

Abschrift  
**Landesarbeitsgericht  
Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 2 Sa 175/03**

2 Ca 3658/02 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 29. Juli 2003

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juli 2003 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 20. Februar 2003 - 2 Ca 3658/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Nr. 46

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien durch fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung des Beklagten.

Der Kläger ist am ...1967 geboren. Am 2. Mai 1995 wurde er in dem Betrieb des Beklagten bzw. dessen Vorgängers als Geräteführer und Arbeiter für Abbrucharbeiten eingestellt. Der Beklagte befasst sich mit der Durchführung von Handabbrucharbeiten Asbestsanierung, Erdbau und Containerservice. Am Einstellungstag unterzeichnete der Kläger eine Belehrung über das absolute Alkoholverbot im Betrieb (Bl. 11 d. A.). Der Beklagte übernahm den Betrieb am 10. April 2000. Strittig ist, ob er aus diesem Anlass auch ausdrücklich auf das Weiterbestehen des Alkoholverbotes hinwies.

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22. August 2002 (Bl. 5 d. A.) fristlos, hilfsweise fristgerecht. Hiergegen richtet sich die vom Kläger am 5. September 2002 erhobene Klage, die das Arbeitsgericht mit Urteil vom 7. November 2002, auf das hinsichtlich der Einzelheiten verwiesen wird, abgewiesen hat. Hiergegen hat der Kläger rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt er vor, das Arbeitsgericht habe seine Erklärung vor dem Arbeitsgericht Hamburg nicht als Geständnis werten dürfen. Prozessrechtlich handele es sich nicht um ein solches. Eine Abmahnung habe er von dem Beklagten nicht erhalten. Nach Übernahme des Betriebs durch den Beklagten sei eine Wiederholung der Belehrung vom 2. Mai 1995 unterblieben. Der Beklagte habe auch geduldet, dass er, der Kläger und auch andere Kollegen gelegentlich in der Mittagspause eine Flasche Bier getrunken hätten. Damit habe der Beklagte den Eindruck vermittelt, dass das absolute Alkoholverbot nicht mehr gelten solle. Diese Praxis stehe auch im Einklang mit der Üblichkeit im Baugewerbe. Er sei nicht abgemahnt worden. Der Beklagte habe auch niemals geprüft, ob er, der Kläger, möglicherweise alkoholkrank sei. Zudem treffe die Darstellung des Beklagten zum Verlauf 22. August 2002 nicht zu. An diesem Tag habe er gearbeitet und nur während der Mittagspause eine Flasche Bier getrunken. Das Gericht habe dem Zeugen P... vielfach unzulässige Suggestivfragen gestellt und die Verhandlung solange hinausgezögert, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers aus Zeitgründen wegen eines anschließenden weiteren Termins vor dem Arbeitsgericht Hamburg nicht mehr die Gelegenheit gehabt habe, Fragen an diesen Zeugen zu stellen. Eine entsprechende Erklärung sei nicht in das Protokoll aufgenommen worden. Die Ver-

handlung habe bereits wegen einer umfangreichen Vorberatung mit Verspätung begonnen und habe sich mit wiederholten Unterbrechungen hingezogen.

Da die Kündigung unwirksam sei, stehe ihm auch die Vergütung unter Berücksichtigung des anderweitigen Verdienstes zu.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die mündliche fristlose Kündigung vom 22. August 2002 noch durch die schriftliche Kündigung vom 22. August 2002, zugegangen am 24. August 2002, aufgelöst wurde;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die fristgemäße Kündigung des Beklagten vom 24. August 2002 aufgelöst wurde;
3. den Beklagten für den Fall des Obsiegens mit den Feststellungsanträgen zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Geräteführer und Arbeiter für Abbrucharbeiten mit einem Stundenlohn von 11,50 EUR brutto und einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden zu beschäftigen und zu vergüten;
4. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Lohnmonat August 2002 890,43 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2002 zu zahlen;
5. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Lohnmonat September 2002 2.546,43 EUR brutto abzgl. anderweitigen Verdienstes in Höhe von 580,00 EUR netto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2002 zu zahlen;
6. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Lohnmonat Oktober 2002 weitere 2.546,43 EUR brutto abzgl. anderweitigen Verdienstes in Höhe von 1.328,37 EUR netto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2002 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, es bestehe in seinem Betrieb ein absolutes Alkoholverbot. Der Kläger habe in erheblicher Weise hiergegen verstoßen. Die Belehrung vom 2. Mai 1995 sei u. a. am Tag der Übernahme des Unternehmens durch den Beklagten wiederholt worden. Der Kläger sei, wie er selbst mit

Schriftsatz 5. Februar 2002 bestätigt habe, vor etwa zwei Jahren an das Alkoholverbot erinnert worden. Unzutreffend sei, dass das Alkoholverbot nicht ernsthaft durchgesetzt worden sei. Er, der Beklagte, habe den Genuss von Bier in der Mittagspause nicht geduldet. Er habe vielmehr in der Vergangenheit bei festgestelltem Alkoholkonsum des Klägers und seiner anderen Mitarbeiter sofort mit einer mündlichen Abmahnung reagiert. Bereits vor Kündigung des Klägers habe es eine alkoholbedingte Kündigung eines anderen Mitarbeiters gegeben. Das absolute Alkoholverbot sei auch wegen der Tätigkeit des Klägers wirksam. Auch die Interessenabwägung müsse zu Lasten des Klägers ausfallen.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung hat nicht Erfolg.

Der Kläger hat nicht Anspruch auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose und auch nicht durch die fristgerechte Kündigung beendet worden ist und auch nicht auf Zahlung der Vergütung nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist hier eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zulässig, § 626 Abs. 1 BGB.

Dass im Betrieb der Beklagten ein Alkoholverbot besteht, ist letztlich zwischen den Parteien unstrittig. Strittig ist die Frage, ob der Beklagte des Öfteren belehrt hat und ob er gelegentlichen Alkoholkonsum in der Mittagspause geduldet hat. Tatsache ist aber, dass der Kläger die Belehrung über das absolute Alkoholverbot am 2. Mai 1995 unterzeichnet hat. Dass er wusste, dass das Alkoholverbot nach wie vor galt, ergibt sich aus seiner Erklärung vor dem Arbeitsgericht Hamburg, sei diese Erklärung nun als Geständnis oder als einfache Erklärung gegenüber dem Gericht zu werten. Nach der Äußerung des Klägers steht fest, dass im Betrieb mehrfach gesagt worden war, dass die Mitarbeiter Alkohol nicht zu sich nehmen dürften. Dem Kläger war mithin

bewusst, dass es ein Alkoholverbot gab und dass der Beklagte Wert darauf legte, dass dieses beachtet wurde.

Soweit der Kläger nunmehr geltend macht, er habe, als er sich gegenüber dem Arbeitsgericht Hamburg geäußert habe, nicht gewusst, was eine „Abmahnung“ sei, insbesondere sei nicht eine schriftliche Abmahnung erfolgt, kommt es hierauf nicht an. Jedenfalls war ihm klar, dass sich diese Äußerung des Beklagten auf das Arbeitsverhältnis bezog. Dem Kläger war mithin hinreichend deutlich, dass der Beklagte das bestehende Alkoholverbot auch durchsetzen würde.

Ob der Beklagte, wie der Kläger es behauptet, aus Anlass der Übernahme des Betriebes nicht darauf hingewiesen hat, dass das Alkoholverbot weiterbestehe, ist ohne Bedeutung. Ein derartiger Hinweis war im Hinblick darauf, dass ein Betriebsübergang stattfand, § 613 a BGB, überflüssig. Die Arbeitsverhältnisse sind mit allen Rechten und Pflichten auf den Beklagten übergegangen. Damit bestand auch das Alkoholverbot weiter. Eine gesonderte Regelung hierzu war nicht erforderlich.

Soweit der Kläger zweitinstanzlich erneut vorträgt, der Beklagte habe in der Mittagspause Alkoholenuss geduldet, ist sein Vorbringen nach wie vor nicht hinreichend substantiiert. Die Vernehmung eines Zeugen hierzu war nicht möglich, da es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehandelt hätte. Das gilt insbesondere deshalb, weil der Kläger nicht behauptet, er habe in jeder Mittagspause eine Flasche Bier getrunken, sondern von einem gelegentlichen Bierkonsum spricht. Wann genau dies gewesen sein soll, hat er nicht angegeben. Ein Befragen des hierzu benannten Zeugen K... hätte damit eine Ausforschung bewirkt.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist das bestehende Alkoholverbot zulässig und für den Kläger auch verbindlich. Die vom Kläger beim Beklagten geschuldete Tätigkeit als Geräteführer und Arbeiter für Abbrucharbeiten trägt ein erhebliches Risiko mit sich. Der Kläger ist als Geräteführer dafür verantwortlich, dass die von ihm bedienten Geräte einwandfrei arbeiten und dass niemand damit verletzt wird. Die Art der Arbeit, nämlich u.a. Abbrucharbeiten und Asbestsanierung, erfordert schon wegen der dabei freiwerdenden Stoffe höchste Sorgfalt. Eventuell von der Tätigkeit ausgehende Gefahren können wirksam nur begrenzt werden, wenn ein striktes

Alkoholverbot besteht und durchgesetzt wird. Insofern ist den Ausführungen des Arbeitsgerichts nichts hinzuzusetzen.

Dass der Kläger glaubt, im Baugewerbe sei eine gelegentliche Flasche Bier erlaubt, ist angesichts des angeordneten Alkoholverbots ohne Bedeutung. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass der vom Kläger zitierte Kommentator in Schaub (Arbeitsrechtshandbuch) zwar auch die Auffassung vertreten mag, dass eine gelegentliche Flasche Bier erlaubt sei. Das entspricht aber nach Kenntnis der Kammer nicht den Tatsachen, soweit das Baugewerbe betroffen ist. Indes kommt es hierauf nicht an.

Wie das Arbeitsgericht ausgeführt hat, hat der Kläger gegen das absolute Alkoholverbot jedenfalls am 22. August 2002 verstoßen. Dies ergibt sich nicht nur aus der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme, die zu wiederholen Anlass nicht bestand. Aus dem Protokoll der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht ergibt sich weder, dass der Klägervertreter nicht mehr Zeit hatte, den Zeugen zu vernehmen noch dass er Fragen an den Zeugen gehabt hätte. Auch ergibt sich nicht, dass das Gericht dem Zeugen Suggestivfragen gestellt hätte. Wenn der Kläger bzw. sein Prozessbevollmächtigter diesen Eindruck hatte, hätte er diesem in der Verhandlung begegnen müssen. Spätere Anwürfe nach Unterliegen sind hier nicht das geeignete Mittel.

In jedem Fall hat der Kläger an diesem Tag mindestens in der Mittagspause Bier getrunken, wie er selbst zugesteht. Bereits dieser Verstoß reicht aus, um die fristlose Kündigung zu begründen. Insofern ist den Ausführungen des Arbeitsgerichts beizutreten. Das gilt auch, soweit der Kläger vor dem Arbeitsgericht erklärt hat, er habe gewusst, dass Alkohol nicht konsumiert werden dürfe. Diese Erklärung des Klägers kann auch dann verwertet werden, wenn es sich nicht um ein gerichtliches Geständnis im Sinne der ZPO handelt. Der Kläger hat diese Tatsachenerklärung abgegeben. Es ist nicht einzusehen, warum diese Erklärung, sei sie nun ein gerichtliches Geständnis oder schlicht eine Parteierklärung, nicht verwertet werden dürfte, zumal sie vom Kläger auch, wie in der Berufungsverhandlung von ihm zugestanden worden ist, so gefallen ist.

Der Verstoß des Klägers ist geeignet, nicht nur eine fristgerechte verhaltensbedingte, § 1 Abs. 1 KSchG, sondern auch eine außerordentliche fristlose Kündigung, § 626 BGB, zu begründen. Zwar wird bei der Verletzung eines Alkoholverbotes im Allgemeinen vor Ausspruch einer Kündigung der Ausspruch einer Abmahnung erforderlich sein (LAG Hamm Urteil vom 11.11.1996 - 10 Sa 1789/95 - LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56), wobei es nicht darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer alkoholisiert zur Arbeit erscheint oder erst im Betrieb alkoholische Getränke zu sich nimmt. Je nach Lage des Einzelfalles kann aber auch eine außerordentliche fristlose Kündigung berechtigt sein. Das ist vorliegend der Fall. Der Beklagten kann es nicht zugemutet werden, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.

Der Beklagte kann dem Verhalten des Klägers wirksam nur mit einer fristlosen Kündigung begegnen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger auf Baustellen eingesetzt ist und dort mit Maschinen arbeitet. Demgemäß kommt dem Alkoholverbot eine hohe Bedeutung zu. Lässt der Arbeitgeber zu, dass dieses Alkoholverbot nicht eingehalten wird, verletzt er seine Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Mitarbeitern, Kunden und evtl. Passanten. Zudem muss der Arbeitgeber dem Mitarbeiter, den er außerhalb des Betriebes auf Baustellen einsetzt, vertrauen können, d.h. er muss in die Lage versetzt werden, den Mitarbeiter zu den Kunden zu schicken, ohne ständig Kontrollen vornehmen zu müssen. Da der Kläger sich nicht um das bestehende Alkoholverbot gekümmert hat und, wie sich aus seinem eigenen Vortrag ergibt, dies auch nicht für wirksam und daher ohne Bedeutung hält, kann der Beklagte sich nicht darauf verlassen, dass der Kläger künftig nach Ausspruch einer fristgerechten Kündigung zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist das Alkoholverbot beachten würde. Eine Abwägung der wechselseitigen Interessen ergibt daher, dass es dem Beklagten nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Streitsache nicht ersichtlich ist.

gez. ...

gez. ...

gez. ...