

Für das Nachschlagewerk! Nein
Für die Fachpresse! Nein
Für die amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: BGB § 611 Akkordlohn, § 611 Haftung des Arbeitnehmers,
§ 620 Befristeter Arbeitsvertrag, § 622 Abs. 2 Satz 1,
Abs. 3; Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.
August 1969 (BGBl. I, 1106) Art. 6 Abs. 2; Bundesrahmen-
tarifvertrag für das Baugewerbe vom 31. März 1965 i.d.F.
vom 20. August 1969 § 2 Nr. 2; ZPO § 448

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 3 AZR 108/73
Urteil des BAG vom 14. Januar 1974

LAG Baden-Württemberg
(Mannheim)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 108/73

7 Sa 79/72 Baden-Württem-
berg (Mannheim)

Urteilstenor zugestellt
am 14. Januar 1974

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 11. Januar 1974 durch den Vor-
sitzenden Richter Professor Dr. Stumpf und die Richter
Dr. Thomas und Dr. Rengier sowie die ehrenamtlichen Richter
Kettner und Willmann für Recht erkannt:

- 2 -



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



- 2 -

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 22. Januar 1973 - 7 Sa 79/72 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

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

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Bauunternehmen. Im Juli 1970 gab sie ein Angebot ab für ein Bauvorhaben mit elf Wohnungen in K . Sie konnte jedoch den Auftrag, den ihr der Bauherr K erteilen wollte, wegen Personalmangels nicht annehmen. Am 14. September 1970 teilte der Bauherr K der Klägerin mit, bei einem anderen Bauunternehmen seien einige Bauarbeiter frei geworden. Es handelte sich um die Beklagten, mit denen die Klägerin am 15. September 1970 in Anwesenheit des Bauherrn K über eine Einstellung verhandelte. Das Ergebnis der Besprechung ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls nahmen die Beklagten zu 2), 3), 5), 6) und 7) am 16. September 1970 auf einer Tiefbaustelle der Klägerin die Arbeit auf; es war vereinbart, daß sie für diese Arbeit einen Stundenlohn von 6,80 DM erhalten sollten; es stand ferner fest, daß die Arbeiten am Bauvorhaben K , die erst nach Durchführung der Erdarbeiten begonnen werden konnten, im Akkord ausgeführt werden sollten; Näheres hierzu sollte noch vereinbart werden.

Die Beklagten zu 2), 3), 5), 6) und 7) arbeiteten nur bis zum 18. September 1970 bei der Klägerin. Sie teilten ihr am 19. September 1970 durch ein Schreiben mit, daß sie eine andere Arbeit angenommen hätten. Der Beklagte zu 4), der zunächst Urlaub gemacht hatte, und der Beklagte zu 1), der zunächst noch bei seiner alten Firma verblieben war und als

- 3 -



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



- 3 -

Polier bei dem Bauvorhaben K eingesetzt werden sollte, nahmen ihre Tätigkeit für die Klägerin nicht auf.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten sich ihr gegenüber gemeinsam verpflichtet, die Rohbauarbeiten an dem Bauvorhaben K vollständig durchzuführen. Diesen Vertrag hätten die Beklagten durch die Niederlegung der Arbeit gebrochen.

Soweit es die Revisionsinstanz interessiert, hat die Klägerin beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie den Betrag von 39.244,98 DM zu zahlen, den sie wegen verzögerter Bauausführung an den Bauherrn K habe zahlen müssen.

Die Beklagten haben zu ihrem Klageabweisungsantrag behauptet, sie hätten sich nicht verpflichtet, ohne Kündigungsmöglichkeit bis zum Abschluß der Rohbauarbeiten bei der Klägerin zu verbleiben.

Im bisherigen Verfahren, das - teils mit weiteren und anderen Anträgen - schon einmal bis zum Bundesarbeitsgericht gelangt ist, blieb die Klägerin erfolglos (vgl. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 30. Mai 1972 - 1 AZR 427/71 - AP Nr. 50 zu § 4 TVG Ausschußfristen). Nach geschehener Zurückverweisung der Sache durch das Bundesarbeitsgericht an das Landesarbeitsgericht hat dieses Beweis erhoben durch Vernehmung der Beklagten zu 1), 3), 5) und 6) und erneute Vernehmung des Zeugen K. Das Landesarbeitsgericht hat sodann die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Landesarbeitsgericht hat folgende tatsächlichen Feststellungen getroffen: Am 15. September 1970 hätten die Beklagten ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit der Klägerin vereinbart. Die Beklagten seien sich zwar darüber im

- 4 -



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



- 4 -

klaren gewesen, daß die Klägerin mit ihnen die Arbeitskräfte gewinnen wollte, um die Rohbauarbeiten an dem Bauvorhaben K durchführen zu können. Sie hätten sich aber nicht verpflichtet, unter Verzicht auf ihr Kündigungsrecht auf jeden Fall bis zur Beendigung der Rohbauarbeiten bei der Klägerin zu bleiben. Für die Arbeiten an dem Bauvorhaben K sei eine Akkord-Vereinbarung vorgesehen gewesen, welche die Klägerin alsbald nach dem 15. September 1970 den Beklagten unterbreiten sollte. Das sei jedoch bis zur Kündigung nicht geschehen. Der Beklagte zu 1) habe die Arbeitsaufnahme bei der Klägerin nur für den Fall versprochen, daß die anderen Beklagten - mindestens einige von ihnen - ihre Tätigkeit bei der Klägerin nach dem 19. September 1970 fortsetzten.

2. a) Die Revision meint, ein Verfahrensfehler des Landesarbeitsgerichts liege darin, daß es die Beklagten zu 1), 3), 5) und 6) von Amts wegen als Partei vernommen habe. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 448 ZPO das Gericht eine Partei von Amts wegen vernehmen dürfe, hätten nicht vorgelegen. Hierzu gehöre, daß alle sonstigen angebotenen Beweise ausgeschöpft gewesen seien. Hieran habe es gefehlt, da das Landesarbeitsgericht die Parteivernehmung beschlossen habe, obgleich damals der Zeuge K noch nicht erneut zu den in sein Wissen gestellten Behauptungen über die Unterredung vom 15. September 1970 gehört gewesen sei.

Der von der Revision gerügte Verstoß liegt indessen nicht vor. Voraussetzung einer Parteivernehmung von Amts wegen ist, daß bereits eine gewisse - wenn auch keine für den Beweis ausreichende - Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht. Nur wenn noch gar nichts erbracht ist, also eine Behauptung gegen die andere steht, ist eine Parteivernehmung von Amts wegen nicht statthaft (BAG AP Nr. 27 zu § 138 BGB [zu III 1 c der Gründe]; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 448 Bem. II 1). Hier hat das Landesarbeitsgericht, wie sich aus seinem Schreiben an die Parteien vom 2. November 1972 ergibt, an-

- 5 -



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



- 5 -

genommen, durch die frühere Vernehmung des Zeugen K sei bereits einiger Beweis erbracht worden; um ein besseres Bild von dem Verlauf der Unterredung vom 15. September 1970 zu gewinnen, sei es angebracht, die Beklagten als Partei zu hören. Damit hat das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO zutreffend erkannt und rechtlich fehlerfrei als erfüllt angesehen.

Wenn das Berufungsgericht die Beklagten gehört hat, bevor es den Zeugen K erneut vernahm, so ist nicht ersichtlich und auch von der Revision nicht aufgezeigt, weshalb hierin ein Verstoß gegen § 448 ZPO liegen soll. Für die Klägerin konnte es nur von Vorteil sein, wenn ihr Zeuge sozusagen das letzte Wort in der Beweisaufnahme hatte.

b) Die Revision beschwert sich ferner darüber, daß nicht auch der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin als Partei vernommen worden ist. Hieraus ergibt sich jedoch ebenfalls kein Verfahrensfehler. Der Berufungsrichter durfte nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden, ob er beide Parteien anhörte oder nur eine von ihnen; wenn er nur eine Partei hörte, stand es in seinem pflichtgemäßen Ermessen, welche von beiden er heranzog. Nachdem das Landesarbeitsgericht nach Vernehmung der Beklagten und des Zeugen K zu der Auffassung gelangt war, daß die Behauptung der Klägerin über den Abschluß eines bis zur Ausführung des Rohbaues unkündbaren Arbeitsvertrages nicht erwiesen sei, war es unangebracht, den persönlich haftenden Gesellschafter der beweispflichtigen Klägerin von Amts wegen dazu noch zu hören.

II. Den nach allem fehlerfrei festgestellten Sachverhalt, von dem für das Revisionsverfahren nach § 561 Abs. 2 ZPO auszugehen ist, hat das Landesarbeitsgericht dahin gewertet, daß den Beklagten weder ein zum Schadenersatz verpflichtender Vertragsbruch noch ein Verschulden bei Vertragsschluß vorgeworfen werden könne.

Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene rechtliche Würdigung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

1. Daß die Beklagten sich nicht verpflichtet hatten, bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens K bei der Klägerin zu verbleiben, folgt aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über die getroffenen Vereinbarungen.

Es liegt aber auch keine aus der Natur der Sache folgende wechselseitige Bindung der Parteien bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens K vor. Nach dem ab 1. Juli 1971 geltenden Rahmentarifvertrag für Leistungslohn im Baugewerbe vom 30. April 1971 kann ein Arbeitsverhältnis, in dem ein bestimmter Leistungserfolg gegen Leistungslohn übernommen ist (Leistungsvereinbarung), nur noch in Sonderfällen gekündigt werden (vgl. § 14 RTV für Leistungslohn im Baugewerbe). Es kann dahingestellt bleiben, ob bereits vor Inkrafttreten dieses Tarifvertrages im Baugewerbe eine Übung dahin bestand, daß bei Vereinbarung von Akkordarbeit eine ordentliche Kündigung sowohl von Seiten des Arbeitgebers wie von Seiten des Arbeitnehmers während der Dauer der Leistungsvereinbarung ausgeschlossen war. Eine solche Kündigungsbeschränkung, die sowohl im Interesse der Arbeitnehmer wie des Arbeitgebers sinnvoll sein konnte, setzt jedenfalls voraus, daß konkrete Abmachungen über die Vergabe der Arbeiten im Leistungslohn getroffen waren. Erst wenn feststand, welche Bedingungen für die auszuführenden Arbeiten nach Art, Umfang und Vergütung gelten sollten, kann davon ausgegangen werden, daß die Parteien sich in bezug auf die Durchführung der Arbeiten binden und die Arbeitnehmer das Kündigungsrecht dementsprechend einschränken wollten.

An einer solchen konkreten Abrede fehlt es im vorliegenden Fall, und zwar deshalb, weil die Klägerin es verabsaumt hat, den Beklagten rechtzeitig die Bedingungen für die Durchführung des Bauvorhabens K im Akkord zu unterbreiten. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sollte den Beklagten die Akkordvereinbarung alsbald nach Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Klägerin angeboten werden. Die Beklagten waren, wie die Klägerin erkannt hatte und

- 7 -



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



- 7 -

wie sie vernünftigerweise auch gar nicht anders erwarten konnte, nur für kurze Zeit bereit, anderweitige Arbeiten zu einem Stundenlohn zu verrichten, der unter den üblichen Akkordlöhnen lag. Unter diesen Umständen mußte die Klägerin, wenn sie sicherstellen wollte, daß die Beklagten auch das Bauvorhaben K durchführten, schnellstens klarstellen, zu welchen Bedingungen diese Arbeiten durchgeführt werden sollten. Solange sie die in dieser Richtung notwendigen Schritte unterließ, lag keine Leistungsvereinbarung vor.

War sonach die ordentliche Kündigung für die Beklagten nicht ausgeschlossen, so konnten sie das Arbeitsverhältnis nach § 2 Nr. 2 des für allgemeinverbindlich erklärten Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 31. März 1965 in der Fassung vom 20. August 1969 mit einer Frist von drei Werktagen lösen. Diese tarifliche Kündigungsfrist ist gegenüber der durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. August 1969 (BGBl. I, 1106) eingeführten Neuregelung der Kündigungsfristen wirksam geblieben. Nach der am 1. September 1969 in Kraft getretenen Fassung des § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden. Nach § 622 Abs. 3 BGB kann jedoch eine kürzere als diese Kündigungsfrist durch Tarifvertrag vereinbart werden. Die Übergangsregelung des Art. 6 Abs. 2 des Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes bestimmte hierzu, daß § 622 Abs. 3 BGB anzuwenden ist, soweit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehende tarifvertragliche Bestimmungen kürzere als die in § 622 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Kündigungsfristen enthalten. Dies bedeutet, daß für die Beklagten die Kündigungsfrist, wie sie im Bundesrahmentarifvertrag vereinbart war, galt, weil die von der Dauer der Betriebszugehörigkeit von mindestens fünf Jahren abhängigen längeren Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht einzuhalten waren (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. August 1971 - 2 AZR 276/70 - BAG 23, 396 = AP Nr. 10 zu § 622 BGB).

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

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

Die Beklagten haben zwar die dreitägige Kündigungsfrist nicht gewahrt, weil sie ihre Arbeit am 19. September 1970 niedergelegt und nicht noch bis zum Ablauf der dreitägigen Kündigungsfrist am 22. September 1970 gearbeitet haben. Dies hat jedoch nicht zu dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden geführt; an dem Bauvorhaben K konnte erst nach Durchführung der Erdarbeiten begonnen werden. Das war nicht vor dem 6. Oktober 1970 möglich; deshalb hat sich für dieses Bauvorhaben nicht ausgewirkt, daß die Beklagten die dreitägige Kündigungsfrist nicht beachtet haben.

2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch angenommen, die Beklagten treffe kein Verschulden bei Vertragsschluß. Insoweit ist nur zu erwägen, ob die Beklagten durch ein besonderes Verhalten zum Ausdruck gebracht haben, sie würden auch ohne Ausschluß des Kündigungsrechts vor Fertigstellung des Bauvorhabens K ihr Arbeitsverhältnis nicht beenden. In dieser Richtung haben die Beklagten nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jedoch keine Erwartungen bei der Klägerin geweckt. Ihre Bereitschaft, das Bauvorhaben K "zu machen", bedeutete nach den Umständen nicht mehr, als daß die Beklagten die Arbeit durchführen würden, wenn die Klägerin ihnen eine angemessene Akkordvereinbarung unterbreitete. Wenn die Klägerin die Beklagten binden wollte, so war es ihre Sache, sich durch entsprechende Abmachungen zu sichern.

III. Nach alledem war die Revision der Klägerin unbegründet und ihr Rechtsmittel deshalb zurückzuweisen.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Dr. Rengier

Kettner

Willmann



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

