

98a

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

Gesetz: KSchG § 1 Abs. 2 Verhaltensbedingte und personenbedingte Kündigung

Leitsätze:

- 1.) Dem Arbeitgeber, der für den Fall neuer Dienstverfehlungen wiederholt eine ausserordentliche fristlose Kündigung angedroht hatte, ist es bei einem einschlägigen neuen Eintritt eines solchen Vorkommnisses nicht verwehrt, eine ordentliche Kündigung auszusprechen, wenn diese nur verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt ist.
- 2.) Eine schuldlose Verletzung von Dienstpflichten gibt in der Regel keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund ab.
- 3.) Ein Strassenbahnschaffner ist verpflichtet, stets alles ihm zumutbare zu tun, dass kein Fahrgast ohne Fahrschein bleibt. Was ihm in dieser Richtung zumutbar ist, lässt sich nur nach den jeweiligen Umständen beurteilen.

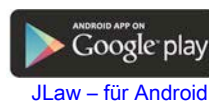
Aktenzeichen: 2 AZR 539/59

Urteil des BAG vom 16. März 1961

LAG Bremen



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



2 AZR 539/59

I Sa 29/59 Bremen

§ 8 a

Verkündet
am 16. März 1961
gez. Hoffmann,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. März 1961 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter Schilgen und Dr. Joachim sowie die Bundesarbeitsrichter Bresch und Dr. Jung für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der I. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 30. September 1959 - I Sa 29/59 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1904 geborene Kläger steht seit 1946 als Straßenbahnschaffner im Dienst der Beklagten. Da bei Kontrollen in seinem Wagen in den Jahren 1953 bis 1958 wiederholt Fahrgäste ohne Fahrscheine und andere Unregelmäßigkeiten festgestellt worden waren, verwarnte ihn die Beklagte am 21. Mai 1958 schriftlich. Am 23. Mai 1958 erteilte sie ihm einen strengen Verweis wegen unhöflicher Behandlung eines Fahrgastes und kündigte ihm an, daß er mit seiner sofortigen Entlassung rechnen müsse, wenn sich wieder eine Dienstverfehlung oder eine Nachlässigkeit im Kassenwesen ergäbe. Nachdem bei einer Kontrolle am 9. August 1958 zwei junge Leute als Schwarzfahrer entdeckt worden waren, drohte die Beklagte bei nochmaliger Dienstverfehlung die fristlose Entlassung an. Am 28. September 1958 wurden beim Kläger wieder zwei jugendliche Schwarzfahrer festgestellt. Deshalb kündigte die Beklagte dem Kläger am 30. September 1958 mündlich und am 1. Oktober 1958 mit Zustimmung des Betriebsrats schriftlich mit der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31. Dezember 1958, löste ihn alsbald als Schaffner ab und beschäftigte ihn bis zum Ende der Kündigungsfrist als Wächter.

Der Kläger hat am 18. Oktober 1958 auf Feststellung geklagt, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei. Das Arbeitsgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

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

- 3 -



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



I. Obwohl die Beklagte dem Kläger vorher nach einem bestimmten Vorkommnis und, nach einem weiteren Fall, sodann noch einmal eine außerordentliche Kündigung bei einer erneuten Dienstverfehlung angedroht hatte, kann es ihr nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie nach einem dritten Fall eine ordentliche Kündigung aussprach. Voraussetzung ist nur, daß die nunmehr ausgesprochene Kündigung sozial nicht ungerechtfertigt ist. Rechtfertigen die jetzt vorliegenden Umstände eine verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Kündigung, ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, vom Ausspruch einer ordentlichen Kündigung lediglich deswegen Abstand zu nehmen, weil er eine fristlose Kündigung in Aussicht gestellt hatte. Das liefe auf eine Beeinträchtigung seiner vom Gesetz anerkannten und auch sachlich zu bejahenden Interessen hinaus, zur ordentlichen Kündigung schreiten zu dürfen. Ein vorheriger Verzicht des Arbeitgebers auf die konkrete Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts ist in Berücksichtigung seiner Interessenlage nicht denkbar. Der Kündigungsverzicht setzt stets die Kenntnis der maßgebenden Umstände voraus (vgl. Auffarth-Müller, KSchG, Anm. 118 zu § 1). Ob eine außerordentliche Kündigung berechtigt wäre, könnte auch fraglich sein. Im gegebenen Fall wäre es andererseits auch möglich, daß die ordentliche Kündigung ein Entgegenkommen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer darstellt.

II. Die Beklagte hat ihre Kündigung in erster Linie mit dem Verhalten des Klägers begründet, nämlich damit, daß der Kläger häufig seine Dienstpflichten als Straßenbahnschaffner verletzt habe, zuletzt dadurch, daß er am 28. September 1958 zwei Jugendliche mitfahren ließ, ohne sie mit Fahrscheinen zu versehen. Dem angefochtenen Urteil ist darin zuzustimmen, daß die früheren Vorfälle dieser und anderer Art, nachdem die Beklagte sich mit einer Verwarnung des Klägers begnügt und eine Kündigung nur für den Fall der Wiederholung angedroht hatte, nicht mehr unmittelbar als Kündigungsgrund herangezogen werden können, sondern nur noch zur Unterstützung eines später entstande-



- 4 -

nen Kündigungsgrundes berücksichtigt werden dürfen (BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG). Das gilt auch für den vorletzten Vorfall vom 9. August 1958, bei dem ebenfalls zwei jugendliche Schwarzfahrer bei einer Kontrolle im Wagen des Klägers erwischt worden sind. Denn wegen dieses Vorfalles ist dem Kläger am 29. August 1958, also bevor sich der letzte Vorfall am 28. September 1958 ereignete, ein strenger Verweis erteilt und für künftige Dienstvergehen eben nochmals die fristlose Entlassung angedroht worden. Das hat das Berufungsgericht, indem es die beiden letzten Vorfälle, offenbar wegen ihrer Gleichartigkeit, gleichmäßig beurteilt, anscheinend verkannt.

Es kommt also darauf an, ob der letzte Vorfall vom 28. September 1958 ein triftiger Kündigungsgrund im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG war, wenn nicht schon für sich allein betrachtet, so doch wenigstens mit Unterstützung früherer Vorfälle. Das hat das angefochtene Urteil verneint. Es stellt fest, daß der Kläger am 28. September 1958, ebenso wie auch am 9. August 1958, in der allgemein üblichen Weise durch seinen Wagen gegangen ist und vernehmlich zum Lösen von Fahrscheinen aufgefordert hat. Es meint, daß der Kläger damit alles getan habe, was von einem sorgfältigen Schaffner im Regelfall verlangt werden könne. Die Beweisaufnahme habe keinen Anhalt dafür ergeben, daß der Kläger einen Anlaß gehabt habe, die jugendlichen Schwarzfahrer anzusprechen. Daß sie ihm entgangen seien, sei nicht einmal objektiv eine Fehlleistung im allgemeinen Sinn. Denn gegen betrügerische Machenschaften gebe es auch im Straßenbahnverkehr keinen völlig sicheren Schutz, es sei denn durch persönliche Kontrolle eines zu diesem Zweck eingesetzten Aufsichtsbeamten. Es würde eine Überforderung der ohnehin bereits mit zahlreichen Aufgaben belasteten Schaffner darstellen, wollte man von ihnen fordern, daß sie selbst auch fortgesetzte Kontrollen in ihrem Wagen durchführen, ganz abgesehen davon, daß ein solches Verhalten der Schaffner zu einer unzumutbaren Belästigung und Verärgerung der Fahrgäste führen würde. Es sei auch ge-

- 5 -



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



richtsbekannt, daß ein Vorgehen des Schaffners, wie es die Beklagte verlangt, in einem normal besetzten oder sogar überfüllten Wagen weder durchführbar noch üblich ist. Alle Schaffner, so sagt das angefochtene Urteil, beschränken sich vielmehr, wie jeden Tag beobachtet werden könne, darauf, die eingestiegenen Fahrgäste in "Bausch und Bogen" zur Lösung von Fahrscheinen anzuhalten, wobei sie durch den Wagen gehen und ihre Frage nach den Fahrtausweisen wiederholen. Nur dann, wenn ein Schaffner aus einem ungewöhnlichen oder besonderen Anlaß einen bestimmten Fahrgast im Verdacht habe, daß er nicht im Besitz eines gültigen Fahrscheins sei, spreche er den betreffenden Fahrgast persönlich an und lasse sich gegebenenfalls von ihm den Fahrtausweis vorzeigen. Eine solche Kontrollmaßnahme könne aber, wenn der Schaffner seine Aufgabe überhaupt erfüllen solle, immer nur die Ausnahme bilden. Es könne dem Schaffner auch nicht mangelnde Aufmerksamkeit vorgeworfen werden, wenn er sich beim Einsteigen einer größeren Zahl von Fahrgästen nicht sämtliche Gesichter einprägt, zumal er selbst an den Haltestellen im Interesse der Verkehrssicherheit sein Augenmerk auch noch auf die Vorgänge im Anhänger und auf der Straße richten müsse und darüber hinaus die einsteigenden Fahrgäste sich alsbald auf die verschiedenen Flure und Sitzgelegenheiten im Wagen verteilen.

Diese Ausführungen, auf denen das angefochtene Urteil beruht, greift die Revision mit Recht an.

Es ist zwar davon auszugehen, daß es Sache der Beklagten, ist, eine Dienstpflichtverletzung des Klägers zu beweisen. Das ergibt sich unmittelbar aus § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG. Eine Dienstpflichtverletzung müßte, wenn auch nicht in jedem Falle (vgl. Hueck, KSchG, 4. Aufl., Anm. 35 zu § 1), so doch in der Regel und vor allem unter den Umständen des vorliegenden Falles auch nachgewiesenermaßen schuldhaft, also wenigstens fahrlässig gewesen sein, um die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt sein zu lassen. Das hat die Beklagte übrigens dadurch anerkannt, daß sie dem Kläger seine Entlassung nur für den Fall "nochmaliger Verfehlung



oder Nachlässigkeit" angedroht hat. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß schon eine objektive, aber schuldlose Verletzung von Dienstpflichten vorliegend ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund sei. Denn damit würde dem Kläger eine Art Erfolgshaftung dafür auferlegt, daß er keinen Schwarzfahrer übersieht. Eine solche Ansicht läßt sich wegen des sozialen Charakters des Kündigungsschutzgesetzes nicht vertreten. Ob bei einem besonders schwerwiegenden Fall einer schuldlosen Dienstpflichtverletzung wegen der erforderlichen Berücksichtigung der Interessenlage des Arbeitgebers eine deswegen ausgesprochene verhaltensbedingte Kündigung sozial nicht ungerechtfertigt ist, muß hier nicht erörtert werden. Denn der Vorfall vom 28. September 1958 ist, und zwar auch unter Berücksichtigung der früheren Vorfälle, nicht derart schwerwiegend. Mögen auch 1958 insgesamt bereits drei Vorfälle vorausgegangen sein, so bleibt die Gesamtzahl der Vorkommnisse von 1953 bis einschließlich des Falles vom 9. August 1958 mit neun Geschehnissen für den ganzen Zeitraum doch verhältnismäßig gering. Das Ansteigen der Fälle 1958 selbst hatte auch noch keinen besonders großen Umfang angenommen. Auf ihre Dienstvorschriften für Straßenbahnschaffner kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil sie sie nicht vorgetragen hat. Daher kann nicht nachgeprüft werden, ob und inwieweit diese Vorschriften verbindlich sind. Das Landesarbeitsgericht hat somit mit Recht ein vorwerfbares, d.h. schuldhaftes Verhalten des Klägers als Kündigungsgrund verlangt.

Das angefochtene Urteil läßt sich jedoch deshalb nicht halten, weil die von ihm aufgestellten Grundsätze über den Umfang der Dienstpflichten eines Straßenbahnschaffners nicht richtig sind. Das Landesarbeitsgericht hat beim Aufstellen dieser Grundsätze nicht genug berücksichtigt, daß es eine Hauptpflicht eines Straßenbahnschaffners ist, alle Fahrgäste mit Fahrscheinen zu versorgen. Dazu reicht es nicht aus, daß er durch den Wagen geht und die Fahrgäste in "Bausch und Bogen" zum Lösen von Fahrscheinen auffordert, sich an einzelne Fahrgäste aber nur dann wendet, wenn dazu



ausnahmsweise ein besonderer Anlaß wie etwa der Verdacht des Schwarzfahrenwollens besteht. Gegen eine so laxe Handhabung wendet sich die Beklagte mit Recht. Denn sie würde die Schaffner bei der Erfüllung ihrer zweifellos schwierigen Aufgaben zur Nachlässigkeit verführen und die Schwarzfahrer ermutigen. Durch beides würde ein rationeller Straßenbahnbetrieb gefährdet sein. Die Beklagte muß aber sowohl in ihrem eigenen Interesse als auch im öffentlichen Interesse darauf drängen, daß die Straßenbahn nicht nur sicher funktioniert, sondern auch kaufmännisch arbeitet. Hiernach geht es nicht an, daß sich die Beklagte von vornherein mit der Unvermeidlichkeit von Schwarzfahrern abfindet und die Anforderungen an ihre Schaffner dementsprechend von vornherein einschränkt. Die Schaffner sind vielmehr grundsätzlich verpflichtet, stets alles ihnen Zumutbare dafür zu tun, daß kein Fahrgast ohne Fahrschein bleibt. Was in dieser Richtung zumutbar ist, läßt sich nicht von vornherein in dem vom Landesarbeitsgericht aufgestellten resignierenden Grundsatz fassen, sondern muß allein nach den jeweiligen Umständen beurteilt werden.

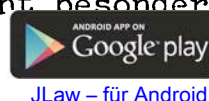
Das Landesarbeitsgericht hat seinen hiernach unrichtigen, weil auf einer einseitigen Auslegung der Arbeitsverhältnisse von Straßenbahnschaffnern beruhenden Grundsatz daraus hergeleitet, daß gerichtsbekanntermaßen alle Schaffner so vorgehen. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Landesarbeitsgericht dabei nicht vielleicht eine unauffällige Tätigkeit der Schaffner übersehen hat, die etwa darin bestehen könnte, sich wenigstens die ungefähre Zahl neu hinzugestiegener Fahrgäste, vielleicht auch in gewissem Umfang deren Aussehen und ihre Verteilung im Wagen zu merken. Das wäre immerhin bei einem nicht übermäßig besetzten Wagen und bei einem nur mäßigen Zustrom von Fahrgästen nicht zu viel verlangt. Jedenfalls aber wäre die vom Landesarbeitsgericht festgestellte tatsächliche Übung in der von ihm angenommenen Art eine Vernachlässigung der oben umschriebenen Schaffnerpflichten und daher nicht geeignet, den vom Landesarbeitsgericht angenommenen Rechtszustand zu schaffen.



Um dem Landesarbeitsgericht Gelegenheit zu geben, genauere Feststellungen darüber zu treffen, ob der Kläger vor allem bei dem Vorfall am 28. September 1958 und etwa auch sonst seine Dienstpflicht fahrlässig verletzt hat, wofür allerdings die Beklagte beweispflichtig ist, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden.

III. Die Beklagte hat die Kündigung auch damit begründet, daß der Kläger, wenn er wirklich ohne seine Schuld nicht imstande gewesen sei, die wiederholten Beanstandungen zu vermeiden, als Schaffner nicht mehr geeignet wäre. Das angefochtene Urteil sagt zu diesem im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG personenbedingten Kündigungsgrund mit Recht, ein gewisses Absinken der Leistungsfähigkeit eines immerhin schon 55 Jahre alten und 12 Jahre dienenden Schaffners müsse die Beklagte in Kauf nehmen (vgl. BAG 1, 117 [120]; Auffarth-Müller, KSchG, Anm. 171 zu § 1; Herschelsteinmann, KSchG, Anm. 38b zu § 1; Hueck, KSchG, Anm. 34 zu § 1). Richtig ist auch, daß in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden muß, ob und inwieweit ein Leistungsabfall auf den Folgen einer Kriegsverletzung oder auf zu starker dienstlicher Belastung beruht hat, und daß die Berufung des Klägers auf diese Umstände nicht ohne weiteres als Anerkennung seiner Dienstunfähigkeit aufgefaßt werden darf. Ferner kann allein wegen der bisherigen Anzahl von Dienstverfehlungen noch nicht angenommen werden, solche würden sich in Zukunft weiter ereignen. Das Berufungsgericht verkennt im übrigen nicht, daß die eben erwähnten, bei der Interessenabwägung gebotenen Rücksichten jedenfalls nicht so weit gehen können, daß die Beklagte verpflichtet sei, einen für den normalen Schaffnerdienst ungeeigneten Mann zu behalten, obwohl sie für ihn keine andere Verwendung hat.

Die Gründe, aus denen das Landesarbeitsgericht die Ungeeignetheit des Klägers als nicht nachgewiesen ansieht, sind jedoch möglicherweise dadurch beeinflusst, daß es, wie oben unter II. dargelegt, zu geringe Anforderungen an die Tätigkeit eines Schaffners stellt. Sie sind vor allem auch nicht ganz widerspruchsfrei und nicht ganz unbedenklich. Das angefochtene Urteil sagt auf Seite 13 selbst, daß der Kläger auf da



ragenden und geistig beweglichen Schaffners gemacht habe. Es deutet damit an, daß es selbst an der Eignung des Klägers zweifelt. Dieser Zweifel kommt ferner darin zum Ausdruck, daß es nach Seite 15 des Urteils der Beklagten überlassen bleiben soll, in welcher Weise sie auf die nach ihrer Meinung zutage getretenen "Eigenheiten" des Klägers Rücksicht nehmen will. Dabei bleibt offen, ob und inwieweit es möglich und vertretbar ist, den Kläger als Schaffner weiter zu beschäftigen. Als Ausweg stellt das Landesarbeitsgericht der Beklagten nur anheim, die Beschäftigung des Klägers als "Sitzschaffner" in einem Großraumwagen zu versuchen. Es setzt sich aber nicht mit den Ausführungen der Beklagten in ihren Schriftsätzen vom 17. Dezember 1958 (auf Seite 7) und vom 12. Juni 1959 (auf Seite 5) auseinander, daß der Kläger als "Sitzschaffner" in einem Großraumwagen noch weniger geeignet sei wie als Schaffner in einem Wagen älterer Bauart. Allgemein bleiben die tatsächlichen Grundlagen der Verneinung einer personenbedingten Kündigung unsicher.

Wenn es nach der neuen Verhandlung noch darauf ankommt, wird das Landesarbeitsgericht auch die Frage der Personenbedingtheit des Klägers im Sinne des Vorstehenden tatsächlich und rechtlich neu erörtern müssen.

gez. Dr. Müller

Schilgen

Dr. Joachim

Paul Bresch

Dr. Jung



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

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