

Aktenzeichen: 2 AZR 1025/78

LAG Frankfurt am Main Urteil des BAG vom 2. April 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 626; KSchG 1969 § 15; BAT § 54;
ArbGG § 67; ZPO § 286

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 1025/78

9 Sa 750/77 Frankfurt am Main

Verkündet am
2. April 1981

gez. 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 2. April 1981 durch den Richter Dr. Röhsler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Brenne und Dr. Bächle für Recht erkannt:

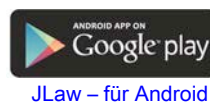
1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 18. Juli 1978 - 9 Sa 750/77 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

Der Kläger war vom 1. April 1974 bis zum 21. August 1976 in dem Bauamt der beklagten Stadt als technischer Angestellter beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand kraft vertraglicher Vereinbarung der Bundesangestellten-tarifvertrag (BAT) Anwendung. Der Kläger verdiente zuletzt nach der Vergütungsgruppe V b BAT 2.728,05 DM brutto im Monat.

Mit Schreiben vom 6. Mai 1976 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen fortgesetzter verbotener Nebentätigkeit des Klägers zum 30. Juni 1976. Über die Unwirksamkeit dieser Kündigung besteht zwischen den Parteien kein Streit, da der Kläger Kandidat für die am 11. Mai 1976 durchgeführte Personalratswahl war.

Als technischer Angestellter im Bauamt war der Kläger an dem Umbau des städtischen Gebäudes in S , Kirchstraße 20, in eine Altentagesstätte, beteiligt. Es handelte sich um ein baufälliges Fachwerkhaus, dessen Fassade zur Straße hin erhalten bleiben sollte. Als nur noch die Grundmauern und ein Teil der Außenwände des Gebäudes standen, nahm der Kläger am 14. April 1976 ein Aufmaß. Darin errechnete er für die Position 1.01 "Gefächer herauschlagen, aufladen und bis zu einer Entfernung von 3.000 Metern abtransportieren sowie die Einplanierung am Ablagerungsort" einen Meßgehalt von 624,10 qm. Unter der Position 1.03 "Fachwerkwand gänzlich abbrechen, aufladen und bis zu einer Entfernung von 3.000 Metern abtransportieren, sonst wie in Position 1.01 beschrieben" errechnete er einen Meßgehalt von 524,25 qm. Am 20. August 1976 informierte der Architekt M die Beklagte, daß die Mehrberechnung des Klägers in der Position 1.01 gegenüber dem Aufmaß der Firma Ernst A eine finanzielle Mehrbelastung von 9.802,06 DM für die Beklagte zur Folge hätte. Der Architekt erstellte am 26./28. Oktober 1976 ein weiteres Aufmaß. Darin sind unter Position 1.01 80,72 qm und unter der Position 1.03 415,79 qm berechnet.

Im Dezember 1975 erstellte der Kläger ein Aufmaß für das Bauvorhaben eines Dorfgemeinschaftshauses in K .



- 3 -

Am 2. Juni 1976 überprüften drei Stadträte der Beklagten, der Ortsvorsteher des Stadtteils Willi A und der Leiter des Stadtbauamtes E dieses Aufmaß. Nach der Überprüfung erkannte die ausführende Baufirma R eine Kürzung ihres Rechnungsbetrages um 9.003,25 DM an.

Bei dem Bau eines Verbindungsweges zwischen der Vogelsbergstraße und der Parkstraße in S im Herbst 1975 und im Frühjahr 1976 setzte der Kläger vom Magistrat der Beklagten nicht genehmigte Einheitspreise ein. Sie ergaben einen Mehrbetrag von 3.508,75 DM zugunsten der ausführenden Baufirma St. Nach Bekanntwerden dieser Umstände machte die Baufirma die Preiserhöhung rückgängig.

Mit Schreiben vom 9. August 1976 wies der Bürgermeister der Beklagten den Kläger auf diese Umstände hin. Nachdem der Personalrat einer außerordentlichen Kündigung zugestimmt hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20. August 1976 wegen der genannten Vorfälle fristlos.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam.

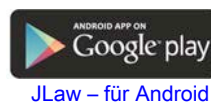
Er hat vorgetragen, die Beklagte habe alle Kündigungsgründe länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung genannt. Bei den drei Bauvorhaben habe er seine Pflichten nicht verletzt. So habe er bei dem Projekt Altentagesstätte Kirchstraße 20 nur ein Zwischenaufmaß zur Berechnung der bereits entstandenen Kosten erstellt. Es sei zu keinen Unregelmäßigkeiten gekommen. Man habe zuerst bei der Rückwand des Gebäudes die Gefache herausgeschlagen und dabei den schlechten Zustand der Balkenkonstruktion festgestellt. Erst dann habe man auch das Fachwerk abgerissen. Bei dem Bauvorhaben Dorfgemeinschaftshaus K habe er zur Erstellung des Aufmaßes lediglich die von dem Bauunternehmer R gemessenen und ihm zugerufenen Werte notiert. Als Angestellter der Beklagten habe er der Straßenbaufirma bei dem Bau des Verbindungsweges keine verbindlichen Preiszusagen machen können. Das habe die Firma gewußt.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der fristlosen Kündigung der Beklagten vom 20. August 1976, zugegangen am 21. August 1976, nicht aufgelöst ist.

- 4 -



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



- 4 -

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, ihr Bürgermeister habe erst am 9. August 1976 von den Unregelmäßigkeiten des durch den Kläger erstellten Aufmaßes vom 14. April 1976 zum Bauvorhaben Altentagesstätte Kirchstraße 20 erfahren. Dabei habe der Kläger verschiedene Leistungen doppelt berechnet, um einen Ausgleich für die während der Bauarbeiten angefallenen weiteren Kosten zu schaffen. Es sei von Anfang an geplant gewesen, die betreffende Fachwerkwand abzureißen. Das rechtfertige die Kündigung ebenso wie das falsche Aufmaß beim Dorfgemeinschaftshaus K und die eigenmächtige Erhöhung der Einheitspreise bei dem Bau des Verbindungsweges.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts aufgehoben und festgestellt, daß die Kündigung der Beklagten vom 20. August 1976 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat. Mit der Revision will die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Leiter des Bauamtes E habe den zur Kündigung berechtigten damaligen Bürgermeister von V am 28. Juli 1976 über Unregelmäßigkeiten bei dem Bauvorhaben Altentagesstätte Kirchstraße 20 unterrichtet. Die genauen Einzelheiten habe der Zeuge von V aber erst erfahren, nachdem der durch den Magistrat beauftragte Gutachter M das Ergebnis seiner Nachmessungen vorgetragen habe. Das sei am 9. August 1976 oder kurz davor gewesen. Der Vorgang Altentagesstätte Kirchstraße 20 sei aber kein Grund für eine fristlose Kündigung.

Der Kläger habe in seinem Aufmaß vom 14. April 1976 unter Position 1.01 das Herausschlagen der Gefache bei Erhaltung des Fachwerkes und unter Position 1.03 den gänzlichen

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

- 5 -



JLaw – für iOS

- 5 -

Abbruch von Fachwerkwänden berücksichtigt. Damit habe er die Gefache und den daraus entstandenen Schutt zweimal in Ansatz gebracht und die finanziellen Interessen der Beklagten gefährdet. Die Behauptung des Klägers, sein Aufmaß habe für die Abrechnung keine Bedeutung gehabt, sei durch die Beweisaufnahme widerlegt. Es könne aber nicht festgestellt werden, daß der Kläger vorsätzlich gehandelt habe. Ein Interesse des Klägers, die Beklagte zu schädigen oder den Bauunternehmer zu begünstigen, sei nicht ersichtlich. Der Kläger habe möglicherweise die Positionen des von ihm aufgestellten Leistungsnachweises anders verstanden, als sie nach dem objektiven Sinngehalt zu verstehen gewesen seien. Ein Irrtum des Klägers komme dann nicht in Betracht, wenn er die Doppelmessungen vorgenommen hätte, um andere Leistungen abzugelten. Das sei aber nicht bewiesen. Der Zeuge E habe hierzu nur wiedergeben können, was er von dem Zeugen Ernst A gehört habe. Der Zeuge Ernst A habe vor dem Berufungsgericht nicht angeben können, aufgrund welcher Umstände er zu dem Schluß gelangt sei, mit den Doppelmessungen hätten andere Leistungen abgegolten werden sollen. Es handele sich um eine bloße Vermutung. Dem Kläger könne nur eine fahrlässige Pflichtverletzung vorgeworfen werden, die der Beklagten keinen Schaden zugefügt habe. Die fristlose Entlassung sei eine zu harte Sanktion. Sie habe nicht deshalb unter erleichterten Umständen ausgesprochen werden können, weil eine ordentliche Kündigung des Klägers wegen der Kandidatur zum Personalrat nicht möglich gewesen sei. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sei die Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die ohne den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 KSchG gegolten hätte. Der Beklagten sei die Einhaltung der Kündigungsfrist zumutbar gewesen.

Die Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben Dorfgemeinschaftshaus K und des Verbindungsweges könnten dem Kläger nicht mehr vorgeworfen werden. Sie seien nach § 54 Abs. 2 BAT verfristet. Zwischen diesen Verfehlungen und dem Bau der Altentagesstätte Kirchstraße 20 fehle der innere Zusammenhang. Sie könnten deshalb nicht mitberücksichtigt werden. Bei dem Verbindungsweg werde dem

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Kläger vorgeworfen, eigenmächtig Preise eingesetzt zu haben. Bezüglich des Bauvorhabens Dorfgemeinschaftshaus K könne dem Kläger die Berücksichtigung von zwei Stützmauern - obwohl tatsächlich nur eine Stützmauer erstellt worden sei - nicht vorgeworfen werden. Der Kläger habe zusammen mit dem Bauunternehmer R das Aufmaß genommen und die Stützmauer nur einmal gemessen. Ihm könne nicht zur Last gelegt werden, später zwei Rechnungen der Firma R mit einem Prüfungsvermerk versehen zu haben, in denen die Stützmauer je einmal aufgeführt sei. Dieser Sachverhalt sei nicht bewiesen. Der Zeuge E habe ihn zwar bestätigt, jedoch habe die Beklagte eine doppelte Berechnung der Stützmauer bei den im Original vorgelegten Rechnungen der Firma R nicht aufzeigen können.

Die Beklagte werfe dem Kläger aufgrund der Zeugenaussagen R und Willi A weitere Aufmaßfehler bei dem Umfang des Erdaushubs und der Länge der Außenmauer vor. Dieses Vorbringen könne nicht zugelassen werden, da es entgegen der Vorschrift des § 67 ArbGG nicht in der Berufungsbegründungsschrift enthalten sei. Die Beklagte sei nicht schuldlos an dem verspäteten Vorbringen. Im übrigen könne dieses Verhalten die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Bei der Erstellung des Aufmaßes sei die Außenmauer bereits beseitigt und die Baugrube ausgehoben gewesen. Ein eventuelles Verschulden des Klägers sei nur gering.

II. Die Anwendung des im wesentlichen mit § 626 Abs. 1 BGB übereinstimmenden § 54 Abs. 1 BAT durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nur darauf nachgeprüft werden, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt oder unrichtig angewandt hat. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob ein bestimmter Vorgang für sich genommen überhaupt geeignet ist, einen wichtigen Grund i. S. 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 Recht-

- 7 -



sprechung des BAG; vgl. statt aller BAG 24, 401 [407] = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu III 1 der Gründe] m.w.N.). Selbst bei Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

III. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht zunächst davon aus, daß die außerordentliche Kündigung des Klägers nicht deshalb unter erleichterten Umständen hat erklärt werden können, weil eine ordentliche Kündigung nach § 15 Abs. 3 KSchG nicht möglich gewesen ist.

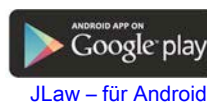
1. Der Kläger war Wahlbewerber für die Personalratswahl vom 11. Mai 1976. Wahlbewerber genießen den besonderen Kündigungsschutz für Amtsträger im Sinne des § 15 KSchG bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Danach tritt für sie der sechsmonatige nachwirkende Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG ein. Während dieser Zeit ist nur eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig. Dies darf jedoch bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuungunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, weil sich der Arbeitgeber sonst durch eine außerordentliche Kündigung leichter von einem nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer als von einem anderen Arbeitnehmer trennen könnte. Das widerspräche dem Sinn des besonderen Kündigungsschutzes nach § 15 KSchG. Es ist die Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die ohne den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG für eine ordentliche Kündigung gegenüber diesem Arbeitnehmer gelten würde (BAG vom 8.8.1968, AP Nr. 57 zu § 626 BGB; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 15 Rz. 43 a; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 503; Schmidt, RdA 1973, 294 [295]). Demgemäß ist maßgebend, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf dieser (fiktiven) Kündigungsfrist zugemutet werden kann (KR-Etzel § 15 KSchG Rz 23). Die Eigenschaft als Mitglied des Betriebsrates, einer anderen Arbeitnehmervertretung oder als Wahlbewerber verändert für die Frage der fristlosen Kündigung nicht das Gewicht einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers. Der Betreffende ist insofern weder besser noch schlechter als ein anderer Arbeitnehmer zu behandeln (Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 15 Rz. 42; KR-Etzel § 15 KSchG Rz 24).



2. Die Rüge der Revision, es bestehe kein Grund, Wahlbewerber im Hinblick auf den bei außerordentlichen Kündigungen anzuwendenden Beurteilungsmaßstab Betriebsratsmitgliedern gleichzustellen, ist unbegründet.

Der Gesetzgeber gewährt in § 15 KSchG allen Mitgliedern von Arbeitnehmervertretungen, Mitgliedern von Wahlvorständen und den Wahlbewerbern zeitlich abgestuft einen besonderen Kündigungsschutz gegen ordentliche Kündigungen. Er macht dabei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes keinen Unterschied zwischen der ordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied und der ordentlichen Kündigung gegenüber einem Wahlbewerber.

Für die Gleichbehandlung von Wahlbewerbern und gewählten Mitgliedern der Arbeitnehmervertretungen spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 sah in § 13 nur einen besonderen Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder vor. Die Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes vom 25. August 1969 dehnt in § 15 den besonderen Kündigungsschutz u. a. auch auf Mitglieder des Wahlvorstandes und die Wahlbewerber aus. In der amtlichen Begründung heißt es dazu, der Kündigungsschutz für Mitglieder des Wahlvorstandes und für Wahlbewerber bezwecke die Erleichterung der Durchführung der Betriebsratswahlen, da nunmehr Arbeitnehmer eher geneigt sein dürften, sich als Mitglieder des Wahlvorstandes zur Verfügung zu stellen oder sich für eine Betriebsratswahl zu bewerben. Der Kündigungsschutz für Wahlbewerber solle außerdem verhindern, daß der Arbeitgeber ihm nicht genehme Wahlbewerber durch die Kündigung von der Wahl ausschließe. Die Ausdehnung des Kündigungsschutzes über den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses hinaus solle der Abkühlung eventuell während der Wahl aufgetretener Kontroversen dienen (BT-Drucksache VI/1786; KR-Etzel § 15 KSchG Rz 4). Damit hat der Gesetzgeber den Wahlbewerber innerhalb von sechs Monaten nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses genauso schützen wollen wie ein gewähltes Betriebsratsmitglied.



IV. Das Landesarbeitsgericht hat aber die erhobenen Beweise nicht vollständig gewürdigt. Es hat das Verhalten des Klägers bei dem Erstellen des Aufmaßes für die Altagestätte Kirchstraße 20 als Schlechtleistung angesehen und hierzu ausgeführt, ein vorsätzliches Handeln des Klägers sei nicht bewiesen. Dem Kläger könne nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, die nicht geeignet sei, die außerordentliche Kündigung zu begründen. Damit hat das Landesarbeitsgericht sich maßgeblich auf die von ihm festgestellten "inneren Tatsachen" gestützt.

In das dem Revisionsgericht verschlossene Gebiet der Tatsachen gehört zwar auch die Feststellung des inneren Willens der Parteien und die Feststellung der bedeutsamen Begleitumstände (BAG vom 17.2.1966, AP Nr. 30 zu § 133 BGB; BAG vom 1.12.1977, AP Nr. 11 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 2 b aa der Gründe]). Das Landesarbeitsgericht stützt sich für die Annahme der Fahrlässigkeit auf ein nicht erkennbares Interesse des Klägers, die Beklagte zu schädigen oder den Bauunternehmer zu begünstigen. Es führt weiter aus, der Zeuge E habe nur weitergeben können, was er von dem Zeugen Ernst A gehört habe. Der Zeuge Ernst A habe aber vor dem Berufungsgericht nicht angeben können, aufgrund welcher konkreten Umstände er annehme, mit den Doppelmessungen hätten andere Leistungen abgegolten werden sollen. Es handele sich nur um eine Vermutung des Zeugen.

Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts auch bezüglich der "inneren Tatsachen" ist jedoch darauf nachzuprüfen, ob sie vollständig, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze vorgenommen ist und ob das Landesarbeitsgericht somit die Grenzen und Voraussetzungen der richterlichen Überzeugung gewahrt hat (BAG vom 20.3.1958, AP Nr. 3 zu § 580 ZPO). Dieser Überprüfung hält die Begründung des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

1. a) Der Zeuge E hat in der ersten Instanz ein Gespräch wiedergegeben, das er mit dem Zeugen Ernst A geführt haben will. Danach soll der Zeuge Ernst A gesagt haben, im Einvernehmen mit dem Kläger seien Wände und Fundamente doppelt gemessen worden, um angefallene Ne-



benleistungen abzugelten. Diese Aussage durfte das Landesarbeitsgericht nicht unberücksichtigt lassen. Zwar hat der Senat in seiner Entscheidung vom 8. August 1968 (AP Nr. 57 zu § 626 BGB) entschieden, Beweise vom Hörensagen seien kein zulässiges Beweismittel im Arbeitsgerichtsprozeß. Das gilt aber nur, wenn eine konkrete Tatsache - hier der Vorsatz des Klägers - unmittelbar zu beweisen ist. Dagegen ist die Aussage des Zeugen E geeignet, ein Gespräch zwischen ihm und dem Zeugen Ernst A zu beweisen, in welchem von einem vorsätzlichen Handeln des Klägers gesprochen wurde. Der Zeuge Ernst A hat vor dem Arbeitsgericht die Aussage des Zeugen E bestätigt. Darin kann ein Indiz für den Vorsatz des Klägers gesehen werden. Vor dem Berufungsgericht hat der Zeuge Ernst A dann ausgesagt, er habe mit dem Kläger nicht abgesprochen, zur Abgeltung diverser Leistungen etwas doppelt messen zu lassen. Er nehme an, der Zeuge L habe das vermutet. Zu den nicht berücksichtigten Leistungen gehöre zum Beispiel der Bauzaun.

b) Dies hätte das Landesarbeitsgericht berücksichtigen und in seine Abwägung mit einbeziehen müssen. Die Vorschrift des § 286 ZPO gebietet dem Tatrichter seine Überzeugung darüber, ob eine streitige Behauptung wahr ist oder nicht, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und der Beweisaufnahme zu bilden. Daraus folgt die Pflicht, sich in seinen Entscheidungsgründen mit dem Beweisergebnis in Form einer umfassenden Beweiswürdigung auseinanderzusetzen. Dabei ist auch eine eigene Beweiswürdigung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme vorzunehmen (BAG vom 13.3.1963, BAG 14, 132 = AP Nr. 1 zu § 20 HAG). Der Tatrichter muß dabei beachten, daß Beweis und Gegenbeweis auch durch Indizien erbracht werden können (BAG vom 3.8.1971, AP Nr. 67 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu III 2 der Gründe]). Sind solche Indizien vorhanden, so hat sie der Tatrichter zu würdigen. Da der Zeuge Ernst A in der zweiten Instanz seine erstinstanzliche Aussage abgemildert hat, hätte sich



das Landesarbeitsgericht auch damit auseinandersetzen und unter Einbeziehung aller aufgezählten Tatsachen darlegen müssen, warum es eine fahrlässige Schlechtleistung des Klägers angenommen hat.

c) Auf dieser unterlassenen umfassenden Beweiswürdigung beruht auch das Urteil. Falls der Kläger die Aufmessung vorsätzlich falsch vorgenommen hat, ist dies ein Kündigungsgrund. Eine vorherige Abmahnung wäre in diesem Falle nicht nötig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei Störungen im sogenannten Leistungsbereich in der Regel vor Ausspruch einer Kündigung eine vorherige Abmahnung erforderlich (BAG vom 8.8.1968, AP Nr. 57 zu § 626 BGB [zu II 6 der Gründe]; BAG vom 28.9.1961, BAG 11, 278 [287] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung [unter III 4 der Gründe]; BAG vom 18.1.1980, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Begründet wird dies damit, daß es geboten sei, den Grundgedanken des - im Arbeitsrecht nicht anwendbaren - § 326 BGB auch im Recht der Kündigung anzuwenden. Wo der Arbeitnehmer die Unzulässigkeit der Pflichtverletzung aber kennt und der Vertrauensbereich berührt wird, ist eine Abmahnung entbehrlich (BAG vom 8.8.1968, AP Nr. 57 zu § 626 BGB [zu II 6 der Gründe]; BAG vom 28.10.1971, AP Nr. 62 zu § 626 BGB; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 96, 98; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz. 90 a).

Eine fahrlässige Pflichtverletzung wäre im Streitfall im Leistungsbereich einzuordnen. Zur Wirksamkeit der Kündigung wäre eine vorherige Abmahnung notwendig gewesen. Wenn der Kläger aber vorsätzlich gehandelt haben sollte, wäre der Vertrauensbereich berührt. Der Kläger könnte nicht mit einer Duldung seines Verhaltens rechnen. Eine Abmahnung wäre entbehrlich.

2. Feh1 gehen die Rügen der Revision, das Landesarbeitsgericht habe wesentliche Umstände übergangen und hierbei die Verteidigung des Klägers nicht entsprechend berücksichtigt. Auf Seite 13 der Berufungsbegründung habe der Kläger ausgeführt, zunächst habe man die Fachwerkwände im hinteren Bereich des Gebäudes Kirchstraße 20 erhalten wollen. Erst später habe man den Entschluß gefaßt, diese Wände völlig abzureißen. Das entspreche nicht den Tatsachen. Die Beklagte



habe auf Seite 3 der Berufungserwiderung den Zeugen E o zum Beweis für die Planung benannt, von Anfang an die hinteren Fachwerkwände abzureißen. Auch nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts stehe die Doppelberechnung von Anfang an fest. Der Kläger habe sich selbst nie auf einen Irrtum berufen.

Die Rügen sind nicht geeignet, die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wirksam anzugreifen.

a) Soweit die Beklagte die unterlassene Befragung des Zeugen E rügt, ist die Rüge unzulässig. Prozeßrügen müssen nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO die genaue Bezeichnung des Mangels enthalten, den die Revision geltend machen will, wobei an den Vortrag des Rechtsmittelklägers strenge Anforderungen zu stellen sind. Prozeßrügen scheitern, wenn die Revisionsbegründung nicht genau die vorinstanzliche Fundstelle von vermeintlich zu Unrecht übergangenen Beweisanträgen angegeben hat. Vorliegend fehlt es an der hinreichend deutlichen Bezeichnung der den prozessualen Mangel ergebenden Tatsachen (vgl. BAG vom 8.3.1962, BAG 12, 328 = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

Außerdem war der Zeuge E bei der letzten mündlichen Verhandlung zur Beweisaufnahme anwesend. Die Beklagte hätte ihn zu dem Beweisthema befragen lassen können. Das hat sie nicht getan. Wenn aber eine Partei nach durchgeführter Beweisaufnahme in der Schlußverhandlung nicht ausdrücklich auf der Erledigung angeblicher früherer Beweisanträge besteht, muß in der Regel davon ausgegangen werden, daß die Partei den Beweisantrag nicht aufrecht erhält. Kommt das Landesarbeitsgericht dann ohne weiteres zum Schlußurteil, so liegt kein Verstoß gegen § 286 ZPO vor (BAG vom 7.6.1963, BAG 14, 206 = AP Nr. 4 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluß).

Im übrigen hat die Beklagte den Zeugen E zu der Behauptung, der Kläger habe die Planung gekannt, gerade nicht als Zeugen benannt.



b) Unbegründet ist die Rüge, das Landesarbeitsgericht habe den unwahren Tatsachenvortrag des Klägers nicht berücksichtigt, der im Gegensatz zu der Feststellung des Landesarbeitsgerichts stehe, das Aufmaß sei von Anfang an falsch gewesen.

Der Kläger hat in der Berufungsbegründungsschrift vorge-
tragen, zunächst habe man die Gefache herausgeschlagen. Nach-
dem man den morschen Zustand der Balken erkannt habe, habe
man sich entschlossen, die gesamte Wand abzubrechen. Seinen
Fehler hat der Kläger damit erklärt, die Position 1.03 des
Aufmaßes so ermittelt zu haben, indem er in der Position 1.01
die stehengebliebenen Außenwände abgezogen habe.

In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob
die Behauptung des Klägers der Wahrheit entspricht. Jeden-
falls ist aus dem Vorbringen des Klägers selbst ersichtlich,
daß er eine Leistung unberechtigt doppelt berechnet hat.
Selbst, wenn die Gefache extra herausgeschlagen wurden,
durfte er für den Abriß der Fachwerkbalken nicht die gleichen
Kosten ermitteln, die für den Abriß einer kompletten Fach-
werkwand berechnet werden können. Damit hat der Kläger sei-
nen Fehler zugegeben. Ein Widerspruch zu der Feststellung
des Landesarbeitsgerichts, das Aufmaß sei von Anfang an
falsch gewesen, ist nicht festzustellen. Das gesamte Vor-
bringen des Klägers muß auch als Behauptung verstanden wer-
den, er habe nicht vorsätzlich gehandelt. Gerade diese An-
nahme des Arbeitsgerichts hat der Kläger mit seiner Berufung
angegriffen.

V. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die
Beklagte könne sich nicht mehr auf die Verfehlungen des Klä-
gers bei dem Bau des Verbindungsweges zwischen Vogelsberg-
straße und Parkstraße sowie dem Dorfgemeinschaftshaus K
berufen.

1. Zutreffend ist nur der Ausgangspunkt des Landesarbeits-
gerichts, diese Gründe seien nach § 54 Abs. 2 BAT verfristet.
Jedenfalls hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen,
daß sie erst in der Frist des § 54 Abs. 2 BAT von diesen



Vorfällen erfahren hatte (BAG vom 17.8.1972, BAG 24, 383 [394] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]). Das hat die Beklagte nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht getan. Die mit § 626 Abs. 2 BGB gleichlautende Zweiwochenfrist des § 54 Abs. 2 Satz 1 BAT ist eine materiell-rechtliche Ausschußfrist (BAG vom 6.7. 1972, BAG 24, 341 [343] = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu I 2 der Gründe]).

Die Vorschrift enthält sachlich den Tatbestand einer Verwirkung des wichtigen Grundes wegen reinen Zeitablaufs. Es wird dadurch die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung aufgestellt, daß auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund nach dem Ablauf der Frist seine die Kündigung rechtfertigende Bedeutung verloren hat (BAG vom 17.8.1972, BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist).

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Bau des Verbindungsweges könne mit dem Bau der Altentagesstätte Kirchstraße 20 nicht in Verbindung gebracht werden, weil der Kläger bei dem Bau des Verbindungsweges eigenmächtig gehandelt habe. Das ist revisionsrechtlich zu beanstanden.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann auf verfristete Kündigungsgründe zurückgegriffen werden, wenn während der letzten beiden Wochen vor der Kündigung Verfehlungen bekannt geworden sind, die ein weiteres und letztes Glied in der Kette der Ereignisse bilden, die zum Anlaß der Kündigung genommen werden (vgl. BAG vom 12.4.1956, AP Nr. 11 zu § 626 BGB; BAG vom 17.8.1972, BAG 24, 383 [397] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 c der Gründe]; BAG vom 10.4.1975, AP Nr. 7 zu § 626 BGB Ausschußfrist; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 135, 136). Das kann nur dann nicht gelten, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wegen nicht schwerwiegender Nachlässigkeiten aus neuester Zeit kündigt und den nicht ausreichenden Vorwurf mit einem damit nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden früheren Verhalten des Arbeitnehmers aufwerten will (BAG AP Nr. 7 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu 4 der Gründe]; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 136).

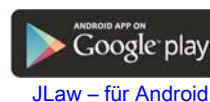


b) Selbst wenn man mit dem Landesarbeitsgericht von einem fahrlässigen Verhalten des Klägers bei dem Bau der Altentagesstätte Kirchstraße 20 ausgeht, kann der innere Zusammenhang mit dem Bau des Verbindungsweges nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß man bei diesem zweiten Grund ein eigenmächtiges Handeln des Klägers annimmt. Beide Vorfälle stehen trotzdem in einem inneren Zusammenhang. Bei dem Bau des Verbindungsweges soll der Kläger höhere Preise eingesetzt haben, als die Stadt genehmigt hatte. Bei dem Bau der Altentagesstätte Kirchstraße 20 hat der Kläger Leistungen der Baufirma doppelt berechnet. In beiden Fällen hat der Kläger seine Arbeit schlecht erfüllt, indem er zum Vorteil der Baufirmen und zum Nachteil der Beklagten gehandelt hat.

c) Zu Recht macht die Revision darauf aufmerksam, daß die Unterscheidung zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Handeln im konkreten Fall nicht geeignet ist, den inneren Zusammenhang zu verneinen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts könnte der vorsätzliche Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten nur deshalb nicht herangezogen werden, weil der Kläger hier in einer schwereren Schuldform gehandelt hat. Dies ist rechtlich nicht haltbar. Entscheidend muß vielmehr die Gleichartigkeit der Verfehlungen sein.

3. Das Bauvorhaben Dorfgemeinschaftshaus K hat das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt, weil dem Kläger kein Vorwurf gemacht werden könne. Damit hat das Landesarbeitsgericht gegen die Denkgesetze verstoßen.

Die Beklagte wirft dem Kläger vor, er habe bei seinem Aufmaß die Erstellung von zwei Stützmauern berücksichtigt, obwohl nur eine Stützmauer gebaut worden sei. Dazu hat der Zeuge R ausgesagt, er habe mit dem Kläger das Aufmaß genommen. Dabei sei man hinsichtlich der Stützmauer korrekt vorgegangen. Ein Techniker der Firma R habe ohne Wissen des Klägers die Stützmauer erneut gemessen. Falsch ist die Schlußfolgerung des Landesarbeitsgerichts, dem Kläger könne kein Vorwurf gemacht werden. Er war gegenüber der Stadt verantwortlich für das Aufmaß. Wenn er die Stützmauer nur einmal gemessen hat, dann durfte sie auch nur einmal



in dem Aufmaß erscheinen. Das Landesarbeitsgericht geht aber in seinem Urteil davon aus, daß die Stützmauer zweimal im Aufmaß berücksichtigt ist. Ob diese doppelte Berücksichtigung durch eine weitere Aufmessung eines Technikers der Firma R bedingt ist, ist unerheblich. Jedenfalls hätte sie nicht im Aufmaß des Klägers erscheinen dürfen.

4. Revisionsrechtlich zu beanstanden ist auch, daß das Landesarbeitsgericht weitere Vorwürfe der Beklagten als verspätet zurückgewiesen hat.

a) Nach § 67 ArbGG können neue Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz nicht unbegrenzt vorgebracht werden. Die Parteien haben nach § 67 Abs. 2 ArbGG neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Berufungsbegründung bzw. in der Berufungsbeantwortung vorzubringen. Verspätetes Vorbringen ist nur dann zuzulassen, wenn es nach der Berufungsbegründung oder der Berufungserwiderung entstanden ist oder nicht auf einem Verschulden der Partei beruht. Diese Vorschrift erklärt sich aus dem Beschleunigungsprinzip. § 67 ArbGG soll einer Prozeßverzögerung entgegenwirken, so daß diese Bestimmung nicht zur Anwendung kommt, wenn die Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits nicht besteht (BAG vom 17.11.1960, AP Nr. 1 zu § 67 ArbGG 1953 [zu I der Gründe]; BAG vom 29.7.1976, AP Nr. 1 zu § 373 ZPO [zu 3 c der Gründe]). Die Anwendung des § 67 Abs. 2 ArbGG kann das Revisionsgericht nur daraufhin überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht seine Befugnis aus § 67 Abs. 2 ArbGG verkannt oder ob es rechtsmißbräuchlich oder willkürlich entschieden hat (BAG vom 8.10.1959, BAG 8, 156 [160] = AP Nr. 13 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche [zu I der Gründe]; BAG vom 9.2.1968, AP Nr. 13 zu § 554 ZPO [zu 2 der Gründe]). Selbst bei Anwendung dieses eingeschränkten Überprüfungsmaßstabes kann das Berufungsurteil auch in diesem Punkte nicht bestätigt werden.

b) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte dem Kläger aufgrund der Aussagen der Zeugen R und Willi A weitere Aufmaßfehler bei dem Dorfgemeinschaftshaus in K vorgeworfen. Der Kläger soll danach den Umfang des Erdaushubs und die Länge der Außen-



- 17 -

mauer falsch bemessen haben. Dieses Vorbringen hat das Landesarbeitsgericht als verspätet zurückgewiesen, weil es nicht in der Berufungsbegründungsschrift enthalten gewesen - richtigerweise müßte es heißen: in der Berufungserwidderungsschrift - und die Beklagte nicht schuldlos an der Verspätung sei. Zur Gefahr einer Prozeßverzögerung hat sich das Gericht nicht geäußert.

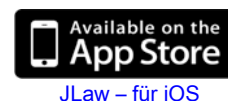
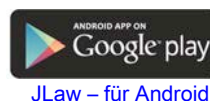
c) Die Beklagte hat zwar Entschuldigungsgründe nicht vorgebracht. Aber es bestand nicht die Gefahr einer Prozeßverzögerung. Die Zeugen hatten ihre Aussagen gemacht, aus denen die Beklagte ihre Vorwürfe hergeleitet hat. Neue Beweisanträge, die eine neue mündliche Verhandlung notwendig gemacht hätten, haben die Parteien nicht gestellt. Der Kläger hatte auch das notwendige rechtliche Gehör. Laut Sitzungsprotokoll vom 18. Juli 1978 war er selbst anwesend und durch seinen Anwalt vertreten. Beide haben den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussagen nicht bezweifelt. Das Gericht hätte diese Vorwürfe mit den Parteien erörtern und zum Gegenstand des Berufungsurteils machen können, ohne daß es zu einer Prozeßverzögerung gekommen wäre.

5. Auch die Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts, ein eventuelles Verschulden des Klägers sei nur gering und könne keine fristlose Kündigung rechtfertigen, ist zu beanstanden. Zwar war nach der Aussage des Zeugen R die zu bemessende Außenmauer bei der Erstellung des Aufmaßes schon nicht mehr vorhanden und die Baugrube ausgehoben. Unter diesen Umständen können Fehler auftreten, die möglicherweise nicht so schwer zu bewerten sind. Wenn das Landesarbeitsgericht aber auch nur ein geringes Verschulden und damit eine Pflichtwidrigkeit des Klägers annimmt, muß es auch diesen verfristeten Umstand bei der Interessenabwägung berücksichtigen. Denn auch hier handelt es sich um eine Verfehlung, die im inneren Zusammenhang mit den anderen Kündigungsgründen steht. Die Interessenabwägung ist nicht umfassend, wenn sie jeweils nur die einzelnen Vorwürfe behandelt, ohne sie in der Gesamtheit zu würdigen.

- 18 -



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



VI. Das Landesarbeitsgericht wird bei der erneuten Verhandlung also prüfen müssen, ob unter Berücksichtigung der Aussagen der Zeugen Ernst A und E vor dem Arbeitsgericht der Kläger das falsche Aufmaß für die Altentagesstätte Kirchstraße 20 nicht doch vorsätzlich erstellt hat. Desweiteren hat das Berufungsgericht bei der Urteilsfindung die Vorwürfe der Beklagten zu berücksichtigen, der Kläger habe bei dem Bau des Verbindungsweges zwischen Vogelsbergstraße und Parkstraße eigenmächtig zugunsten der Baufirma und zulasten der Gemeinde höhere Einheitspreise eingesetzt und beim Dorfgemeinschaftshaus K eine Stützmauer zweimal in sein Aufmaß aufgenommen sowie den Umfang des Erdaushubs und die Länge der Außenmauer falsch bemessen.

Das Landesarbeitsgericht wird auch über die in der Revisionsinstanz entstandenen Kosten mitzuentcheiden haben.

gez.: Dr. Röhsler Triebfürst Dr. Weller

Dr. Bächle Brenne



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

