

Aktenzeichen: 2 AZR 894/78

LAG Düsseldorf

Urteil des BAG vom 13. November 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: ArbGG 1953 § 67; BGB § 622 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 187,
188; KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung;
ZPO §§ 138, 286, 296, 528

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](#)

2 AZR 894/78

6 Sa 735/78 Düsseldorf

Verkündet am
13. November 1980

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 13. November 1980 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Hauenschild und Strümper für Recht erkannt:

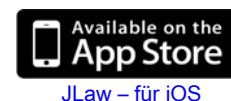
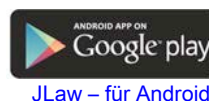
1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. August 1978 - 6 Sa 735/78 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

Der im Jahre 1943 geborene Kläger war bei der Beklagten, die sich auf dem Gebiet des Montage- und Rohrleitungsbaues sowie der Errichtung elektrotechnischer Anlagen betätigt, seit dem 16. Juni 1974 als Richtmeister beschäftigt. Er wurde auf wechselnden Baustellen für Montagearbeiten eingesetzt. Seine monatliche Bruttovergütung belief sich auf 2.745,-- DM; hinzu kam eine Auslösung. Am 3. Juni 1977 kündigte die Beklagte dem Kläger und teilte ihm durch Schreiben vom 7. Juni 1977 folgendes mit:

"Hiermit bestätigen wir Ihnen die bereits am 3. Juni 1977 ausgesprochene Kündigung. Die Kündigungsfrist von 14 Tagen wird von uns eingehalten, so daß der letzte Tag Ihrer Beschäftigung der 16. Juni 1977 ist.

Der Grund der Kündigung sind die laufenden Reklamationen der Baustellen, auf denen Sie tätig waren, und die ständigen Schwierigkeiten bei der Angabe Ihrer Arbeitsstunden. Ihre Restlohnabrechnung und Arbeitspapiere werden Ihnen nach Fertigstellung zugesandt."

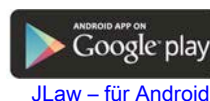
Der Kläger hält die Kündigung für nicht gerechtfertigt und begehrt die Feststellung ihrer Rechtsunwirksamkeit sowie die weitere Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis (über den 16. Juni 1977 hinaus) ungekündigt fortbesteht. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und zur Begründung vorgetragen:

Der Kläger habe wiederholt unrichtige Angaben in den Stundennachweisen gemacht. Während seiner Tätigkeit auf der Baustelle Gütersloh habe er die Arbeit an den Freitagen bereits mittags eingestellt, aber dennoch zehn Arbeitsstunden im Stundennachweis eingetragen. Für den 25. Oktober 1976 habe der Kläger ebenfalls zu Unrecht zehn Arbeitsstunden aufgeschrieben, obwohl er an diesem Tage überhaupt nicht auf der Baustelle gearbeitet habe. Von insgesamt 90 Stunden, die er im Monatsbericht für Dezember 1976 aufgeführt habe, hätten 45 Stunden gestrichen werden müssen. Im Stundennachweis für

- 3 -



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



März 1977 habe der Kläger teilweise elf oder zwölf Arbeitsstunden aufgeschrieben, obwohl er nie länger als zehn Stunden gearbeitet habe. Die entsprechende Berichtigung habe er widerspruchslos hingenommen. Die Beklagte habe ihn wiederholt ermahnt und darauf hingewiesen, daß seine Stundenzettel nicht in Ordnung seien. Außerdem habe der Kläger auch verschiedene Arbeiten mangelhaft ausgeführt, was zu Nachbesserungsarbeiten und Nachbelastungen geführt habe. Am 3. Juni 1977 habe der Kläger die Abrechnung für Mai eingereicht. Mit dieser Abrechnung habe er eine Auslösung für den 19. Mai 1977 (Himmelfahrtstag) und weitere Kosten für den 20. Mai 1977 verlangt, obwohl er die Baustelle bereits am 18. Mai 1977 verlassen habe. Nunmehr habe die Beklagte die Kündigung ausgesprochen.

Der Kläger hat die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestritten und behauptet, er habe die geleisteten Arbeitsstunden in den Nachweisen stets korrekt angegeben. Den Abzug für März 1977 habe er widerspruchslos hingenommen, da er mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten immer gut ausgekommen sei und sich wegen des Abzugs mit ihm nicht habe anlegen wollen. In der Folgezeit habe er - mit Ausnahme des 18. Mai 1977 - arbeitstäglich nur noch zehn Stunden gearbeitet. Am 18. Mai 1977 habe er die Arbeiten auf der Baustelle Denkendorf abgeschlossen und am 19. Mai 1977 die Heimreise angetreten. Weiter hat er geltend gemacht, es sei allgemein auf Baustellen üblich und dementsprechend auch bei der Beklagten so gehandhabt worden, freitags bereits am Mittag Feierabend zu machen. Da die Beklagte durchgehend von montags bis freitags zehn Arbeitsstunden als Grundlohn vergütet habe, seien auch für den Freitag zehn Arbeitsstunden angegeben worden. Am 25. Oktober 1976 habe er seine Arbeit übrigens pünktlich aufgenommen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß die Kündigung der Beklagten unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestehe. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Feststellungsbegehren weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



- 4 -

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, weil der Kläger - nach eigenem Eingeständnis - die Stundennachweise ständig falsch erstellt habe (indem er freitags jeweils zehn Stunden aufführte, obwohl er nur bis zum Mittag gearbeitet hatte) und weil er andere Arbeitnehmer unter Drohung verleitet habe, entsprechend zu verfahren. Für seine Behauptung, daß die Beklagte als Grundlohn durchgehend von montags bis freitags jeweils zehn Arbeitsstunden vergütet habe und daß es ihm deshalb gestattet gewesen sei, freitags auch dann zehn Stunden anzuschreiben, wenn er bereits mittags Feierabend gemacht hatte, habe der Kläger keinen Beweis erbracht. Ob der Kläger im übrigen am 25. Oktober 1976 tatsächlich zehn Stunden auf der Baustelle gearbeitet habe, könne ebenso dahingestellt bleiben, wie die Frage, ob er im März 1977 an verschiedenen Tagen mehr als zehn Stunden gearbeitet habe. Es könne auch ungeklärt bleiben, ob die Angaben in dem Stundennachweis für die Zeit vom 18. bis zum 20. Mai 1977 den Tatsachen entsprochen hätten. Für die Entscheidung sei schließlich auch ohne Bedeutung, ob und inwieweit der Kläger für Reklamationen verantwortlich gemacht werden könne. Jedenfalls reiche die erwiesene - strafrechtlich erhebliche - Pflichtverletzung des Klägers beim Führen der Stundennachweise aus, die Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen sozial zu rechtfertigen. Einer vorherigen Abmahnung seitens der Beklagten habe es nicht bedurft, da jeder Arbeitnehmer davon ausgehen könne, daß sein Arbeitgeber ein derartiges Verhalten nicht hinnehmen werde. Dem Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses müsse daher gegenüber dem Interesse des Klägers an der Fortsetzung der Vorrang eingeräumt werden.

II. Diese Begründung hält der Nachprüfung nicht stand, weil das Landesarbeitsgericht die Beweislastverteilung in einem wichtigen Punkt nicht richtig vorgenommen hat. Das macht

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache erforderlich, ohne daß es auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen ankommt.

1. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt insoweit grundsätzlich nur, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 Abs. 2 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. 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; BAG AP Nr. 71 zu § 1 KSchG). Auch unter Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes kann das angefochtene Urteil nicht bestätigt werden.

a) Nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Hierzu gehören auch die Tatsachen, die einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen. Durch diese Regelung der Darlegungs- und Beweislast wird der Arbeitgeber nicht überfordert, wie der Senat in seinem Urteil vom 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - (AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 [zu C III 1 c der Gründe]) im einzelnen ausgeführt hat (vgl. auch BAG 2, 333 [339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB [zu I 6 der Gründe]; BAG 24, 383 [392 f.] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 70 zu § 626 BGB [zu III 4 b der Gründe], diese Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt): Der Umfang des vom Arbeitgeber zu verlangenden Vortrags richtet sich nämlich danach, wie substantiiert der Arbeitnehmer sich auf das Vorbringen des Arbeitgebers einläßt. § 138 Abs. 2 ZPO verpflichtet den Arbeitnehmer, den näher dargelegten Vorwurf, mit dem der Arbeitgeber die Kündigung rechtfertigen will, zu bestreiten. Geschieht das nicht oder nicht ausreichend, so sind die vom Arbeitgeber



vorgetragenen Tatsachen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.

b) Vorliegend hat die Beklagte erstmals mit ihrem nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingereichten Schriftsatz vom 16. Juni 1978 geltend gemacht, der Kläger habe während seiner Tätigkeit auf der Baustelle Gütersloh an sämtlichen Freitagen nur zum Teil gearbeitet, aber dennoch jeweils zehn Arbeitsstunden eingetragen (Bl. 117 bis 119 VA).

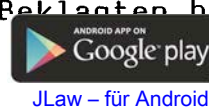
Soweit der Kläger übriges mit der Revision rügt, das Landesarbeitsgericht hätte dieses Vorbringen nicht berücksichtigen dürfen, sondern es als verspätet zurückweisen müssen, kann er damit keinen Erfolg haben. Grundsätzlich kann im Revisionsrechtszug nur die Nichtzulassung neuen Vorbringens durch das vorinstanzliche Gericht gerügt werden. Die Zulassung verspäteten Vorbringens ist dagegen unanfechtbar. Sie ermöglicht eine bessere Wahrheitsfindung. Die sonst notwendige Aufhebung und Zurückverweisung würde der von § 67 ArbGG angestrebten Beschleunigung zuwiderlaufen. Die Zulassung verspäteten Vorbringens kann daher ein Rechtsmittel des Gegners nicht rechtfertigen (vgl. BGH NJW 1960, 100 f.; BGH JZ 1953, 607; Thomas-Putzo, ZPO, 11. Aufl., § 296 Anm. 6 c; Zöllner, ZPO, 12. Aufl., § 296 Anm. IV 2; vgl. ferner besonders Grunsky, ArbGG, 3. Aufl., § 67 Rn. 12).

Der Kläger hat zu der Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 3. Juli 1978 Stellung genommen (Bl. 130 VA) und vorgetragen, wie allgemein auf Baustellen üblich und wie auch bei der Beklagten praktiziert, sei freitags bereits am Mittag auf der Baustelle Feierabend gemacht worden. Die Abrechnung von gleichwohl zehn Stunden für den Freitag sei deswegen berechtigt, weil die Beklagte als Grundlohn durchgehend von Montag bis Freitag jeweils zehn Arbeitsstunden vergütet habe. Darauf hat die Beklagte im Schriftsatz vom 17. Juli 1978 erwidert (Bl. 132 VA), eine derartige Praxis sei bei ihr keinesfalls üblich gewesen. Nur die tatsächlich gearbeiteten Stunden sollten angegeben und berechnet werden. Für diese Behauptung hat sie sich auf das Zeugnis der Angestellten

J berufen. Die vom Landesarbeitsgericht vernommene Zeugin hat zu dem Komplex Baustelle Gütersloh nichts ausgesagt, wohl aber



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Kläger Vorhaltungen wegen der Stundennachweise gemacht (Bl. 142, 144 VA). Der von der Beklagten benannte Zeuge R hat - wörtlich - bekundet: "Freitags haben wir immer nur bis mittags gearbeitet. Ich habe aber trotzdem zehn Stunden aufgeschrieben, weil der Kläger mir das so gesagt hat" (Bl. 138 VA). Er hat auf Vorhalt des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ergänzend ausgeführt: "Ich war an sich nicht dafür, freitags früher nach Hause zu fahren, weil das ja mal auffallen mußte. Der Kläger hat mir jedoch Schläge angedroht, wenn ich davon was sage. Jedenfalls habe ich das so aufgefaßt" (Bl. 140 VA).

Insbesondere die Äußerung des Zeugen R, der Kläger habe ihm Schläge angedroht, hat das Landesarbeitsgericht eingehend gewürdigt. Es hat dazu festgestellt, gerade die massive Einflußnahme des Klägers auf den jungen Zeugen zeige, daß sich der Kläger der Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens bewußt gewesen sei. Abgesehen davon, daß dadurch die oben wiedergegebene Einlassung des Klägers nicht widerlegt wird, ist nicht auszuschließen, daß das Landesarbeitsgericht, wenn es zu der Frage der Üblichkeit oder Nichtüblichkeit (bzw. des Verbots) der durchgehenden Stundenabrechnung nicht den Kläger, sondern richtigerweise die Beklagte für beweispflichtig angesehen hätte, zu einer anderen Bewertung gekommen wäre.

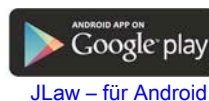
Schon dieser Gesichtspunkt zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Der vom Landesarbeitsgericht weiter festgestellte Kündigungsgrund, der Kläger habe andere Arbeitnehmer unter Drohung verleitet, ebenfalls die Stundennachweise falsch zu erstellen, rechtfertigt nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts allein die Kündigung nicht, denn es hat nur die eigenen unrichtigen Stundennachweise und die Bedrohung des jungen Mitarbeiters zusammen als Kündigungsgründe angesehen. Es ist nicht auszuschließen, daß das Landesarbeitsgericht, wenn es zutreffend die Beklagte als beweispflichtig für die Umstände angesehen hätte, die einen Rechtfertigungsgrund des gekündigten Klägers ausschließen, die Aussage des Zeugen R wegen der angeblichen Drohung anders bewertet hätte. Immerhin hat der Zeuge, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, bekundet, es seien allgemein auf den Baustellen für den Freitag zehn Stunden aufgeschrieben worden, obwohl



bereits mittags Feierabend gemacht worden sei.

2.a) Das Landesarbeitsgericht muß daher darauf bestehen, daß die Beklagte darlegt und beweist, die Abrechnungsweise des Klägers habe weder der bei ihr geübten Praxis noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Übereinkunft entsprochen. Die Beklagte wird auch zu dem Vortrag des Klägers in der Revisionsbegründung Stellung nehmen müssen, die zehn für den Freitag angeschriebenen Arbeitsstunden hätten dem Ausgleich anderweitiger Überstunden gedient. Für den Kläger spricht insoweit der von ihm mit Schriftsatz vom 22. August 1977 (Bl. 32 VA) eingereichte Stundennachweis für März 1977 (Bl. 36 VA) im Vergleich zu dem für diesen Monat von der Angestellten J ausgefüllten Formular (Bl. 29 VA). Nach diesem Nachweis hat die Zeugin für Tage, an denen der Kläger nach seiner Darstellung mehr als zehn Stunden gearbeitet hat, nur zehn Stunden berücksichtigt.

b) In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht - je nach dem Ergebnis seiner Feststellungen - auch noch einmal überprüfen müssen, ob die Beklagte das Verhalten des Klägers nicht hätte abmahnen müssen. Es ist nicht auszuschließen, daß eine Abmahnung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. dazu BAG 19, 351 [354] = AP Nr. 1 zu § 124 GewO; BAG 11, 278 [287 f.] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung [zu III 4 der Gründe]; BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB [zu II 6 der Gründe]; BAG AP Nr. 62 zu § 626 BGB [zu II 2 c der Gründe]; BAG AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG [zu II 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu 4 c der Gründe]; ferner zusammenfassend BAG, Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - [demnächst] AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung [zu 2 a der Gründe mit zahlreichen weiteren Nachweisen]) vor Ausspruch der Kündigung erforderlich war. Auch eine objektive Pflichtverletzung des Klägers würde eine Abmahnung nämlich nicht in jedem Falle als entbehrlich erscheinen lassen, weil sie ihren Ursprung nicht ausschließlich im Vertrauensbereich haben könnte: so könnte der Kläger subjektiv der Auffassung gewesen sein, die von ihm geübte Abrechnungsweise sei letztlich in Ordnung oder werde jedenfalls von der Beklagten geduldet.



gez.: Dr. Gehring Triebfürst Dr. Weller
 Hauenschild Strümper



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

