

|                            |      |
|----------------------------|------|
| Für das Nachschlagewerk!   | Nein |
| Für die Fachpresse!        | Nein |
| Für die Amtliche Sammlung! | Nein |

---

Gesetz: BetrVG 1972 § 102; BGB § 626; KSchG 1969 § 13 Abs. 3

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 256/75

Urteil des BAG vom 8. April 1976

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 256/75

3 Sa 78/74 Hamburg

Verkündet  
am 8. April 1976

gez. Kistner,  
Angestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. April 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Kammann und Ihlefeld für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 24. Januar 1975 - 3 Sa 78/74 - aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 25. Juni 1974 - 12 Ca 132/74 - wird zurückgewiesen.

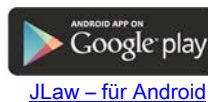
Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung und der Revision.

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)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit Oktober 1962 zunächst als Schaffner und seit 1963 als Straßenbahnfahrer bei der Beklagten beschäftigt. Am Abend des 19. Februar 1974 wurde dem Kläger bei einer Polizeikontrolle der Führerschein abgenommen, als er außerhalb seines Dienstes im angetrunkenen Zustand eine Fahrt mit seinem eigenen Pkw unternahm. Am 25. Februar 1974 wurde der Kläger von der Beklagten wegen dieses Vorfalls angehört und noch am selben Tage fristlos entlassen. Die Beklagte hatte zuvor dem Betriebsrat ihre Kündigungsabsicht mitgeteilt. Der Vorsitzende des Betriebsrates berief daraufhin am 25. Februar 1974 den für Personalfragen zuständigen Betriebsausschuß ein, der aus neun Mitgliedern bestand. Zwischen den Parteien ist streitig, wieviel Mitglieder des Betriebsausschusses an der Beratung über die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Klägers teilgenommen haben. Der Vorsitzende des Betriebsrates reichte nach der Sitzung des Betriebsausschusses die ihm übergebenen Unterlagen über die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Klägers mit dem Vermerk "einverstanden" an die Beklagte zurück. Ob dieser Vermerk bei der Personalverwaltung der Beklagten vor der Aushändigung des Kündigungsschreibens an den Kläger vorlag, ist zwischen den Parteien ebenfalls streitig.

Der Kläger hat sich im Anschluß an die fristlose Kündigung bei der Beklagten vergeblich darum bemüht, zumindest als Schaffner oder in einer sonstigen vergleichbaren Position weiterbeschäftigt zu werden. Am 25. April 1974 wurde er wegen Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe in Höhe von 800,-- DM verurteilt. Zugleich wurde ihm der Führerschein für die Dauer von 9 Monaten entzogen.

Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 25. Februar 1974 nicht aufgelöst worden sei und zugleich seinen Lohn für die Zeit von März bis Juni 1974 in Höhe von 7.503,-- DM brutto eingeklagt. Er hat vorgetragen, die Kündigung sei schon wegen Verstoßes gegen § 102 BetrVG un-

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



- 3 -

wirksam. Der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden und habe zuvor der Kündigung auch nicht zugestimmt. Der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen seines außerdienstlichen Fehlverhaltens am 19. Februar 1974 zudem auch nicht unzumutbar geworden. Sein Arbeitsverhältnis sei durch den Entzug des Führerscheins nicht berührt worden, weil er als Straßenbahnfahrer keinen Führerschein brauche.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Betriebsrat sei über den Vorfall informiert worden und habe sein Einverständnis zur fristlosen Entlassung am 25. Februar 1974 gegeben. Die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt, weil sich der Kläger durch das am 19. Februar 1974 begangene Trunkenheitsdelikt für die Tätigkeit eines Straßenbahnfahrers als unzuverlässig erwiesen habe. Es komme nicht darauf an, daß es sich dabei um eine außerdienstliche Verfehlung des Klägers gehandelt habe. Wie das Bundesarbeitsgericht schon in der Entscheidung AP Nr. 51 zu § 626 BGB entschieden habe, sei ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung auch darin zu sehen, wenn ein angestellter Fahrer sich während seiner Freizeit im angetrunkenen Zustand an das Steuer eines Kraftwagens setze. Diese Entscheidung müsse als Richtschnur für entsprechende Fälle dienen, damit bei den Mitarbeitern und den für eine Entscheidung zuständigen Personen vollständige Klarheit über die Folgen einer Trunkenheit am Steuer bestehe. Es würde eine Unsicherheit bedeuten, wenn ein Fall von Trunkenheit jeweils auf seine Gewichtigkeit für den Einzelfall und für den Betrieb geprüft werden müßte. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Kläger anderweitig einzusetzen, weil der mit dem Kläger abgeschlossene Arbeitsvertrag die Tätigkeit als Straßenbahnfahrer zum konkreten Leistungsinhalt gehabt habe.

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungs- und der Zahlungsklage des Klägers stattgegeben. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat auf Antrag der Beklagten Beweis darüber erhoben, "ob und in welcher

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

- 4 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Form der Betriebsrat der Beklagten zu der dem Kläger am 25. Februar 1974 ausgesprochenen fristlosen Kündigung angehört worden ist". Es hat sodann auf die Berufung das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuweisen, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts.

1. Die außerordentliche Kündigung des Klägers ist schon wegen der vom Kläger behaupteten und von der Beklagten nicht widerlegten Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam.

Wenn ein Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer von ihm angegriffenen außerordentlichen Kündigung auch damit begründet, der Betriebsrat sei nicht nach § 102 BetrVG vor der Kündigung angehört worden, dann muß der Arbeitgeber die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich ergeben soll, daß er die Anhörung des Betriebsrates ordnungsgemäß eingeleitet und die Kündigung erst nach Abschluß des Anhörungsverfahrens ausgesprochen hat (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Ersten Senates vom 19. August 1975 - 1 AZR 613/74). Dieser Darlegungs- und Beweislast ist die Beklagte im Streitfall nicht nachgekommen.

a) Wie die Revision durchgreifend rügt, ergibt sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt nicht, daß der Betriebsrat vor der Kündigung des Klägers ordnungsgemäß angehört worden ist.

Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund einer Würdigung der Aussage des Vorsitzenden des Betriebsrates festgestellt, die Beklagte habe in einer Stellungnahme an den Betriebsrat

am 25. Februar 1974 zum Ausdruck gebracht, daß sie sich außerstande sehe, den Kläger weiterhin im Verkehrsdienst zu beschäftigen. Der Vorsitzende des Betriebsrates habe daraufhin den für Personalfragen zuständigen Betriebsausschuß einberufen. Ob der Ausschuß in voller Besetzung oder nur mit sieben Mitgliedern zusammengetreten sei, habe nicht festgestellt werden können, weil sich der Zeuge hieran nicht mehr erinnern konnte. Der Ausschuß habe dann der Kündigung zugestimmt. Das Beschlussergebnis sei anschließend der Beklagten bekanntgegeben worden, und zwar dadurch, daß ihr ihre Stellungnahme mit dem von dem Zeugen unterzeichneten Vermerk "einverstanden" wieder zugeleitet worden sei.

b) Nach diesen Feststellungen ist schon zweifelhaft, ob der Betriebsrat aufgrund einer ordnungsgemäßen Beschlußfassung zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers Stellung genommen hat. Ein wirksamer Beschluß des Betriebsrates oder des zuständigen Ausschusses kann nur erfolgen, wenn alle Mitglieder zu der Sitzung eingeladen worden sind (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 33 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen). Die Aussage des Zeugen K läßt es jedoch offen, ob er zumindest alle Mitglieder des Betriebsausschusses zu der kurzfristig anberaumten Beratung über die beabsichtigte fristlose Kündigung des Klägers eingeladen hat. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, weil Fehler, die dem Betriebsrat unterlaufen, grundsätzlich nicht dem Arbeitgeber anzulasten sind.

Dagegen greift im Streitfall der Grundsatz ein, daß eine Anhörung nur dann ordnungsgemäß ist, wenn die Kündigung erst nach Abschluß des Anhörungsverfahrens erfolgt ist. Der Arbeitgeber muß mit dem Ausspruch der Kündigung bis zum Ablauf der Fristen des § 102 Abs. 2 Satz 2 und 3 warten, vorher darf er nur kündigen, wenn ihm eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates vorliegt (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG 1972 - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt -; [demnächst] AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 - auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt - sowie das



- 6 -

zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Senates vom 2. April 1976 - 2 AZR 513/75 -).

Keine dieser beiden Voraussetzungen ist im Streitfall als erfüllt anzusehen. Die Beklagte hat den Kläger noch an demselben Tage entlassen, an dem sie das Anhörungsverfahren beim Betriebsrat eingeleitet hatte. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist auch nicht zu entnehmen, daß die Beklagte die außerordentliche Kündigung erst ausgesprochen hat, nachdem ihr der Vermerk des Vorsitzenden des Betriebsrates über die Stellungnahme der zuständigen Arbeitnehmervertretung vorlag. Die dafür entscheidungserheblichen Tatsachen sind vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt worden.

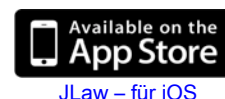
2. Darin liegt keine Verfahrensverletzung, die eine Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht erforderlich macht.

a) Ein Revisionsbeklagter braucht zwar die von der Tatsacheninstanz getroffenen Feststellungen, soweit sie nicht ausreichend oder fehlerhaft sind, nicht ohne weiteres gegen sich gelten zu lassen. Er muß aber etwaige Beanstandungen gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts oder Rügen, sein Sachvortrag sei nicht vollständig berücksichtigt oder der Sachverhalt unter Verletzung des § 139 ZPO nicht hinreichend aufgeklärt worden, dem Revisionsgericht schriftsätzlich oder zumindest in der mündlichen Verhandlung vortragen. Das ist durch die Revisionsbeklagte nicht geschehen. Da sie es unterlassen hat, bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht Verfahrensrügen zu erheben, müssen die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung durch das Revisionsgericht auch dann zugrunde gelegt werden, wenn sich das zuungunsten der Revisionsbeklagten auswirkt (vgl. BAG 17, 236 [238 f] = AP Nr. 2 zu § 276 BGB Vertragsbruch).

- 7 -



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



b) Für den Senat bestand auch kein Grund, die Revisionsbeklage durch einen Hinweis zu veranlassen, eine mangelnde Sachaufklärung durch das Landesarbeitsgericht zur Frage der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates zu rügen. Nach dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen und auch nach der von ihr vorgetragenen Aussage des Zeugen K ist nämlich nicht ersichtlich, daß sie eine zulässige und begründete Verfahrensrüge hätte anbringen können. Sie hat den zeitlichen Ablauf zwischen der Einleitung des Anhörungsverfahrens dem Eingang der Stellungnahme des Vorsitzenden des Betriebsrates und dem Ausspruch der Kündigung nach ihrem im Tatbestand mitgeteilten Vortrag zu unsubstantiiert geschildert. Sie hat insbesondere nicht ausdrücklich oder zumindest deutlich erkennbar geltend gemacht, die Kündigung erst nach Eingang der Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden ausgesprochen zu haben. Auch das Beweisthema, zu dem der Vorsitzende des Betriebsrates vernommen worden ist, hat sie zu allgemein bezeichnet, indem sie ihn dafür benannt hat, daß der Betriebsrat ordnungsgemäß zu der Kündigung des Klägers angehört worden sei. Eine eingehendere Schilderung der Abwicklung des Anhörungsverfahrens wäre aber zumindest aufgrund der Berufungserwiderung des Klägers erforderlich gewesen, in der er betont hatte, eine nachträgliche Zustimmung des Betriebsrates zu der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung sei bedeutungslos.

Auch soweit das Landesarbeitsgericht die Aussage des Zeugen K nicht gewürdigt hat, ergeben sich aus ihr keine Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte dem Kläger das Kündigungsschreiben erst ausgehändigt hat, nachdem ihr der Vermerk des Vorsitzenden des Betriebsrates bekannt war. Der Zeuge hat zwar allgemein geschildert, wenn der Betriebsausschuß der beabsichtigten Kündigung zugestimmt habe, werde die Kündigung dann sofort ausgesprochen und so sei es auch hier geschehen. Er hat dann aber auf Vorhalt erklärt, ob das Kündigungsschreiben schon bei der Anhörung des Klägers vorgelegen habe, könne er nicht sagen. Wie sich aus seiner weiter von der Beklagten vorgetragenen Aussage ergibt, hat der Zeuge weder angeben

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



- 8 -

können, wann sein Vermerk beim Personalsachbearbeiter eingegangen ist, noch zu welchem Zeitpunkt dem Kläger gekündigt worden ist.

Mit diesem unklaren Sachvortrag hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt, daß die Kündigung des Klägers erst nach Abschluß des Anhörungsverfahrens erfolgt ist. Dagegen spricht vielmehr die Darstellung des Zeugen, dann, wenn ein Betriebsangehöriger wegen eines Trunkenheitsdeliktes auch außerhalb des Dienstes fristlos gekündigt werden solle, stehe für den Betriebsrat fest, daß er für die Beklagte wegen ihrer öffentlichen Beförderungsaufgaben untragbar sei. Der Betriebsrat ist damit offenbar ebenso wie die Beklagte davon ausgegangen, eine derartige "Alkoholaffäre" rechtfertige stets eine fristlose Entlassung und mache jede Überlegung überflüssig, ob eine andere Lösung als die einer Kündigung zu finden sei. Wenn die Beklagte wegen dieser Einstellung des Betriebsrates von vornherein mit einer Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung rechnen konnte, liegt es nahe, daß sie den Eingang der Stellungnahme vor Ausspruch der Kündigung rechtsirrig für überflüssig gehalten hat. Vor dieser abschließenden Stellungnahme des Betriebsrates hätte die Beklagte dem Kläger am 25. Februar 1974 aber auch dann noch nicht kündigen dürfen, wenn der Betriebsrat die Zustimmung aufgrund eines wirksamen Beschlusses erteilt haben sollte.

3. Da die fristlose Kündigung des Klägers schon wegen der nach dem Vortrag der Beklagten nicht auszuschließenden Verletzung des § 102 BetrVG aus einem sonstigen Grund im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG unwirksam ist, kann es dahingestellt bleiben, ob das Verhalten des Klägers ausgereicht hat, der Beklagten einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geben.

Das ist zweifelhaft, weil die Beklagte die Bedeutung des Urteils des Senates vom 22. August 1963 - 2 AZR 114/63 - (AP Nr. 51 zu § 626 BGB) zu verkennen scheint. Der Tatbestand, über den der Senat in dem genannten Urteil entschieden hat, unterscheidet sich von dem vorliegenden Sachverhalt schon dadurch, daß es sich anders als bei dem Kläger

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



um einen Arbeitnehmer handelte, der als Kraftfahrer tätig war und der auch bei einem vorläufigen Entzug des Führerscheins seine Arbeitspflicht jedenfalls vorübergehend nicht mehr erfüllen konnte und durfte. Schon allein dieser Grund konnte, wie Herschel in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung bemerkt hat, die außerordentliche Kündigung rechtfertigen (vgl. SAE 1964,2).

Eine Trunkenheitsfahrt während der Freizeit, die zum Entzug des Führerscheins führt, rechtfertigt nach der angeführten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht stets die Besorgnis, dem Arbeitnehmer fehle es an der für die Führung eines öffentlichen Verkehrsmittels erforderlichen Zuverlässigkeit. Der Senat hat es vielmehr seinerzeit für bedeutsam gehalten, daß der gekündigte Arbeitnehmer mehrfach zumindest den Anschein erweckt hatte, die Pflicht zur Enthaltsamkeit in und vor dem Dienst nicht immer gewahrt zu haben.

Bei der angezogenen Entscheidung hatte das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar geworden war, auch alle für die Interessenabwägung maßgebenden Umstände berücksichtigt, nämlich die langjährige Betriebszugehörigkeit des gekündigten Arbeitnehmers, die Kündigung seiner Werkswohnung und die damals bestehende Aussicht, der Arbeitnehmer werde bei der Lage auf dem Arbeitsmarkt schnell wieder in Verdienst kommen. Darauf ist auch der Senat in der Entscheidung AP Nr. 51 zu § 626 BGB im einzelnen eingegangen. Das war erforderlich, weil der Entzug des Führerscheins wegen Trunkenheit im Verkehr bei einer in der Freizeit vorgenommenen Fahrt für einen im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB kein absoluter Kündigungsgrund ist, sondern stets die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dazu gehört auch die Prüfung, ob sich der Arbeitgeber nicht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel damit begnügen muß, dem betroffenen Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis oder aufgrund einer Ände-



- 10 -

rungskündigung vorübergehend oder dauernd eine andere Aufgabe zuzuweisen, bei deren Erfüllung er kein Beförderungsmittel im Straßenverkehr zu lenken braucht (vgl. Herschel, aaO).

gez.: Hillebrecht

Dr. Jobs

zugleich für den durch  
Urlaub an der Unter-  
schrift verhinderten  
Vorsitzenden Richter  
Dr. Gröninger

A. Ihlefeld

Dr. Kammann

