

Aktenzeichen: 7 AZR 323/82

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 23. März 1984

- 7 AZR 323/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 12. März 1981

Freiburg

- 7 (6) Ca 877/77 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 12. Februar 1982

Baden-Württemberg

- 2 Sa 92/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Verdachtskündigung; Urlaubsabgeltung

Gesetz:

BGB § 626 Abs. 1 und Abs. 2, § 119, § 121, § 530 Abs. 1,

§ 812 Abs. 1, § 855, § 133, § 157, § 615, §§ 293 ff.;

BUrlG § 7, § 13

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](#)

7 AZR 323/82

2 Sa 92/81 Baden-Württemberg

Verkündet am
23. März 1984

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 1984 durch den Richter Dr. Becker als Vorsitzender, die Richter Dr. Steckhan und Prof. Dr. Röhsler sowie die ehrenamtlichen Richter Stappert



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und Straub für Recht erkannt:

- I.1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 12. Februar 1982 - 2 Sa 92/81 - aufgehoben, soweit es hinsichtlich des Feststellungsantrags des Klägers und der Gehalts- und Urlaubsabgeltungsansprüche des Klägers für die Zeit vom 28. Dezember 1977 bis 31. März 1978 die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg, Kammer Villingen-Schwenningen, vom 12. März 1981 - 7 (6) Ca 877/77 - zurückgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.
 2. Auf die Revision der Beklagten wird das in I 1 bezeichnete Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben, soweit es die Beklagte zur Zahlung von DM 8.570,40 brutto nebst Zinsen verurteilt hat.
 3. Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
- II. Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers und um verschiedene Zahlungsansprüche.

Der Kläger war ab 1. Januar 1975 als technischer Leiter gegen ein monatliches Bruttogehalt von zuletzt 5.570,88 DM bei der in R ansässigen Beklagten beschäftigt und unmittelbar dem Geschäftsführer unterstellt. Die Beklagte befaßt sich mit der Entwicklung, Produktion und dem Vertrieb bürotechnischer Geräte,



u.a. eines sog. Konteneinzugs mit der Bezeichnung K . Im schriftlichen Arbeitsvertrag der Parteien vom 29. November/ 2. Dezember 1974 heißt es u.a.:

"Der Mitarbeiter verpflichtet sich,

11. seine Tätigkeit ausschließlich B zu widmen und deren Interessen ausschließlich zu vertreten. Nebenbeschäftigungen jeder Art dürfen nur ausgeübt werden, wenn vorher B zustimmt. B wird zustimmen, wenn und soweit durch solche Tätigkeiten die betriebliche Tätigkeit und/oder die beruflichen Leistungen des Mitarbeiters nicht nachteilig beeinträchtigt werden;
 12. es zu unterlassen, während der Laufzeit dieses Vertrages, auch über den Rahmen einer Nebenbeschäftigung hinaus, für einen Dritten tätig zu werden. Wird diese Verpflichtung verletzt, muß der Mitarbeiter an B eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Monatsgehältern zahlen. Maßgebend ist das letzte von B bezogene Bruttogehalt;
 13. sämtliche nicht offenkundigen Geschäfts- und Betriebsverhältnisse technischer, wirtschaftlicher, organisatorischer und sonstiger Art geheimzuhalten.
Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, soweit die Bekanntgabe solcher Geschäfts- oder Betriebsverhältnisse B schaden würde.
-
16. Das Recht der Parteien, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen, bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere bei groben Verstößen gegen Punkt 11, 12 und 13 dieses Vertrages vor."

Der Kläger hat seinen ersten Wohnsitz in Ü , wo er ein eigenes Haus bewohnt, und nahm während der Dauer seiner Beschäftigung bei der Beklagten seinen zweiten Wohnsitz in R - . In Ü hat der Kläger ein Konstruktions- und Entwicklungsbüro als Gewerbe angemeldet und in einem Raum seines



Hauses technische Untersuchungen durchgeführt und hierbei auch elektrische Prüfgeräte eingesetzt. Im zweiten Halbjahr 1977 stellte der Kläger auf eigene Rechnung den Entwicklungsingenieur A ein, der zuvor bei einem auch für die Beklagte arbeitenden Ingenieurbüro als Elektronikingenieur beschäftigt war und nach seiner Einstellung beim Kläger in einem Raum seiner in Ko gelegenen Wohnung technische Arbeiten für den Kläger ausführte. Dieser stellte ihm hierfür der Beklagten gehörende Prüfgeräte, ein Kontoeinzugsgerät K der Beklagten und schriftliche Unterlagen, die sich auf dieses Gerät beziehen, zur Verfügung.

Nachdem die Beklagte den Kläger wegen Verstoßes gegen das UWG angezeigt hatte, war durch Beschluß des Amtsgerichts R vom 14. Dezember 1977 u.a. die Durchsuchung der Wohnung des vom Kläger angestellten Ingenieurs A angeordnet worden. Bei der polizeilichen Durchsuchung am 21. Dezember 1977 wurden neben anderen der Beklagten gehörenden Geräten und Unterlagen auch die vorerwähnten Gegenstände gefunden, während bei der gleichfalls im Büro des Klägers erfolgten Durchsuchung ebenfalls der Beklagten gehörende Gegenstände, namentlich elektronische Bausteine, entdeckt wurden. Bereits am 16. Dezember 1977 war festgestellt worden, daß der Kläger in einem Schließfach des Bahnhofs R Bauteile der Beklagten verwahrt hatte. In dem gegen den Kläger anhängig gewesenen Strafverfahren wegen Unterschlagung und wegen Verstoßes gegen das UWG lehnte das Amtsgericht R mit Beschluß vom 20. November 1979 die Eröffnung des Hauptverfahrens ab.



Die Beklagte hatte dem Kläger im November 1977 neben seinem Gehalt ein weiteres Gehalt als Weihnachtsgratifikation ausbezahlt. Mit Schreiben vom 21. Dezember 1977, dem Kläger zugegangen am 27. Dezember 1977, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, der Kläger habe ein Konstruktions- bzw. Ingenieurbüro betrieben, Zeichnungen, Pläne und Dokumentationsunterlagen unerlaubt mitgenommen sowie elektronische und mechanische Bauteile sowie Laborgeräte entwendet.

Mit seiner am 31. Dezember 1977 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Kündigung sei mangels eines wichtigen Grundes unwirksam. Er habe nicht gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. In seinem Büro in Ü , das er allein aus steuerlichen Gründen angemeldet habe, seien Aufträge für Dritte nicht durchgeführt worden. Vielmehr habe er in seiner Freizeit Untersuchungen für die Beklagte durchgeführt, zu denen er während seiner Arbeitszeit nicht gekommen sei. Auch die dem Ingenieur A übertragenen Arbeiten hätten nur der Lösung anstehender Kunden- und Fertigungsprobleme der Beklagten gedient. Er habe auch nicht beabsichtigt, einen eigenen Konteneinzug zu entwickeln. Aufgrund seiner dienstlichen Stellung bei der Beklagten sei er auch berechtigt gewesen, für diese Untersuchungen Geschäftsunterlagen und Geräte mit nach Hause zu nehmen und dem von ihm angestellten Ingenieur zu überlassen. Diese Unterlagen hätten auch nicht der Geheimhaltung unterliegen. Keinesfalls habe er sich die der Beklagten gehörenden Geräte und Materialien aneignen wollen. Da die außerordentliche Kündigung unwirksam sei, habe sein Arbeits-



verhältnis mit der Beklagten erst zum 31. März 1978 geendet. Die Beklagte sei daher zur Zahlung der noch ausstehenden Gehälter vom 1. Dezember 1977 bis zum 31. März 1978 verpflichtet. Ferner habe er Anspruch auf Abgeltung der ihm von der Beklagten bestätigten restlichen 40 Urlaubstage aus den Jahren 1976 und 1977 sowie weiterer sechs Urlaubstage für das Jahr 1978. Die Beklagte schulde ihm ferner die Vergütung von 377 Überstunden.

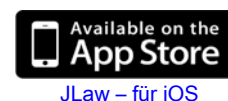
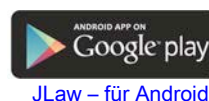
Der Kläger hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, daß das zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 21. Dezember 1977, dem Kläger zugegangen am 27. Dezember 1977, ausgesprochene fristlose Kündigung nicht beendet wurde.
2. Die Beklagte hat an den Kläger für die Monate Dezember 1977 bis März 1978 einschließlich 22.283,52 DM brutto Arbeitsentgelt zuzüglich Krankenkassenanteil von 626,-- DM zu bezahlen nebst 10 % Zinsen hieraus seit 2. März 1978 bis 31. Dezember 1980 und 14 % Zinsen seit 1. Januar 1981.
3. Die Beklagte hat dem Kläger einen Resturlaub von 40 Tagen für das Jahr 1977 sowie den für die Zeit vom 1. Januar 1978 bis 31. März 1978 angefallenen Urlaubsanspruch von sechs Tagen mit 12.811,-- DM nebst 10 % Zinsen hieraus seit 23. März 1978 bis 31. Dezember 1980 und 14 % Zinsen seit 1. Januar 1981 sowie die Vergütung von 377 Überstunden in Höhe von 5.093,27 DM brutto nebst 10 % Zinsen hieraus seit 23. März 1978 bis 31. Dezember 1980 und 14 % Zinsen seit 1. Januar 1981 zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Kläger habe gegen die in den Ziffern 11 bis 13 des Arbeitsvertrages eingegangenen Verpflichtungen verstoßen, indem er ein eigenes Konstruktionsbüro eröffnet und beabsichtigt habe,



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



-7-

einen Konteneinzug selbst zu entwickeln, um ihr dann Konkurrenz zu machen. Dazu habe der Kläger ihr gehörige Geräte und Materialien unterschlagen. Bei einem Angestellten in Vertrauensstellung, wie sie der Kläger innegehabt habe, rechtfertige schon der Verdacht einer schweren Verfehlung eine Kündigung aus wichtigem Grund; im Falle des Klägers gehe es aber nicht nur um einen Verdacht, sondern um erwiesene Verfehlungen. Für Dezember 1977 könne der Kläger kein Gehalt mehr beanspruchen, da ihm die im November 1977 ausgezahlte Weihnachtsgratifikation aufgrund der fristlosen Kündigung nicht zustehe. Ebenso wenig könne der Kläger Überstundenvergütung verlangen, die vielmehr durch das Gehalt vereinbarungsgemäß mitabgegolten sei. Auch ein Anspruch auf Urlaubsgeldung bestehe nicht, da der Resturlaub aus dem Jahr 1976 verfallen sei. Hingegen habe der Kläger aufgrund des von ihm betriebenen Ingenieurbüros die vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt.

Die Beklagte hat im Wege der Widerklage beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte
15.750,-- DM nebst 11 1/4 % Zinsen hieraus
seit 1. Januar 1978 zu zahlen.

Der Kläger hat die Abweisung der Widerklage beantragt und geltend gemacht, er habe nicht gegen Ziffer 12 des Arbeitsvertrages verstoßen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers hat das Landes-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

arbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage zur Zahlung restlichen Gehalts für Dezember 1977 in Höhe von 4.851,90 DM brutto nebst Zinsen sowie zur Abgeltung von 40 Urlaubstagen in Höhe von 8.570,40 DM brutto nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen, d.h. hinsichtlich des Feststellungsantrags und der weiteren Zahlungsanträge des Klägers, hat es die Berufung zurückgewiesen.

Gegen das Berufungsurteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Beklagte begehrt die Wiederherstellung des Ersturteils. Der Kläger verfolgt seinen Feststellungsantrag sowie seine Gehalts- und Urlaubsabgeltungsansprüche weiter und verteidigt die Abweisung der Widerklage.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

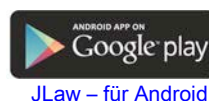
Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger das Gehalt für die Zeit vom 1. bis 27. Dezember 1977 zugesprochen und die Widerklage abgewiesen hat. Auf die Revision des Klägers war das Berufungsurteil aufzuheben, soweit es über den Feststellungsantrag, den Gehaltsanspruch für die Zeit vom 28. Dezember 1977 bis 31. März 1978 und über die Urlaubsabgeltungsansprüche entschieden hat.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht einen Gehaltsanspruch des Klägers für die Zeit vom 1. bis zum 27. Dezember 1977 in Höhe von 4.851,90 DM brutto nebst Zinsen bejaht.

1. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, die Be-



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



klagte könne sich nicht darauf berufen, sie habe den Gehaltsanspruch des Klägers für Dezember 1977 durch die im November 1977 erfolgte Auszahlung eines 13. Monatsgehalts als Weihnachtsgratifikation erfüllt. Denn die Beklagte habe keinen Anspruch auf Rückzahlung der freiwillig gewährten Weihnachtsgratifikation, da eine Rückzahlungsklausel nicht vereinbart worden sei. Ebenso wenig ergebe sich ein Rückzahlungsanspruch daraus, daß der Arbeitnehmer einen Grund zur fristlosen Kündigung gesetzt habe. Dies berechtige den Arbeitgeber allenfalls, den Arbeitnehmer von der Gewährung der freiwillig geleisteten Weihnachtsgratifikation auszuschließen.

2. Die hiergegen von der Beklagten gerichteten Revisionsanträge sind unbegründet. Soweit die Beklagte vorträgt, die Beklagte habe die Weihnachtsgratifikation selbstverständlich in der Annahme ausgezahlt, der Kläger werde weiterhin für sie tätig sein, handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag, der gemäß § 561 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann. Davon abgesehen verkennt die Beklagte, daß die Zahlung einer freiwilligen Weihnachtsgratifikation noch nicht ohne weiteres unter dem Vorbehalt der Rückzahlung für den Fall alsbaldigen Ausscheidens nach dem Auszahlungstag steht, sondern die Rückzahlung vereinbart sein muß. Eine solche Vereinbarung ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unter den von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aufgezeigten Voraussetzungen statthaft, aber nicht entbehrlich (vgl. das bereits vom Landesarbeitsgericht angezogene Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juli 1974 - 5 AZR 494/73 - AP Nr. 83 zu § 611 BGB Gratifi-



kation).

Vergeblich beruft sich die Beklagte ferner darauf, sie habe die Weihnachtsgratifikation in der Annahme gezahlt, der Kläger werde sich vertragstreu verhalten, so daß sie wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. wegen Irrtumsanfechtung einen Rückzahlungsanspruch habe. Denn die Beklagte hat nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen selbst nicht behauptet, sie habe die Weihnachtsgratifikation für den Kläger erkennbar und von diesem unbeanstandet unter dem Vorbehalt vertragstreuen Verhaltens ausgezahlt. Nur unter diesen Voraussetzungen wäre aber ein Rückforderungsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BGB in Betracht zu ziehen (vgl. schon BAG Urteil vom 29. Juni 1954 - 2 AZR 13/53 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gratifikation). Unbeachtlich ist hingegen, daß die Erwartung vertragstreuen Verhaltens des Klägers möglicherweise Motiv der Beklagten für die Gewährung der Weihnachtsgratifikation war. Daher kann auch die von der Beklagten geltend gemachte Anfechtung der Zahlung wegen Irrtums nicht durchgreifen, da ein Motivirrtum kein Anfechtungsrecht begründet. Darüber hinaus ergeben die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht, die Beklagte habe die Auszahlung der Weihnachtsgratifikation gem. §§ 119, 121 BGB angefochten.

Schließlich ergibt sich ein Rückforderungsanspruch nicht aus § 530 Abs. 1 BGB, da die Weihnachtsgratifikation Entgeltcharakter hat und keine Schenkung darstellt (vgl. BAG Urteil vom



29. Juni 1954, aaO; Lipke, Gratifikationen, Tantiemen, Sonderzulagen, S. 1).

3. Auch der Auffassung der Beklagten, der Kläger habe seinen Anspruch auf Zahlung des Dezembergehalts verwirkt, da davon auszugehen sei, er habe einen großen Teil seiner Arbeitskraft für sein eigenes Ingenieurbüro verwandt, kann nicht gefolgt werden. Denn das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, der Kläger habe im Dezember größtenteils während der Arbeitszeit für sein Ingenieurbüro gearbeitet, also keine Arbeitsleistung für die Beklagte erbracht. Diese von der Beklagten erstmals in der Revisionsinstanz aufgestellte Behauptung kann gem. § 561 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden. Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte hatte das Landesarbeitsgericht daher keinen Anlaß, den Gehaltsanspruch des Klägers für die Zeit vom 1. bis 27. Dezember 1977 unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung zu prüfen.

II. Die Widerklage ist zu Recht abgewiesen worden. Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landesarbeitsgericht verneint, daß der Kläger die in Ziffer 12 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages für den Fall des Tätigwerdens für einen Dritten vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt habe.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Tätigkeit des Klägers in seinem eigenen Ingenieurbüro sei keine Tätigkeit für einen Dritten. Während in Ziffer 11 des Arbeitsvertrages dem Kläger jegliche Nebentätigkeit verboten worden sei, sei ihm in Ziffer 12 jede auch über den Rahmen einer Nebentätigkeit hinaus-



gehende Tätigkeit für einen Dritten untersagt. Mit diesen Regelungen werde dem Kläger einmal eine eigenwirtschaftliche Nebentätigkeit verboten (Ziff. 11), zum weiteren auch Tätigkeiten, die den Interessen eines Dritten dienten (Ziff. 12). Unter letzteres Verbot fielen aber weder die Tätigkeit des Klägers im Rahmen des von ihm angemeldeten Ingenieurbüros noch die im Auftrag des Klägers erfolgte Tätigkeit des von ihm eingestellten Entwicklungsingenieurs. Auch stehe nicht fest, daß der Kläger für bzw. im Auftrag einer sonstigen Person Tätigkeiten für ein anderes Unternehmen entfaltet habe, so daß ein Verstoß gegen die allein strafbewehrte Tätigkeit für einen Dritten in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags nicht vorliege.

2. Diese Auslegung hält einer revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand. Da es sich bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Arbeitsvertrag um einen nichttypischen Vertrag handelt, ist die tatrichterliche Auslegung vom Revisionsgericht nur eingeschränkt dahingehend nachprüfbar, ob eine auf den Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungsgrundsätze oder auf der Nichtberücksichtigung wesentlicher Umstände beruhende Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln gem. §§ 133, 157 BGB vorliegt (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. etwa BAG Urteil vom 27. Juni 1963 - 5 AZR 383/62 - AP Nr. 5 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß). Dem Revisionsgericht steht somit die Prüfung nur dahin offen, ob die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des Vertrags möglich ist, nicht aber, ob sie tatsächlich richtig ist (vgl. BAG Urteil vom 30. September 1958 - 2 AZR 356/56 - AP Nr. 7 zu § 550 ZPO).



Unter Zugrundelegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs ist die Auslegung des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden. Das Auslegungsergebnis des Landesarbeitsgerichts ist nicht nur möglich, sondern darüber hinaus sogar zutreffend. Die von der Beklagten im Anschluß an die erstinstanzliche Entscheidung vertretene Auffassung, das vom Kläger angemeldete Ingenieurbüro sei "Dritter" im Sinne der Ziffer 12, da es sich um einen eingerichteten und gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützten Gewerbebetrieb handele, verkennt, daß der deliktsrechtliche Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht zu einer rechtlichen Verselbständigung führt, sondern insoweit allein die Rechtsform maßgeblich ist. Auch die Beklagte hat aber nicht behauptet, das Ingenieurbüro des Klägers sei in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben worden.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe einen von ihr gestellten Beweisantrag übergangen, ist schon deswegen unzulässig, weil die vorinstanzliche Fundstelle des Beweisantrags weder nach Schriftsatz noch nach Seitenzahl angegeben worden ist, wie es für eine ordnungsgemäß erhobene Verfahrensrüge erforderlich gewesen wäre (vgl. BAG 12, 328 = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Davon abgesehen fehlen die konkreten Angaben des Beweisthemas und Angaben dazu, inwieweit das angefochtene Urteil auf dem angeblichen Verfahrensfehler beruht.

III. Hinsichtlich des Klageantrags auf Feststellung, das Arbeitsverhältnis sei durch die mit Schreiben vom 21. Dezember



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

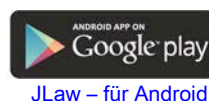


1977 ausgesprochene Kündigung nicht beendet worden, ist das Berufungsurteil auf die Revision des Klägers aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Denn die vom Berufungsgericht gegebene Begründung reicht zur Abweisung dieses Klageantrags nicht aus.

1. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, Ziffer 11 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages sei unter Berücksichtigung der Art. 2, 12 GG dahingehend auszulegen, daß dem Kläger untersagt gewesen sei, sich selbständig oder auf fremde Rechnung im Produktionsbereich der Beklagten zu betätigen, da hierdurch unmittelbar die Interessen des Beklagten berührt würden. Es stehe allerdings letztlich nicht fest, ob der Kläger gegen das in diesem Sinne zu verstehende Nebentätigkeitsverbot verstoßen habe. Denn weder eine Tätigkeit des Klägers für sein Ingenieurbüro noch die Beschäftigung eines Ingenieurs stellten für sich allein genommen einen Verstoß gegen das Nebentätigkeitsverbot dar, zumal der Kläger angesichts der in den Jahren 1976 und 1977 geleisteten Überstunden durch sein bloßes Tätigwerden außerhalb seiner Arbeitszeit nicht daran gehindert gewesen sei, seinen vertraglichen Arbeitspflichten für die Beklagte ordnungsgemäß nachzukommen. Aus der Aussage des vom Kläger angestellten Ingenieurs ergebe sich zur Überzeugung des Gerichts nicht, der Kläger habe sich selbständig im Produktionsbereich der Beklagten betätigt und ein Konteneinzugsgerät entwickelt, mit dem er der Beklagten hätte Konkurrenz machen können. Durch sein Verhalten habe der Kläger sich aber dem durch Tatsachen begründeten Verdacht ausgesetzt, auf eigene Rechnung im Produktionsbereich



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






 ANDROID APP ON
Google play
 JLaw – für Android

Available on the
App Store
JLaw – für iOS

zurückgeben wollen.

2. Diese Darlegungen des Berufungsurteils zeigen, daß das Landesarbeitsgericht die Kündigung lediglich aufgrund des Verdachts, der Kläger könne gegen das Nebentätigkeitsverbot verstoßen haben, als rechtswirksam angesehen hat. Diese Begründung wäre jedoch nur dann ausreichend, wenn eine Verdachtskündigung vorläge, d.h. wenn die Beklagte ihre Kündigung ebenfalls nur auf einen solchen Verdacht gestützt hätte. Da dies indessen nicht der Fall ist, vielmehr die Beklagte ihre Kündigung in erster Linie mit der Behauptung begründet, der Kläger habe bestimmte Pflichtverletzungen begangen, hätte das Landesarbeitsgericht zunächst den unstreitigen bzw. erwiesenen Sachverhalt daraufhin würdigen müssen, ob er unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen läßt (§ 626 Abs. 1 BGB). Bei dieser rechtlichen Würdigung unstreitiger bzw. bewiesener Tatsachen, auf die sich die Beklagte - bei Ausspruch der Kündigung oder in den Tatsacheninstanzen - als Kündigungsgrund berufen hat, hätte das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen gehabt, ob diese Tatsachen geeignet sind, das erforderliche Vertrauen der Beklagten zum Kläger zu zerrütten, etwa weil sie erhebliche Zweifel an der Redlichkeit und der Vertragstreue des Klägers begründeten. Zur Ermöglichung dieser Würdigung, die vor allem wegen des Gebots des § 626 Abs. 1 BGB, alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, in erster Linie dem Tatsachengericht obliegt, ist hinsichtlich des Feststellungsantrags des Klägers der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzu-



verweisen. Im einzelnen hat insoweit das folgende zu gelten:

a) Eine Verdachtskündigung liegt nur vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit BAG 16, 72, 81 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, zu I 3 b der Gründe; vgl. z.B. BAG Urteil vom 10. September 1982 - 7 AZR 201/80 -, nicht veröff., m.w.N.). Soweit es dagegen um die Frage geht, ob bereits die den Verdacht begründenden (erwiesenen) Tatsachen selbst die Kündigung rechtfertigen, etwa weil sie - ohne Rücksicht auf den aus ihnen hergeleiteten Verdacht, der Arbeitnehmer habe eine bestimmte strafbare bzw. pflichtwidrige Handlung begangen - selbst geeignet sind, das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit bzw. Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers zu erschüttern, handelt es sich nicht um eine Verdachtskündigung (vgl. BAG 16, 72, 80 f., aaO; Senatsurteil vom 10. September 1982 - 7 AZR 201/80 - zu IV der Gründe).

b) Im Entscheidungsfall hat das Landesarbeitsgericht u.a. als erwiesen angesehen, daß der Kläger Prüfgeräte der Beklagten, ein Konteneinzugsgerät K sowie schriftliche Unterlagen, die sich auf dieses Gerät beziehen, dem Zeugen A überlassen hatte. Hierin liegt bereits deshalb eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, weil der Kläger als Arbeitnehmer lediglich Besitztziener der Beklagten im Sinne des § 855 BGB und daher nicht



berechtigt war, sich selbst zum Besitzer dieser Gegenstände zu machen. Dies hat der Kläger jedoch getan, indem er die Gegenstände seinem eigenen Arbeitnehmer, dem Zeugen A , der dadurch Besitzdiener des Klägers wurde, überließ. Das Landesarbeitsgericht wird mithin zunächst diese erwiesene Vertragsverletzung des Klägers ohne Rücksicht auf den unter Umständen aus ihr herzuleitenden Verdacht der Unterschlagung bzw. des Verstoßes gegen das Nebentätigkeitsverbot daraufhin zu würdigen haben, ob sie das Vertrauen der Beklagten in die Vertragstreue und Zuverlässigkeit des Klägers in einer für die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB ausreichenden Weise erschüttert hat.

c) Erst wenn diese Würdigung des erwiesenen Verhaltens zu dem Ergebnis führt, ein wichtiger Grund liege nicht vor, ist zu fragen, ob der Verdacht, der Kläger habe bestimmte andere pflichtwidrige Handlungen begangen, an diesem Ergebnis etwas ändert. Dabei kommt es, weil es sich um einen andersartigen Kündigungsgrund handelt, zunächst darauf an, ob der Arbeitgeber seine Kündigung überhaupt auf diesen Verdacht stützt (vgl. das bereits angeführte Senatsurteil vom 10. September 1982 - 7 AZR 201/80 -, aaO). Dies kann sowohl vorprozessual - etwa im Kündigungsschreiben - als auch in den Tatsacheninstanzen geschehen. Soweit es nicht bereits im Kündigungsschreiben geschehen ist, sind die Beschränkungen zu beachten, denen ein Nachschieben von Kündigungsgründen unterliegt (vgl. z.B. Senatsurteil vom 20. Januar 1984 - 7 AZR 143/82 -, unveröffentlicht). Ferner ist insoweit zu prüfen, ob die vom Bundesarbeitsgericht aufgezeigten besonderen Voraussetzungen einer Verdachtskündigung eingehalten sind, ins-



besondere, ob der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung alles Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan hat (vgl. BAG 16, 72, 82 f., aaO, zu I 3 d der Gründe).

d) Im Entscheidungsfall hat sich die Beklagte zwar nicht im Kündigungsschreiben, wohl aber bereits in der ersten Instanz (insbesondere Schriftsatz vom 12. Januar 1981, S. 6) auf diesen Verdacht berufen und hieran auch im zweiten Rechtszuge festgehalten (Schriftsatz vom 2. Oktober 1981, S. 1). Da ein Betriebsrat nicht vorhanden ist, unterliegt ein Nachschieben von Kündigungsgründen hier keinen kollektivrechtlichen Beschränkungen (vgl. dazu Senatsurteile vom 1. April 1981 - 7 AZR 1003/78 - BAG 35, 190 = AP Nr. 23 zu § 102 BetrVG 1972; vom 10. September 1982 - 7 AZR 201/80 - zu IV der Gründe; vom 20. Januar 1984 - 7 AZR 143/82 - zu II 3 d der Gründe). Auch erhält die vorliegende Kündigung durch den nachgeschobenen Verdacht keinen völlig anderen Charakter, so daß offenbleiben kann, ob im umgekehrten Falle ein Nachschieben individualrechtlich ausgeschlossen wäre (vgl. dazu Senatsurteile vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 260/78 - AP Nr. 1 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen; vom 20. Januar 1984 - 7 AZR 143/82 - zu II 3 a der Gründe). Sollte mithin das Landesarbeitsgericht im erneuten Berufungsverfahren die Kündigung nicht bereits aufgrund des erwiesenen Verhaltens des Klägers als rechtswirksam ansehen, wird es sie auch unter Berücksichtigung eines durch dieses Verhalten begründeten Verdachts zu würdigen haben.

IV. Die Aufhebung des Berufungsurteils hinsichtlich der Wirk-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

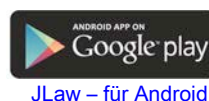
samkeit der zum 27. Dezember 1977 ausgesprochenen Kündigung führt auch zur Aufhebung der Entscheidung über die Gehaltsansprüche des Klägers für die Zeit vom 28. Dezember 1977 bis 31. März 1978 in Höhe von 17.431,62 DM brutto. Sollte das Landesarbeitsgericht im erneuten Berufungsverfahren zum Ergebnis gelangen, das Arbeitsverhältnis habe während dieser Zeit fortbestanden, wird es die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Annahmeverzuges gemäß §§ 293 ff. BGB und einer Anrechnung gemäß § 615 Satz 2 BGB zu prüfen haben.

V. Da nicht feststeht, ob das Arbeitsverhältnis am 27. Dezember 1977 geendet hat, war auch die Entscheidung über die Urlaubsabgeltungsansprüche des Klägers aufzuheben. Der vom Landesarbeitsgericht abgewiesene Anspruch auf Abgeltung von sechs Urlaubstagen für 1978 in Höhe von 1.285,59 DM kann nur bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis bis 31. März 1978 fortbestanden hat. Hingegen kann der Anspruch auf Abgeltung von 40 Urlaubstagen aus den Jahren 1976/77 nur hinsichtlich des Urlaubs für 1977 begründet sein, und selbst dies nur, wenn das Arbeitsverhältnis am 27. Dezember 1977 geendet hat. Denn nur dann wäre die Voraussetzung für das Entstehen eines Abgeltungsanspruchs, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 7 Abs. 4 BUrtG), vor dem Verfall des Urlaubsanspruchs gegeben.

1. Das Landesarbeitsgericht hat einen Verfall des Resturlaubsanspruchs für das Jahr 1976 verneint, da die Beklagte mit der Bestätigung dieses Resturlaubsanspruchs in der Gehaltsabrechnung im Monat August 1977 dem Kläger angeboten habe, ihm im



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



Jahre 1977 neben seinem Urlaubsanspruch für das Urlaubsjahr 1977 auch den aus dem Urlaubsjahr 1976 noch bestehenden Resturlaub zu gewähren. Dieses Angebot habe der Kläger gemäß § 151 BGB angenommen.

Wie die Beklagte zu Recht rügt, hat das Landesarbeitsgericht verkannt, daß der Urlaubsanspruch nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrtG nur im Urlaubsjahr bzw. bei Vorliegen der gesetzlich in Satz 2 geregelten Voraussetzungen der Urlaubsübertragung in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres besteht, danach aber erlischt (vgl. BAG Urteil vom 26. Juni 1969 - 5 AZR 393/68 - AP Nr. 1 zu § 7 BUrtG Urlaubsjahr, zu 1 der Gründe; BAG 39, 53, 56 = AP Nr. 4 zu § 7 BUrtG Übertragung, unter II 4 a der Gründe). Da diese gesetzlichen Bestimmungen gem. § 13 Abs. 1 BUrtG unabdingbar sind, konnten die Parteien eine Übertragung des Resturlaubsanspruchs des Klägers von 14 Tagen für das Jahr 1976 über den 31. März 1977 hinaus nicht rechtswirksam vereinbaren.

2. Auch der Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 1977 ist verfallen, wenn das Arbeitsverhältnis über das Jahresende 1977 hinaus fortbestanden hat. Der Kläger hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht vorgetragen, er habe von der Beklagten die Gewährung seines Urlaubs bis zum Ablauf des Urlaubsjahres verlangt, um jedenfalls die Beklagte in Verzug zu setzen, so daß er dann nach Ablauf des Kalenderjahres und damit verbundenem Eintritt der Unmöglichkeit seinen Urlaub als Schadenersatz hätte verlangen können. Ebenso wenig hat der Kläger geltend gemacht, der Urlaub für das Jahr 1977 habe gem. § 7 Abs. 3 Satz 2



BUrlG auf das Folgejahr übertragen werden können und er habe bis zum 31. März 1978 vergeblich die Gewährung des ihm für 1977 zustehenden Urlaubs verlangt.

Dem Verfall des Urlaubsanspruchs für das Jahr 1977 mangels Gewährung des Urlaubs bis zum Ablauf des Urlaubsjahres steht die Kündigung zum 27. Dezember 1977 nur dann entgegen, wenn sie wirksam war und deshalb der Urlaubsanspruch zu diesem Zeitpunkt in einen Urlaubsabgeltungsanspruch übergegangen ist. Denn da der Anspruch auf tatsächliche Urlaubserteilung nur im Urlaubsjahr besteht, muß der Arbeitnehmer ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein ungekündigtes oder gekündigtes Arbeitsverhältnis handelt, die Gewährung des Urlaubs bis zum Ablauf des Urlaubsjahres verlangen, um den Verfall des Urlaubs am Ende des Urlaubsjahres abzuwenden oder einen Schadenersatzanspruch wegen Verzugs des Arbeitgebers geltend machen zu können (vgl. BAG Urteil vom 1. Dezember 1983 - 6 AZR 299/80 - zur Veröffentlichung bestimmt). Soweit der Sechste Senat demgegenüber in seiner Entscheidung vom 9. Januar 1979 - 6 AZR 647/77 - AP Nr. 4 zu § 1 BUrlG, die Auffassung vertreten hatte, der Arbeitnehmer brauche sich bis zum Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens nicht darum zu bemühen, Urlaubsfreizeit zu erhalten, hat er diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 1. Dezember 1983 wieder aufgegeben.

VI. Soweit das Landesarbeitsgericht einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von "Krankenkassenanteilen" und Überstundenvergütung verneint hat, ist die angefochtene Entscheidung rechtskräftig geworden, da der Kläger seine Revision auf die unter III bis V



-23-

behandelten Streitgegenstände beschränkt hat.

Dr. Becker

Dr. Röhsler

Dr. Steckhan

Stappert

Straub



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)