

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

---

Gesetz:      BetrVG § 66; BGB § 626

Leitsätze:

1. Die nach § 66 BetrVG gebotene aber unterlassene Anhörung des Betriebsrates macht die Kündigung nicht unwirksam; bei der außerordentlichen Kündigung ist diese Unterlassung ohne zivilrechtliche Folge (Bestätigung von BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG und BAG AP Nr. 22 zu § 66 BetrVG).
2. Wird eine außerordentliche Kündigung auf die kommunistische Einstellung des Arbeitnehmers gestützt, so muß entweder konkret das besondere Sicherheitsbedürfnis des Arbeitgebers oder der dringende und unabweisliche Verdacht einer strafbaren Handlung nach § 90 a StGB dargetan werden.

Aktenzeichen: 2 AZR 45/67

Urteil des BAG vom 18. Januar 1968

LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet  
am 18. Januar 1968

gez. Kistner,

Angestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. November 1967 durch den Senatspräsidenten Dr. König, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling und den Bundesrichter Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Franz Müller und Wörner für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 2. Januar 1967 - 1 Sa 435/66 - wird auf Kosten der Beklagten 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  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

### Tatbestand:

Die Beklagte betreibt in D zwei zur Metall-industrie gehörende Werke. Im Werk I werden im Auftrage des Verteidigungsministeriums unter besonderem Geheimhaltungsschutz Spezialgeräte hergestellt sowie seit 1964 auch dem Geheimhaltungsschutz nicht unterliegende Thermostaten. Diesem Schutz unterliegen ebenfalls nicht die im Werk II hergestellten Geräte der Regeltechnik. Im Werk II ist der 1934 geborene Kläger seit dem 1. Februar 1960 als Werkzeugmacher und Ersatzteil-Kontrolleur tätig. Seit April 1960 ist er Mitglied und seit 1961 Vorsitzender des neunköpfigen Betriebsrats des Werkes II. Dieser Betriebsrat vertritt seit der 1964 erfolgten Verlegung der Thermostatenfertigung vom Werk II in das Werk I auch die dort mit der Thermostatenherstellung beschäftigten Arbeitnehmer. Außerdem ist der Kläger stellvertretender Vorsitzender des Gesamtbetriebsrats.

Der Kläger war Mitglied der FDJ und auch der KPD vor deren Verbot gewesen und hatte 1960 bei den Kommunalwahlen für die Unabhängige Wählergruppe, eine kommunistische Ersatzorganisation, kandidiert. In den Jahren 1960 bis 1965 hatte er mehrfach Reisen nach Thüringen und Sachsen unternommen und sich dort, wie die Beklagte behauptet, an politischen Veranstaltungen beteiligt; auch in Moskau war er gewesen. Im Februar 1965 nahm er in Mannheim an der 21. Deutschen Arbeiterkonferenz teil (die 20 vorhergehenden hatten in Leipzig bzw. anderen im östlichen Bereich gelegenen Orten stattgefunden) und im Juni 1965 in Offenbach an einem "Gespräch zwischen Arbeitnehmern aus der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik". Sowohl in Mannheim als in Offenbach hatte er sich zu Wort gemeldet. Er hat sich dabei für persönliche Kontakte zwischen der Arbeiterschaft von hüten und drüben eingesetzt; die hiesigen Arbeiter könnten dort vieles lernen, vor allem hinsichtlich der betrieblichen Mitbestimmung. Bei Gesprächen mit Betriebsangehörigen verteidigte er die Mauer in Berlin als wirtschaftspolitische



Notwendigkeit mit der Konsequenz, daß dort auch geschossen werden müsse.

Der bei der Beklagten als Zeitnehmer beschäftigte F , der selbst einmal auf einer Arbeiterkonferenz in Erfurt mit dem Kläger zusammen gewesen war, meldete der Beklagten am 7. März 1966, daß der Kläger im Betriebsrat politisch agitiere.

Am 22. April 1966 kündigte die Beklagte, ohne zuvor den Betriebsrat angehört zu haben, dem Kläger schriftlich wie folgt:

" ...

Wie wir soeben in Erfahrung gebracht haben, haben Sie im Betrieb der Firma H G.m.b.H., Werk Regeltechnik D , während der Arbeitszeit Propaganda für die verbotene Kommunistische Partei bzw. die Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (SED) getrieben. Diese Propaganda haben Sie, was besonders erschwerend wirkt, während Ihrer Tätigkeit als Betriebsratsvorsitzender des Werkes während Betriebssitzungen ausgeübt.

Wie Ihnen zweifellos bekannt sein wird, haben Sie sich mit der Verbreitung kommunistischen Ideenguts einer Handlung schuldig gemacht, die nicht nur einen groben Verstoß gegen das Betriebsverfassungsgesetz darstellt, sondern auch eine schwerwiegende Verletzung der Ihnen aus dem Arbeitsverhältnis obliegenden Verpflichtungen beinhaltet. Aufgrund dieses Ihres Verhaltens sehen wir uns nicht in der Lage, das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fortzuführen. Wir kündigen dieses Arbeitsverhältnis daher fristlos mit sofortiger Wirkung - hilfsweise fristgemäß zum nächstmöglichen Termin - auf.

Gleichzeitig weisen wir Sie darauf hin, daß Sie zum Betreten der Grundstücke der Firma H oder irgendwelcher sich auf deren Grundstücken befindlichen Gebäuden nicht mehr berechtigt sind. Das Betreten von unseren Grundstücken und Gebäuden wird Ihnen hiermit ausdrücklich untersagt. Sollten Sie diesem Verbot zuwiderhandeln, werden wir un-nach-sichtig Strafanzeige und Strafantrag gemäß § 123 Strafgesetzbuch gegen Sie stellen."

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrage festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden ist. Ferner hat er Zahlungsklage auf seine Bezüge nach der Kündigung erhoben.

- 4 -



Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil dem Feststellungsantrage entsprochen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Es hat die Kündigung schon deshalb als unwirksam angesehen, weil vor ihrem Ausspruch die Beklagte den Betriebsrat nicht angehört hatte, wie es nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts durch § 66 Abs. 1 BetrVG geboten gewesen sei. Außerdem hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß es an einem wichtigen Grunde für eine außerordentliche Kündigung fehle. Es hat untersucht, ob der Kläger sich strafbar nach § 90 a StGB gemacht habe oder doch in den dringenden Verdacht dieser strafbaren Handlung geraten sei, was es verneint hat. Es hat weiter untersucht, ob der Kläger sich parteipolitisch im Betriebsrat betätigt habe und hat auch diese Frage verneint. Es hat schließlich dem Kläger zwar als unkollegial und unduldsam zur Last gelegt, daß er einen katholischen Mitarbeiter wegen seiner Teilnahme an einer Fronleichnamsprozession gehänselt hatte, hat aber gemeint, das reiche ohne vorherige Abmahnung zur fristlosen Kündigung nicht aus. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

### Entscheidungsgründe:

I. Die fristlose Kündigung ist nicht deswegen unwirksam, weil die Beklagte der Bestimmung des § 66 Abs. 1 BetrVG zuwider den Betriebsrat zuvor nicht gehört hat.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung (BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG) und weiter in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die vorherige Anhörung des Betriebsrats keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung ist. An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Für sie spricht der Sinn des § 66 BetrVG, das jeweilige Aufgabengebiet des Kündigungsschutzgesetzes einerseits und des Betriebsverfassungsgesetzes andererseits sowie die zeitliche Reihenfolge der beiden Gesetze.



Das, was der Gesetzgeber der Weimarer Zeit in seinem einheitlichen Gesetz, nämlich im Betriebsrätegesetz von 1920, geregelt hatte, wurde jetzt in zwei Gesetzen, dem Kündigungsschutzgesetz von 1951 einerseits und dem diesem Gesetz nachfolgenden Betriebsverfassungsgesetz von 1952 andererseits, geregelt. Während der Individualschutz des einzelnen Arbeitnehmers nach dem Betriebsrätegesetz von 1920 von der Mitwirkung des Betriebsrats abhängig war, hat das Kündigungsschutzgesetz auf diese Sperrfunktion des Betriebsrats verzichtet und dem entlassenen unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmer den Weg zu den Gerichten eröffnet, ohne daß dieser zuvor den Betriebsrat in Anspruch nehmen muß. Der Kündigungseinspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsrat nach § 2 des Kündigungsschutzgesetzes ist nicht obligatorisch ausgestaltet, sondern ganz in die Wahl des Arbeitnehmers gestellt. Der Einspruch legt dem Betriebsrat nur die Verpflichtung auf zu versuchen, eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Weiter hat das Kündigungsschutzgesetz die sozial ungerechtfertigte Kündigung zwar für rechtsunwirksam erklärt, läßt diese Folge aber nur eintreten, wenn der entlassene Arbeitnehmer diese Kündigung binnen drei Wochen mit einer Feststellungsklage bei Gericht angreift. Das Kündigungsschutzgesetz hat darüber hinaus in § 11 bestimmt, daß für den unter seinen Schutzbereich fallenden Personenkreis diese Dreiwochenfrist auch hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung gilt. Die Gesamtkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes ist somit gekennzeichnet durch eine individualrechtliche Lösung und die obligatorische fristgebundene Inanspruchnahme der Gerichte in einem zivilprozessual ausgerichteten Verfahren. Ganz anders das kollektivrechtlich ausgerichtete Betriebsverfassungsgesetz; hier gibt es Strafsanktionen, Einigungs- und Vermittlungsstellen sind vorgesehen; 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 in dem Betriebsverfassungsgesetz, würde die Bestimmung in



§ 66 Abs. 2 eine unmittelbare individualrechtliche Bedeutung als Wirksamkeitsvoraussetzung in dem Sinn haben, daß die Kündigung sonst nichtig wäre. Die genannte Gesetzesvorschrift ist vielmehr in Parallele zu der ebenfalls dem Wortlaut nach als Mußvorschrift gefaßten Bestimmung in § 61 Abs. 1 zu sehen. Nach § 61 BetrVG hat der Arbeitgeber vor der Einstellung eines neuen Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen. Genauso wie die Unterlassung dieser Pflicht bei der Einstellung die Anstellung nicht unwirksam macht, so macht auch die Nichtanhörung des Betriebsrats vor der Kündigung diese nicht schon nichtig. Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen, daß sogar eine Kündigung, die vom Arbeitnehmer gar nicht angegriffen wird, unwirksam bleiben müßte, wenn der Betriebsrat vorher nicht gehört ist, und es sich dann nur fragen könnte, ob das Arbeitsverhältnis etwa durch einen Aufhebungsvertrag geändert wurde, zu dem die Kündigung des Arbeitgebers als Angebot und das Schweigen des Arbeitnehmers als Annahme dienen müßte.

Wenn bei den Beratungen des Betriebsverfassungsgesetzes im zuständigen Bundesausschuß ein Bundesland den Antrag auf eine Zusatzbestimmung, daß nämlich eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung nichtig sei, einbringen wollte, und dieser Antrag mit der Begründung, eine solche Rechtsfolge sei selbstverständlich, abgelehnt worden ist (vgl. Reuß, RdA 54, 57 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 Folgerungen bewußt gewesen sein. Außerdem kommt es, worauf der Senat in seinem Urteil vom 14. Februar 1963 (AP Nr. 22 zu § 66 BetrVG) hingewiesen hat, auf solche Meinungsäußerungen von Ausschußmitgliedern hier nicht entscheidend an. In den maßgebenden 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 53, 1407). Das kommt auch im Abs. 3 des § 66 BetrVG zum Ausdruck. Wenn der Abs. 1 eine kündigungsschutzrechtliche Bedeutung hätte haben sollen, so hätte es in Abs. 3 heißen müssen, daß "im übrigen" das Kündigungsschutzgesetz unberührt bleibe. Es heißt aber folgerichtig, daß das Kündigungsschutzgesetz schlechthin unberührt bleibt. Unmittelbare zivilrechtliche Folgen der Nichtigkeit aus der Nichtanhörung des Betriebsrats lassen sich auch nicht etwa aus § 134 BGB herleiten. Unter § 134 fällt nur der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, nicht aber schon ein Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot.

Bei der Auslegung des § 66 Abs. 1 darf auch nicht übersehen werden, daß die dort geregelte Anhörung in der allgemeinen Gesetzessprache einen ganz bestimmten Sinn hat. Es sei hier etwa an die Bestimmung des BGB in §§ 1695, 1687, 1826, 1827 und 1847 sowie des § 48 JWG erinnert, wo bestimmt ist, daß die Eltern, der Beistand, der Gegenvormund, das Mündel, Verwandte und das Jugendamt vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden sollen. Zur Entscheidung ist allein das Vormundschaftsgericht berufen; es soll aber, bevor es seinen Willen bildet, noch die im Gesetz aufgeführten Beteiligten anhören. Hierbei handelt es sich zwar um eine Soll-Vorschrift, aber nicht etwa um ein freies, sondern um ein pflichtgebundenes Ermessen. Unterläßt das Vormundschaftsgericht diese Anhörung, auch wenn die Pflicht dazu offensichtlich ist, so macht das seinen Beschluß nicht unwirksam. Das Beschwerderecht der übergangenen Beteiligten führt nicht zu einer rein formellen Aufhebung des Beschlusses mit der Auflage an das Vormundschaftsgericht, die Beteiligten noch anzuhören; vielmehr hat das Beschwerdegericht die übergangenen Beteiligten zu hören (vgl. NJW 56, 1156) und materiell nachzuprüfen, ob der Beschluß unter Berücksichtigung dessen, was die übergangenen Beteiligten vorgetragen haben, richtig, zweckmäßig und sinnvoll war. Dabei kann durchaus der ohne die vorgeschriebene Anhörung zustandgekommene Beschluß des Vormundschaftsgerichts bestätigt werden. - Ähnlich ist § 66 Abs. 1 BetrVG zu verstehen. Die Entscheidungsbefugnis



Über die Kündigung steht allein dem Arbeitgeber zu. Er hat aber vor der Bildung seines Willens den Betriebsrat anzuhören.

Macht hiernach die Unterlassung dieser Anhörung die Kündigung nicht unwirksam, so bleibt doch die Möglichkeit, daß dieser Mangel sich bei der gerichtlichen Nachprüfung der Kündigung auf ihre sachliche Berechtigung hin auswirkt. Da diese gerichtliche Nachprüfung sich nach den Regeln des Kündigungsschutzgesetzes vollzieht, bot es sich für die Rechtsprechung an, die Nichtanhörung des Betriebsrats sich im Rahmen dieses Gesetzes auswirken zu lassen. Von daher gesehen ist es auch durchaus folgerichtig, daß die Auswirkung der Nichtanhörung des Betriebsrats 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 eben nach dem Willen des Gesetzgebers noch keinen Kündigungsschutz. Das sie für das Betriebsverfassungsrecht erfassende Betriebsverfassungsgesetz verweist in § 66 Abs. 3 für den Kündigungsschutz auf das Kündigungsschutzgesetz, und dieses gewährt ihnen eben keinen Kündigungsschutz.

Das Bundesarbeitsgericht hat seit seiner Entscheidung vom 15. September 1954 (BAG 1, 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG) die zivilrechtliche Auswirkung der Nichtanhörung des Betriebsrats dahin festgelegt, daß der Arbeitgeber in dem um die Kündigung geführten Prozeß sich nicht auf Gründe berufen kann, die seine Kündigung nach § 1 KSchG sozial zu rechtfertigen vermögen. Gewiß hättender Rechtsprechung wohl auch noch andere Wege offengestanden, etwa der, den übergangenen Betriebsrat nachträglich anzuhören und das Gewicht seiner Gründe mit zu würdigen. Zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung des § 66 Abs. 1 BetrVG werden aber die Arbeitgeber besser angehalten, wenn sie wissen, daß sie ohne Anhörung des Betriebsrats sich überhaupt nicht auf die Gründe berufen können, die eine Kündigung nach § 1 KSchG sozial zu rechtfertigen vermögen. Das erklärt die radikalere vom Bundesarbeitsgericht gewählte Lösung, deren letzter Grund in einer Anwendung des § 242 BGB besteht.



Es ist eben ein Rechtsmißbrauch, der Vermutung einer Sozialwidrigkeit der Kündigung mit Gründen zu begegnen, zu denen die Möglichkeit, Stellung zu nehmen, dem Betriebsrat bewußt vorenthalten wird, obwohl gerade auf dem sozialen Gebiete einer seiner wesentlichen Aufgabenbereiche liegt. Es gilt der Grundsatz, daß demjenigen Vertragspartner, der sich bewußt über gesetzliche Bestimmungen hinwegsetzt, die zugunsten des anderen Vertragspartners erlassen sind, entsprechende andere Bestimmungen nicht zugute kommen.

Das läßt 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). Man kann nicht etwa sagen, daß es einer außerordentlichen Kündigung am wichtigen Grunde fehle, wenn der Betriebsrat nicht vorher gehört worden ist. Das liefe auf eine unzulässige Beschränkung des allen Dauerschuldverhältnissen seit eh und je immanenten Rechts zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde hinaus. Deshalb gibt es bei der außerordentlichen Kündigung überhaupt keine zivilrechtliche Folge bei Nichtanhörung des Betriebsrats, 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 Personalrats für die außerordentliche Kündigung ohne Rechtsfolge bleibt.

Die unterschiedliche Behandlung von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung entspricht dem tiefgreifenden Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten. Sie erspart der Rechtsprechung die sonst erforderliche mitunter schwierige Abgrenzung der außerordentlichen Kündigung von der Anfechtung (etwa für Fälle des § 123 Ziff. 1 GewO, bei der es keine Pflicht zur Anhörung des Betriebsrats und demzufolge auch zweifelsfrei keine rechtliche Folge der Nichtanhörung gibt. Zu bedenken ist auch, daß die außerordentliche Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen zusammenfassend anstelle (oder vor) einer Vielzahl von Rechtsbehelfen steht, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch im Allgemeinen Teil und

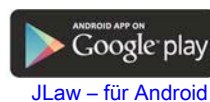


im Zweiten Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse allgemein und damit insbesondere für die nicht auf Dauer gerichteten Schuldverhältnisse bereit hält. So übernimmt bei Dauer-schuldverhältnissen die außerordentliche Kündigung u. a. die Funktion des gesetzlichen Rücktritts nach §§ 325, 326 BGB, des hieraus von der Rechtsprechung entwickelten Rücktritts-rechts wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage und weitgehend auch die der Anfechtung nach § 119 ff. BGB. Alle diese und ähnliche Rechtsbehelfe gehören wesensmäßig nicht zum sozialen Bereich. Sie dort einzuordnen, wäre nicht sachgerecht. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene außerordent-liche Kündigung als Rechtsmißbrauch anzusehen, geht um des-willen nicht an, weil diese Kündigung von einem wichtigen Grund abhängt. Entweder besteht ein wichtiger Grund, dann ist die Kündigung niemals unsozial, oder aber er besteht nicht, dann ist die Kündigung ohnehin unwirksam.

Für die außerordentliche Kündigung beschränken sich demgemäß die Rechtsfolgen der Nichtanhörung des Betriebs-rats auf die betriebsverfassungsrechtlichen Sanktionen des Betriebsverfassungsgesetzes (vgl. hierzu BAG 4, 306 = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG und neuerdings Sacker, DB 1967, 2027 u. 2072). Dennoch wird ein besonnener Arbeitgeber tunlichst auch vor der außerordentlichen Kündigung schon im eigenen Interesse den Betriebsrat hören; er kann sich auf diese Weise unter Umständen den Verlust des nachfolgenden Kündigungs-streits ersparen, wenn er z. B. vom Betriebsrat dahin aufge-klärt wird, daß die vermuteten Kündigungsgründe in Wahrheit nicht bestehen.

II. Auch mit der materiellen Frage, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorgelegen habe, hat sich das Landesarbeitsgericht zu Recht im Interesse der Prozeß-ökonomie befaßt. Es hat angenommen, daß die Beklagte für ihre fristlose Kündigung keinen wichtigen Grund im Sinne des § 124 a GewO nachgewiesen habe. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

1. Die Revision rügt zunächst, daß das Landesarbeits-gericht einen unrichtigen, unvollständigen und prozessual



unzureichend festgestellten Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde gelegt habe. Diese Rüge greift nicht durch. Alles was die Beklagte in ihrem nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 10. November 1967 rügt, ist als prozessuale Rüge verspätet.

Soweit die Beklagte in diesem Schriftsatz behauptet, sie habe geheime Staatsaufträge erst seit 1962 und mithin nicht, wie das Landesarbeitsgericht auf Seite 17 des Urteils festgestellt hat, schon seit der Einstellung des Klägers ausgeführt, hätte die Beklagte diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts mit einem Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes gemäß § 320 ZPO bekämpfen müssen. Da das nicht geschehen ist, muß das Revisionsgericht von der Feststellung des Landesarbeitsgerichts ausgehen.

Die im Schriftsatz vom 10. November 1967 aufgestellten Behauptungen, der Kläger habe dem Wirtschaftsausschuß angehört und habe als solcher einen Einblick selbst in den geschützten Bereich ihrer Produktion gewinnen können, auch sei die Kantine für den geschützten und ungeschützten Bereich die gleiche gewesen, was dem Kläger die Kontaktnahme zu Arbeitern des geschützten Bereichs erleichtert habe, sind neu und daher für das Revisionsgericht unbeachtlich. Soweit die Beklagte rügt, daß das Landesarbeitsgericht den Beweisantrag ihres Schriftsatzes vom 4. November 1966, der Kläger sei auch noch im März 1966 zu einer Arbeiterkonferenz in Leipzig gewesen, unbeachtet gelassen hat, ist auch das als prozessuale Rüge, weil nicht in der Revisionsbegründung vorgetragen, unbeachtlich.

Zwar zulässig, aber unbegründet ist die in der Revisionsbegründung erhobene Rüge aus § 139 ZPO. Die Beklagte erblickt einen Verstoß gegen diese Bestimmung darin, daß das Landesarbeitsgericht erklärt hatte, die Vernehmung des Zeugen H vom Bundesamt für Verfassungsschutz erstrecke sich ohnehin auf den Begriff des Vertrauensmannes, dessen Tätigkeitsfeld und seine Bindung zum Osten, ohne darauf hinzuweisen, daß es den Bekundungen des Zeugen nicht den gleichen Beweiswert wie den Ausführungen eines Sachverständigen beimessen werde.



Dadurch sei die Beklagte veranlaßt worden, ihren Antrag auf Vernehmung des Zeugen H. als eines Sachverständigen fallenzulassen. Auch habe das Landesarbeitsgericht seine eigene Sachkunde überschätzt, indem es geglaubt habe, ohne einen Sachverständigen auskommen zu können. Dadurch habe es gegen § 286 ZPO verstoßen. Soweit der Zeuge H. zu der Tätigkeit der Vertrauensmänner des FDGB in der Bundesrepublik im allgemeinen als Zeuge ausgesagt hat, hat das Landesarbeitsgericht jedoch die Richtigkeit der Aussage gar nicht angezweifelt. Wenn das Landesarbeitsgericht der Aussage des Zeugen H. als der eines Zeugen vom Hörensagen geringeren Beweiswert zugemessen hat, so bezieht sich das nicht auf das, was der Zeuge abstrakt über die Tätigkeit der Vertrauensleute des FDGB bekundet hat, sondern auf die konkrete Betätigung des Klägers. Soweit H. allgemeine Erfahrungen bekundet hat, sind sie vom Landesarbeitsgericht nicht angezweifelt worden. Das Landesarbeitsgericht hat es aber abgelehnt, fehlende Fakten durch Vermutungen zu ersetzen. Darin liegt keine Überschätzung der eigenen Sachkunde und somit auch kein Verfahrensverstoß. Die Beklagte verkennt, daß es nicht auf die allgemeine Gefährlichkeit von Verbindungsleuten ankommt, sondern allein auf das, was hier dem Kläger zur Last fällt.

Die Angriffe gegen die Beweiswürdigung, die das Landesarbeitsgericht bei der Aussage des Zeugen F. vorgenommen hat, gehen fehl. Das Tatsachengericht ist gemäß § 286 ZPO in seiner Beweiswürdigung frei. Es stellt keinen Rechtsverstoß dar, wenn hier das Landesarbeitsgericht gewisse Bedenken gehabt hat, dem Zeugen F. voll zu folgen, geht doch auf seinen Bericht die Kündigung zurück.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß das angefochtene Urteil in einer Reihe von Erwägungen nicht befriedigt. So hat es bei der Abwägung das Interesse des Arbeitgebers nicht genügend in Betracht gezogen. Es genügt zur Ablehnung einer Kündigung aus Sicherheitsbedürfnis nicht schon, darauf hinzuweisen, daß die Beklagte ihren Betrieb in einem Orte angesiedelt hat, der eine relativ starke kommunistische Bevölkerung von jeher hatte; auch nicht, daß die Beklagte



dem Kläger eine effektive Agenten- und Spionagetätigkeit weder vorgeworfen noch nachgewiesen hat. In diesem Zusammenhang ist es auch zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht meint, hier sei die besondere Kenntnis, die der Kläger als Betriebsratsmitglied habe, unerheblich. Auch sind die Reisen des Klägers nach Thüringen und Sachsen, wo er an Arbeiterkonferenzen teilgenommen hat, nicht auf eine Stufe zu stellen mit Verwandtenbesuchen. Schließlich hat das Landesarbeitsgericht den Fall vornehmlich unter der Fragestellung gesehen, ob der Kläger schuldhaft seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrage verletzt hat. Wie schon § 123 Ziff. 8 GewO - abschreckende Krankheit - zeigt, können auch durchaus unverschuldete Gründe unter Umständen einen wichtigen Grund abgeben. Es hätte nahegelegen, die Frage einer Kündigung aus Sicherheitsbedürfnis auch in dieser Blickrichtung zu sehen.

Diese Fehler im landesarbeitsgerichtlichen Urteil zwingen das Revisionsgericht, bevor es sich etwa zu einer Aufhebung und Zurückverweisung entschließt, zu der Prüfung, ob das Vorbringen der Beklagten einschließlich ihrer Beweisangebote und unter Berücksichtigung von Feststellungen des Landesarbeitsgerichts überhaupt noch schlüssig ist. Daran fehlt es hier.

Die Schlüssigkeitsprüfung mußte sich erstrecken auf

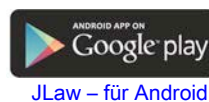
- a) das Sicherheitsbedürfnis der Beklagten,
- b) die parteipolitische Betätigung im Betriebsrat,
- c) die Störung des Betriebsfriedens,
- d) die Frage des dringenden und unausweichlichen Verdachts einer strafbaren Handlung nach § 90 a StGB.

Was zunächst die Kündigung aus Sicherheitsbedürfnis angeht, auf das die Beklagte - jedenfalls in der Revisionsinstanz - vornehmlich ihre Kündigung gestützt hat, so fehlt es hier an konkreten Angaben. Inwieweit gerade der Kläger, etwa durch seine besonderen Kenntnisse, die er kraft seines Amtes als Betriebsratsvorsitzender und stellvertretender Vorsitzender des Betriebsrats hat und haben kann, eine Gefährdung für das Sicherheitsbedürfnis der Beklagten darstellt, ist nicht näher substantiiert.



Die Beklagte hat es in den Tatsacheninstanzen an jeglicher konkreten Angabe fehlen lassen. Sie hat nicht etwa angegeben, daß der Kläger mit den Arbeitern des geschützten Bereichs in Kontakt gekommen sei oder die Möglichkeit gehabt habe, den geschützten Bereich zu betreten. In der Revisionsinstanz hat die Beklagte die Behauptung aufgestellt, daß der Kläger auch noch dem Wirtschaftsausschuß angehört habe. Diese Behauptung ist, abgesehen davon, daß sie verspätet aufgestellt ist, auch unschlüssig. Denn gemäß § 67 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes haben die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses Anspruch, über die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens anhand der Unterlagen unterrichtet zu werden nur, soweit dadurch nicht die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens gefährdet werden. Als Mitglied des Betriebsrats hat der Kläger für die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften zu sorgen, hat also auch die Arbeitsplätze zu besichtigen, jedoch nur für den ungeschützten Bereich, in dessen Betriebsrat er tätig war. Daß er auch dem Gesamtbetriebsrat angehörte, berechtigt ihn noch nicht, auch die Arbeitsplätze des geschützten Bereichs einer Kontrolle zu unterziehen. Denn der Gesamtbetriebsrat ist gemäß § 48 BetrVG nur zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Die Beklagte hat nicht vorgebracht, daß hier etwa durch Betriebsübung dem Gesamtbetriebsrat eine weitergehende Stellung eingeräumt worden sei. Aus diesen gesetzlichen Gründen kann auch nicht die Rede davon sein, daß die Beklagte das Vertrauen ihrer Auftraggeber in die Geheimhaltung verliert, solange sie nicht auch hierfür konkrete Angaben macht.

Soweit dem Kläger parteilpolitische Betätigung im Betriebsrat vorgeworfen wird, war folgendes zu beachten. Daraus, daß die KPD in der Bundesrepublik verboten ist, würde eine Betätigung im Sinne der KPD nicht etwa den Charakter einer "partei"-politischen Betätigung verlieren. Als parteipolitische Betätigung müßte es deshalb durchaus angesehen



werden, wenn der Kläger Schreiben des FDGB und ähnlicher östlicher Organisationen im Betriebsrat verliert. Das wäre nicht anders zu behandeln, als wenn hier zugelassene Parteien ein Schreiben an den Betriebsrat richten und der Betriebsratsvorsitzende diese verliert. Aber die Reaktion des Gesetzes auf eine parteipolitische Betätigung des Betriebsratsmitglieds im Betriebsrat ist das Verfahren nach § 23 BetrVG. Eine fristlose Kündigung könnte auf die parteipolitische Betätigung im Betriebsrat nur dann gestützt werden, wenn durch diese auch eine Störung des Betriebsfriedens eintritt.

Was nun die Frage anlangt, ob der Kläger den Frieden im Betriebe selbst gestört hat, so konnte hier der Senat sich den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts im wesentlichen anschließen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Begriff des Betriebsfriedens so eng aufzufassen ist, wie ihn das Landesarbeitsgericht gesehen hat, nämlich nur von der Seite des Arbeitnehmers, oder ob nicht auch der Arbeitgeber mit berücksichtigt werden muß. Denn jedenfalls hat der hierzu von der Beklagten benannte und gehörte Zeuge S bekundet, daß es der Kläger nicht an der nötigen Zusammenarbeit mit der Betriebsleitung hat fehlen lassen.

Der Betriebsfrieden hätte vielleicht gestört werden können durch Äußerungen, wie sie der Kläger über die Mauer in Berlin gemacht hat. Denn seine Äußerungen zeigen, daß er den Mauerbau und den Schießbefehl nur unter dem Gesichtspunkt ökonomischer Gegebenheiten sieht, nicht aber der tragischen Trennung von Menschen, die durch Familie und Liebe miteinander verbunden sind. Weiter könnte der Betriebsfrieden gestört werden durch seine doch im wesentlichen lobenden Berichte über seine Reisen nach Thüringen, Sachsen und Moskau, die er jeweils vor Beginn und nach Schluß der Betriebsrats-sitzungen gegeben hat. Hierdurch ist aber nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts der Betriebsfrieden tatsächlich nicht gestört worden. Gestört wurde er hingegen - wie das Landesarbeitsgericht feststellt - durch die häßlichen Äußerungen des Klägers gegenüber dem katholischen Mitarbeiter B, den er wegen seiner Teilnahme an der Fron-



leichnamsprozession verächtlich zu machen versuchte. Dabei ist besonders unerfreulich, daß der Kläger, der wegen seiner eigenen politischen Einstellung die Toleranz seiner Mitbürger für sich in Anspruch nimmt, sich so intolerant gegenüber einem weltanschaulich anders festgelegten Menschen verhält. Daß hierin also eine Störung des Betriebsfriedens liegen kann; hat das Landesarbeitsgericht nicht verkannt. Es hat aber gemeint, daß es noch einer Abmahnung des Klägers bedurft hätte. Darin liegt kein Rechtsfehler. Bei der Frage, ob eine Abmahnung erforderlich ist, kommt es, worauf der Senat in seinem Urteil vom 19. Juni 1967 - 2 AZR 287/66 - (AP Nr. 1 zu § 124 GewO = ArbRB1. Kündigung IX, Kündigungsgrund Entscheidung Nr. 31) hingewiesen hat, darauf an, welche Funktionen die fristlose Kündigung im Einzelfall auszuüben hat, ob sie etwa anstelle des gesetzlichen Rücktritts getreten ist. Soweit es sich um Störungen im Leistungsbereich handelt - und dazu gehört auch die Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht, den Betriebsfrieden nicht zu gefährden -, hat die fristlose Kündigung die Funktion des gesetzlichen Rücktritts, der in der Regel eine Abmahnung erfordert, wie der Senat im vorgenannten Urteil näher ausgeführt hat. Auch im Mietrecht, das als das Recht eines Dauerschuldverhältnisses manche Parallele zum Recht des Dienst- und Arbeitsvertrages aufweist und wie dieses neben der ordentlichen Kündigung eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde kennt, hat gemäß §§ 542, 553 BGB der auf Störungen im Leistungsbereich gestützten außerordentlichen Kündigung eine Abmahnung vorauszugehen. Es liegt nichts dafür vor, daß der Kläger - und sei es auch nur aus taktischen Gründen - solcher Abmahnung nicht gefolgt wäre. Dem Berufungsgericht ist daher ein Rechtsfehler insoweit nicht nachzuweisen.

Was schließlich den Tatbestand des § 90 a StGB anlangt, nach welchem die Fortführung einer verbotenen politischen Partei, die Aufrechterhaltung ihres organisatorischen Zusammenhaltens und die Mitgliedschaft in einer Ersatzorganisation strafbar ist, so scheidet die strafbare Handlung als



solche hier aus, da das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt hat, daß nach dem vorliegenden Material eine Überführung des Klägers nicht möglich sei. Wohl aber mußte, wie es auch das Landesarbeitsgericht getan hat, geprüft werden, ob der Kläger im dringenden und unabweislichen Verdacht einer solchen strafbaren Handlung zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung gestanden hatte.

Es ist nicht zu verkennen, daß eine Reihe unstreitiger Fakten einen gewissen Verdacht gegen den Kläger begründet, sich im Sinne des § 90 a StGB strafbar gemacht zu haben. Er hat sich für eine als kommunistisch festgestellte Tarnorganisation als Kandidat für die Kommunalwahlen aufstellen lassen. Er ist mehrfach nach Sachsen und Thüringen gefahren und hat dort an Arbeiterkonferenzen teilgenommen. Er hat auch an solchen vom Osten gesteuerten Arbeiterkonferenzen in Mannheim und Offenbach teilgenommen. Das könnte darauf schließen lassen, daß der Kläger in eine vom Osten her gesteuerte, im Westen arbeitende Organisation eingegliedert ist. Dringend und unabweislich ist dieser Verdacht einer organisierten und konspirativen Zusammenarbeit (vgl. dazu BGHSt 20, 287 [289]) jedoch nicht. Um ihn unabweislich zu machen, wie es zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde erforderlich gewesen wäre, hätte es noch eines weitergehenden Sachvortrages und dazu eventuell einer eingehenden Parteivernehmung des Klägers bedurft, wie sie die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung auf Seite 4 beantragt und auch der Kläger in seinem Schriftsatz vom 31. Oktober 1966 auf Seite 11 angeregt hatte. In einer solchen Parteivernehmung hätte dem Kläger seine Angaben im Schriftsatz vom 31. Oktober 1966, er sei gar nicht zur Arbeiterkonferenz nach drüben gefahren, sondern zu privatem Besuch und auf seine Kosten, vorgehalten werden können, auch seine im Schriftsatz vom 3. Juni 1966 auf Seite 7 aufgestellte Behauptung, er sei nie Mitglied der KPD gewesen, die seinen eigenen Angaben im Schriftsatz vom 31. Oktober 1966 auf Blatt 10 widerspricht. Dem Kläger hätte dabei vorgehalten werden können, ob und eventuell woher er denn wußte, daß



gerade in den Tagen, in denen er Kurzurlaub nahm und nach Osten fuhr, dort Arbeiterkonferenzen stattfanden, wer ihm die Aufenthaltsgenehmigung besorgt hat und von wem er die Tagesspesen für sich und F erhalten hat. Auch konnte ihm vorgehalten werden, daß der normale Reisende nicht die Erlaubnis erhält, mit seinem Kraftfahrzeug nach Osten einzureisen, und es hätte die Frage aufgeworfen werden können, warum der Kläger sie erhielt. Eine Aufklärung solcher Fragen hätte möglicherweise zu einer unausweichlichen Verdichtung des Verdachts einer konspirativen Zusammenarbeit des Klägers mit dem FDGB oder einer organisierten Förderung der Ziele der verbotenen KPD im Westen geführt. Die Beklagte hat nun aber den Antrag auf Parteivernehmung des Klägers fallenlassen. Beide Parteivertreter haben im Termin vom 2. Januar 1967 erklärt, weitere Beweisanträge nicht stellen zu wollen. Das konnte im Zusammenhang mit dem zuvor protokollierten Beschluß des Landesarbeitsgerichts, daß von der Vernehmung der bereits geladenen Zeugen abgesehen werde, nur bedeuten, daß nicht nur keine neuen, sondern auch die alten angekündigten Beweisanträge nicht mehr gestellt würden. Beide Parteien haben mit dieser Erklärung zum Ausdruck gebracht, daß sie weiteres Tatsachen- und Beweismaterial dem Gericht nicht unterbreiten wollten und ein Sachurteil nach Maßgabe des bisher vorliegenden Materials - insbesondere also auch ohne eine Parteivernehmung des Klägers - erstrebten. Das Gericht hatte daher nur aufgrund des vorliegenden, jedoch für einen dringenden Tatverdacht nicht ausreichenden Sachverhalts zu entscheiden; das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, dem Tatsachengericht eine Erweiterung des Prozeßstoffes aufzugeben, zumal die Beklagte in diesem Zusammenhang weder § 139 noch § 286 ZPO gerügt hat.

Aufgrund aller dieser Erwägungen mußte die Revision zurückgewiesen werden.

gez. Dr. König

Dr. Meier-Scherling

Bundesrichter  
Dr. Rengier  
ist erkrankt.

Dr. König

Dr. Müller

A. Wörner

