

Für das Nachschlagewerk!	Ja	} auszugsweise	43
Für die Fachpresse!	Ja		
Für die amtliche Sammlung!	Nein		

27. März 1969

Gesetz: BetrVG § 66; GewO § 133 b

Leitsatz: Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung
zu § 66 Abs. 1 BetrVG fest.

Aktenzeichen: 2 AZR 422/68

Urteil des BAG vom 27. März 1969

LAG Düsseldorf (Köln)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. AZR 422/68

2 (3) Sa 358/64 Düsseldorf

43

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 27. März 1969

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. März 1969 durch den Senatspräsidenten Dr. König, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling und den Bundesrichter Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Jung und Thieß für Recht erkannt:

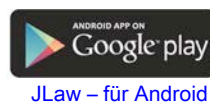
Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. Juni 1968 – 2 (3) Sa 358/64 – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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:

Der 1927 geborene Kläger war seit dem 1. Juni 1958 als Flugzeugführer bei der Beklagten angestellt und zuletzt als Copilot in einer Convair-Maschine tätig. Am 11. Juli 1963 nahm er an einem Flug von Hamburg nach Köln teil. Als während des Fluges das elektrische Meßgerät in der Kanzel unerklärliche Schwankungen des Treibstoffstandes anzeigte, stellte der Kapitän einen Motor ganz ab und flog nur mit dem anderen weiter. Die Landung auf dem Flugplatz in Köln verlief ohne Zwischenfall. Am 16. Juli 1963 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mündlich und schriftlich fristlos mit folgender Begründung:

"Es ist zweifelsfrei, daß Sie durch festgestelltes und in dem Ihnen bekannten Hearing-Bericht vom 11. Juli 1963 bestätigtes Pflichtversäumnis die Sicherheit eines Flugzeuges mit Fluggästen und Besatzung während eines Fluges von Hamburg nach Köln (IA... am 11.7.1963) erheblich beeinträchtigt haben. Aufgrund aller gegebenen Umstände ist uns als einem Luftverkehrsunternehmen, das vor allen anderen Gesichtspunkten auf Sicherheit bedacht sein muß, Ihre Weiterbeschäftigung nicht zumutbar. Ihr Dienstverhältnis endet daher mit dem heutigen Tage."

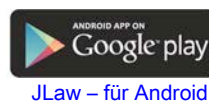
Der Kläger hat am 5. August 1963 auf Feststellung geklagt, daß diese Kündigung rechtsunwirksam sei und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst habe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger habe vor dem Start am Morgen des 11. Juli 1963 die äußeren Treibstoffanzeigegeräte am linken Flügel des Flugzeuges nicht abgelesen, dem Flugkapitän von diesem Versäumnis aber keine Mitteilung gemacht. Der Kläger sei sowohl bei dem vorhergehenden theoretischen Lehrgang als auch bei fünf Lehrflügen Ende Juni und Anfang Juli 1963 von den Trainingskapitänen ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß bei der Prüfung des Treibstoffstandes vor dem Start die Uhren im Cockpit mit den Außenuhren an den Tragflächen zu ver-

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gleichen seien.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat Berufung eingelegt und die Klage durch den Antrag auf Gehaltszahlung von 12.000,-- DM erweitert. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und den Zahlungsantrag abgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Auch in einer zweiten Entscheidung hat das Berufungsgericht die Klage für unbegründet erachtet. Auch dieses zweite Urteil des Landesarbeitsgerichts wurde auf die Revision des Klägers vom Bundesarbeitsgericht aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Mit dem jetzt angefochtenen Urteil hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen und den Zahlungsantrag abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Schon in seiner ersten Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit vom 14. Oktober 1965 - 2 AZR 466/64 - hatte der erkennende Senat auf die damalige Rüge der Revision entschieden, das angefochtene Urteil habe mit Recht angenommen, daß die fristlose Kündigung nicht schon deshalb unwirksam ist, weil die Personalvertretung vor der Kündigung nicht gehört wurde. § 51 Abs. 1 und 3 des Tarifvertrages über die Personalvertretung für das Bordpersonal der Deutschen Lufthansa AG vom 1. November 1961 schreibt übereinstimmend mit § 66 Abs. 1 und 3 BetrVG vor, daß die Personalvertretung vor jeder Kündigung zu hören ist (Abs. 1) und daß die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes



- 4 -

vom 10. August 1951 unberührt bleiben (Abs. 3). Deshalb bestehen keine Bedenken, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 66 Abs. 1 BetrVG, das nach § 88 Abs. 3 BetrVG auf Betriebe der Seeschifffahrt und Luftfahrt, also auch auf die Beklagte als einen Betrieb der Luftfahrt, keine Anwendung findet, dennoch anzuwenden, zumal in dem o.a. Tarifvertrag für das gesamte Bordpersonal der Beklagten, zu dem auch der Kläger gehört, eine Gesamtvertretung und Gruppenvertretungen errichtet sind, deren Befugnisse in Anlehnung an das Betriebsverfassungsgesetz festgelegt sind (Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, Kommentar, 7. Aufl., Rand-Nr. 14 zu § 88). Aber die Anhörung der Personalvertretung nach § 51 Abs. 1 o.a. Tarifvertrag bzw. des Betriebsrates nach § 66 Abs. 1 BetrVG vor einer Kündigung ist weder bei einer ordentlichen noch bei einer außerordentlichen Kündigung Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Bundesarbeitsgericht hat in der grundlegenden Entscheidung (BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG) und weiter in ständiger Rechtsprechung (vgl.

BAG 2, 87 = AP Nr. 4 zu § 66 BetrVG;
BAG 3, 63 = AP Nr. 6 zu § 66 BetrVG;
BAG 3, 142 = AP Nr. 9 zu § 66 BetrVG;
BAG 4, 27 = AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG;
BAG 4, 306 = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG;
BAG 17, 129 = AP Nr. 24 zu § 66 BetrVG;
BAG Urteil vom 9. Dezember 1955 AP Nr. 2 zu § 7 KSchG;
BAG Urteil vom 2. Mai 1958 AP Nr. 16 zu § 66 BetrVG;
BAG Urteil vom 6. Juni 1958 AP Nr. 17 zu § 66 BetrVG)

entschieden, daß die vorherige Anhörung des Betriebsrates nach § 66 Abs. 1 BetrVG keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung ist. Gegen

- 5 -



die Bewertung der Anhörung des Betriebsrates als einer Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung spricht vor allem, daß der allgemeine Kündigungsschutz durch das Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 erschöpfend im Sinne einer Kodifikation geregelt ist. Das Betriebsrätegesetz von 1920 hatte den Individualschutz des einzelnen Arbeitnehmers und die Kollektivsphäre einheitlich in einem Gesetz in der Weise geregelt, daß der Individualschutz von der Mitwirkung des Betriebsrates abhängig war (Sperrfunktion des Betriebsrates). Bei der Neuordnung nach 1945 wurde das, was der Gesetzgeber der Weimarer Zeit in seinem einheitlichen Betriebsrätegesetz geregelt hatte, in zwei Gesetzen, nämlich der Kündigungsschutz in dem schon genannten Kündigungsschutzgesetz und die Betriebsverfassung in dem diesem Gesetz zeitlich nachfolgenden Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 geregelt. Dabei hat das Kündigungsschutzgesetz dem entlassenen, unter die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes fallenden Arbeitnehmer unmittelbar den Weg zu den Gerichten geöffnet, ohne daß er zuvor den Betriebsrat in Anspruch nehmen muß und damit auf die frühere Sperrfunktion des Betriebsrates verzichtet. Der Kündigungseinspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsrat nach § 2 KSchG ist nicht zwingend vorgeschrieben, sondern in die Wahl des Arbeitnehmers gestellt. Nur wenn der Arbeitnehmer von seinem Recht, beim Betriebsrat Einspruch einzulegen, Gebrauch macht und der Betriebsrat den Einspruch für begründet hält, muß er versuchen, eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Das Kündigungsschutzgesetz hat weiter in § 1 Abs. 1 die sozial ungerechtfertigte Kündigung des Arbeitgebers für rechtsunwirksam erklärt, läßt diese Rechtsfolge aber nur eintreten, wenn der entlassene Arbeitnehmer diese Kündigung binnen drei Wochen mit einer Feststellungsklage beim Arbeitsgericht angreift (§ 3 KSchG). In § 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist darüber hinaus bestimmt, daß für den unter den Schutzbereich des Kün-



- 6 -

digungsschutzgesetzes fallenden Personenkreis diese Dreiwochenfrist auch hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung gilt. Danach ist die Gesamtkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes durch eine individualrechtliche Lösung und die dieser entsprechende obligatorische fristgebundene Inanspruchnahme der Arbeitsgerichte in einem zivilprozessual ausgerichteten Verfahren gekennzeichnet. Demgegenüber ist das Betriebsverfassungsgesetz kollektivrechtlich ausgerichtet. Es kennt Strafsanktionen, Einigungs- und Vermittlungsstellen; das Gericht entscheidet im Amtsverfahren. Bei dieser vom Gesetzgeber bewußt vorgenommenen Trennung der noch im Betriebsrätegesetz von 1920 gekoppelt geregelten Individual- und Kollektivsphäre wäre es ein Fremdkörper im Betriebsverfassungsgesetz, wenn der Unterlassung der in § 66 Abs. 1 BetrVG vorgeschriebenen Anhörung des Betriebsrates eine unmittelbare zivilrechtliche Bedeutung als einer Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung in dem Sinne zukäme, daß die Kündigung materiellrechtlich nichtig wäre. Das Kündigungsschutzgesetz wollte den Kündigungsschutz abschließend regeln. Es steht mit dem kodifikatorischen Grundgedanken des Kündigungsschutzgesetzes in Widerspruch, für die zivilrechtliche Rechtsgültigkeit der Kündigung im Interesse des Kündigungsschutzes eine weitere Voraussetzung aufzustellen, die unabhängig vom Kündigungsschutzgesetz in einem später in Kraft getretenen Gesetz einen neuen zivilrechtlichen Nichtigkeitsgrund schaffen würde (BAG 1, 69 [72]). Die Nichtigkeit wäre von Amts wegen zu berücksichtigen und würde bestehen ohne ein die Rechtsunwirksamkeit oder das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses aussprechendes Urteil. Die Nichtigkeit könnte, da die Frist-

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes in § 66 BetrVG nicht gelten, ohne zeitliche Begrenzung von dem Arbeitnehmer geltend gemacht werden, so daß die Gültigkeit der Kündigung lange Zeit zweifelhaft bleiben könnte. Die Rechtssicherheit würde darunter leiden. Der Zweck des Kündigungsschutzgesetzes, in bestimmten kurzen Fristen, in denen die Erinnerung an die Vorgänge noch frisch und sicher sind, eine Klärung der Rechtslage hinsichtlich der für die Existenz des Arbeitnehmers wichtigen Kündigung herbeizuführen, würde vereitelt. Es würde auch dem Wesen der Kündigung als der Ausübung eines Gestaltungsrechts widersprechen, ihre zivilrechtliche Wirksamkeit von einer für den Kündigungsempfänger häufig nicht übersehbaren Voraussetzung abhängig zu machen. Dabei würde § 66 Abs. 1 BetrVG einen Nichtigkeitsgrund außerhalb der Sozialwidrigkeit und damit des Kündigungsschutzgesetzes darstellen, wie ihn etwa das Mutterschutzgesetz, das Schwerbeschädigtengesetz und das Heimkehrergesetz als besonderen Kündigungsschutz in Erweiterung des allgemeinen Kündigungsschutzes des Kündigungsschutzgesetzes nach ausdrücklicher Bestimmung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes aufstellen. Im übrigen würde die Auslegung des § 66 Abs. 1 BetrVG im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung formell und materiell dazu führen, einen Tatbestand des allgemeinen Kündigungsschutzes weitgehend abweichend von der Kodifikation des Kündigungsschutzgesetzes zu behandeln. Denn die weit überwiegende Zahl aller unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmer würde nach § 66 Abs. 1 BetrVG einen weiteren anderen gesetzlichen Kündigungsschutz erhalten. Dabei bezieht sich die Anhörung des Betriebsrates nach § 66 Abs. 1 BetrVG naturnotwendig auf die gleichen Gesichtspunkte, die auch im Kündigungsschutzgesetz die entscheidende Rolle spielen, nämlich darum, ob dringende betriebliche Erfordernisse oder Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen (§ 1 Abs. 2 KSchG), oder die Tatsachen und Erwägungen des § 1 Abs. 3 KSchG einer Weiter-



- 8 -

beschäftigung entgegenstehen oder nicht. Es handelt sich im Falle des § 66 Abs. 1 BetrVG wie im Kündigungsschutzgesetz um die gleiche Erörterung der sozialen Berechtigung oder Nichtberechtigung der Kündigung. Deshalb ist es auch aus diesem Grunde nicht haltbar, die Nichtanhörung des Betriebsrates als einen selbständigen zivilrechtlichen Nichtigkeitsgrund außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes anzusehen. Die Vorschrift des § 66 Abs. 1 BetrVG enthält das Gebot an den Arbeitgeber, den Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Dem Sinn dieses Gebotes der Anhörung des Betriebsrates würde es nicht entsprechen, dieses Gebot in ein Verbot der Nichtanhörung im Sinne des § 134 BGB umzuwandeln (BAG 1, 69 727), um zur Rechtsfolge der Nichtigkeit der Kündigung zu gelangen. Auch ist eine ohne die vorherige Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung nicht sittenwidrig und deshalb auch nicht nach § 138 BGB nichtig, weil die Nichtbeachtung einer Rechtsnorm noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthält. Schließlich ist § 66 Abs. 1 BetrVG auch keine zwingende Formvorschrift, so daß auch § 125 BGB auf die Verletzung dieser Vorschrift durch Nichtanhörung des Betriebsrates nicht anzuwenden ist.

Allerdings ist § 66 Abs. 1 BetrVG eine Mußvorschrift, wie sich aus dem Gebrauch der Worte: "der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören", eindeutig ergibt. Das besagt aber zunächst nur, daß dieser Rechtssatz durch vertragliche Vereinbarung nicht abgedungen werden kann. Dagegen ist der Satz nicht zwingend, daß die Mußvorschrift Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung wäre mit der Folge der zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Kündigung im Falle der Zuwiderhandlung (BAG 1, 69 727). Die Bestimmung des § 66 Abs. 1 BetrVG ist vielmehr in Parallele zu der ebenfalls dem

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Wortlaut nach als Mußvorschrift gefaßten Bestimmung des § 61 Abs. 1 BetrVG zu sehen. Nach § 61 BetrVG hat der Arbeitgeber bei der Einstellung eines neuen Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen. Genau wie die Unterlassung dieser Pflicht bei der Einstellung die Anstellung nicht zivilrechtlich unwirksam macht, macht auch die Nichtanhörung des Betriebsrates vor der Kündigung die Kündigung nicht schon nichtig. Die entgegenstehende Auffassung würde dazu führen, daß sogar eine Kündigung, die vom Arbeitnehmer gar nicht angegriffen wird, unwirksam bleiben müßte, wenn der Betriebsrat vorher nicht gehört wurde.

Das Kündigungsschutzgesetz enthält im § 1 auch eine Mußvorschrift, nämlich das Verbot der sozial ungerechtfertigten Kündigung, ohne daß die Zuwiderhandlung die Folge der zivilrechtlichen Nichtigkeit hat (BAG I, 69 737). Es handelt sich lediglich um eine besondere Art der Rechtsunwirksamkeit, wie sich aus den §§ 3, 6, 7 KSchG ergibt. Hätte der Gesetzgeber die privatrechtliche Wirksamkeit der Kündigung zweifelsfrei an die vorherige Anhörung des Betriebsrates binden wollen, so hätte er sich der strengeren, einen Zweifel ausschließenden Terminologie des § 9 Mutterschutzgesetz, des § 14 Schwerbeschädigtengesetz oder des § 8 Heimkehrergesetz bedienen müssen.

Wenn bei den Beratungen des Betriebsverfassungsgesetzes im zuständigen Ausschuß des Bundesrates ein Bundesland den Antrag auf Aufnahme einer Zusatzbestimmung, daß nämlich eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung nichtig sei, einbringen wollte und dieser Antrag mit der Begründung, eine solche Rechtsfolge sei selbstverständlich, abgelehnt worden ist (vgl. Reuß, RdA, 54, 56 577 und 63, 51), so mögen sich die Mitglieder dieses Ausschusses nicht des kodifikatorischen und im wesentlichen individualrechtlichen Charakters des Kündigungsschutzgesetzes einerseits und des besonderen kollektiven Aufgabenbereiches des Betriebsverfassungsgesetzes und der sich daraus für § 66 Abs. 1 BetrVG ergebenden Folgen andererseits



- 10 -

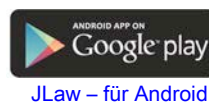
bewußt gewesen sein. Außerdem kommt es auf eine solche Meinungsäußerung von Ausschußmitgliedern hier nicht entscheidend an. In den maßgeblichen Ausschüssen des Bundestages ist übrigens bei der Beratung des § 66 BetrVG gerade Wert darauf gelegt worden, dem Betriebsrat keine die Gültigkeit der Kündigung berührende Mitwirkung einzuräumen (vgl. LAG Düsseldorf, NJW 1953, 1406). Das kommt in Abs. 3 des § 66 BetrVG zum Ausdruck. Wenn der Abs. 1 eine Kündigungsschutzrechtliche Bedeutung haben sollte, so hätte es in Abs. 3 heißen müssen, daß "im übrigen" das Kündigungsschutzgesetz unberührt bleibe. Es heißt dort aber folgerichtig, daß das Kündigungsschutzgesetz schlechthin unberührt bleibt.

Macht hiernach die Unterlassung der Anhörung des Betriebsrates die Kündigung nicht unwirksam, so bleibt doch die Möglichkeit, daß dieser Mangel sich bei der gerichtlichen Nachprüfung der Kündigung auf ihre sachliche Berechtigung auswirkt. Da diese gerichtliche Nachprüfung sich nach den Regeln des Kündigungsschutzgesetzes vollzieht, lag es für die Rechtsprechung nahe, die Nichtanhörung des Betriebsrates sich im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes auswirken zu lassen. Von daher gesehen ist es folgerichtig, daß die Auswirkung der Nichtanhörung des Betriebsrates zivilrechtlich nur dem unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Personenkreis zugute kommen kann und damit nicht allen unter das Betriebsverfassungsgesetz fallenden Personen, also nicht den noch nicht Zwanzigjährigen und den noch nicht länger als sechs Monate im Betrieb tätigen Arbeitnehmern. Denn diese genießen nach dem Willen des Gesetzgebers noch nicht den Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes. Das sie für das Betriebsverfassungsrecht erfassende Betriebsverfassungsgesetz verweist in § 66 Abs. 3 für den Kündigungsschutz auf das Kündigungsschutzgesetz, und dieses gewährt diesem Personenkreis keinen Kündigungsschutz.

- 11 -



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

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

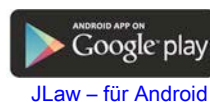
Bei der ordentlichen Kündigung nimmt die rechtswidrige, vorsätzliche und schuldhaftige Nichtanhörung des Betriebsrates dem Arbeitgeber nach der seit BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das Recht, sich darauf zu berufen, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt war. Die Kündigung ist also unter diesen Umständen sozial ungerechtfertigt nach Maßgabe der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes, dessen Bestimmungen nach § 66 Abs. 3 BetrVG und nach § 51 Abs. 3 o.a. Tarifvertrag unberührt bleiben. Die vom Bundesarbeitsgericht gewählte Lösung beruht letztenendes auf § 242 BGB; denn es ist ein Rechtsmißbrauch, der Vermutung einer Sozialwidrigkeit der Kündigung mit Gründen zu begegnen, zu denen der Arbeitgeber dem Betriebsrat rechtswidrig und vorsätzlich vorenthalten hat, Stellung zu nehmen, obwohl gerade auf dem sozialen Gebiet einer der wesentlichsten Aufgabenbereiche des Betriebsrates liegt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts werden Arbeitgeber zur Beachtung dieser gesetzlichen Bestimmung des § 66 Abs. 1 BetrVG besser angehalten, wenn sie wissen, daß sie ohne Anhörung des Betriebsrates sich überhaupt nicht auf Gründe berufen können, die eine Kündigung sozial zu rechtfertigen vermögen.

Die Erwägungen, daß das rechtswidrige, vorsätzliche und schuldhaftige Unterlassen der zwingend vorgeschriebenen Anhörung des Betriebsrates zur Verwirkung des Rechts des Arbeitgebers führen, sich darauf zu berufen, daß die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozialwidrig war, lassen sich allerdings nur bei der von § 1 KSchG erfaßten ordentlichen Kündigung durchführen, nicht dagegen bei der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde (vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 66 BetrVG). Sie passen nicht zu der Unabdingbarkeit des Rechtes auf fristlose Kündigung. Man kann nicht sagen, daß es einer außerordentlichen Kündigung am wichtigen Grunde fehlen würde, wenn der Betriebsrat nicht vorher gehört wurde. Dieses liefe auf eine unzulässige Beschrän-



kung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde hinaus. Das Bundesarbeitsgericht hatte zunächst einen gangbaren Mittelweg darin gesehen, daß die Nichtanhörung des Betriebsrates die fristlose Kündigung dann unwirksam machen könne, wenn dargetan werde, daß der Betriebsrat dem Arbeitgeber beachtliche Umstände hätte vortragen können, die diesen veranlaßt hätten, von der fristlosen Kündigung abzusehen (BAG 4, 27 317 = AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG; AP Nr. 16 aaO und Nr. 13 zu § 123 BGB) und es darauf abgestellt, ob es dem Arbeitgeber im Einzelfalle zumutbar war, den Betriebsrat noch zu hören. Von der Kritik an dieser Mittellösung hat der Senat in der Entscheidung vom 25. Oktober 1962 (BAG 13, 287 = AP Nr. 21 zu § 66 BetrVG) Kenntnis genommen und in seiner weiteren Entscheidung vom 14. Februar 1963 (AP Nr. 22 aaO) eingeräumt, daß er dazu neige, jene Einschränkung aufzugeben. Der jetzige Fall hat den Senat dann im Urteil vom 14. Oktober 1965 - 2 AZR 466/64 - veranlaßt, die Einschränkung aufzugeben und anzuerkennen, daß die Nichtanhörung des Betriebsrates bei einer außerordentlichen Kündigung ohne zivilrechtliche Folgen bleibt, ebenso wie nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 70 Abs. 3 PersVG für den nach gleichem materiellen Recht zu behandelnden Personenkreis des Personalvertretungsgesetzes die Nichtanhörung des Personalrates für die außerordentliche Kündigung ohne jede zivilrechtliche Folgen bleibt. Für die außerordentliche Kündigung beschränkt sich demgemäß die Rechtsfolge der Nichtanhörung des Betriebsrates auf die betriebsverfassungsrechtliche Sanktion des Betriebsverfassungsgesetzes (vgl. hierzu BAG 4, 306 = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG und neuerdings Säcker, DB 1967, 2027 u. 2072).

Diese für das Landesarbeitsgericht ebenso wie für den erkennenden Senat nach § 565 Abs. 2 ZPO bindende Rechtsauffassung liegt auch den weiteren Urteilen des Landesarbeitsgerichts und des erkennenden Senats, die



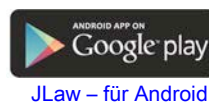
im vorliegenden Rechtsstreit ergangen sind, zugrunde.

II.

1. In seinen Urteilen vom 14. Oktober 1965 - 2 AZR 466/64 - und vom 27. Juli 1967 - 2 AZR 421/66 - hat der erkennende Senat die Rechtsansicht vertreten, schon ein einmaliges Versehen eines Angestellten könne ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein, wenn die von ihm im Anstellungsvertrag selbst übernommene Verantwortung so groß ist, daß schon nach einem einmaligen Versehen nicht mehr auf seine Verlässlichkeit vertraut werden kann. Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, in einem solchen Falle könne es nicht darauf ankommen, daß das fahrlässige Verhalten des Angestellten eine konkrete Gefährdung verursacht.

2. Das angefochtene Urteil hält sich in diesem Rahmen und läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Es ist folgerichtig zu dem Ergebnis gekommen, daß der Kläger die Verpflichtung zur Prüfung der Außenchecks verletzt hat und sich dieser Verletzung bewußt war. Das angefochtene Urteil ist dem Kläger nicht darin gefolgt, daß er sich nicht pflichtwidrig verhalten und keine Unterlassung gegenüber dem Kapitän begangen habe, weil die Außengeräte niemals die ihnen jetzt von der Beklagten zugedachten Zwecke gehabt hätten, und die Unzuverlässigkeit und die Unrichtigkeit dieser Instrumente bei den Besatzungen allgemein bekannt gewesen seien. Durch Augenscheineinnahme hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß die Anzeige des Treibstoffstandes an den Außenmeßgeräten eine fast genaue Anzeige der getankten US-Gals. ergibt, so daß die Außenmeßgeräte durchaus als eine zweite Kontrolle neben der Cockpituhr angesehen werden mußten.

Das angefochtene Urteil hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß die Kontrolle der Kraftstoffanzeiger nur dann ordnungsgemäß sei, wenn der Betankungsvorgang abgeschlossen sei, weil erst dann festgestellt werden könne, welchen Treibstoffstand das Kontrollgerät endgültig anzeige. In allem diesem sind Rechtsfehler nicht zu erkennen. Das



- 14 -

Revisionsgericht ist daran gebunden.

3. Das angefochtene Urteil meint im Gegensatz zum Kläger, aus der TFV 5. 2. 11 ergebe sich nicht die Bedeutungslosigkeit des Außenchecks. Die den genannten Vorschriften vom angefochtenen Urteil gegebene Auslegung, daß diese Außenuhren zum Abschätzen der benötigten Kraftstoffmenge und zum Ablesen bestimmt seien, daß allerdings die dort abgelesene Zahl der getankten Kraftstoffmenge nicht die genaue Ablesung wie an der Cockpituhr ergebe, aber als Schätzzahl maßgebend sei, ist möglich und berücksichtigt erschöpfend und folgerichtig den festgestellten Tatbestand. Das angefochtene Urteil hat nicht verlangt, daß der Kläger die feinen Zwischenwerte an der mechanischen Kraftstoffanzeige unter den Tragflächen hätte ablesen oder schätzen müssen. Da das angefochtene Urteil die TFV 5. 2. 11 nicht zulasten des Klägers unrichtig ausgelegt oder angewendet hat, kam es auch nicht darauf an, einen Dolmetscher heranzuziehen.

Das angefochtene Urteil hat weiter ausgeführt, daß es nichts gegen die dem Kläger obliegende Pflicht zur Kontrolle des Treibstoffstandes besagt, wenn die Beklagte in einem Falle die Reparaturen dieser Außenuhren drei Wochen lang unterlassen habe, weil sie sie nicht für so wichtig gehalten habe. Zu diesem Ergebnis konnte das angefochtene Urteil im Rahmen seines Abwägungsspielraumes kommen, ohne ihn zu überschreiten.

4. Die Revision weist darauf hin, es komme aber auf den konkreten Inhalt und den Zeitpunkt an für diese Kontrolle, wofür die Beklagte den Beweis erbringen müsse. Damit stimmt sie im Ergebnis der Feststellung des angefochtenen Urteils zu, daß der Kläger zur Kontrolle der Außenuhren verpflichtet gewesen sei. Der Zeitpunkt zur Ablesung der Außenuhren an den Trageflächen des Flugzeuges ergibt sich zwangsläufig aus dem Sinn und Zweck dieser Kontrolle, nämlich festzustellen, ob die vom Flugkapitän angeforderte Kraftstoffmenge auch wirklich getankt ist und ob die Außen- und Innenuhren im wesentlichen übereinstimmend diese

- 15 -



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



getankte Kraftstoffmenge anzeigen. Als Zeitpunkt für das Ablesen der Außenanzeiger unter den Tragflächen kommt wegen des Kontrollcharakters nur der Zeitpunkt unmittelbar nach dem Betanken in Frage. Den Inhalt des Ablesungsvorgangs an den verschiedenen Treibstoffanzeigern hat das Landesarbeitsgericht ohne ersichtlichen Rechtsfehler auf Grund der für den Kläger verbindlichen Dienstvorschriften dahin festgestellt, daß der Kläger nach dem Betanken den Kraftstoffstand anhand der Außenanzeiger und der Cockpituhren zu prüfen habe. Deshalb ist auch die Rüge, das angefochtene Urteil habe den Zeugen T nicht noch einmal vernommen, unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich die Aussage des Zeugen T nur im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Klägers zum Ablesen der Außenkraftstoffanzeiger verwendet.

5. Nachdem das angefochtene Urteil zu dem Ergebnis gekommen war, daß der Kläger die Verpflichtung zur Prüfung der Außenanzeiger an der linken Tragfläche des Flugzeugs vorwerfbar verletzt hatte, mußte es gemäß den vorhergehenden Urteilen des Senats prüfen (§ 565 Abs. 2 ZPO), ob die Beklagte alles in ihren Kräften stehende getan hat, um die vom Kläger übernommene höchste Verantwortung auf ein für ihn erträgliches Maß herabzuschrauben. Dazu gehörte allgemein, daß dem Kläger eine in den Einzelheiten klar umrissene Sorgfaltspflicht ins Bewußtsein gerückt worden war (Urteil des Senats vom 27. Juli 1967 - 2 AZR 421/66 - Seite 8). Das damalige Urteil des Landesarbeitsgerichts war gerade deshalb aufgehoben worden, weil der erkennende Senat die Rüge für begründet hielt, daß in der Aussage des Zeugen F ein Widerspruch liege, den das Landesarbeitsgericht nicht bemerkt oder aber zu ihm nicht gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO Stellung genommen habe. Das angefochtene Urteil läßt es nunmehr dahingestellt, ob die erneute Aussage des Zeugen P, der nach seiner jetzigen Aussage den Lehrgangsteilnehmern und damit auch dem Kläger die Notwendigkeit des Vergleichs der Uhren im



- 16 -

Cockpit und unter den Tragflächen ausdrücklich vorgehalten hatte, eine zweifelsfreie Feststellung dieses Inhalts ermöglicht (LAG-Urteil Seite 14/15). Es läßt weiter dahingestellt, ob diese Unterrichtung bei der theoretischen Ausbildung in der erforderlichen Eindeutigkeit erfolgt war. Darauf konnte es auch nicht mehr ankommen, weil das angefochtene Urteil nunmehr auf Grund der eingehenden Würdigung der Aussagen des Zeugen S und vor allem des Zeugen E, die als Ausbildungskapitäne mit dem Kläger das praktische Flugtraining durchgeführt hatten, zu dem Ergebnis kam, daß der Kläger vom Zeugen E über die Notwendigkeit eines Vergleichs der Uhren im Cockpit und der Uhren unter den beiden Tragflächen ins Bild gesetzt worden war, und daß die Beklagte in der praktischen Flugausbildung des Klägers damit das in ihren Kräften stehende getan habe, um die vom Kläger übernommene höchste Verantwortung auf ein erträgliches Maß herabzuschrauben. Diese Würdigung der Zeugenaussagen läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Sie bewegt sich im Rahmen des Beurteilungsspielraumes des Tatrichters und ist für den erkennenden Senat bindend.

6. Das angefochtene Urteil hat auch ohne ersichtlichen Rechtsfehler das dem Kläger zur Last fallende Fehlverhalten dahin gewürdigt, daß es das Vertrauen zur Zuverlässigkeit des Klägers erschüttern mußte. Dabei berücksichtigt es auch, der Kläger habe mit einem Blick auf den Betankungsnachweis eindeutig erkennen können und müssen, daß links überhaupt nichts hinzugetankt worden war, während der Kläger doch behauptet hatte, er habe beobachtet, wie links betankt worden sei. Es hätte ihm auffallen müssen - so führt das Landesarbeitsgericht aus -, daß die Eintragung, daß links nichts hinzugetankt sei, mit seiner eigenen Beobachtung eines Betankungsvorgangs am linken Flügel des Flugzeugs nicht übereinstimmte. Auch hierin hat das angefochtene Urteil eine Pflichtverletzung gesehen, weil dem Kläger bei Anwendung der nötigen Sorgfalt hätte auffallen müssen, daß der Betankungsnachweis

- 17 -



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



mit seiner eigenen Beobachtung des Betankungsvorganges am linken Kraftstoffbehälter in Widerspruch stand. Diese Pflichtverletzungen hat das angefochtene Urteil im Rahmen seines Beurteilungsspielraumes rechtsfehlerfrei und damit für das Revisionsgericht bindend dahin gewürdigt, daß sie das Vertrauen der Beklagten in die Verlässlichkeit des Klägers zu Recht entscheidend erschüttern mußten.

7. Der Revision kann nicht gefolgt werden, soweit sie dem Landesarbeitsgericht vorwirft, es habe die Beweislast der Beklagten übersehen. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich nicht ausgeführt, daß der Kläger seine Schuldlosigkeit nicht bewiesen habe, sondern ist vielmehr zu dem Ergebnis gekommen, daß die Beklagte das Verschulden des Klägers nachgewiesen hat. Nur so sind die Erwägungen des angefochtenen Urteils (vgl. S. 16, 17, 18) gemeint.

8. Auch die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe die Aussage des Zeugen R nicht verwerten dürfen, weil dieser bei seiner Aussage sich auf den in seinen Händen befindlichen Bordbericht gestützt und diesen, trotz Antrags des Prozeßgegners, nicht zu den Gerichtsakten gegeben habe, ist nicht begründet. Der Bordbericht selbst war lediglich eine Gedächtnisstütze für den Zeugen R. Die Gedächtnisstütze braucht aber nicht zu den Gerichtsakten gereicht zu werden, weil Gegenstand des Verfahrens nur die Aussage des Zeugen R als solche und nicht die Gedächtnisstütze als Urkunde war. Der Kläger hat auch keinen prozessual ordnungsmäßigen Beweis Antrag auf Vorlage des Bordberichtes gestellt, weil er nicht ausgeführt hat, welche von ihm aufgestellten tatsächlichen Behauptungen durch den Inhalt des Bordberichtes bewiesen werden sollten (§ 373 ZPO). Deshalb brauchte das Landesarbeitsgericht dem gestellten Antrag auf Vorlage des Bordberichtes nicht nachzugehen.

9. Das angefochtene Urteil hat die schon im Urteil des erkennenden Senats vom 14. Oktober 1965 - 2 AZR 466/64 - (Bl. 9) angeschnittene und im Urteil des Senats vom



27. Juli 1967 - 2 AZR 421/66 - (S. 6) erneut behandelte Frage, ob die Beklagte deshalb von einer fristlosen Entlassung des Klägers habe absehen können, weil sie auch in anderen ähnlichen Fällen weniger streng vorgegangen sei, geprüft und den Sachverhalt erneut dahin gewürdigt, daß sich die beiden Fälle L und D von dem des Klägers derart unterscheiden, daß ein Indiz für die Frage der Zumutbarkeit aus diesen Fällen nicht zu gewinnen war. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Das angefochtene Urteil hat auch die Frage, ob es der Beklagten zuzumuten war, den Kläger in einer anderen Position weiterzubeschäftigen, geprüft und verneint. Wenn es dazu den Zeugen P und einen Sachverständigen nicht gehört hat, so liegt darin allerdings, wie die Revision mit Recht rügt, ein Verfahrensfehler. Auf diesem Fehler beruht aber das angefochtene Urteil nicht, weil nämlich, wie der erkennende Senat schon im Urteil vom 27. Juli 1967 (S. 7) ausgeführt hat und sich auch bei den Vergleichsverhandlungen zeigte, der Kläger nach seiner sehr kostspieligen Ausbildung als Flugzeugführer mit der Aussicht auf Beförderung zum Flugkapitän eine solche Zurücksetzung hinzunehmen nicht bereit war und wieder als Flugkapitän tätig sein wollte.

10. Das angefochtene Urteil hat im Rahmen der Gesamtinteressenabwägung auch berücksichtigt, daß der Kläger von der fristlosen Entlassung zunächst hart, aber nicht in Sinne eines nicht behebbaren Existenzverlustes betroffen worden sei. Denn darauf, daß eine fristlose Entlassung den Verlust der Existenz für ihn und seine Familie bedeutete, konnte sich der Kläger, wie der erkennende Senat im Urteil vom 27. Juli 1967 (Bl. 7) ausgeführt hat, zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht berufen, nachdem er zu diesem Zeitpunkt schon wieder eine Anstellung als Copilot bei einer anderen, wenn auch kleineren Fluggesellschaft gefunden hatte und von ihr sogar als Flugkapitän eingesetzt



wurde. Daß sich dieses angeblich später geändert hat, konnte in der Revision nicht mehr berücksichtigt werden. Der letzte Tatsachenrichter hatte keine Veranlassung, erneut danach zu fragen, so daß eine Rüge nach § 139 ZPO fehlgeht.

11. Die Revision rügt schließlich auch zu Unrecht, das angefochtene Urteil habe nicht berücksichtigt, daß die zuständige Luftaufsichtsbehörde keine Veranlassung gesehen habe, dem Kläger die Fluglizenz zu entziehen, und es der Beklagten deswegen zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger noch für die Dauer der in Betracht kommenden Kündigungsfrist fortzusetzen. Hierbei handelt es sich um Teilfragen der Interessenabwägung. Für den Entzug der Fluglizenz sind andere Gesichtspunkte maßgebend als für die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung des Klägers.

gez. Dr. König Frau Bundesrichterin Dr. Rengier
 Dr. Meier-Scherling
 ist im Urlaub
 Dr. König

Dr. Jung

Thieß

