

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

39

---

Gesetz: BetrVG § 66 Abs. 1

Leitsätze:

1. Nur wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat rechts-  
widrig und vorsätzlich und schuldhaft vor einer  
Kündigung nicht gehört hat, tritt die Folge ein,  
daß er sich nicht mehr darauf berufen kann, die  
Kündigung sei sozial gerechtfertigt.
2. Die irrige Annahme des Arbeitgebers, der Betriebs-  
rat sei gehört worden, ist ein tatsächlicher  
Irrtum, der den Vorsatz ausschließt. Das gilt auch  
dann, wenn der Irrtum auf Verschulden beruht hat.
3. Hat der Arbeitgeber hingegen mit einer Möglichkeit  
gerechnet, der Betriebsrat sei nicht gehört worden,  
und, diese Möglichkeit bewußt in Kauf nehmend,  
trotzdem gekündigt (dolus eventualis), dann steht  
dieser indirekte Vorsatz einem direkten Vorsatz  
gleich.

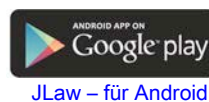
Aktenzeichen: 2 AZR 263/64

Urteil des BAG vom 18. März 1965

LAG Hamm/Westf.



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



2 AZR 263/64  
4 Sa 35/64 Hamm/Westf.

# Im Namen des Volkes! 39

Verkündet  
am 18. März 1965  
gez. Kistner,  
Angestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 1965 durch den Senatspräsidenten Dr. König, den Bundesrichter Schilgen und die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Zimmermann und Wörner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. April 1964  
- 4 Sa 35/64 - aufgehoben.

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  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

### Tatbestand:

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1961 als unselbstständiger Handelsvertreter für das Faltkistenwerk der Beklagten in M tätig. Bei diesem Werk gab es einen Betriebsrat. Mit Schreiben vom 26. September 1963 kündigte die Beklagte dem Kläger von ihrer Zentrale in M aus zum 31. März 1964, ohne den Betriebsrat gehört zu haben. Der Grund für diese Kündigung war, daß der Kläger die ihm vorgeschriebene Umsatzquote nicht erreicht hätte.

Der Kläger hat auf Feststellung geklagt, daß die Kündigung unwirksam ist, weil der Betriebsrat nicht gehört worden ist und weil die Kündigung im Sinne von § 1 KSchG unsozial sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision beantragt die Beklagte, das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

### Entscheidungsgründe:

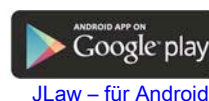
Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Landesarbeitsgericht hält die umstrittene Kündigung deshalb für unwirksam, weil die Beklagte den Betriebsrat nicht gehört hat, wie es in § 66 Abs. 1 BetrVG zwingend vorgeschrieben ist. Es geht dabei von der mit BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG begonnenen ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus, die sich auch der Zweite Senat zu eigen gemacht hat (vgl. AP Nr. 10 und Nr. 20 aaO). Hiernach hat die Nichtanhörung des Betriebsrats, wenn sie rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft war, zur Folge, daß sich der Arbeitgeber nach Treu und Glauben gegenüber seinem von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer nicht darauf berufen kann, die Kündigung sei im Sinne von § 1 KSchG sozial gerechtfertigt. In seinen

- 3 -



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



Urteilsgründen wendet jedoch das Landesarbeitsgericht diesen Rechtssatz nicht richtig an und verkennt außerdem die Verteilung der Beweislast.

Damit die vom Landesarbeitsgericht angenommene Folge einer Verschlechterung der Rechtslage des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozeß eintritt, muß die Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung nicht nur rechtswidrig und schuldhaft, sondern auch vorsätzlich unterlassen worden sein. Denn nur dann kann man sagen, der Arbeitgeber habe den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers bewußt ausgeschaltet und dadurch nach Treu und Glauben das Recht verwirkt, sich darauf zu berufen, daß die Kündigung nicht unsozial sei. Vorsätzlich kann aber die Beklagte die Anhörung des zuständigen Betriebsrats ihres Zweigwerks in M nicht unterlassen haben, wenn die für den Ausspruch der Kündigung entscheidende Person – das war nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts der als Zeuge vernommene Dr. K – bei der Kündigung irrtümlich angenommen hat, der Betriebsrat sei bereits gehört worden. Das behauptet die Beklagte. Ist diese Behauptung richtig, dann ist, auch wenn der Irrtum des Dr. K auf Fahrlässigkeit der Beklagten beruht hat, Vorsatz in jeder Form ausgeschlossen, weil es sich um einen Irrtum über eine Tatsache gehandelt hat. Der Ansicht des angefochtenen Urteils, solch ein tatsächlicher Irrtum sei als nicht entschuldbar unbeachtlich, wenn er darauf beruht hat, daß der Arbeitgeber nicht genügend durch organisatorische Maßnahmen für die Wahrung des Anhörungsrechts des Betriebsrats gesorgt hat, kann nicht gefolgt werden. Das Landesarbeitsgericht weicht mit dieser Ansicht von den bereits in BAG 1, 69 entwickelten Grundsätzen ab, indem es sie zuungunsten der Beklagten systemwidrig ausweitet.

Der Senat hat allerdings in seiner Entscheidung vom 18. Januar 1962 (AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG) bei einem ähnlichen Sachverhalt gesagt, von einem Vorsatz könne im Zusammenhang des § 66 Abs. 1 BetrVG nur dann die Rede sein, wenn der Arbeitgeber geglaubt hat, die Anhörung des Betriebsrats sei bereits erfolgt, und wenn ferner diese Annahme auf einem

.. 4 ..



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

nicht zu vertretenden Irrtum beruhte. Auf dieser Ansicht beruhte jedoch die damalige Entscheidung nicht. Denn es heißt dort weiter, um einen solchen Fall handele es sich gar nicht, die Beklagte habe vielmehr selbst vorgetragen, sie habe gewußt, daß der Betriebsrat nicht gehört worden sei, und damit stehe fest, daß sie vorsätzlich gehandelt habe. Der Senat vermag die damals nur beiläufig geäußerte Ansicht, die sich in etwa mit der des Landesarbeitsgerichts deckt, nicht aufrechtzuerhalten, weil sie mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht in Einklang zu bringen ist, daß der Vorsatz – im Sinne des bewußten Übergehens des Betriebsrats – ein selbständiges Tatbestandsmerkmal neben der Rechtswidrigkeit und der Verwerfbarkeit ist. Alle drei Merkmale müssen gegeben sein, damit gesagt werden kann, der Arbeitgeber habe nach Treu und Glauben das Recht verwirkt, sich darauf zu berufen, daß seine Kündigung im Sinne von § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sei.

Deshalb muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden. Das Landesarbeitsgericht wird aber prüfen müssen, ob bei der Beklagten in der Person des Zeugen Dr. K nicht vielleicht ein bedingter Vorsatz vorgelegen hat, als er dem Kläger kündigte. Bedingter Vorsatz wäre dann gegeben, wenn Dr. K nicht fest davon überzeugt war, der zuständige Betriebsrat des M Werks sei gehört worden, sondern immerhin mit der Möglichkeit rechnete, die Anhörung dieses Betriebsrats sei unterblieben, und sich trotzdem, diese Möglichkeit in Kauf nehmend, zu der Kündigung entschlossen hat. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Es führt nur aus, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei nicht ausreichend bewiesen, daß sich Dr. K überhaupt über die Frage der Anhörung des Betriebsrats in einem Irrtum befunden habe. Weil er aus seiner eigenen Tätigkeit von der Tätigkeit des Betriebsrats nicht wissen konnte, habe er sich durch Befragung des Ressortchefs H nach der Stellungnahme des Betriebsrats erkundigen müssen.

- 5 -



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



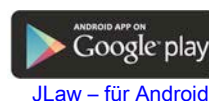
[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Abgesehen davon, daß das Landesarbeitsgericht hier- nach einerseits zu Unrecht fahrlässigen Irrtum wie Vorsatz behandelt, andererseits die Möglichkeit bedingten Vorsatzes nicht in Betracht gezogen hat, verkennen diese Ausführungen auch die Verteilung der Beweislast. Da der Kläger es ist, der sich auf einen rechtsvernichtenden Ausnahmetatbestand beruft, nämlich darauf, die Beklagte habe durch Nichtan- hörung des Betriebsrats das Recht verwirkt, ihre Gründe für die soziale Rechtfertigung der Kündigung ins Feld zu führen, ist er beweispflichtig für die Umstände, aus denen er die Verwirkung herleitet. Dazu gehört auch die Vorsätzlichkeit der Nichtanhörung, d.h. daß Dr. K gewußt oder es wenigstens für möglich gehalten hat, daß der Betriebsrat tat- sächlich nicht gehört worden ist. Allerdings ist eine solche Kenntnis nach der Lebenserfahrung dem ersten Anschein nach als bewiesen anzusehen. Denn ein Arbeitgeber, der eine Kün- digung ausspricht, weiß in aller Regel, ob er den Betriebsrat angehört hat oder nicht. Nach dem hier zu beurteilenden Sach- verhalt dürfte jedoch ein solcher Beweis des ersten Anscheins versagen, weil unstreitige Tatsachen vorliegen, die eine nicht geringe Möglichkeit eröffnen, daß Dr. K glaubte, der Betriebsrat sei gehört. Das ergibt bereits die Größe und die Verzweigtheit des Unternehmens der Beklagten in einem Hauptbetrieb in M und annähernd 20 Nebenbetriebe mit meist eigenen Betriebsräten, ferner die Aufteilung der Per- sonalverwaltung zwischen Hauptbetrieb und Nebenbetrieben derart, daß Kündigungen gegenüber Angestellten zwar im Zweig- betrieb vorzubereiten waren, aber vom Hauptbetrieb in M - auszugehen hatten. Zu diesen unstreitigen Tatsachen kommt hinzu, daß die Beklagte behauptet hat, der Fall des Klägers sei der erste gewesen, in dem die Anhörung des Betriebsrats versäumt worden sei, und diese Versäumnis habe auf einem Miß- verständnis zwischen der Personalabteilung in M und der Werksleitung in M beruht.

Wenn das Landesarbeitsgericht bei diesem Sachverhalt den vom Kläger erbrachten Beweis des ersten Anscheins als entkräftet ansieht, dann wird es ihm Gelegenheit geben



- 6 -

müssen, nunmehr den vollen Beweis dafür zu erbringen, daß die Beklagte den Betriebsrat vorsätzlich oder wenigstens bedingt vorsätzlich übergangen hat (vgl. BAG AP Nr. 4. und Nr. 6 zu § 66 BetrVG).

Kann der Kläger diesen Beweis nicht führen, so wird das Landesarbeitsgericht auf die Gründe eingehen müssen, aus denen die Beklagte die Kündigung für sozial gerechtfertigt hält.

Da das angefochtene Urteil nach alledem schon aus materiellen Gründen aufgehoben werden muß, braucht auf die Verfahrensrügen der Revision nicht mehr eingegangen zu werden.

gez. Dr. König      Schilgen      Dr. Meier-Scherling  
Dr. Zimmermann      A. Wörner



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)