

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

23. JULI 1970

Gesetz GewO §§ 123, 124 a, KSchG §§ 1, 7

Leitsätze

Zwischen einer Gesamthafenbetriebsgesellschaft und den Hafenarbeitern, die von ihr zum Arbeitseinsatz in die einzelnen Hafenbetriebe vermittelt werden, besteht ein lockereres wechselseitiges Treueverhältnis als bei sonstigen herkömmlichen Arbeitsverhältnissen. Das ist sowohl bei einer fristlosen wie fristgemäßen Kündigung und auch bei einem Auflösungsantrag nach §§ 7, 8 KSchG (a F) zu bedenken.

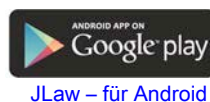
Aktenzeichen 2 AZR 426/69

Urteil des BAG vom 23. Juli 1970

LAG Hamburg



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



2 AZR 426/69

4 (H) Sa 27/69 Hamburg

Im Namen des Volkes! 084

Verkündet
am 23. Juli 1970

gez Kistner,
Angestellte
als Urkundsbesmtin
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 1970 durch den Vizepräsidenten Dr. König, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling und den Bundesrichter Dr. Rengler sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Cuntz und Zeilinger für Recht erkannt

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 28. Mai 1969 - 4 (H) Sa 27/69 - 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

Der 42-jährige Kläger trat 1960 in die Dienste der Beklagten. Deren Aufgabe besteht gemäß dem Gesetz über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für Hafenarbeiter (Gesamthafenbetrieb) vom 3. August 1950 (BGBl. I S. 352) in der organisatorischen Zusammenfassung der verschiedenen Hafeneinzelbetriebe, in der Übernahme der Funktionen eines Arbeitgebers für die bei diesen jeweils in Kurzeinsätzen beschäftigten Arbeitnehmer und der jeweiligen Vermittlung ihres Arbeitseinsatzes zu den Hafeneinzelbetrieben. Der Kläger war zunächst einfacher Arbeiter, später wurde er Kranführer mit Fachvermerk, er erhielt zuletzt einen Monatsbruttolohn von durchschnittlich 800,-- DM. Die Frist für eine ordentliche Kündigung beträgt 14 Tage auf den Lohnwochenschluß.

Im Oktober 1968 ließ der Kläger im Hafen ein hektografiertes mit seinem Namen gezeichnetes Rundschreiben verteilen, in dem er ankündigte, eine Betriebszeitschrift herauszubringen, in der Mißstände am Arbeitsplatz angeprangert werden sollten. In diesem Rundschreiben heißt es "kollegen,

auf der am 22. September stattgefundenen Betriebsversammlung hat unser Fachabteilungsleiter F K bekräftigt, daß es Fürsorgepflicht der Unternehmer ist, einen Raum zur Verfügung zu stellen, in dem der Hafenarbeiter diebstahlsicher sein Zeug ablegen kann. Bei Stromschnitten muß den dort Beschäftigten eine Unterkunft für die Pause gestellt werden.

Der Kollege K machte uns noch einmal darauf aufmerksam, daß es keine Arbeitsverweigerung ist, wenn uns ein Raum verweigert wird, und wir aus diesem Grunde die Arbeit nicht aufnehmen. Es heißt in der Arbeitsrecht- und Sozialfiibel: Der Arbeitgeber hat gegenüber seinen Arbeitnehmern besondere Fürsorgepflichten. Es B ordentliche Toiletten, Waschräume, Umkleieräume.

Von diesem uns zustehenden Recht machten Kollegen bei einigen Firmen schon erfolgreichen Gebrauch. Einige Firmen haben dieser berechtigten gewerkschaftlichen Forderung schon Rechnung getragen.



Um aber laufende Reibereien mit den Einzelbetrieben zu vermeiden, ist es notwendig, daß alle Firmen noch einmal von der Gewerkschaft, vom Betriebsrat und der Geschäftsleitung angeschrieben und auf ihre Fürsorgepflicht uns gegenüber aufmerksam gemacht werden

Wir werden in Kurze eine Betriebszeitung herausbringen, worin jeder Kollege die Möglichkeit bekommt, Mißstände am Arbeitsplatz anzuprangern."

Anfang November kam die angekündigte Zeitschrift unter dem Titel "Frischer Wind" heraus und wurde im Hafengebiet verteilt. In dieser Zeitschrift wurde u. a. gefordert, die allmorgendliche Wartezeit bei der Vermittlung als Arbeitszeit zu vergüten, den Decksleuten Facharbeiterzulagen zu zahlen, die Toiletten für die Gesamthafenarbeiter mit Türen und Toilettenpapier zu versehen, auf Schiffen, welche im Strom be- und entladen werden, geeignete Aufenthaltsräume zur Verfügung zu stellen, den Lohn um 25 % zu erhöhen, Betriebsversammlungen während der ordentlichen Arbeitszeit und nicht nur an Sonntagen abhalten zu dürfen sowie die gesteigerten Pensen anzuschaffen. Dabei wurde der Gewerkschaft und ihren "Bossen" der Vorwurf gemacht, nicht energisch genug die Arbeiterinteressen zu vertreten, ja gesagt, daß diese die Arbeiter betrogen hatten. Die Lademeister und Vizen wurden als Erfüllungsgehilfen der Unternehmer bezeichnet, die aus den Arbeitern das Höchstmögliche an Leistung bis zur physischen Erschöpfung herauszuholen bereit seien. Im Eingang der Zeitschrift heißt es

"Da es bei uns im Hafen seit Jahren stinkt - nicht nur bei Fischmehl und Pensen, sondern in Sachen Menschlichkeit und in sozialer Hinsicht -, werden Forderungen und Probleme natürlich auf uns zustürzen. Es wird für uns trotzdem kein Tabu geben

Eines allerdings wollen wir von Anfang an vermeiden. Nämlich uns die Methoden unserer Klassengegner, der Lüge und Verleumdung, anzueignen. Was der "Frische Wind" bringt, muß der Wahrheit dienen, denn nur so können wir uns in der Hafenarbeiterschaft einen festen Platz erkämpfen



Da einer als Verantwortlicher zeichnen muß, habe ich mich dazu entschlossen - und nach den Jahren der Flaute wird uns künftig ein "Frischer Wind" um die Nase wehen, der allerdings für die Unternehmer eine Orkanwarnung sein sollte."

Im Text werden Zuschriften mit den Worten

"SNAK DI UT"

Hier Kollegen könnt Ihr Eure Meinung sagen. Offen und frei. Jeder wie ihm der Schnabel gewachsen ist"

erbeten an die Anschrift des für die Zeitschrift verantwortlich zeichnenden Klagers.

Daraufhin kündigte ihm die Beklagte am 14. November 1968 fristlos und nach Anhörung des Betriebsrates am 2. Dezember 1968 noch hilfsweise fristgemäß zum 18. Dezember 1968, Der Betriebsrat, der sich in seiner Vollsitzung vom 29. November 1968 mit dem Falle des Klagers beschäftigt hatte, sprach sich gegen die Wirksamkeit der Kündigungen aus, wobei er sich zwar von der Art der Zeitschrift distanzierte, in der Veröffentlichung aber keinen Entlassungsgrund sah. Nachdem dem Kläger die Kündigungen zugegangen waren, ließ er im Hafen Flugblätter verteilen, in denen er gegen die Kündigungen Protest erhob.

Mit der Klage wendet sich der Kläger gegen die Wirksamkeit der Kündigungen. Er hat vorgetragen, für seine Entlassung habe weder ein wichtiger Grund bestanden noch sei sie sozial gerechtfertigt. Die Beklagte hat Klagabweisung, hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt und vorgetragen, die Herausgabe und Verteilung der Zeitschrift durch den Kläger sei geeignet, den Betriebsfrieden im Hafen zu stören, denn die Zeitschrift enthalte eine Reihe von Verunglimpfungen und Beleidigungen der Arbeitgeber, der Gesamthafen- und Hafeneinzelbetriebsarbeiter, der Gewerkschaftsfunktionäre der ÖTV und ihres Betriebsrats. Auch hatten zwei Hafeneinzelbetriebe darüber geklagt, daß die Zeitschrift des Klagers jeweils in ihrem Betriebe zu erheblicher Beunruhigung geführt habe, man wolle deshalb den Kläger nicht wieder beschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ihren Hilfsantrag, das Arbeitsverhältnis aufzulösen,



abgewiesen Mit der zugelassenen Revision verfolgt die
Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter

Entscheidungsgründe

Das Landesarbeitsgericht hat weder die fristlose noch
die hilfsweise ausgesprochene fristgemäße Kündigung noch
schließlich auch den Auflösungsantrag durchgreifen lassen.
Hierin liegt kein Rechtsfehler

1 Die fristlose Kündigung hat das Landesarbeitsgericht
zutreffend unter Anwendung des - zur Zeit der Kündigung
noch geltenden - § 124 a GewO geprüft. Denn die hier tarif-
lich maßgebende Kündigungsfrist von 14 Tagen auf den Lohn-
wechselschluß bedeutet eine längere als eine Kündigungsfrist
bis zu 14 Tagen, wie sie gemäß § 122 GewO für die Bestimmun-
gen in § 123 GewO gilt. Daraus folgt, daß nicht § 123 GewO,
sondern § 124 a GewO anzuwenden ist (vgl. BAG 14, 42 = AP
Nr 8 zu § 124 a GewO) Das Landesarbeitsgericht hat gleich-
wohl untersucht, ob sich der Kläger einer Beleidigung seines
Arbeitgebers oder deren Vertreter im Sinne des § 123 Ziff. 5
GewO schuldig gemacht habe Das ist rechtlich nicht zu
beanstanden. Denn die in § 123 GewO aufgezählten Gründe für
eine fristlose arbeitgeberseitige Kündigung eines bis zu
einer Frist von 14 Tagen ordentlich kündbaren Arbeitsver-
hältnisses zeigen den Willen des Gesetzgebers, welche Vor-
gänge er im allgemeinen als zu einer fristlosen Kündigung
für geeignet angesehen hat So betrachtet behalten die
Bestimmungen in § 123 GewO auch für eine - hier nach § 124 a
GewO anzustellende - Prüfung, ob ein wichtiger Grund für
eine fristlose Kündigung gegeben war, ihren Sinn, wenn nur
- wie das hier geschehen ist - das Gericht sich seiner
zusätzlichen Pflicht zur Prüfung der Gesamtumstände und der
Zumutbarkeit bewußt war.

Das Landesarbeitsgericht hat in den Vorwürfen des
Klägers von der Lüge und dem unsozialen Verhalten des
"klassengegners" keine Beleidigung der Beklagten gesehen.
Dazu seien diese Vorwürfe nicht konkret genug und seien auch



nicht auf einzelne bestimmte Personen ausgerichtet Die angegriffenen Lademeister seien keine Vertreter der Beklagten Soweit der Kläger die Gewerkschaft und ihre Vertreter als zu wenig kampferisch angegriffen habe, habe er sie in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmersvertreter treffen wollen und nicht in ihrer Eigenschaft als Vorstandsmitglieder der Beklagten Im übrigen sei auch hier die Kritik viel zu allgemein, als daß sie eine Beleidigung darstellen könne Entgegen den Angriffen der Revision liegt in diesen Ausführungen des angefochtenen Urteils kein Rechtsfehler

Das Landesarbeitsgericht hat dann weiter untersucht, ob der Kläger wenn auch keine Beleidigung im Sinne des § 123 Ziff. 5 GewO begangen, so doch durch seine Zeitungsartikel einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben habe. Das hat das Landesarbeitsgericht verneint und hierzu ausgeführt, der Kläger habe eine Reihe sachlicher Forderungen in sachlicher Form erhoben, wie die Forderung nach ausreichend ausgerüsteten Toiletten, Umkleidekabinen und Waschgelegenheiten, nach Abhaltung aller gesetzlich vorgesehenen Betriebsversammlungen, nach höheren Löhnen und niedrigeren Pensen sowie Bezahlung von Wartezeiten und Fachzulagen. Es sei das verfassungsmaßige Recht des Klägers, solche Forderungen ungehindert zu erheben Diese Ausführungen halten sich im Rahmen der oberstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BAG 1, 185 [191 f.] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG und BVerfG 7, 198 [207 f.]).

Der kampferischen Tonfall der Zeitschrift hat das Landesarbeitsgericht unter Hinweis auf die Umgangsformen im Hafen und unter Hafenarbeitern entschuldigt, die aus der Natur der Sache heraus drastischer als in anderen Berufssphären seien Das ist nicht zu beanstanden

Das Landesarbeitsgericht hat weiter ausgeführt, daß der Kläger durch seine kritischen Darlegungen auch nicht den Betriebsfrieden gestört habe Hierzu beanstandet die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung, daß das Landesarbeitsgericht von ihr als Zeugen benannten Prokuristen M nicht gehört habe M war von der Beklagten dafür



benannt worden, daß der Vorstand der Beklagten sich durch das Vorgehen des Klagers aufs äußerste angegriffen und provoziert gefühlt habe. Einem solchen Beweisantrag brauchte das Landesarbeitsgericht nicht nachzugehen. Es kommt nicht darauf an, welche Gefühle die Zeitschrift des Klagers beim Vorstand der Beklagten ausgelöst hat, sondern wie sie auf einen objektiven Betrachter wirkte, wirken konnte und mußte. Das zu beurteilen, ist Sache des Gerichts. Dazu bedarf es keiner Zeugenvernehmung, zumal die Beklagte dem Kläger außer der Herausgabe und Vertreibung der Zeitschrift nichts weiteres vorgeworfen hat, was noch tatsächlicher Aufklärung bedurft hätte. Auch die in diesem Zusammenhang weiterhin von der Beklagten erhobene Rüge aus § 139 ZPO greift nicht durch. § 139 ZPO dient nicht dazu, einer darlegungspflichtigen Partei zu einem schlussigen Vortrag zu verhelfen, sondern lediglich dazu, ein bloßes Versehen oder Übersehen zu verhindern. Hier hat das Berufungsgericht aber davon ausgehen können, daß nach dem bisherigen Verhandlungsergebnis die Beklagte nicht noch zusätzliche Behauptungen habe aufstellen können und wollen (AP Nr. 1 zu § 139 ZPO). Die Revision trägt im übrigen auch in der Revisionschrift keine solchen objektiven Kriterien vor, nach denen hätte gefragt werden können, sondern macht Ausführungen darüber, in welchem hohem Maß sich der Vorstand provoziert gefühlt habe. Ebenso trägt die Beklagte mit der Revision nicht vor, welche Frage das Landesarbeitsgericht dem Zeugen M hinsichtlich der Betriebsrats-sitzungen habe stellen sollen, und was der Zeuge darauf erwidert hatte. Die Tatsache, daß sich der Betriebsrat mit dem Kläger befaßt hat, reicht für die Darlegung einer Störung des Betriebsfriedens nicht aus.

Daß in den Hafeneinzelbetrieben, worüber in dem Schreiben der Lager- und Speditionsgesellschaft vom 9 April 1969 wie dem der Afrika Linien vom 10 April 1969 geklagt wird, über den Inhalt der Zeitschrift des Klagers diskutiert worden ist, bedeutet noch keine Störung des



Betriebsfriedens Gestört wäre der friedliche Betriebsablauf erst dann, wenn das während der Arbeitsvorgänge geschehen und diese dadurch verzögert oder gar verhindert worden wären. Das hat die Beklagte nicht vorgetragen.

Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht erwogen hat, der Kläger habe bei Ausübung seines verfassungsmaßigen Rechts der freien Meinungsäußerung weder gegen allgemeine Gesetze noch gegen seine arbeitsvertragliche Treuepflicht verstoßen. Dabei hat das Landesarbeitsgericht noch zutreffend in Betracht gezogen, daß die Beklagte den Kläger und seine Arbeitskameraden nicht selbst im eigenen Betrieb beschäftigt, sondern lediglich an die Hafeneinzelbetriebe weitervermittelt. Deshalb besteht, wie das Landesarbeitsgericht richtig hervorgehoben hat, ein geringer einzuschätzendes wechselseitiges Treueverhältnis zwischen den Parteien als bei sonstigen herkömmlichen Arbeitsverhältnissen.

In der Ablehnung der Lager- und Speditionsgesellschaft, den Kläger bei sich zu beschäftigen, hat das Landesarbeitsgericht ebenfalls keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gesehen. Es kann dahinstehen, ob ein einzelner Hafenbetrieb überhaupt nach den zwischen den Hafeneinzelbetrieben und der Beklagten maßgebenden Normen zu einer solchen Zurückweisung berechtigt wäre. Jedenfalls ist die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, ein anderer Einsatz des Klägers sei der Beklagten zuzumuten, nicht zu beanstanden. Auch bei dem sog. Nummernsystem, nach welchem die Beklagte bei der Vermittlung verfährt, muß es möglich sein, etwa im Falle einer plotzlichen Erkrankung eines Arbeiters umzudisponieren.

In dem Verstoß des Klägers gegen die Hausordnung der Beklagten, die - wie die Beklagte vorgetragen hat - ganz allgemein den Vertrieb von Druckschriften politischen Inhalts im Hafengelände untersagt, hat das Landesarbeitsgericht deshalb keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gesehen, weil es an einer Abmahnung gefehlt habe. Daß bei Verletzung



arbeitsvertraglicher Pflichten im allgemeinen der fristlosen Kündigung eine Abmahnung vorauszugehen hat, hat der Senat bereits mehrfach ausgesprochen (vgl. BAG AP Nr. 16 zu § 66 BetrVG und BAG 19, 351 = AP Nr. 1 zu § 124 GewO). Hier kommt noch hinzu, daß der Kläger unbestritten vorgebracht hatte, es seien auch vordem schon andere Zeitschriften im Hafengelände verteilt worden und niemand sei beim Verteilen von seiner Arbeit abgehalten oder bei dieser gestört worden.

2 Die fristgemäße Kündigung hat das Landesarbeitsgericht gemäß § 1 KSchG geprüft und sie für sozialwidrig erachtet. Soweit dabei das Verhalten des Klägers zu prüfen war, hat es ähnliche Erwägungen wie bei der oben dargelegten Prüfung des wichtigen Grundes angestellt. Bei der Frage nach betriebsbedingten Gründen war zu erörtern, ob der Widerspruch eines oder zweier Hafeneinzelbetriebe, den Kläger einzustellen, ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine fristgemäße Entlassung des Klägers bildete. Das ist zu verneinen, weil eine solche Weigerung, deren Begründetheit noch nicht einmal zweifelsfrei ist, den Betrieb der Beklagten weder zum Erliegen brachte noch auch nur erheblich erschwerte. Wie schon oben gesagt, muß auch bei dem Nummernsystem mit gewissen Anomalien gerechnet werden, wie stundenweiser Erkrankung, Zuspätkommen u. a., auch dann muß ein anderer als der zunächst nummernmäßig aufgeführte vermittelt und der zunächst verhängerte Arbeiter doch noch bedacht werden. Dann konnte aber auch ein ähnlicher Austausch beim Kläger vollzogen werden. Bei der Frage nach verhaltens- wie betriebsbedingten Gründen der Kündigung ist vor allem - wie auch vom Landesarbeitsgericht geschehen - die nahezu monopolartige Stellung der Beklagten zu bedenken und außerdem, daß sie bei ihrer Arbeitsvermittlung Aufgaben erfüllt, wie sie sonst dem staatlichen Arbeitsamt zustehen.

3 Das hat das Landesarbeitsgericht auch mit Recht bei seiner Entscheidung über den Auflösungsantrag der Beklagten in Betracht gezogen und damit berücksichtigt, daß zwischen

