

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

Gesetz: BGB § 611 Direktionsrecht, § 626; BAT § 54; ArbGG § 52;
ZPO §§ 219, 286, 551 Ziff. 6

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 293/72

Urteil des BAG vom 12. April 1973 LAG Niedersachsen



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



2 AZR 293/72

3 Sa 452/71 Niedersachsen

Verkündet am
12. April 1973

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. April 1973 durch den Richter Dr. Gröninger als Vorsitzenden, die Richter Dr. Rengier und Hillebrecht sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 10. März 1972 - 3 Sa 452/71 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts 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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung, die das beklagte Land Niedersachsen gegenüber dem Kläger am 10. Mai 1971 ausgesprochen hat. Der jetzt 44 Jahre alte Kläger steht seit dem 1. Juni 1966 als Hafenlotse im Bereich des Hafenamtes Cuxhaven im Dienst des Beklagten. Für das Arbeitsverhältnis gilt der Bundes-Angestellten-Tarifvertrag. Der Kläger war zuletzt in die Vergütungsgruppe V a BAT eingestuft.

Der Kläger war - zunächst neben drei, später neben zwei, ebenfalls im Angestelltenverhältnis zum Beklagten stehenden Lotsen - in den niedersächsischen Hafenteilen von Cuxhaven eingesetzt. Der ebenfalls im Hafengebiet von Cuxhaven liegende Amerika-Hafen gehört zur Freien und Hansestadt Hamburg, die für ihren Bereich ebenfalls Hafenlotsen beschäftigt. Mit Datum vom 15. April/4. Juni 1971 kam zwischen den beiden Ländern eine "Verwaltungsvereinbarung über den Hafenlotsendienst im hamburgischen und niedersächsischen Hafen von Cuxhaven" (Nds. MinBl. 1971, 859) zustande, die am 1. Mai 1971 in Kraft trat und vorsah, daß die beiden Länder "bei den Hafenlotungen in Cuxhaven sich gegenseitig unterstützen" (§ 1). Dazu wurden die Hafenlotsen der beiden Länder beauftragt, im Cuxhavener Hafengebiet auch des jeweils anderen Landes zu lotsen (§ 2).

Bevor es zu der Verwaltungsvereinbarung kam, hatte im Oktober 1970 der zuständige Beamte des Beklagten mit dem Kläger und seinen beiden Kollegen über den Lotsendienst im Amerika-Hafen gesprochen. Dabei erklärten sich die drei Lotsen bereit, unter bestimmten, zwischen den Parteien streitigen Bedingungen, diesen Dienst zu übernehmen. In einer weiteren Dienstbesprechung am 19. März 1971, deren Inhalt und Verlauf im einzelnen wiederum zwischen den Parteien streitig ist, waren der Kläger und sein Kollege B. darauf hingewiesen worden, daß zwischen Hamburg und Niedersachsen bereits Verhandlungen stattgefunden hätten und daß mit der Aufnahme des gemeinsamen Lotsendienstes demnächst zu rechnen sei. Im



- 3 -

April 1971 - zu dieser Zeit war einer der drei niedersächsischen Lotsen bis einschließlich 26. April 1971 arbeitsunfähig erkrankt - ordnete der Hafenkapitän des Niedersächsischen Hafenamts Cuxhaven durch Eintragung im Orderbuch an, daß vom 19. April 1971 an die gegenseitige Einarbeitungszeit für die Hafenlotsen der beiden Länder und vom 1. Mai 1971 an der gemeinsame Lotsendienst beginne.

Der Kläger und sein Kollege B kamen dieser Anordnung nicht nach. Nachdem der dritte niedersächsische Hafenlotse am 27. April 1971 seinen Dienst wieder aufgenommen hatte, fand am 28. April 1971 wegen des gemeinsamen Lotsendienstes eine Besprechung mit dem Kläger und einem seiner Kollegen statt, deren Ergebnis von den Parteien unterschiedlich dargestellt wird. Danach hat der Kläger seinen Dienst weiterhin ausschließlich im niedersächsischen Hafen verrichtet. Daraufhin hat der Beklagte mit Schreiben vom 10. Mai 1971 "wegen beharrlicher Verweigerung einer zumutbaren Arbeit" die fristlose Kündigung ausgesprochen. Auch die beiden Kollegen des Klägers sind fristlos entlassen worden.

Der Kläger hat bestritten, dem Beklagten einen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben zu haben und Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 10. Mai 1971 nicht aufgelöst worden sei. Der Kläger hat insbesondere beanstandet, daß der Beklagte weder eine genügende Einarbeitungszeit noch den künftigen Dienstplan und die Änderung des Anstellungsvertrages geregelt habe; auch seien keine richtigen Hafenkarten zur Verfügung gestellt worden.

Der Beklagte hat vorgetragen, dem Kläger seien die örtlichen Verhältnisse auch im hamburgischen Hafen aufs beste bekannt. Trotz Zubilligung einer angemessenen Einarbeitungszeit und Unterrichtung über die Arbeitsbedingungen für den gemeinsamen Lotsendienst habe der Kläger am 28. April 1971 unter Berufung auf eine Rechtsauskunft der Deutschen Angestellten Gewerkschaft sich kategorisch geweigert, seinen Dienst auch im hamburgischen Hafen zu erbringen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage den Erfolg versagt. Das Landesarbeitsgericht hat am 14. Januar 1972 einen Teil

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



- 4 -

der Beweisaufnahme und die Schlußverhandlung im Gebäude des Hafenamts Cuxhaven durchgeführt, nachdem es an diesem Tage zuvor im niedersächsischen und hamburgischen Hafen den Augenschein eingenommen hatte. Während der Verhandlung im Gebäude des Hafenamtes waren zeitweise Türen zum Sitzungssaal des Gerichts verschlossen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Unbegründet sind allerdings die Rügen der Revision, soweit sie sich gegen die Verfahrensweise des Landesarbeitsgerichts am 14. Januar 1972 richten.

1. Das gilt einmal für den Umstand, daß das Landesarbeitsgericht entgegen der Regel des § 219 Abs. 1 ZPO den Termin im Anschluß an die Augenscheinseinnahme nicht "an der Gerichtsstelle", sondern im Gebäude des Hafenamts Cuxhaven durchgeführt hat. Abgesehen davon, daß die Verletzung des § 219 ZPO nicht die Grundlage für eine Verfahrensrüge bilden kann (Baumbach-Lauterbach, ZPO, 31. Aufl., § 219 Anm. 1 D; Wieczorek, ZPO, § 219 Anm. A II), war es jedenfalls zweckmäßig, daß das Landesarbeitsgericht nach der auswärtigen Augenscheinseinnahme gleich anschließend die weitere Beweisaufnahme und die Schlußverhandlung an dem auswärtigen Ort in einem dafür zur Verfügung stehenden Gebäude durchführte. Seine Handlungen waren "erforderlich" im Sinne des § 219 Abs. 1 ZPO; sie entsprachen seinem pflichtgemäßen Ermessen zur Herbeiführung einer sachgerechten Erledigung der Streitsache (vgl. Baumbach-Lauterbach, aaO, § 219 Anm. 1 B; Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 219 Anm. I 2) und sind deshalb nicht zu beanstanden. Daß durch die Verwendung eines zu kleinen Raumes im Hafenamt die Öffentlichkeit nicht gewahrt gewesen sei (vgl. dazu Baumbach-Albers, aaO, § 169 GVG,



Anm. 1 A; Stein-Jonas, aaO, Vorbem. XIII 1 vor § 128; RGZ 157, 341 [344]; BGHSt 5, 75 [83]), hat die Revision nicht behauptet.

2. Auch die auf § 551 Ziff. 6 ZPO in Verbindung mit § 52 ArbGG gestützte Rüge muß erfolglos bleiben. Sie wird damit begründet, daß der Zugang zum Verhandlungsraum im Gebäude des Hafenamts während eines wesentlichen Teiles der Verhandlung verschlossen gewesen sei.

a) Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Rüge nicht schon die Beweiskraft des Protokolls vom 14. Januar 1972 entgegensteht, in dem eingangs vermerkt ist, daß eine öffentliche Verhandlung des Landesarbeitsgerichts stattgefunden habe (vgl. hierzu einerseits RGZ 157, 341 [343]; BGHZ 26, 340 und andererseits RAG in ARS 6, 278 [280]). Wird zugunsten der Revision davon ausgegangen, daß das Protokoll insoweit keinen Beweis nach § 159 Abs. 2 Ziff. 5 ZPO in Verbindung mit § 164 ZPO liefert, weil in ihm nicht ausdrücklich festgestellt worden ist, wo die Beweisaufnahme und die Schlußverhandlung im Anschluß an die Augenscheinseinnahme im Hafengebiet stattgefunden hat, dann greift die Rüge jedenfalls aus anderen Gründen nicht durch.

b) Bei der Anwendung des § 52 ArbGG über die Öffentlichkeit der Verhandlung im Arbeitsgerichtsverfahren schließt sich der Senat der allgemeinen Auffassung an, die zu der im wesentlichen inhaltsgleichen Vorschrift des § 169 Satz 1 GVG vertreten wird (ebenso Dersch-Volkmar, ArbGG, 6. Aufl., § 52 Anm. 2-4). Hiernach ist der Grundsatz der öffentlichen Verhandlung nur dann verletzt, wenn der Ausschluß oder die Beschränkung des freien Zuganges zu einer öffentlichen Verhandlung entweder auf einer (vom Gesetz nicht erlaubten) Anordnung des Gerichts beruht oder das Gericht die von ihm nicht angeordnete Behinderung nicht beseitigen läßt, obwohl es sie bemerkt hat oder bei Anwendung der erforderlichen Umsicht und Sorgfalt hätte bemerken können (vgl. RGSt 43, 188 [189]; RG in JW 1926, 2762 [2763]; BGHSt 21, 72; BGHSt 22, 297 [301-302] = LM Nr. 15 zu § 338 Ziff. 6 StPO; BPatGer, LM Nr. 19 zu § 41 p PatG; OLG Bremen, MDR 1966, 864 [865]; Baumbach-Lauterbach, aaO, § 169 GVG



- 6 -

Anm. 1 C; Stein-Jonas, aaO, § 551 Anm. II 6; a.A.: Wieczorek, aaO, § 169 GVG Anm. C I b unter Berufung auf die in der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts ausdrücklich aufgegeben Entscheidung RGSt 23, 219).

Ein Vorwurf der mangelnden Sorgfalt kann gegen die Verhandlungsführung des Landesarbeitsgerichts im Termin am 14. Januar 1972 nicht erhoben werden. Nach dem Vortrag der Revision soll im Hafenamt Cuxhaven eine Tür, durch die man zum Verhandlungsraum gelangte, um die Mittagszeit verschlossen gewesen sein, als ein Zeuge das Gebäude verlassen wollte. Das ging nicht auf eine Anordnung des Gerichtes zurück und der Revisionsbegründung läßt sich auch nicht entnehmen, daß das Landesarbeitsgericht mit einer solchen offensichtlich von einer gerichtsfremden Person getroffenen Maßnahme hätte rechnen müssen. Wie die Revision vielmehr einräumt, hat das Landesarbeitsgericht, als dieser Umstand in der Verhandlung erörtert wurde, sofort darauf hingewiesen, daß es zum Zwecke der Herstellung der Öffentlichkeit erforderlich sei, die Tür nicht zu verschließen. Der Zeuge konnte dann auch das Gebäude verlassen.

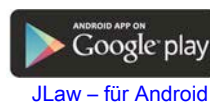
Nach dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien war später die Tür zum Haupteingang verschlossen, als die Zeugen und Zuhörer nach Schluß der Sitzung weggehen wollten. Dabei ist es unerheblich, ob die Tür vor oder gleichzeitig mit dem Schluß der Verhandlung abgeschlossen worden ist. Auch wenn es abermals zu einer Beeinträchtigung des freien Zuganges zu der Verhandlung gekommen sein sollte, ist das unschädlich, weil das Gericht davon ausgehen konnte, daß seinem vorangegangenen Hinweis für die gesamte restliche Dauer der Verhandlung entsprochen werden würde.

II. Das angefochtene Urteil muß jedoch aufgehoben werden, weil die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe sich ohne ausreichende Rechtfertigung beharrlich geweigert, die angeordnete Einarbeitung für den Lotsendienst im Ameri-

- 7 -



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



- 7 -

ka-Hafen aufzunehmen, und habe damit dem Beklagten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben, der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält. Ausgangspunkt für die Entscheidung müssen folgende Überlegungen sein:

Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ist im Grundsatz verpflichtet, jede ihm zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, die den Merkmalen seiner Vergütungsgruppe sowie seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht, sofern ihm diese Tätigkeit billigerweise zugemutet werden kann (vgl. BAG 8, 333 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Direktionsrecht und BAG AP Nr. 11 aaO; BAG 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Crisolli-Tietke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, Teil I BAT, § 8 Anm. 7; Böhm-Spiertz, BAT, 2. Aufl., Vorbem. 21 vor § 22; Clemens-Scheuring-Steingen-Görner-Opalke, BAT, § 4 Anm. 7; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966, S. 85 ff. [86]). Einen beschränkteren Umfang hat das Bestimmungsrecht des öffentlichen Arbeitgebers nur dann, wenn abweichend von den im öffentlichen Dienst üblichen Musterverträgen der Arbeitnehmer nicht für einen allgemein umschriebenen Aufgabenbereich eingestellt und lediglich die Vergütungsgruppe festgelegt wird, sondern seine Tätigkeiten sowohl der Art als auch der Arbeitsstelle nach im Arbeitsvertrag genau bezeichnet werden oder wenn sich die Arbeitspflicht durch die tatsächliche Beschäftigung auf eine fest umrissene Tätigkeit konkretisiert hat (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 615 BGB und BAG AP Nr. 17 zu § 611 BGB Direktionsrecht).

Auf diese Grundsätze kommt es im Streitfall auch dann an, wenn der Kläger - wie der Beklagte geltend gemacht hat - in der Dienstbesprechung am 19. März 1971 die Ankündigung, mit dem gemeinsamen Lotsendienst solle unter den von Baudirektor L im einzelnen erläuterten Bedingungen demnächst begonnen werden, widerspruchsfrei "zur Kenntnis genommen" haben sollte. Auch der Beklagte hat sich nicht darauf berufen, daß es allein aufgrund des rein passiven Verhaltens des Klägers in dieser Besprechung zu einer vertraglichen Vereinbarung über den künftigen Einsatz des Klägers gekommen ist. Die mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgte Übertragung einer neuen Tätigkeit betrifft zwar ein

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



- 8 -

Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages, d. h. die Bestimmung der künftig zu verrichtenden Tätigkeit und enthält deshalb eine Regelung i. S. des § 4 Abs. 1 BAT, für die keine konstitutive Schriftform vorgesehen ist (vgl. das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk vorgesehene Urteil des 4. Senats vom 6. September 1972 - 4 AZR 202/71 und das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk sowie der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehene Urteil des 4. Senats vom 24. Januar 1973 - 4 AZR 104/72). Eine vertragliche Erweiterung der Arbeitspflicht des Klägers scheidet aber schon deswegen aus, weil der Beklagte stets davon ausgegangen ist, daß es der vom Kläger verlangten Änderung des Dienstvertrages nicht bedurft habe, sondern die Anweisung, den Lotsendienst im Amerika-Hafen aufzunehmen, schon durch das Direktionsrecht gedeckt gewesen sei.

Ob diese Auffassung des Beklagten zutrifft, kann vom Senat noch nicht abschließend beurteilt werden. Die dafür maßgebenden Umstände sind vom Landesarbeitsgericht nicht ausreichend festgestellt und dementsprechend nicht fehlerfrei berücksichtigt.

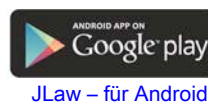
1. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht zunächst angenommen, daß der Beklagte nicht grundsätzlich gehindert gewesen sei, dem Kläger eine Lotsentätigkeit außerhalb des niedersächsischen Hafens in Cuxhaven zu übertragen. Das folgt allerdings nicht schon daraus, daß durch die Verwaltungsvereinbarung zwischen Niedersachsen und Hamburg die Zuständigkeit des Beklagten auch auf den Lotsendienst im hamburgischen Hafen von Cuxhaven erstreckt worden ist. Diese Verwaltungsvereinbarung hat nicht unmittelbar zu einer inhaltlichen Änderung des Arbeitsvertrages der Parteien geführt; sie hat sich vielmehr auf die Arbeitspflicht des Klägers nur dann auswirken können, wenn diese sich nicht auf den Lotsendienst im niedersächsischen Hafenteil von Cuxhaven beschränkt hat.

Eine solche Begrenzung der Arbeitspflicht des Klägers allein auf den niedersächsischen Hafenteil von Cuxhaven ist, wie der Akteninhalt ergibt, weder durch den Arbeitsvertrag mit dem Kläger noch durch dessen bisherigen ausschließlichen Ein-

- 9



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



satz im niedersächsischen Hafen von Cuxhaven eingetreten. Der Tätigkeitsbereich des Klägers ist nämlich in dem Arbeitsvertrag vom 3. Juni 1966, bei dem das damals im öffentlichen Dienst übliche Vertragsmuster verwandt worden ist, nicht genau beschrieben und begrenzt worden; seinerzeit ist der Kläger unter Einreihung in die Vergütungsgruppe VI b TO.A vom Niedersächsischen Hafenamt in Cuxhaven als Angestellter für eine Tätigkeit als Hafenlotse eingestellt worden. Diese Einstellung für eine bestimmte Beschäftigungsbehörde hätte es z. B. nicht ausgeschlossen, den Kläger später gemäß § 12 BAT aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen an ein anderes, dem niedersächsischen Minister für Wirtschaft und Verkehr unterstehendes Hafenamt zu versetzen. Die nur allgemein erfolgte vertragliche Bestimmung der Leistungspflicht des Klägers hätte seine Beschäftigungsbehörde auch nicht daran hindern können, den Lotsendienst in Cuxhaven für den Kläger anders zu regeln als es bisher geschehen war. So hätte das beklagte Land den Kläger z. B. nur für bestimmte Bereiche des niedersächsischen Hafens von Cuxhaven einsetzen können.

Eine Beschränkung der Arbeitspflicht des Klägers auf den niedersächsischen Hafenteil Cuxhaven kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß er von seiner Einstellung im Jahre 1966 bis zu seiner Entlassung im Juni 1971 ausschließlich in diesem Hafenbereich Schiffe gelotst hat. Das hat sich nicht aus einer Beschränkung auf eine von mehreren möglichen Einsatzmöglichkeiten im Hafen von Cuxhaven ergeben, sondern aus der bis zum Abschluß der Verwaltungsvereinbarung mit Hamburg bestehenden beschränkten Zuständigkeit des Beklagten für den niedersächsischen Hafen von Cuxhaven. Der Kläger konnte demgemäß nicht darauf vertrauen, daß der Beklagte sein Leistungsbestimmungsrecht auch künftig nur in der bisherigen Art und Weise ausüben werde. Er mußte vielmehr wie grundsätzlich jeder Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes mit Änderungen seines Tätigkeitsbereiches infolge von Umorganisationen bei seiner Beschäftigungsbehörde rechnen (vgl. BAG AP Nr. 17 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Einer solchen organisatorischen Maßnahme

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



- 10 -

steht die Erweiterung der Zuständigkeit des Hafenamtes Cuxhaven für den Lotsendienst im hamburgischen Hafen gleich. Dabei ist es unerheblich, daß die erweiterte Zuständigkeit nicht auf einer allein vom Beklagten zu treffenden Entscheidung über die Organisation ihrer Verwaltung, sondern auf einem mit Hamburg getroffenen Abkommen beruht.

2. Die Lotsentätigkeit des Klägers im gesamten Bereich des Hafens Cuxhaven würde auch den Tätigkeitsmerkmalen seiner bisherigen Vergütungsgruppe entsprochen haben. Sowohl nach dem sog. Nautiker-Tarifvertrag vom 25. Juli 1968 über die anderweitige Eingruppierung u. a. der im nautischen Dienst der Häfen- und Schifffahrtsverwaltung und der Wasserwirtschaftsverwaltung des Landes Niedersachsen beschäftigten Tarifangestellten als auch nach dem entsprechenden Nautiker-Tarifvertrag für die Länder Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen vom 16. September 1971 ist die tarifliche Einstufung der niedersächsischen Hafenlotsen weder von der Art des Lotsenreviers noch von der Schwierigkeit der Lotsentätigkeit abhängig. Lotsen, die wie der Kläger das Patent A 6 besitzen, waren und sind vielmehr nach erfolgreicher Beendigung ihrer Vorbildung oder Vorbereitung im Landes- oder Bundesdienst und Aufnahme der entsprechenden Tätigkeit zunächst in die VergGr. V a einzustufen; sie konnten und können in die VergGr. IV b BAT aufrücken, wenn sie sich in einer mindestens fünfjährigen Berufstätigkeit als solche in der VergGr. V a BAT bewährt haben.

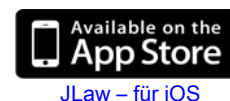
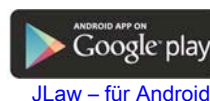
3. Demgemäß konnte der Beklagte den Kläger anweisen, den Lotsendienst auch im Amerika-Hafen zu verrichten. Das gilt aber nur unter der weiteren Voraussetzung, daß diese zusätzlich vorgesehene Tätigkeit seinen Kräften und Fähigkeiten entsprochen hat und darüber hinaus ihm auch im übrigen zuzumuten gewesen ist.

4. Das Landesarbeitsgericht brauchte nicht zu erörtern, ob es den Kräften, d. h. der körperlichen Verfassung und der Belastbarkeit des Klägers entsprochen haben würde, auch im Amerika-Hafen Schiffe zu lotsen, weil das nach dem bisherigen Vortrag des Klägers nicht zweifelhaft sein kann.

- 11 -



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



5. Darauf, ob diese Tätigkeit auch den Fähigkeiten des Klägers, d. h. seiner Ausbildung und den durch die Praxis gewonnenen Kenntnissen und Erfahrungen, entsprochen haben würde, ist das Landesarbeitsgericht der Sache nach eingegangen; es hat darauf abgestellt, der Kläger habe mit der angeordneten Einarbeitung deshalb beginnen müssen, weil die vorgesehene Einarbeitungszeit ausreichend bemessen gewesen sei.

a) Das ist eine im Ausgangspunkt zutreffende Betrachtungsweise, weil die Frage, ob der Kläger verpflichtet war, mit der Vorbereitung für den gemeinsamen Lotsendienst zu beginnen, entgegen der Auffassung des Beklagten nicht losgelöst von der weiteren Frage entschieden werden kann, welche Einarbeitungszeit erforderlich und angemessen gewesen wäre. Hinsichtlich der "Fähigkeit" des Klägers zur Aufnahme des Lotsendienstes im Amerika-Hafen kommt es nämlich entscheidend darauf an, wie sehr sich die bisher ausgeübte von der künftig vom Kläger zu erbringenden Tätigkeit fachlich unterschieden hat (vgl. BAG 8, 333 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Direktionsrecht).

Durch den vorgesehenen gemeinsamen Lotsendienst in beiden Hafenteilen von Cuxhaven hätte sich für den Kläger nicht nur der Ort, sondern auch die Art der Arbeitsleistung geändert, weil im Amerika-Hafen in der Regel größere Schiffe zu lotsen sind als in den niedersächsischen Hafenteilen von Cuxhaven. Um einen möglichst objektiven Maßstab dafür zu gewinnen, ob der gegenüber der bisherigen Beschäftigung qualifizierte Einsatz des Klägers seinen Fähigkeiten entsprochen haben würde, ist es geboten, bei dieser Prüfung entscheidend darauf abzustellen, welche Einarbeitungszeit der Kläger für die selbständige Erfüllung der zusätzlichen Aufgaben benötigt haben würde.

Wenn nämlich die erforderliche Einarbeitungszeit, wie der Kläger vorgetragen hat, etwa drei Monate betragen haben würde, dann hätte die zusätzliche Tätigkeit so viel neue Kenntnisse und Erfahrungen vorausgesetzt, daß sie nicht den bisherigen Fähigkeiten des Klägers entsprochen und damit den Umfang der



von ihm vertraglich geschuldeten Dienstleistungen überschritten haben würde. In diesem Falle könnte dem Kläger nicht ohne weiteres die Berechtigung abgesprochen werden, die Einarbeitung für den gemeinsamen Lotsendienst von vornherein zu verweigern.

Wenn hingegen eine Einarbeitungszeit von knapp zwei Wochen, wie sie der Beklagte in der Zeit vom 19. bis zum 30. April 1971 vorgesehen hatte, ausgereicht hätte, dann wären so geringe Ergänzungen der Kenntnisse und Erfahrungen des Klägers erforderlich gewesen, daß für den Lotsendienst im Amerika-Hafen die bisherigen Fähigkeiten des Klägers die wesentliche Grundlage gewesen wäre. Unter dieser Voraussetzung hätte das Einsatzgebiet an sich durch eine einseitige Anordnung des Beklagten erweitert werden können.

Bei dieser Betrachtung wird zunächst nur auf die Dauer der von dem Beklagten vorgesehenen Einarbeitungszeit und nicht auf deren tatsächliche zeitliche Lage abgestellt. Ob der Kläger - wenn die vorgesehene Dauer der Einarbeitungszeit ausgereicht haben sollte - auch schon am 19. April 1971 den Vorbereitungsdienst hätte aufnehmen müssen, ist erst bei der Prüfung der Frage, ob die vom Kläger am 28. April 1971 erneut verlangte Aufnahme des Vorbereitungsdienstes für ihn zumutbar gewesen ist, zu berücksichtigen (s. unten zu II 6 a).

b) Für die Bestimmung der angemessenen Einarbeitungszeit, die auch in der Verwaltungsvereinbarung zwischen Niedersachsen und Hamburg ausdrücklich vorgesehen ist (§ 2 Abs. 2), können nicht die mehr oder weniger subjektiven Vorstellungen der Parteien und auch nicht in erster Linie ein Sachverständigengutachten maßgebend sein. Ein klarer Anhaltspunkt läßt sich vielmehr nur dann gewinnen, wenn man zunächst darauf abstellt, welche Einarbeitungszeit Hamburg früher den hamburgischen Hafenlotsen eingeräumt hat, die ausschließlich im hamburgischen Hafen von Cuxhaven eingesetzt worden sind. Auf diesen für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der angemessenen Einarbeitungszeit entscheidenden Gesichtspunkt ist das Landesarbeitsgericht nicht eingegangen. Das wird es nachzuholen haben.



c) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die von dem Beklagten angeordnete Einarbeitungszeit sei ausreichend bemessen gewesen, stützt sich zudem auf Tatsachenfeststellungen, gegen die die Revision begründete Verfahrensrügen erhoben hat.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung einmal damit begründet, daß der Kläger schon ab 1966 Schiffe durch den Amerika-Hafen gelotst habe, ohne jedoch anzugeben, woraus es die Überzeugung der Richtigkeit dieser von dem Beklagten gegebenen, vom Kläger aber bestrittenen Darstellung herleitet. Der Kläger hatte hierzu vorgetragen, daß er bislang nur ein bis drei kleinere Schiffe im Jahr durch den hamburgischen Hafenteil "geführt" habe, weil er gelegentlich aus Zweckmäßigkeitsgründen schon außerhalb des niedersächsischen Hafens an Bord von Schiffen gegangen sei, die für den niedersächsischen Hafen einen Lotsen angefordert hatten; bei der Fahrt durch den Amerika-Hafen habe er die Schiffe jedoch noch nicht gelotst. Damit hätte sich das Landesarbeitsgericht auseinandersetzen müssen.

Das angefochtene Urteil läßt auch nicht erkennen, ob es in diesem Punkt etwa den Aussagen des Zeugen H gefolgt ist, der - ohne dafür eine klare Begründung zu geben - davon ausgegangen ist, daß die Lotsentätigkeit des Klägers schon dann begonnen habe, wenn er außerhalb des niedersächsischen Hafens an Bord eines dorthin zu verholenden Schiffes gegangen sei.

bb) Das Landesarbeitsgericht durfte sich bei der Würdigung des Gutachtens des Sachverständigen H , der für Lot-sungen von kleineren Schiffen überhaupt keine Einarbeitungszeit für erforderlich gehalten hat, auch nicht mit der Feststellung begnügen, der Sachverständige habe "überzeugend bestätigt", daß die von dem beklagten Land angeordnete Einarbeitungszeit ausreichend gewesen sei. Der Kläger hatte die Sachkunde des Sachverständigen bezweifelt und das mit Stellungnahmen von Lotsenbrüderschaften begründet, in denen die Auffassung vertreten wird, jedenfalls für größere Schiffe benötige ein Hafenlotse eine Einarbeitungszeit von mehreren Monaten. Das hätte für das Landesarbeitsgericht Anlaß sein müssen, für den Senat nachprüfbar darzulegen, weshalb es trotz der substantiierten Beweiseinreden

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



- 14 -

des Klägers dem Sachverständigengutachten gefolgt ist (vgl. BAG 17, 151 [156] = AP Nr. 1 zu § 20 ArbNErfG).

d) Erst wenn feststeht, daß Hamburg den für den Dienst im Amerika-Hafen eingestellten Lotsen eine längere Einarbeitungszeit eingeräumt hat, als der Beklagte für den Kläger vorgesehen hatte, wird weiter zu klären sein, ob der Kläger nicht wegen seiner aus der bisherigen Lotsentätigkeit in Cuxhaven gewonnenen Erfahrung eine kürzere Vorbereitung benötigte. Für die Beurteilung dieser Frage kann zunächst aufschlußreich sein, ob Baudirektor L dem Kläger in der Besprechung im Oktober 1970 zur Vorbereitung auf den gemeinsamen Lotsendienst eine "volle Aspirantenzeit" von einer Woche zugesagt hat (was der von dem Beklagten im April 1971 vorgesehenen Einarbeitung, die zusätzlich neben dem üblichen Lotsendienst erfolgen sollte, nicht entsprochen haben würde). Weiter wird es in diesem Zusammenhang darauf ankommen, welche Einarbeitungszeit dem Kläger in der Dienstbesprechung am 19. März 1971 genannt worden ist und ob der Kläger gegen ihre Dauer damals nichts einzuwenden gehabt hat. Schließlich wird in diese Erwägungen einzubeziehen sein, daß der Kläger - wie sich aus der Aussage seines als Zeugen vernommenen Kollegen B ergibt - vor dem Beginn der selbständigen Lotsentätigkeit im niedersächsischen Hafen von Cuxhaven immerhin 8 Wochen lang eingearbeitet worden ist.

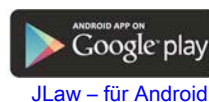
Auch hinsichtlich dieser möglicherweise entscheidungserheblichen Umstände enthält das angefochtene Urteil keinerlei Feststellungen.

6. Sollte das Landesarbeitsgericht unter Berücksichtigung der vorstehenden Hinweise erneut zu der Überzeugung kommen, der Lotsendienst im Amerika-Hafen habe den Fähigkeiten des Klägers entsprochen, wird es weiter zu erwägen haben, ob es dem Kläger nicht dennoch unter den am 19. und 28. April 1971 bestehenden tatsächlichen Arbeitsbedingungen und den ihm bekannten Umständen unzumutbar gewesen ist, den geforderten Vorbereitungsdienst sofort aufzunehmen. Die Unzumutbarkeit kann sich aus folgendem ergeben:

- 15 -



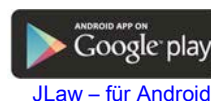
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



a) Nach dem Vortrag des Klägers sollen die mit dem gemeinsamen Lotsendienst zusammenhängenden Fragen - insbesondere hinsichtlich der Dauer und der Länge der Schichten sowie des Dienstplanes - von den Vertretern des Beklagten bei den Dienstbesprechungen am 19. März und 28. April 1971 nicht hinreichend geklärt worden sein. Das ist von dem Beklagten zwar bestritten worden; das angefochtene Urteil hat aber insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die für die Prüfung, ob dem Kläger wegen der Zweifel über die künftigen Arbeitsbedingungen der gemeinsame Lotsendienst unzumutbar gewesen ist, verwertbar sind.

Da der eine der drei Lotsen bis zum 26. April 1971 erkrankt war, ist der Kläger während des größten Teiles der vorgesehenen Einarbeitungszeit in erheblichem Umfang zu Überstunden herangezogen worden. Wenn seine wöchentliche Arbeitszeit während der Erkrankung seines Kollegen 84 Stunden betragen hat - wie der Kläger unbestritten vorgetragen hat - dann war es ihm nicht zumutbar, vor dem 27. April 1971 zusätzlich auch noch zusammen mit den hamburgischen Lotsen Schiffe im Amerika-Hafen zu lotsen. Weil aber nach der Anordnung des Beklagten der selbständige gemeinsame Lotsendienst bereits am 1. Mai 1971 aufgenommen werden sollte und weil an diesem Tage schon einer der hamburgischen Lotsen seinen Urlaub antreten sollte, konnte der Kläger davon ausgehen, daß ihm nur noch eine Einarbeitungszeit von drei Tagen zugebilligt werden sollte, es sei denn, daß in der Besprechung am 28. April 1971 für ihn ausdrücklich eine neue Einarbeitungszeit festgelegt worden ist.

b) Das bedarf ebenso der Aufklärung wie die Frage beantwortet werden muß, ob dem Kläger am 19. März oder 28. April 1971 überhaupt mitgeteilt worden ist, daß nach der Verwaltungsvereinbarung (die im übrigen erst am 4. Juni 1971 für Hamburg unterzeichnet worden ist) der gemeinsame Lotsendienst vorerst nur beim Ausfall von Lotsen vertretungsweise durchgeführt werden sollte (§ 1 Abs. 2). Wenn das nicht geschehen ist, konnte der Kläger aufgrund von Zeitungsberichten, die am 22. April 1971 in zwei Cuxhavener Tageszeitungen erschienen waren und in denen berichtet worden war, daß beim künftigen gemeinsamen Lotsen-



dienst die hamburgischen Lotsen den Tagesdienst und die niedersächsischen Lotsen ausschließlich die Nachtschichten verrichten sollten, davon ausgehen, daß vom 1. Mai 1971 an ein dauernder gemeinsamer Lotsendienst aufgenommen werde und dabei der Dienstplan hinsichtlich der Nachtschichten zu seinen Ungunsten geändert werden sollte.

c) Wie der Kläger weiter vorgetragen hat und von dem Zeugen R. bestätigt worden ist, hat der Kläger am 28. April 1971 die Ablehnung des gemeinsamen Lotsendienstes auch damit begründet, daß der damalige Dienstplan aus arbeitszeitrechtlichen Gründen für ihn unzumutbar sei. Bedenken dagegen, ob der am 1. Januar 1970 eingeführte Dienstplan mit § 15 BAT und mit der Arbeitszeitordnung zu vereinbaren sei, hatte der Kläger zuvor schon durch seine Gewerkschaft seit Februar 1970 in einem umfangreichen Schriftwechsel mit dem Beklagten geltend gemacht, nachdem die frühere Regelung zu einem Rechtsstreit der Parteien wegen Überstundenbezahlung geführt hatte, der rechtskräftig zugunsten des Klägers entschieden worden ist.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist es für die Frage, ob der angeordnete Einarbeitungsdienst dem Kläger zugemutet werden konnte, wesentlich, ob der damals bestehende Dienstplan tatsächlich gesetz- und tarifwidrig gewesen ist. Wenn der Dienstplan schon für den bisherigen Lotsendienst im niedersächsischen Hafen einen unzulässigen Einsatz des Klägers vorgesehen haben sollte, dann hätte sich das für den Kläger bei der Durchführung des gemeinsamen Lotsendienstes noch stärker ausgewirkt, weil durch die damit anfallenden zusätzlichen Lotsungen die in die Schichten des Klägers fallenden Zeiten der Arbeitsbereitschaft erheblich verkürzt worden wären.

Es kann deshalb für den Kläger durchaus eine unzumutbare Belastung gewesen sein, aufgrund des bisherigen Dienstplanes den gemeinsamen Lotsendienst aufzunehmen, wenn die hiergegen vom Kläger geäußerten Bedenken begründet und schwerwiegend gewesen sein sollten. Ob das zutrifft, läßt sich allerdings



aus dem Vortrag des Klägers und aus dem Inhalt des über diese Frage zwischen den Parteien geführten Schriftwechsels nicht eindeutig entnehmen, weil der beanstandete Dienstplan bislang nicht vorgelegt worden ist. Darauf wird das Landesarbeitsgericht noch hinzuwirken haben.

7. Ergeben die noch erforderlichen Klarstellungen, daß der Kläger verpflichtet gewesen ist, weisungsgemäß am 19. April 1971 den Einarbeitungsdienst aufzunehmen, dann scheidet eine beharrliche Verletzung der Arbeitspflicht durch den Kläger nicht deswegen aus, weil er sich nach dem Vortrag des Beklagten auch aufgrund einer von ihm erwähnten Rechtsauskunft seiner Gewerkschaft für berechtigt gehalten habe, den gemeinsamen Lotsendienst abzulehnen. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung liegt nämlich nur dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer schuldlos der Ansicht ist, er brauche die ihm zugewiesene Arbeit nicht oder nicht in der gewünschten Form zu verrichten (vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 66 BetrVG; BAG AP Nr. 24 zu § 123 GewO und BAG AP Nr. 2 zu § 12 SchwBeschG).

Auf einen unverschuldeten Irrtum kann sich der Kläger mit dieser Begründung nicht berufen. In den genannten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts hatten die Arbeitnehmer jeweils konkret vorgetragen, daß sie aufgrund einer bestimmten Gesetzeslage oder einer vorausgegangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der Ansicht gelangt waren, eine Arbeit verweigern zu dürfen. Dem kann eine Rechtsüberzeugung nicht gleichgestellt werden, die der Arbeitnehmer aufgrund einer, wenn auch von einer an sich rechtskundigen Stelle erteilten, Rechtsauskunft gewonnen hat, die aber objektiv unrichtig ist. Das gilt zumindest dann, wenn es wie im Streitfall nicht um eine grundsätzliche Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung geht, sondern Umfang und Grenzen des Weisungsrechts des Arbeitgebers im Einzelfall zu bestimmen sind. Dabei sind zwar auch allgemeine Rechtsgrundsätze zu beachten, im übrigen aber entscheidend die besonderen Umstände des jeweiligen Falles zu berücksichtigen.

Da der Auskunft der Gewerkschaft keine bestimmte Gesetzeslage oder eine bisherige Rechtsprechung zugrunde liegen kann,

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



- 18 -

hat der Kläger die Gefahr auf sich genommen, daß sein Standpunkt - letztlich vom Gericht, das über den Fall zu entscheiden hat - nicht geteilt wird (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Senats vom 22. Juni 1972 - 2 AZR 346/71 - [unter III 2 b]). Sollte die weitere Aufklärung des Falles den Standpunkt des Klägers nicht bestätigen, dann hat er nicht deshalb in einem unverschuldeten Rechtsirrtum gehandelt, weil die Gewerkschaft ihm den erwähnten Rechtsrat gegeben hat.

8. Schließlich ist das angefochtene Urteil auch deshalb zu beanstanden, weil es die nach § 626 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 54 BAT notwendige Interessenabwägung vermissen läßt. Der Hinweis des Landesarbeitsgerichts, die außerordentliche Kündigung sei auch unter Berücksichtigung der persönlichen Belange des Klägers "angemessen und billigenswert", genügt nicht. Es bedarf vielmehr einer umfassenden Interessenabwägung, die auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände eingeht (ständ. Rechtsprechung des Senats; vgl. z. B. nur BAG 9, 263 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB).

Dazu wird z. B. die Überlegung gehören, ob die bisher behandelten und vom Landesarbeitsgericht noch zu klärenden Umstände, die für die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch den Beklagten von Bedeutung sind, das Verhalten des Klägers als verständlich und verzeihlich erscheinen lassen und deshalb ein überwiegendes Interesse des Klägers an der Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses begründen, selbst wenn die Arbeitsverweigerung des Klägers an sich nicht gerechtfertigt ist. Hierbei könnte auch die Auskunft der Gewerkschaft zugunsten des Klägers eine Rolle spielen. Es darf auch nicht unbeachtet gelassen werden, daß der Kläger zurzeit der Kündigung schon fast fünf Jahre im Dienst des Beklagten gestanden und seine Pflichten bis dahin offenbar einwandfrei erfüllt hat.

III. Bei der hiernach erforderlichen Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht hat der Senat von der Mög-

- 19 -



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



- 19 -

lichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

gez. Dr. Gröninger

Dr. Rengier

Hillebrecht

Fritz Zeilinger

Dr. Hautmann



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)