

Aktenzeichen: 7 AZR 1085/77

LAG München

Urteil des BAG vom 14. Dezember 1979

Für das Nachschlagewerk:	Nein
Für die Fachpresse:	Nein
Für die Amtliche Sammlung:	Nein

Gesetz: BGB §§ 626, 125, 127; HGB § 60

Leitsätze:

K e i n e



7 AZR 1085/77

2 Sa 132/76 München

Verkündet am
14. Dezember 1979

gez. Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 14. Dezember 1979 durch den Richter Dr. Jobs als Vorsitzenden, die Richter Dr. Becker und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Bächle für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 26. Januar 1977 - 2 Sa 132/76 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte 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:

Der Kläger war seit dem 1. Februar 1974 bei der Beklagten als Bauleiter auf der Grundlage des Anstellungsvertrages vom 1. Februar 1974 mit einer monatlichen Bruttovergütung von zuletzt 2.300,-- DM beschäftigt. Der Anstellungsvertrag enthält in den §§ 11 und 19 folgende Regelung:

"§ 11 Nebentätigkeit

Herr D darf während der Dauer dieses Vertrages eine auf Erwerb gerichtete Nebentätigkeit nur mit schriftlicher Genehmigung der Firma ausüben. Hierzu rechnen auch die Vorbereitungstätigkeiten zur Gründung einer eigenen Firma.

§ 19 Schlußbestimmungen

Soweit der vorstehende Vertrag keine ausdrückliche Regelung enthält, gelten die tariflichen Bestimmungen des Bauhauptgewerbes in ihrer jeweils gültigen Form. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages haben nur Rechtsgültigkeit, wenn sie von der Firma schriftlich bestätigt worden sind."

Die Beklagte gestattete dem Kläger in Form einer mündlichen Abrede, in seiner Freizeit Arbeiten auf eigene Rechnung auszuführen. Im Einvernehmen mit der Beklagten übernahm der Kläger auf der Baustelle Z in P den Auftrag, in seiner Freizeit auf eigene Rechnung Fliesen- und Plattenlegearbeiten auszuführen. Am Montag, dem 15. Dezember 1975, traf der Inhaber der Beklagten auf der Baustelle Z um 10.00 Uhr ein. Dabei stellte er fest, daß der Kläger mit der Ausführung einer privaten Nebentätigkeit beschäftigt war.

Die Beklagte kündigte hierauf dem Kläger mit Schreiben vom 16. Dezember 1975 unter Hinweis auf § 11 des Anstellungsvertrages außerordentlich zum 31. Dezember 1975.

Der Kläger hält die außerordentliche Kündigung nicht für gerechtfertigt. Er macht insbesondere geltend, die Beklagte habe ihm Freiheit in der Gestaltung der Arbeitszeit eingeräumt. Abgesehen hiervon habe er nur 45 Minuten seiner normalen Arbeitszeit für die Ausführung der privaten Nebenarbeit auf der Baustelle Z verwendet. Die außerordentliche Kündigung sei auch nicht wegen Verspätungen gerechtfertigt. Er sei nur



- 3 -

deshalb wiederholt zu spät an der Arbeitsstelle erschienen, weil der ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellte VW-Bus nicht angesprungen sei. Im übrigen habe sich die Beklagte ihrerseits vertragswidrig verhalten. So habe sie den Lohn ständig erst um die Mitte des nächsten Monats ausbezahlt. In den Monaten Oktober, November und Dezember 1975 habe sie die vermögenswirksamen Leistungen von 52,-- DM zwar vom Lohn einbehalten, aber nicht an die Bausparkasse abgeführt. Wegen finanzieller Schwierigkeiten sei die Beklagte nicht dazu in der Lage gewesen, den ihm zustehenden Betrag von monatlich 46,-- DM an die Bausparkasse zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 16. Dezember 1975 nicht aufgelöst worden ist. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat vorgetragen, der Kläger habe als Bauleiter eine Vertrauensstellung innegehabt. In der letzten Zeit habe er jedoch seine dienstlichen Pflichten erheblich vernachlässigt, insbesondere sei er wiederholt und unentschuldigt zu spät zur Arbeit erschienen. Sie könne aber nicht angeben, wann und wieviel der Kläger zu spät gekommen sei. Eine weitere Pflichtwidrigkeit bestehe darin, daß der Kläger seine private Nebenarbeit auf der Baustelle Z während der normalen Arbeitszeit ausgeführt habe. Es werde bestritten, daß er hierzu nur 45 Minuten seiner Arbeitszeit verwendet habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und ergänzend zu ihrem erstinstanzlichen Vorbringen im wesentlichen vorgetragen, der Arbeitsbeginn sei auf 7.00 Uhr festgelegt gewesen. Der Kläger sei wiederholt um 1/2 Stunde zu spät gekommen. Der Inhaber der Beklagten habe ihn wiederholt ermahnt und ihn aufgefordert, pünktlich zur Arbeit zu erscheinen. Trotzdem sei der Kläger weiterhin wiederholt zu spät gekommen. Der Kläger habe am 15. Dezember 1975 bereits seit 7.00 Uhr mit seiner privaten Nebenarbeit begonnen. Die ihm am 12. Dezember 1975 vom Inhaber der Beklagten erteilte Anweisung,

- 4 -



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



- 4 -

einen Fensterrahmen einzuputzen, habe er nicht befolgt. Erschwerend komme hinzu, daß der Kläger die ihm eingeräumte freie Gestaltung seiner Arbeitszeit dazu mißbraucht habe, während der Arbeitszeit eine private Nebenarbeit auszuführen. In jedem Falle sei die mit Schreiben vom 16. Dezember 1975 erklärte außerordentliche Kündigung im Falle ihrer Unwirksamkeit in eine ordentliche Kündigung zum 31. März 1976 umzudeuten.

Der Kläger hat bestritten, mehrfach 1/2 Stunde verspätet zur Arbeit gekommen zu sein. Die Anweisung des Beklagten, auf der Baustelle Z einen Fensterrahmen einzuputzen, habe er erst nach der Verfügung der Fliesen ausführen können. Die Beklagte habe im übrigen keinerlei Überstunden bezahlt. Als Ausgleich hierfür habe ihm die Beklagte die Ausführung von Nebentätigkeiten nicht nur gestattet, sondern ihm auch solche beschafft.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten erst zum 31. März 1976 aufgelöst worden ist. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Beide Parteien haben ihr Einverständnis zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß die mit Schreiben vom 16. Dezember 1975 erklärte außerordentliche Kündigung unwirksam ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, soweit die Beklagte die außerordentliche Kündigung auf angebliche Verspätungen des Klägers stütze, sei sie ihrer Darlegungslast nicht in dem erforderlichen Umfang nachgekommen. Die Beklagte habe weder dargetan, daß der Kläger auch in der Zeit vom 2. bis 16. Dezember 1975 zu spät zur Arbeit erschienen sei, noch habe sie einen Zeitpunkt für die angebliche Abmahnung angegeben. Der von der Beklagten dem Kläger weiterhin gemachte

- 5 -



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



- 5 -

Vorwurf, er habe während der Arbeitszeit eine private Nebenarbeit ausgeführt, stelle zwar ein Fehlverhalten dar, das aber unter Abwägung der Besonderheiten des Einzelfalles nicht dazu geeignet sei, einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dabei könne es offenbleiben, ob der Kläger am 15. Dezember 1975 bereits in der Zeit von 7.00 - 10.00 Uhr oder lediglich 45 Minuten seiner Arbeitszeit für seine private Nebenarbeit verwendet habe. Das Fehlverhalten des Klägers sei jedenfalls nicht so schwerwiegend, daß es eine außerordentliche Kündigung rechtfertige. Bei dieser Würdigung hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, die Beklagte habe in der Berufungsinstanz nicht mehr bestritten, daß sie dem Kläger gestattet habe, außerhalb seiner Arbeitszeit Aufträge auf eigene Rechnung durchzuführen. Sie habe auch zugestanden, daß sie dem Kläger mindestens einen Auftrag für eine private Nebentätigkeit verschafft habe. Die Beklagte habe weiterhin eingeräumt, daß der Inhaber der Beklagten am Freitag, dem 12. Dezember 1975, auf der Baustelle Z gewesen sei und dort festgestellt habe, daß der Kläger nach Beendigung der Arbeitszeit Fliesenlegerarbeiten ausgeführt habe. Bei dieser Gelegenheit hätten die Parteien auch darüber gesprochen, welche Arbeiten der Kläger am Montag ausführen solle. Dem Kläger könne nicht widerlegt werden, daß im Interesse des Bauherrn die Fliesenlegerarbeiten vorrangig vor den Verputzarbeiten gewesen seien. Mangels entsprechender Darlegungen seitens der Beklagten habe nicht geklärt werden können, ob der Kläger bereits am Samstag, dem 13. Dezember 1975, mit der privaten Nebentätigkeit hätte fertig werden können.

An die vom Landesarbeitsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist der Senat mangels durchgreifender Verfahrensrügen gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO), wobei gemäß §§ 72, 75 ArbGG 1979 in Verbindung mit § 565 a ZPO davon abgesehen wird, die Unbegründetheit der Verfahrensrügen im einzelnen darzustellen.

- 6 -



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



- 6 -

II.1. Das Landesarbeitsgericht hat diesen von ihm festgestellten Sachverhalt in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin gewürdigt, daß ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für die fristlose Kündigung nicht vorgelegen hat.

Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nicht uneingeschränkt nachgeprüft werden. Entscheidend ist allein, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt oder unrichtig angewandt hat. Das Revisionsgericht kann insoweit nur nachprüfen, ob ein bestimmter Vorgang für sich genommen überhaupt geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB abzugeben, und ob das Berufungsgericht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, bedacht und abgewogen hat (ständige Rechtsprechung seit BAG 2, 207 [212] = AP Nr. 5 zu § 626 BGB [zu II der Gründe], vgl. statt vieler BAG 24, 401 [407] = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu III 1 der Gründe] sowie BAG AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision [zu II 3 a der Gründe]). Die Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes führt zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

2. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nur dann vorliegt, wenn es unter Berücksichtigung aller rechtlich erheblichen Umstände für die Beklagte nicht zumutbar war, den Kläger bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Damit ist das Landesarbeitsgericht von dem zutreffenden Begriff des wichtigen Grundes i. S. des § 626 Abs. 1 BGB ausgegangen.

Soweit das Landesarbeitsgericht weiterhin ausgeführt hat, daß die vom Kläger während der Arbeitszeit vorgenommene private Nebenarbeit unter Berücksichtigung der im Streitfall gegebenen Besonderheiten keine so schwerwiegende Pflichtverletzung darstelle, daß hierin ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gesehen werden könne, liegt diese Würdigung innerhalb des tatrichterlichen Beurteilungsspielraumes.

- 7 -



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



Der Kläger hat nicht bereits dadurch gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen, daß er in seiner Freizeit private Nebenarbeiten auf der Baustelle Z erbrachte. Die für alle Arbeitnehmer bestehende nebenvertragliche Verpflichtung, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ohne Zustimmung seines Arbeitgebers keine Konkurrenztaetigkeit aufzunehmen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 306 BGB /zu I 5 der Gründe7; BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht /zu 3 a der Gründe7; BAG AP Nr. 8 zu § 60 HGB /zu I 2 der Gründe7), war im Streitfall durch das Vorliegen einer auf die Freizeit des Klägers beschränkte Nebentätigkeitsgenehmigung gegenständlich und zeitlich begrenzt. Die dem Kläger mündlich erteilte Nebentätigkeitsgenehmigung zur selbständigen Ausführung von baulichen Arbeiten entspricht zwar nicht dem in den §§ 11 und 19 des Anstellungsvertrages vereinbarten Schriftformerfordernis. Dies führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Nebentätigkeitsgenehmigung gemäß §§ 125, 127 BGB. In der unstreitig erklärten mündlichen Nebentätigkeitsgenehmigung liegt nämlich zugleich eine konkludente Aufhebung der vertraglichen Schriftformklausel (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 127 BGB; BGH AP Nr. 2 zu § 127 BGB; BGH NJW 1968, 33; Schmidt-Salzer NJW 1968, 1257), so daß das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht insoweit ein pflichtwidriges Verhalten des Klägers verneint hat.

Das Landesarbeitsgericht hat daher zutreffend nur darin ein arbeitsvertragswidriges Verhalten des Klägers gesehen, daß dieser am 15. Dezember 1975 während der Arbeitszeit eine private Nebenarbeit ausgeführt hat. Die hierin liegende Verletzung der Arbeitspflicht hat es unter Abwägung der Umstände des Einzelfalles selbst dann nicht als ausreichend für eine außerordentliche Kündigung erachtet, wenn zugunsten der Beklagten unterstellt werde, daß der Kläger am 15. Dezember 1975 nicht nur 45 Minuten, sondern in der Zeit von 7.00 bis 10.00 Uhr private Nebenarbeiten ausgeführt habe.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Die Revision verkennt zunächst, daß der Kündigende in vollem Umfang die Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung darlegen und beweisen muß (BAG AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Die Darlegungs-



und Beweislast kann entgegen der Ansicht der Revision nicht derart aufgeteilt werden, daß der Kündigende nur die objektiven Merkmale für einen Kündigungsgrund sowie die ungünstigen Umstände darzulegen und zu beweisen hat, während der Gekündigte für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen und entlastenden Umständen darlegungs- und beweispflichtig ist. Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen gehören auch diejenigen Umstände, die Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers ausschließen (BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969).

Von dieser Darlegungs- und Beweislastverteilung ist das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Interessenabwägung ausgegangen. Entgegen der Ansicht der Revision ist es daher nicht rechtsfehlerhaft, wenn es mangels eines gegenseitigen Tatsachenvortrages der Beklagten zugunsten des Klägers davon ausgegangen ist, daß die privaten Fliesenlegerarbeiten vorrangig vor den Verputzarbeiten auszuführen waren. Das Landesarbeitsgericht hat auch mit Recht die Beklagte als die hierfür allein darlegungsbelastete Partei für verpflichtet erachtet, im einzelnen vorzutragen, aus welchen Gründen der Kläger in der Lage gewesen wäre, die aus arbeitstechnischen Gründen als vorrangig anzusehende private Nebenarbeit bereits am Wochenende abzuschließen.

Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Kläger die ihm hinsichtlich der Ausgestaltung der Arbeitszeit eingeräumte "Vertrauensstellung" mißbraucht habe, enthält das angefochtene Urteil ebenfalls keinen Rechtsfehler. Die Revision verkennt, daß das Landesarbeitsgericht zugunsten der Beklagten von einer festen Arbeitszeit des Klägers ab 7.00 Uhr ausgegangen ist. Bei einer weitgehenden Freiheit des Klägers in der Arbeitszeitgestaltung würde es nämlich bereits an einer Verletzung der Arbeitspflicht fehlen. Das Verhalten des Klägers wäre in diesem Falle von der Nebentätigkeitsgenehmigung gedeckt und daher überhaupt nicht pflichtwidrig.

Das Landesarbeitsgericht hat auch insoweit den ihm zustehenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraum nicht überschritten, als es zugunsten des Klägers berücksichtigt hat, daß sich die Beklagte selbst nicht vertragstreu verhalten



hat, indem sie aufgrund von finanziellen Schwierigkeiten ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Kläger nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.

Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe es unterlassen, verfristete Pflichtwidrigkeiten des Klägers im Rahmen der Interessenabwägung zu dessen Nachteil zu berücksichtigen. Die Revision verkennt hierbei, daß eine außerordentliche Kündigung auf gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristete Umstände nur gestützt werden kann, wenn diese Vorgänge mit den innerhalb der Ausschußfrist bekannt gewordenen derart im Zusammenhang stehen, daß die neuen Vorgänge ein weiteres und letztes Glied in der Kette der Ereignisse bilden, die zum Anlaß der Kündigung genommen worden sind (BAG AP Nr. 4 und Nr. 7 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Daß im Streitfall ein derartiger sachlicher und innerer Zusammenhang zwischen den verfristeten und nicht verfristeten Kündigungsgründen besteht, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Die übrigen Angriffe der Revision zielen darauf ab, eine andere Würdigung und damit eine andere Beurteilung an die Stelle der Subsumtion des Landesarbeitsgerichts zu setzen, was aber aus Rechtsgründen nicht möglich ist. Solange das Landesarbeitsgericht bei seiner Würdigung und Abwägung wie im vorliegenden Fall weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze verstößt, hält es sich im Rahmen der zulässigen Tatsachenwürdigung durch das Berufungsgericht, so daß aus Rechtsgründen in der Revisionsinstanz hiergegen keine Bedenken zu erheben sind. Die Revision verkennt, daß es nicht Sache des Revisionsgerichts ist, anstelle des Landesarbeitsgerichts die Würdigung im Einzelfall nachzuvollziehen und gegebenenfalls neu vorzunehmen. In der Revisionsinstanz können vielmehr nur Rechtsfehler beanstandet werden, die nicht in einer rechtlich möglichen Beurteilung des Einzelfalles durch das Tatsachengericht liegen. Es kommt insoweit nämlich nicht darauf an, ob und daß gegebenenfalls eine andere rechtliche Würdigung ebenfalls möglich gewesen wäre und dann gegebenenfalls ebenso im Rahmen des Beurteilungsspielraumes der Tatsacheninstanz gelegen hätte.



- 10 -

Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglos gebliebenen Revision zu tragen.

gez.: Dr. Jobs Dr. Becker Triebfürst
Zeilinger Dr. Bächle



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)