
Datum: 23.08.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 Sa 586/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0823.15SA586.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 5 Ca 2635/11

Schlagworte: Außerordentliche Kündigung bzw. außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist; schuldloses Verhalten ausnahmsweise wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB; Abgrenzung verhaltens-/personenbedingter Kündigungsgrund nach Schwergewicht der Störung/Störquelle

Normen: § 626 Abs. 1 BGB

Leitsätze:

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss der Arbeitgeber bei bestehender Möglichkeit einer zumutbaren anderweitigen Beschäftigung auf einen freien Arbeitsplatz – auch bei vorhandenem sog. Personalpool – von sich aus die Weiterbeschäftigung anbieten. Hierzu hat er vorab die Geeignetheit des Arbeitnehmers für eine Aufnahme in den Personalpool zu prüfen.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 21.02.2012 – 5 Ca 2635/11 – teilweise abgeändert und wie folgt neu formuliert:

Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch Kündigungserklärung der Beklagten vom 09.06.2011, zugegangen am 09.06.2011, weder zum 09.06.2011 noch zum 31.12.2011 aufgelöst worden ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu 2/5, die Beklagte zu 3/5.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand	1
Der Streit der Parteien geht um die rechtliche Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers.	2
Der 1961 geborene Kläger ist verheiratet und zwei Kindern gegenüber zum Unterhalt verpflichtet. Seit August 1993 ist er bei der Beklagten als Straßenbahn-/Stadtbahnfahrer beschäftigt zu einem monatlichen Bruttoentgelt, das zuletzt 3.092,67 € betrug.	3
Einzelvertraglich vereinbarten die Parteien unter dem 27.07.1993 (Bl. 8 d.A.) die Anwendbarkeit des „Bundesmanteltarifvertrages für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G) und der zusätzlich abgeschlossen Tarifverträge ... in der jeweils geltenden Fassung" sowie der an deren Stelle tretenden Tarifverträge.	4
Das Arbeitsverhältnis ist tariflich ordentlich unkündbar.	5
Im Jahre 2011 litt der Kläger unter quälenden Schmerzen im Bereich seines Gesäßes und seiner Oberschenkel. Ursache dieser Schmerzen, so nahm der Kläger an, seien entweder Larven oder andere winzige Lebewesen unter seiner Haut oder aber spitzen Material unter den Bezügen der Fahrersitze. Der Kläger unternahm den Versuch, die Störursachen aus den Sitzen mit Hilfe eines Feuerzeugs „herauszubrennen" und verursachte so mehrfach Brandflecken an den Fahrersitzen. Die entstandenen Brandflecken fielen der Beklagten Ende Mai 2011 auf. Bei einer Kontrolle am 31.05.2011 stellte die Beklagte dem Kläger frühmorgens ein Fahrzeug mit unbeschädigtem Sitzmobiliar zur Verfügung, welches an der Fahrt-Endstelle erneut Brandflecken an den Sitzen aufwies.	6
Der Kläger gab in dem mit ihm am 01.06.2011 geführten Gespräch (Teilnehmer des Weiteren: ZB/Herr S1, PWG/Herr M1) an, er verfare seit einigen Tagen so. Sein Verhalten tue ihm zwar grundsätzlich leid, doch betrachte er es als Selbstschutz gegenüber Fremdkörpern, die sich im Sitz befänden und ihn an seiner Arbeit hinderten. Er habe versucht, die Spitzen und Dornen mit einem Messer und einem Feuerzeug zu entfernen. Er könne sich gut vorstellen, dass derartige Gegenstände bewusst von Fahrgästen, Fahrerkollegen oder Werkstattmitarbeitern in die Sitze eingearbeitet würden, um die Fahrer zu ärgern oder dadurch Unfälle zu verursachen. Eine andere Erklärung habe er nicht. Jedenfalls sei durch das Abflämmen der Sitzoberflächen das Sitzen für ihn hinsichtlich seines Hautausschlags erträglicher. Psychische Ursachen seien für die Hautreizungen nicht verantwortlich.	7
Wörtlich heißt es weiter in dem Aktenvermerk über das Gespräch vom 01.06.2011 (Bl. 41, 42 d.A.):	8

„Herr M1 erklärte, dass B1 unter keinen Umständen dazu berechtigt gewesen sei, die Sitze derart zu beschädigen. Es liege hier eine vorsätzliche Sachbeschädigung vor, da Herr B1 dies mit voller Absicht getan habe.	9
Herr B1 erklärte, es sei nicht vorsätzlich geschehen, denn er habe nicht die Absicht verfolgt, den Arbeitgeber damit zu schädigen, sondern lediglich, sich zu schützen.	10
Herr M1 erklärte, er bleibe bei seiner Rechtsauffassung. Hinzu käme noch die potenzielle Gefährdung von Fahrzeugen und Personen durch einen möglicherweise entstehenden Brand. Das Ende eines solchen Szenarios möge er sich gar nicht vorstellen.	11
D1 könne es sich nicht erlauben, Herrn B1 wieder aufs Fahrzeug zu lassen, wohlwissend, dass möglicherweise von Herrn B1 eine Gefährdung ausgehe. Dieses Verhalten sei ganz offenkundig nicht normal. Herr M1 empfahl diesbezüglich Herrn B1, ev. ärztlichen Rat einzuholen."	12
Wegen des weiteren Inhalts des Gesprächsprotokolls und des Vermerks vom 31.05.2011 wird verwiesen auf Bl. 27, 41 f. d.A..	13
Ende 2006 war der Kläger nach einem schweren Unfall mehrere Wochen lang im psychiatrischen Landeskrankenhaus in D2 stationär psychiatrisch behandelt worden.	14
Am 06.06.2011 erörterte der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit dem zuständigen Mitarbeiter der Personalabteilung den Gesundheitszustand des Klägers und übermittelte der Beklagten ein ärztliches Schreiben vom 07.02.2007 (Bl. 11 d.A.), auf dessen Einzelheiten verwiesen wird.	15
Ebenfalls am 06.06.2011 beantragte der Kläger die Feststellung seiner Schwerbehinderung. Mit Bescheid vom 13.12.2011 erfolgte die Anerkennung des Klägers als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50.	16
Mit Schreiben vom 06.06.2011 (Bl. 25 f. d.A.) hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu der Absicht an, das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und vorsorglich außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31.12.2011 aus verhaltensbedingten Gründen zu kündigen. Der Betriebsrat äußerte Bedenken.	17
Mit Schreiben vom 09.06.2011 (Bl. 9 f. d.A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos sowie vorsorglich außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31.12.2011 aus verhaltensbedingten Gründen.	18
Unter dem 12.09.2011 gaben der Chefarzt Dr. med. K1 und die Fachärztin L2, Marienhospital D2 – Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie –, eine „Fachärztliche Stellungnahme zur Vorlage bei Gericht" ab, die folgenden Wortlaut hat:	19
„Herr B1 befindet sich seit dem 14.07.2011 in unserer stationären Behandlung.	20
Aufgrund der Beobachtungen während dieser Behandlungszeit ist aus ärztlicher Sicht davon auszugehen, dass Herr B1 an einer psychischen Erkrankung leidet, auf die sich das krankheitsbedingte Verhalten vor der Aufnahme (Beschädigung des Fahrersitzes, Aussprechen unangemessener Verdächtigungen, fehlende Einsichtsfähigkeit, etc.) zurückführen läßt.	21

Zum aktuellen Zeitpunkt bestehen keine Symptome der psychischen Erkrankung von Herrn B1 mehr.	
Herr B1 ist krankheitseinsichtig, kooperativ und auch bereit, die notwendigen Medikamente regelmäßig einzunehmen.	23
Aufgrund der erfolgreichen medikamentösen Behandlung und auch der bestehenden Compliance von Herrn B1 ist von einer wiederhergestellten Arbeitsfähigkeit und Belastungsfähigkeit im beruflichen Alltag auszugehen.	24
Herr B1 sollte allerdings bei Vorliegen einer psychischen Krankheit und wegen der notwendigen medikamentösen Einnahme nicht mehr in der Personenbeförderung eingesetzt werden."	25
Der Kläger hat die ausgesprochene Kündigung für unwirksam gehalten und geltend gemacht, die Beklagte habe nicht berücksichtigt, dass das ihm vorgeworfene Verhalten eine krankheitsbedingte Ursache habe. Wegen seiner Wahnvorstellungen sei er nicht schuldfähig. Der Beklagten hätten seine psychischen Probleme insbesondere wegen des Krankenhausaufenthaltes in 2006 auch bekannt sein müssen. Da zwischenzeitlich die Krankheitsursache erfolgreich therapiert worden sei, müsse die Beklagte ihn – wenn auch die Fahrdiensttauglichkeit nicht wiederhergestellt sei - anderweitig einsetzen. Dies habe die Beklagte in der Vergangenheit bei nicht mehr fahrdiensttauglichen Fahrern, die – wie er – ordentlich unkündbar waren, auch üblicherweise praktiziert.	26
Der Kläger hat beantragt,	27
1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch eine Kündigungserklärung der Beklagten vom 09.06.2011, zugestellt am 09.06.2011, weder zum 09.06.2011, noch zum 31.12.2011 aufgelöst worden ist, sondern über den 09.06.2011 bzw. den 31.12.2011 hinaus unverändert fortbesteht;	28
2. im Falle des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag die Beklagte zu verurteilen, den Kläger weiter zu beschäftigen.	29
Die Beklagte hat beantragt,	30
die Klage abzuweisen.	31
Sie hat vorgetragen, der Kläger habe neben der vorsätzlichen Sachbeschädigung eine erhebliche Brandgefahr verursacht und die Gefährdung einer großen Anzahl von Menschen billigend in Kauf genommen. Trotz eventueller psychischer Ursachen für das Verhalten liege nicht automatisch ein nicht steuerbares Verhalten vor. Wegen der erheblichen Wiederholungsgefahr sei selbst bei einer völligen Schuldunfähigkeit die Weiterbeschäftigung des Klägers nicht zumutbar. Sie habe ihre Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger nicht verletzt, da dieser seine Probleme zu keinem Zeitpunkt offenbart habe. Noch zuletzt in dem Gespräch am 31.05.2011 habe der Kläger die Frage nach psychischen Ursachen für sein Verhalten klar verneint. Eine anderweitige Einsatzmöglichkeit für den Kläger bestehe nicht. Insbesondere sei der Kläger nicht im Bereich Service und Einnahmensicherung einsetzbar aufgrund der besonderen mit dieser Stellung einhergehenden psychischen Stressbelastungen.	32
Das Arbeitsgericht Dortmund hat mit Urteil vom 21.02.2012 die Klage abgewiesen und seine Entscheidung wesentlich wie folgt begründet:	33

Die außerordentliche Kündigung vom 09.06.2011 habe das Arbeitsverhältnis fristlos beendet. 34
Der Kläger habe mit dem „Abflämmen“ der Sitze das Eigentum der Beklagten beschädigt und eine Brandgefahr verursacht. Dadurch seien Leib und Leben anderer Menschen gefährdet worden. Das Verhalten des Klägers sei an sich geeignet, einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB dazustellen. Die Beklagte habe im Kündigungszeitpunkt mit einer Fortsetzung der schwerwiegenden Vertragsverletzungen durch den Kläger rechnen müssen. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitere nicht daran, dass das Verhalten dem Kläger möglicherweise aufgrund der Wahnvorstellungen nicht zurechenbar gewesen sei. Denn es liege der Ausnahmefall vor, bei dem fortlaufende Vertragspflichtverletzungen auch ohne Verschulden einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. Eine vorherige Abmahnung sei wegen der Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich gewesen. Bei der Interessenabwägung überwiege das berechnigte Interesse der Beklagten an einer sofortigen Vertragsbeendigung. Auch sei die Kündigung nicht unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang habe der Kläger nicht substantiiert dargelegt, dass freie Arbeitsplätze bei Ausspruch der Kündigung vorhanden gewesen seien.

Der Kläger hat gegen das ihm am 28.03.2012 zugestellte erstinstanzliche Urteil am 24.04.2012 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 29.06.2012 mit am 26.06.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 35

Der Kläger weist darauf hin, dass er an einer psychischen Erkrankung leide, was zum Zeitpunkt der Kündigung offenkundig gewesen sei. Er habe nämlich Sinneswahrnehmungen gehabt, die mit der Realität nicht übereinstimmten. Dementsprechend habe auch der Mitarbeiter aus der Personalabteilung, M1, geäußert, dass „dieses Verhalten ... ganz offenkundig nicht normal“ sei und ihm empfohlen, ärztlichen Rat einzuholen. Die Kündigung sei in erster Linie wegen der von ihm angeblich ausgehenden Gefahr erfolgt. Die mögliche Gefährdung von Dritten durch das Auslösen von Brandgefahren sei aber seiner abweichenden Sinneswahrnehmung zum Kündigungszeitpunkt zuzuordnen und beziehe sich damit eindeutig schwerpunktmäßig auf seine Erkrankung. Die Kündigung müsse daher als krankheitsbedingte gewertet werden mit der Folge, dass auch die Betriebsratsanhörung fehlerhaft gewesen sei. 36

Der Ausnahmefall einer wirksamen verhaltensbedingten Kündigung, auch wenn der Arbeitnehmer nicht schuldhaft gehandelt hat, sei nicht gegeben. Selbst wenn er eine Brandgefahr verursacht hätte, sei nicht die Situation gegeben gewesen, dass die Beklagte aus Zeitgründen nicht in der Lage gewesen wäre zu klären, ob er schulfähig sei oder nicht. 37

Er habe bezüglich leidensgerechter Beschäftigungsmöglichkeit eine positive Prognose. Er könne auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Die Beklagte sei nicht mit dem Argument zu hören, dass sie in den von ihm konkret genannten Bereichen keine freien Stellen habe. Sie halte nämlich in ihrem Stellenplan keinerlei Stellen mehr für leistungsgeminderte unkündbare Mitarbeiter vor. Dennoch beschäftige sie diese Gruppe leidensgerecht, und zwar auch dann, wenn im Stellenplan vorgehaltene Stellen (noch) nicht frei oder besetzbar seien. Sie siede die Gruppe der Fahrdienstuntauglichen in einer mit dem Kürzel PWWZ gekennzeichneten Abteilung an. In dem dortigen Personalpool würden die leistungsgeminderten Arbeitnehmer stellenplanmäßig so lange gehalten, bis in einem geeigneten Bereich eine Stelle frei werde. 38

Der Kläger beantragt, 39

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund – 5 Ca 2635/11 – vom 21.02.2012 abzuändern und festzustellen,

1. das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch Kündigungserklärung der Beklagten vom 09.06.2011, zugegangen am 09.06.2011, weder zum 09.06.2011, noch zum 31.12.2011 aufgelöst worden ist; 41

2. im Falle des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag die Beklagte zu verurteilen, den Kläger weiter zu beschäftigen. 42

Die Beklagte beantragt, 43

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 44

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Ihr habe nicht zugemutet werden können, vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung ein Sachverständigengutachten über eine mögliche psychische Erkrankung des Klägers einzuholen. Wegen der Gefahr für erhebliche Sachgüter und für Leib und Leben habe sie unverzüglich handeln müssen. Auch habe der Kläger Fragen zu einer möglicherweise vorliegenden psychischen Erkrankung klar und mehrfach verneint. Entsprechende Auffälligkeiten im betrieblichen Alltag oder bei betriebsärztlichen Untersuchungen habe es nicht gegeben. Das – unterstellte – Vorliegen einer psychischen Erkrankung bedeute nicht, dass dann „automatisch“ das Verhalten nicht steuerbar sei. 45

Aufgrund des Gewichts der Vertragspflichtverletzungen sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar. Der Kläger habe nicht substantiiert vorgetragen, dass ein freier geeigneter Arbeitsplatz vorhanden sei. Trotz des existenten „Personalpool PWWZ“ habe zum maßgeblichen Zeitpunkt Personalbedarf lediglich als Fahrausweisprüfer/Kundenbetreuer bestanden. Hierfür werde der Kläger nicht für geeignet gehalten. 46

Wegen des weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf deren wechselseitige Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der öffentlichen Sitzungen, die insgesamt Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlungen waren. 47

Entscheidungsgründe 48

A 49

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgericht Dortmund ist gemäß §§ 64 Abs. 1, 2 lit. c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO an sich statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist somit zulässig. 50

B 51

In der Sache ist das Rechtsmittel im Wesentlichen begründet. 52

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.06.2011 hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger weder fristlos noch außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31.12.2011 beendet. Indes greift der Antrag des Klägers auf Weiterbeschäftigung nicht. 53

I. Das Verhalten des Klägers stellt unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen keinen wichtigen Grund i.S.v. § 54

626 Abs. 1 BGB dar, ihm fristlos bzw. außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen
Auslauffrist zum 31.12.2011 zu kündigen.

1. Das Verhalten des Klägers war an sich geeignet, einen wichtigen Grund i.S.v. § 55
626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung darzustellen.

Das Berufungsgericht folgt insoweit der Begründung des Arbeitsgerichts (S. 6 bis 10 des 56
Urteils) und sieht von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab, § 69 Abs. 2
ArbGG.

Die Berufung gibt zu folgenden ergänzenden Anmerkungen Anlass: 57

a) Zutreffend und in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des 58
Bundesarbeitsgerichts weist der Berufungskläger darauf hin, dass verhaltensbedingte Gründe
eine außerordentliche Kündigung in der Regel nur dann rechtfertigen können, wenn der
gekündigte Arbeitnehmer objektiv und rechtswidrig, aber auch schuldhaft seine
Vertragspflichten verletzt hat (Bundesarbeitsgericht seit Urteil vom 27.06.1961 – 2 AZR
255/60, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche; BAG 21.01.1999 – 2 AZR 665/98,
NZA 1999, 863 m.w.N.). Die Pflichtverletzung muss regelmäßig vorwerfbar sein (BAG
02.02.2006 – 2 AZR 222/05, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 52).

b) Unter besonderen Umständen kann allerdings auch ein schuldloses Verhalten des 59
Arbeitnehmers ausnahmsweise einen wichtigen Grund zur verhaltensbedingten
Arbeitgeberkündigung darstellen (BAG 30.09.1993 – 2 AZR 188/93, EzA BGB § 626 n.F. Nr.
152; BAG 21.01.1999, a.a.O.; LAG Köln 12.03.2002 – 1 Sa 1354/01, NZA-RR 2002, 519;
LAG Ham 07.08.2009 – 10 TaBV 31/09, juris).

So kann etwa ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers die betriebliche Ordnung bzw. die 60
betrieblich einzuhaltenden Sicherheitsvorschriften in einer Weise nachhaltig stören, dass dem
Arbeitgeber eine Aufrechterhaltung dieses Zustandes selbst dann nicht zugemutet werden
kann, wenn eine Vorwerfbarkeit der Vertragspflichtverletzung nicht gegeben ist. Bei einer
Gefährdung der Sicherheit des Betriebs muss der Arbeitgeber oftmals rasch hinreichende
Gegenmaßnahmen ergreifen, um weiteres Fehlverhalten zu unterbinden. Im Falle der damit
einhergehenden Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kommt eine sofortige Beendigung
des Arbeitsverhältnisses in Betracht (BAG 21.01.1999, a.a.O.). Insbesondere bleibt in
gravierenden Fällen mit unverzüglichem Handlungsbedarf nicht immer die Zeit für eine
zumeist durch Sachverständigengutachten zu erbringende Klärung der Frage, ob der
Arbeitnehmer für sein Verhalten voll verantwortlich ist.

In derartigen Fällen liegt das für die Abgrenzung zwischen verhaltensbedingter und 61
personenbedingter Kündigung maßgebliche Schwergewicht der Störung allein in den – seien
sie verschuldet oder unverschuldet – Pflichtverstößen des Arbeitnehmers, die zukünftig
weitere einschlägige Pflichtverstöße in einem unzumutbaren Ausmaß erwarten lassen.

c) Hiervon ausgehend ist bereits zweifelhaft, bei dem Kläger – auch wenn zu seinen 62
Gunsten eine psychische Erkrankung wie sie die fachärztliche Stellungnahme der Ärzte Dr.
K1 und L2 vom 12.09.2011 für die Zeit der Beschädigung der Fahrersitze annimmt, unterstellt
wird – von einem fehlenden Verschulden auszugehen. Fraglich ist insbesondere, ob und
inwieweit es dem Kläger an der notwendigen Steuerungsfähigkeit seines Tuns gemangelt
bzw. inwieweit er das Unrechtmäßige seines Tuns nicht erfasst hat. Dem Kläger war nämlich
durchaus bewusst, dass das Beschädigen der Sitze durch ein Messer oder ein Feuerzeug
eine Pflichtverletzung darstellte, indem er einräumte, sein Verhalten tue ihm grundsätzlich

leid. Damit war ihm die Wirklichkeit seines Tuns verstandesgemäß erfassbar, und es lag eine entsprechende Steuerungsfähigkeit vor. Ob die weitere Erklärung des Klägers, er betrachte sein Verhalten als Selbstschutz gegenüber Fremdkörpern, die sich im Sitz befinden und die ihn an seiner Arbeit hindern, zu einem krankheitsbedingt schuldlosen Verhalten zu führen vermag, konnte letztlich offen bleiben.

- Mit dem Arbeitsgericht geht jedenfalls auch die Berufungskammer davon aus, dass Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen verhaltensbedingtem und personenbedingtem Kündigungsgrund das Schwergewicht der Störung bzw. die Störquelle ist (so auch BAG 21.01.1999, a.a.O.). Die Störquelle lag vorliegend eindeutig im – verschuldet oder unverschuldet – Verhalten des Klägers. Die über mehrere Tage fortdauernden Beschädigungen der Fahrersitze insbesondere durch das Abflämmen hatten, auch hier folgt die Kammer dem Erstgericht, ein Ausmaß erreicht und trugen die konkrete Gefahr weiterer schwerer Vertragsverletzung in sich, dass sie bei Ausspruch der Kündigung an sich einen wichtigen Grund zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses darstellen. 63
2. Der Ausspruch einer vorherigen Abmahnung war, wie das Arbeitsgericht zutreffend gesehen und begründet hat, entbehrlich. Die Hinnahme des Verhaltens des Klägers durch die Beklagte war offensichtlich ausgeschlossen; dies konnte der Kläger unter Berücksichtigung der Schwere seiner Pflichtverletzung auch ohne weiteres erkennen und hat dies auch erkannt durch seine Erklärung, dass ihm sein Verhalten leid tue. 64
3. Der abschließenden, durch das Arbeitsgericht vorgenommenen Interessenabwägung vermochte sich die Berufungskammer in Teilen der Begründung und im Ergebnis nicht anzuschließen. 65
- a) Das erstinstanzliche Gericht hat zwar zutreffend die Interessen des Klägers am Erhalt seines Arbeitsplatzes berücksichtigt. Es hat die seit August 1993 bestehende Betriebszugehörigkeit und die aufgrund des Lebensalters des Klägers, der 1961 geboren ist, wohl deutlich eingeschränkte Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt gesehen. 66
- b) Demgegenüber hat das Arbeitsgericht eine Unzumutbarkeit für die Beklagte angenommen, den Kläger wegen seines die Sicherheit des Bahnbetriebs stark gefährdenden Verhaltens weiter als Fahrer einzusetzen. Der Kläger sei bei Ausspruch der Kündigung offensichtlich aus psychischen Gründen unberechenbar gewesen. In einem Gespräch habe er sein Verhalten zu rechtfertigen versucht und für die Zukunft nicht ausgeschlossen. Durch das von dem Kläger verursachte Sicherheitsrisiko sei sein weiterer Einsatz, auch bis zum Ablauf der sozialen Auslaufzeit, nicht mehr tragbar gewesen. Die Kündigung sei auch nicht unverhältnismäßig, da der Kläger nicht substantiiert dargelegt habe, dass entsprechende freie Arbeitsplätze bei Kündigungsausspruch vorhanden gewesen seien. 67
- c) Die streitige Kündigung verstößt gegen den das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. 68
- aa) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens erheblicher Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist zumutbar ist, hat im Rahmen einer Interessengesamtwürdigung eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildernden Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG 09.06.2011 – 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342; BAG 19.04.2012 – 2 AZR 258/11, juris). Die außerordentliche Kündigung muss 69

also die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) sein. Besteht hingegen die Möglichkeit einer zumutbaren anderweitigen Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, muss der Arbeitgeber bei Vorliegen einer solchen Möglichkeit die Weiterbeschäftigung von sich aus anbieten (BAG 04.10.1990 – 2 AZR 201/90, AP Nr. 12 zu § 626 BGB Druckkündigung). Weitere Voraussetzung ist, dass objektive Anhaltspunkte dafür sprechen, dass der Arbeitnehmer das beanstandete Verhalten auf dem anderen Arbeitsplatz nicht fortsetzen wird, es sich also nicht um arbeitsunabhängige Pflichtverstöße handelt (BAG 16.01.1997 – 2 AZR 98/96, juris; BAG 08.06.2000 - 2 AZR 638/99, NZA 2000, 1282).

bb) Bei der Beklagten besteht unstreitig ein sog. Personalpool mit der Bezeichnung PWWZ. Diesem werden Mitarbeiter ohne festen Einsatz zugeordnet, darunter fahrdienstuntaugliche Mitarbeiter. In diesem Pool, so konnte der Kläger unbestritten vortragen, werden die leistungsgeminderten Arbeitnehmer stellenplanmäßig so lange gehalten, bis ein geeigneter Arbeitsplatz frei wird. Der eingerichtete Personalpool hat zur Folge, dass die Beklagte in ihrem Stellenplan selbst keinerlei Stellen für leistungsgeminderte (unkündbare) Mitarbeiter mehr vorhält. 70

Bereits erstinstanzlich räumte die Beklagte im Termin vom 21.02.2012 ein, dass in der Vergangenheit krankheitsbedingt fahrdienstuntaugliche Mitarbeiter auf anderen Arbeitsplätzen eingesetzt worden seien, doch sei dies u.a. wegen der steigenden Zahl der fahrdienstuntauglichen Mitarbeiter zusehends schwieriger geworden. 71

Der Geschäftsführer der Beklagten hat im Kammertermin vom 23.08.2012 erklärt, es würden nur geeignete Arbeitnehmer in den Personalpool aufgenommen. Unstreitig hat die Beklagte, auch dies erklärte der Geschäftsführer, die Geeignetheit des Klägers für eine Aufnahme in den Personalpool nicht geprüft. Hierzu wäre sie jedoch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet gewesen. Die entsprechende Prüfung hätte zunächst zu einer Aufnahme des Klägers in den Personalpool führen können. Von dort aus hätte die Beklagte den Kläger auf einer frei werdenden geeigneten Stelle, etwa im Reinigungsdienst oder in der Gruppe, die Graffiti an Bussen und Bahnen entfernt, einsetzen können. Die Verpflichtung der Geeignetheitsprüfung traf die Beklagte umso deutlicher, als es sich bei dem Kläger um einen tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer handelt. Bei der Prüfung der Geeignetheit hätte die Beklagte unter dem Gesichtspunkt ihrer arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht den Kläger betriebsärztlich untersuchen lassen müssen, da ihr jedenfalls aus dem Gespräch vom 01.06.2011 klar sein musste, dass bei dem Kläger eine (psychische) Erkrankung vorliegen könnte. Die mögliche Erkrankung des Klägers folgt aus der Einschätzung des PWG/M1, das Verhalten des Klägers sei offenkundig nicht normal und der Kläger möge eventuell ärztlichen Rat einholen. Dass der Kläger sich selbst einschätzend eine psychische Erkrankung verneint hat, konnte zugunsten der Beklagten nicht dazu führen, die Geeignetheitsprüfung zu unterlassen. 72

Es war auch davon auszugehen, dass der Kläger auf einem anderen geeigneten Arbeitsplatz die beanstandeten schweren Pflichtverletzungen nicht fortsetzen würde, da diese eben mit dem Fahrersitz in den vom Kläger zu steuernden Bahnfahrzeugen untrennbar zusammenhängen und damit arbeitsplatzabhängig sind. Unter Berücksichtigung der jedenfalls im Kündigungszeitpunkt nicht auszuschließenden psychischen Erkrankung des Klägers sowie der Schwere des – möglicherweise schuldlosen – Fehlverhaltens ist die Weiterbeschäftigung des Klägers auf einem anderen geeigneten Arbeitsplatz der Beklagten zur Überzeugung der Berufungskammer auch zumutbar (vgl. hierzu BAG 06.10.2005 – 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431). 73

d) Die vorsorgliche Verspätungsrüge der Beklagten hinsichtlich des neuen Sachvortrags des Klägers zum Personalpool geht fehl. Gemäß § 67 Abs. 3, 4 ArbGG verzögert das in der Berufungsbegründung vorgetragene Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits nicht.

II. Dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers war nicht zu entsprechen. 75

Der Antrag des Klägers, ihn weiter zu beschäftigen, ist mangels vollstreckungsfähigen Inhalts unzulässig. 76

Ein Klageantrag ist grundsätzlich dann hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis absteckt (§ 308 ZPO), Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO), erkennen lässt und das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (BAG 15.04.2009 – 3 AZB 93/08, NZA 2009, 917; BGH 14.12.1998 – II ZR 330/97, NJW 1999, 954). 77

Es ist insoweit zwar ausreichend, wenn im Antrag neben den „bisherigen Arbeitsbedingungen“ die bisherige Tätigkeit im Sinne des Berufsbildes bezeichnet ist. Ein schlichter Antrag „auf Weiterbeschäftigung“ vermag den Anforderungen an einen vollstreckungsfähigen Inhalt indes nicht zu genügen, zumal auch aus der Berufungsbegründung nicht hervorgeht, mit welcher Tätigkeit der Kläger zukünftig weiterbeschäftigt werden soll. Auch die Tatsache, dass derzeit noch unklar ist, mit welchen für ihn geeigneten Aufgaben der Kläger nach Verlassen des sog. Personalpools betraut werden soll, enthebt ihn nicht von der Formulierung eines konkreten Antrags. 78

C 79

Die Kosten des Rechtsstreits waren entsprechend dem wechselseitigen Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Verhältnis 2/5 (Kläger) zu 3/5 (Beklagte) gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu quoteln. 80

Gesetzliche Gründe i.S.d. § 72 Abs. 2 ArbGG für eine Zulassung der Revision sind nicht gegeben. 81