

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

Gesetz: BetrVG § 130, § 102 Abs. 1, § 118 Abs. 1; KSchG § 3;
ZPO § 561

Leitsätze:

1. Die Abgrenzung der Geltungsbereiche von Betriebsverfassungsgesetz 1972 und den Personalvertretungsgesetzen bestimmt sich allein nach der formellen Rechtsform des Betriebes oder der Verwaltung (Bestätigung von BAG 19, 307 [309] =AP Nr. 3 zu § 63 BetrVG 1952).
2. Auch wenn in einem Tendenzunternehmen einem sogen. "Tendenzträger" aus tendenzbedingten Gründen gekündigt werden soll, muß der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG unter Mitteilung der Kündigungsgründe gehört werden.

Aktenzeichen: 1 AZR 74/74

Urteil des BAG vom 7. November 1975

LAG Düsseldorf



1 AZR 74/74

11 Sa 1107/72 Düsseldorf

Verkündet am

7. November 1975

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

BESCHLUSS

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 1975 durch den Richter Professor Dr. Auffarth als Vorsitzenden, die Richter Wendel und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Mussil und Schneider für Recht erkannt:

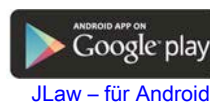
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25. September 1973 - 11 Sa 1107/72 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten der Revision.

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)



- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagten unterhalten als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Vereinigten Städtischen Bühnen K - M -

. Der 1951 geborene Kläger war aufgrund von drei befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit vom 22. Mai bis 17. Juli 1970, vom 24. August bis zum 31. Oktober 1970 und vom 1. November 1970 bis zum 2. August 1971 als Orchestermusiker bei den Beklagten beschäftigt. Nach den Anstellungsverträgen war er zum Spielen des Instruments Oboe verpflichtet. In einem vierten Arbeitsvertrag wurde der Kläger mit Wirkung ab 18. August 1971 auf unbestimmte Zeit als Orchestermusiker eingestellt. Nach dem Vertrag war er "zum Spielen des Instruments Oboe mit Verpflichtung zu 1. Oboe und engl. Horn" verpflichtet. Die Zeit vom 18. August 1971 bis 31. August 1972 sollte als Probezeit gelten. Alle Arbeitsverträge sind sowohl von dem Geschäftsführer der Vereinigten Städtischen Bühnen K - M , dem Beigeordneten H , als auch von deren Generalmusikdirektor S unterzeichnet. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft Tarifgebundenheit beider Parteien der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) Anwendung.

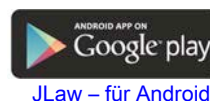
Mit einem von dem Beigeordneten H und dem Generalmusikdirektor S unterzeichneten Schreiben vom 31. Januar 1972 kündigten die Beklagten das Arbeitsverhältnis zum 31. August 1972.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil sie ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgt sei. Die Vorschrift des § 118 BetrVG stehe der Anwendung des § 102 BetrVG, jedenfalls einem Anhörungsrecht des Betriebsrats, nicht entgegen. Als Orchestermitglied sei er überhaupt kein "Tendenzträger", zumal er nicht als "erster Oboer" eingestellt worden sei. Als "erster Oboer" sei vielmehr der Musiker G angestellt gewesen. Er habe sich lediglich verpflichtet, gelegentlich auch erste Oboe und Englischhorn zu spielen. Der einzelne Musiker könne die ideelle Zielsetzung des Theaters nicht bestimmen, sondern handle nach Weisung des Dirigenten und des Komponisten. Takt, Tempo,

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Lautstärken, Pausen usw. seien ihm vorgegeben.

Ihm sei auch keineswegs aus künstlerischen Gründen, sondern aus "personalbedingten" Gründen gekündigt worden. Die Beklagten hätten für den bisherigen Solo-Oboer G, der wegen seines vorgeschrittenen Alters nicht mehr voll einsatzfähig gewesen sei, einen neuen erfahrenen Solo-Oboer gesucht. Zu dem Zeitpunkt der Einstellung dieses neuen Solo-Oboers sei ihm gekündigt worden. Nach der Vorstellung der Beklagten habe er nur so lange aushelfen sollen, bis der neue Solo-Oboer gefunden worden sei. Die Beklagten hätten mit ihm einen unbestimmten Arbeitsvertrag abgeschlossen, obwohl sie in Wirklichkeit für einen einfachen Oboer auf die Dauer keinen Platz im Orchester gehabt hätten. Die Kündigung sei daher nicht aus künstlerischen Motiven erfolgt, sondern sei durch den Stellenplan bedingt gewesen. Der Kläger hat zudem bestritten, daß der Betriebsrat vor der Kündigung tatsächlich angehört worden ist.

Im übrigen seien auch die Voraussetzungen für eine Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes erfüllt. Die Wartezeit von sechs Monaten gemäß § 1 KSchG müsse als gewahrt gelten. Der Kläger hat beantragt, festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung zum 31. August 1972 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagten haben zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt, § 102 Abs. 1 BetrVG sei im vorliegenden Fall nach § 118 BetrVG nicht anzuwenden. Die Eigenart eines Theaterbetriebs stehe der Verpflichtung entgegen, den Betriebsrat bei der Kündigung von Arbeitnehmern anzuhören, die zum künstlerischen Personal gehörten. Die Kündigung sei auch aus rein künstlerischen Gründen erfolgt. Zwar sei der Kläger früher mehrfach von ihr aushilfsweise zur Zufriedenheit als Oboer eingesetzt worden. Im letzten Vertrag, in dem eine Probezeit vom 18. August 1971 bis zum 31. August 1972 vereinbart gewesen sei, habe sich der Kläger aber zum Spielen der Oboe verpflichtet "mit Verpflichtung zur 1. Oboe und engl. Horn". In dieser Position habe er nicht den künstlerischen Erwartungen des Generalmusikdirektors entsprochen. Dem Kläger



habe noch die Qualifikation als Gruppenführer gefehlt. Die künstlerischen Bedenken hätten sich weniger gegen die instrumentelle Technik als gegen die Qualifikation des Klägers als "erster Oboer" gerichtet. Seine Tätigkeit habe weder der Gruppe noch dem Orchester die erforderliche Sicherheit vermittelt, die von einem "ersten Oboer" ausgehen müsse. Gerade weil eine künstlerische Ansicht nicht objektiv nachprüfbar sei, enthalte § 118 BetrVG die Ausnahmeregelung für künstlerische Unternehmen. Die Beklagten haben überdies vorgebracht, sie hätten den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung angehört.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben und den in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG aufzulösen, zurückgewiesen.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, hilfsweise bitten sie um Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

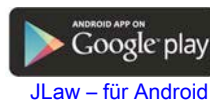
Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten kann keinen Erfolg haben. Der Senat stimmt im Ergebnis und weitgehend auch in den Gründen mit dem angefochtenen Urteil überein, mögen auch einige zusätzliche Überlegungen erforderlich sein. Die Kündigung des Klägers ist schon deshalb unwirksam, weil der bei den Beklagten gebildete Betriebsrat vor der Kündigung hätte gehört werden müssen (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG), aber nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht als erwiesen angesehen werden kann, daß er auch gehört worden ist.

1. Wie der Senat schon zum früheren Betriebsverfassungsrecht entschieden hat (BAG 19, 307 = AP Nr. 3 zu § 63 BetrVG 1952), gilt für die Beklagten und deren Arbeitnehmer Betriebsverfassungsrecht, nicht Personalvertretungsrecht. Die Abgrenzung der Geltungsbereiche der beiden Gesetze nach der formellen Rechtsform des Betriebes oder der Verwaltung ist auch nach neuem Recht aufrechterhalten worden (vgl. § 130 BetrVG 1972;

§ 1, 95 BPersVG 1974; § 1 PersVG NRW 1958 und 1974). Diese Regelung schafft klare Verhältnisse, mag es auch unter Umständen von Zufälligkeiten abhängen, ob z.B. eine städtische Versorgungseinrichtung als sogenannter Eigenbetrieb unter das Personalvertretungsrecht fällt oder als in privater Rechtsform betriebenes Unternehmen unter das Betriebsverfassungsrecht. Die Beklagten werden nun einmal in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tätig aufgrund eines zwischen den beiden Städten geschlossenen privatrechtlichen, nicht etwa öffentlich-rechtlichen Vertrages. Für die Frage der Anwendung des BetrVG 1972 ist es auch unerheblich, daß auf die Arbeitsverhältnisse Tarifverträge des öffentlichen Dienstes angewandt werden. Es kommt nicht auf die rechtliche Gestaltung der Arbeitsverträge, sondern die des Betriebes oder der Verwaltung an. Daß sich an der Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Gesetze nichts geändert hat, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des BetrVG 1972, worauf GK-Fabricius, BetrVG(§ 130 Anm. 2), zu Recht hinweist. Der Regierungsentwurf sah für den späteren § 130 BetrVG zunächst nur eine Ausnahme für die öffentlichen Verwaltungen vor. Auf Vorschlag des Bundesrates wurde dann wie nach früherem Recht die Ausnahme auch auf "Betriebe" öffentlich-rechtlicher Körperschaften erstreckt.

2. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist von vornherein unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 aaO). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend sind (§ 561 ZPO), ist der Betriebsrat im vorliegenden Fall vor der Kündigung vom 31. Januar 1972 nicht gehört worden; zumindest hält dies das Landesarbeitsgericht nicht für erwiesen und zwar weder für die Besprechung vom 17. Dezember 1971 noch für die vom 17. Januar 1972. Die Revision rügt insoweit zwar eine Verletzung des § 286 ZPO, aber zu Unrecht, da lediglich die Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil allgemein bemängelt wird. An diese Beweiswürdigung ist aber das Revisionsgericht gebunden (BAG AP Nr. 3 zu § 580 ZPO; BAG AP Nr. 67 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).



Die Nachprüfungsmöglichkeit der Revisionsinstanz beschränkt sich darauf, ob das Tatsachengericht die Grenzen und Voraussetzungen der richterlichen Überzeugung gewahrt und eine sachgerechte Abwägung der Beweise erkennbar vorgenommen hat, ohne daß dies in allen Einzelheiten ausdrücklich im Urteil erörtert werden müßte. Insoweit macht die Revision keine Verstöße gegen die Grundsätze der Beweiswürdigung geltend.

Sofern das Urteil des Landesarbeitsgerichts dahin zu verstehen sein sollte, eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats sei lediglich nicht erwiesen, geht die Entscheidung offensichtlich davon aus, daß der Arbeitgeber die Beweislast für die Nichterweislichkeit der Anhörung als einer Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung trägt. Damit befindet sich das Landesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 19. August 1975 - 1 AZR 613/74 - zur Veröffentlichung in AP vorgesehen und in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

3. Die Anwendung des § 102 Abs. 1 BetrVG entfällt auch nicht etwa deshalb, weil der Anhörung des Betriebsrats die Eigenart der Beklagten als sogenanntes Tendenzunternehmen entgegensteht (§ 118 Abs. 1 BetrVG). Bei personellen Maßnahmen, jedenfalls bei Kündigungen, kommt eine Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nur in Frage, wenn es sich a) um ein Tendenzunternehmen (-betrieb) handelt, b) einem sogenannten "Tendenzträger" gekündigt wird und c) es sich zudem um eine tendenzbedingte Maßnahme handelt. Alle drei Punkte müssen gegeben sein, wenn eine Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 118 BetrVG in Betracht kommen soll (sogen. Maßnahmetheorie; vgl. neuestens die umfangreiche Abhandlung von Dütz, BB 1975, 1261 ff.; vgl. aber auch schon Gaul-Wamhoff, DB 1973, 2187 ff. und Hanau, BB 1973, 901 ff.). Daß eine Beteiligung des Betriebsrats grundsätzlich nicht schon deshalb entfällt, weil die vorgesehene personelle Maßnahme ohne Rücksicht auf ihre Gründe einen Tendenzträger betrifft, ergibt sich aus Wortlaut, Sinn und Entstehungsgeschichte des Gesetzes, worauf Dütz (aaO, S. 1262 mit weiteren Nachweisen) zu Recht hinweist (vgl. auch Urteil



des Senats vom 22. April 1975 - 1 AZR 604/73 - zu 1. der Gründe, [demnächst] AP Nr. 2 zu § 118 BetrVG 1972).

Selbst wenn aber alle drei Voraussetzungen gegeben sind, folgt hieraus noch nicht automatisch und zwingend, daß damit jegliche Beteiligung des Betriebsrats entfällt. Insbesondere bei Kündigungen spielen unbeschadet ihrer möglichen tendenzbedingten Motive regelmäßig auch soziale Gesichtspunkte eine Rolle, insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz. Insoweit bleibt eine Beteiligung des Betriebsrats in der Form einer Anhörung auch bei tendenzbedingten Kündigungsgründen durchaus sinnvoll (vgl. Urteil des Senats vom 22. April 1975 zu Ziff. 3 der Gründe). Die nach Betriebsverfassungsrecht mögliche Alleinentscheidung des Arbeitgebers über eine Kündigung wird durch eine derartige Anhörung des Betriebsrats selbst dann nicht infrage gestellt, wenn der Arbeitgeber sinnvollerweise dem Betriebsrat die Kündigungsgründe insgesamt mitteilt, nicht nur die tendenzfreien Gründe vollständig und die tendenzbedingten lediglich "stichwortartig" (so aber Hanau, BB 1973, 901 ff., wohl auch Neumann-Duesberg, NJW 1973, 268 [269]; dagegen u.a. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 118 Anm. 63, 70 und Dütz, aaO, S. 1263, allerdings mit dem Ergebnis, daß eine Kündigung wie bei leitenden Angestellten nach § 105 BetrVG lediglich mitzuteilen sein soll). Eine derartige Aufspaltung der Kündigungsgründe wäre nicht praktikabel. Nur bei vollständiger Angabe der Gründe ist eine Anhörung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber auch sinnvoll. Die Offenlegung der Kündigungsgründe muß spätestens im Kündigungsschutzprozeß ohnehin erfolgen. Sie ist aber für den Arbeitgeber keine zusätzliche Belastung. Auch kann der Arbeitnehmer nach § 3 KSchG immer den Betriebsrat einschalten. Im übrigen dient § 118 Abs. 1 nicht der Geheimhaltung tendenzbedingter Motive für personelle Maßnahmen, sondern dazu, die dort genannten geistig-ideellen Zielsetzungen durch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht beeinflussen, d. h. verändern zu lassen. Dabei ist nach einhelliger Meinung die Tendenz des Unternehmens, nicht die persönliche Motivation

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



des Unternehmers entscheidend (BAG 22, 360 [371] =AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952; Dietz-Richardi, aaO, § 118 Anm. 18; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 118 Anm. 5). Es ist also davon auszugehen, daß eine Anhörung des Betriebsrats vor Kündigungen nach § 102 Abs. 1 BetrVG der Eigenart des Unternehmens (Betriebes) nach § 118 Abs. 1 grundsätzlich nicht entgegenstehen kann. Das gilt auch für sogenannte Tendenzträger. Der Betriebsrat hätte gehört werden müssen.

4. Kommt es demnach an sich nicht mehr darauf an, ob es sich im vorliegenden Fall um ein Tendenzunternehmen, einen Tendenzträger und eine Tendenzmaßnahme handelt, so sind doch nach Auffassung des Senats die beiden ersten Voraussetzungen gegeben, insbesondere weil die einzelnen Mitglieder eines Orchesters insgesamt den künstlerischen Charakter des Orchesters als Klangkörper ausmachen, während die dritte Voraussetzung nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts hier nicht vorliegt, da im Ergebnis ein Oboer zuviel im Orchester war und deshalb entlassen werden mußte. Die Kündigung war danach in erster Linie durch die Frage der sozialen Auswahl und höchstens mittelbar durch künstlerische Erwägungen bedingt. Die Beklagten haben den Kläger in seiner Eigenschaft als "einfacher" Oboer durchaus für geeignet gehalten. Der Betriebsrat hätte also auch deshalb angehört werden müssen, weil die Kündigung nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar tendenzbedingt war.

gez.: Dr. Auffarth

Wendel

Bichler

Dr. Mussil

Schneider



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

