hat, keine Vertragsverletzung zu sehen sei; denn die Beklagte habe nicht vorgetragen, der Kläger habe versucht, die anderen Arbeitnehmer der Beklagten zum Vertragsbruch durch vorzeitige Kündigung oder sonst zu vertragswidrigem Verhalten zu veranlassen.

Dieser Ansicht scheint auch das Landesarbeitsgericht zu sein, denn es hat auf Seite 8 unten seines Urteils ausgeführt, die festgestellten Nebentätigkeiten berührten die Vertragspflichten des Klägers zur Beklagten nicht. Auch aus den Zeugenaussagen lasse sich nichts für die Rechtfertigung der Kündigung herleiten. Gleichwohl hält das angefochtene Urteil die Kündigung für gerechtfertigt weil der Kläger seine Nebentätigkeit während Zeiten der Arbeitsunfähigkeit verrichtet habe. Diese Ansicht des Landesarbeitsgerichts beruht auf einer fehlerhaften Anwendung des § 1 KSchG.

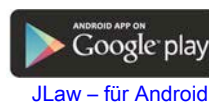
a) Nebentätigkeiten sind grundsätzlich hinzunehmen, soweit sie - wie oben dargelegt - weder aus wettbewerblichen Gründen den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen noch durch übermäßige Beanspruchung des Arbeitnehmers die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung beeinträchtigen. Insoweit ist es gleichgültig, ob

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

- 6 -



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



- 6 -

diese Nebentätigkeiten während Zeiten der Arbeitsfähigkeit oder der Arbeitsunfähigkeit ausgeübt werden. Nur ein Verhalten, durch das der Heilungsprozeß während einer Behandlung verzögert würde, könnte eine Kündigung rechtfertigen.

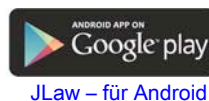
b) Der Senat schließt sich der im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegenden Ansicht an, daß ein krank geschriebener Arbeitnehmer nur verpflichtet ist, sich so zu verhalten, daß er möglichst bald wieder gesund wird und alles zu unterlassen hat, was seine Genesung verzögern könnte. Diese Verpflichtung läßt sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers herleiten (BAG AP Nr. 40 zu § 1 ArbKrankhG mit ablehnender Anm. von Herschel; Diekhoff, BB 1966, 1145; Barwasser, DB 1976, 1332 [1333]; LAG Baden-Württemberg, BB 1969, 1224; ähnlich im Ergebnis, wenn auch mit etwas anderer Begründung - nicht Verpflichtung, sondern Obliegenheit des Arbeitnehmers, den Heilungsprozeß nicht zu verzögern - Lepke, DB 1974, 430 ff. [432]; Neumann-Lepke, Kündigung bei Krankheit, 4. Aufl., S. 63 f.; Herschel, aaO und LAG Hamm, BB 1971, 478). Zumindest ist Voraussetzung für eine Kündigung ein Verhalten des Arbeitnehmers, das eine Verlängerung der Krankheitszeit durch nicht krankheitsgemäßes Verhalten verursacht haben könnte (vgl. Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., RdNr. 243 und zur Notwendigkeit der konkreten Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers; BAG AP Nr. 58 und 60 zu § 626 BGB; a.M. Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl., § 125 Nr. 23 unter Hinweis auf zwei Entscheidungen, die aber die These des Verbots jeglicher Beschäftigung während der Krankheit nicht tragen). Daß der Kläger den Heilungsprozeß durch seine Gespräche und Bemühungen mit dem Ziel, Bausparverträge oder Kapitalanlagen zu vermitteln oder Wein zu verkaufen, beeinträchtigt hätte, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Dies ist auch aus dem gesamten Akteninhalt nicht erkennbar.

c) Selbst wenn - wie das Landesarbeitsgericht meint - der Wert des ärztlichen Attestes, in dem die Arbeitsunfähigkeit für den Kläger bescheinigt worden ist, entkräftet worden sei, weil der Kläger während der Erkrankung Nebentätigkeiten verrichtet habe,

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

so stünde doch noch nicht fest, daß der Kläger in Wirklichkeit (von welcher Zeit an etwa?) gar nicht krank gewesen wäre und damit pflichtwidrig versäumt hätte, bei der Beklagten zu arbeiten. Nur dann könnte die Kündigung gerechtfertigt sein. Die Beklagte trägt aber dafür die Beweislast, daß der Kläger nicht gearbeitet habe, obwohl er arbeitsfähig gewesen sei (vgl. BAG 2, 333 [335] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB; AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969). Die Beklagte hat insoweit keinen Beweis angetreten. Sie hat nicht einmal substantiiert einen entsprechenden Sachverhalt vorgetragen.

3. Insgesamt ist weder festzustellen, daß der Kläger durch seine Nebentätigkeiten gegen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat, noch daß er trotz Arbeitsfähigkeit nicht im Betriebe der Beklagten gearbeitet hat. Die Kündigung ist daher weder verhaltens- noch personenbedingt, also sozialwidrig und daher unwirksam. Auf die Tatsache, daß die Abmahnung erst nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit kurz vor Ausspruch der Kündigung erfolgte, kommt es demnach nicht mehr an.

IV. Auch der Hilfsantrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis nach §§ 9, 10 KSchG gegen Abfindung aufzulösen, ist unbegründet. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, der Kläger sei leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG. Sie hat nämlich nicht vorgetragen, daß der Kläger zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sei. Der Antrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis des Klägers gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, hätte daher einer Begründung bedurft. Hieran fehlt es. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG kommt nur in Betracht, wenn greifbare Tatsachen vorgetragen worden sind, aus denen ersichtlich ist, daß eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht erwartet werden kann (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969). Dafür hat die Beklagte nichts vorgetragen.

V. Auf die Revision war nach alledem das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und das Urteil der ersten Instanz wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO.

gez.: Dr. Auffarth Roeper Dr. Leinemann
Dr. Hollmann Lehmann



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS