

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

20. MRZ. 1969

Gesetz: BGB § 620 Änderungskündigung, § 166; TO.K §§ 1, 23;
KSchG §§ 1, 3, 21; ZPO §§ 91 a, 271, 565

Leitsätze:

1. § 23 Ziff. 3 TO.K ist geltendes Recht.
2. Bei einer Verkleinerung eines Kulturorchesters ist eine Kündigung nur gegenüber solchen unkündbaren Musikern zulässig, die im verkleinerten Orchester nicht mehr benötigt werden.
3. Um eine "Auflösung" eines Kulturorchesters i. S. des § 23 Ziff. 3 TO.K handelt es sich auch dann, wenn ein Kulturorchester in ein Operettenorchester umgewandelt wird.
4. Eine nur aus konjunkturellen Gründen beabsichtigte Umstellung eines Kulturorchesters auf reinen Operettenbetrieb stellt noch keine auf die Dauer beabsichtigte Orchesterauflösung i. S. des § 23 Ziff. 3 TO.K dar. Letztere ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn die Umwandlung nicht lediglich aus konjunkturellen, sondern aus künstlerischen Gründen erfolgt. Das wirtschaftliche Risiko kann nicht über § 23 Ziff. 3 TO.K auf die unkündbaren Musiker abgewälzt werden.
5. Das Betreiben eines Kulturorchesters durch die öffentliche Verwaltung verfolgt erfahrungsgemäß keine wirtschaftlichen Zwecke.
6. Ein Verzicht wird in aller Regel nicht vermutet.

Aktenzeichen: 2 AZR 106/68

Urteil des BAG vom 20. März 1969 LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 106/68

9 Sa 659/67 Düsseldorf

Verkündet

am 20. März 1969

gez. Kistner,

Angestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 1969 durch den Senatspräsidenten Dr. König, die Bundesrichter Wichmann und Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Zimmermann und Wörner für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 6. Dezember 1967 - 9 Sa 659/67 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 27. Juli 1967 - 1 Ca 1410/66 - abgeändert. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die dem Kläger am 22. November 1966 zugegangene Kündigung der Beklagten vom

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

17. November 1966 nicht aufgelöst worden ist, sondern über den 31. August 1967 hinaus zu den alten Bedingungen weiter fortbesteht.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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

Tatbestand:

Der etwa 60 Jahre alte Kläger ist verheiratet und hat zwei Kinder. Im Jahre 1947 trat er als zweiter Posaunist in das Orchester der beklagten Stadt ein, das damals ein Kulturorchester im Sinne der T.O.K. war. Im Arbeitsvertrag des Klägers war die Anwendung der T.O.K. ausdrücklich vereinbart.

Im Jahre 1966 beschloß der Rat der Beklagten die Auflösung der Städtischen Oper und des Städtischen Kulturorchesters, weil die angespannte Haushaltslage die Weiterführung beider Einrichtungen nicht zulasse. In einem Ratsbeschuß heißt es dazu:

"Der Rat der Stadt bekennt sich zum Bildungsauftrag des Theaters.

An den Städtischen Bühnen O soll darum die Spielgattung Schauspiel voll erhalten bleiben. Dem Anspruch der Bevölkerung auf Entspannung soll durch Ausbau des bisherigen Operettenensembles entsprochen werden. Die Wünsche der Bürgerschaft nach Opernaufführungen und Sinfoniekonzerten werden zumindest durch Gastspielverträge erfüllt. Diese Umstrukturierung erfordert eine Anpassung des städtischen Orchesters an die neuen Aufgaben. Für die Mitglieder der Gruppen ist sicherzustellen, daß ihr sozialer Status nicht wesentlich

- 3 -



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



beeinträchtigt wird. Den ausscheidenden Mitgliedern der Städtischen Bühnen wird die Stadt beim Aufbau einer neuen Existenzgrundlage behilflich sein.

Die Verwaltung wird beauftragt, die notwendigen Maßnahmen einzuleiten

Zwischen der Stadtverwaltung und der Deutschen Orchester-Vereinigung e.V. im DGB begannen nunmehr Verhandlungen. Bei diesen trat für die Gewerkschaft der spätere Prozeßbevollmächtigte des Klägers auf. Er äußerte in einem Schreiben die Ansicht, "daß sich alle Veränderungen einvernehmlich vollziehen ließen, nachdem die neue Existenzgrundlage im Sinne des vorliegenden Ratsbeschlusses geschaffen wurde". In einem weiteren Schreiben hob er hervor, "daß jetzt möglichst bald die Tarifverhandlungen aufgenommen und zum Abschluß gebracht werden sollten, um wieder klare Verhältnisse zu haben", wobei "aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung weitgehend mit Verweisungen auf die TO.K" gearbeitet werden müsse. Wörtlich schrieb er:

"Im übrigen habe ich den Eindruck, daß die Orchestermitglieder zum Abschluß der neuen Arbeitsverträge, wie sie sich jetzt abzeichnen, bereit sein werden. Durch den Abschluß neuer Arbeitsverträge würden die alten Arbeitsverträge automatisch aufgehoben werden, so daß dann für Kündigungen oder Änderungskündigungen gar kein Raum mehr wäre. Sie können sich diese rechtliche Beurteilung aber zu Ihrer eigenen Sicherheit gern noch einmal von Herrn Dr. R bestätigen lassen, den ich ohnehin durch die Übersendung einer Kopie dieses Schreibens mit gleicher Post unterrichtete. Wenn Spielzeitschluß der 31. August 1967 ist und somit als



- 4 -

letzter Kündigungstermin der Monat Februar 1967 in Betracht käme, hätte man genügend Zeit, den Tarifvertrag abzuschließen und die neuen Arbeitsverträge unterzeichnen zu lassen."

Am 22. November 1966 kündigte die Beklagte den Orchestermitgliedern, unter ihnen dem Kläger, das Dienstverhältnis gemäß § 23 Ziff. 3 Abs. 1 TO.K zum 31. August 1967. Gleichzeitig schrieb sie dem Kläger:

"Mit gleichem Datum habe ich den Intendanten der Städt. Bühnen, Herrn Dr. M , dem ab Spielzeit 1967/68 neben der Operette auch das Operetten-Orchester unterstellt sein wird, gebeten, Sie für das neu zu gründende Operetten-Orchester vom 1. September 1967 an zu engagieren.

Ihr Vertrag mit dem Intendanten würde aufgrund eines zwischen dem Deutschen Bühnenverein einerseits und der Deutschen Orchestervereinigung und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr andererseits abzuschließenden Vertrages abgeschlossen werden.

Ich würde mich freuen, wenn Sie zu entsprechenden Engagementsverhandlungen mit dem Intendanten bereit wären, da wir nur ungern auf Ihre wertvolle Mitarbeit im Rahmen unserer Theaterarbeit verzichten würden."

Gegen die Kündigung hat der Kläger Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die dem Kläger am 22. November 1966 zugegangene Kündigung der Beklagten vom 17. November 1966 nicht aufgelöst wird, sondern über den 31. August 1967 hinaus zu den alten Bedingungen weiter fortbesteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. In der Güteverhandlung ist es nicht zu einem Vergleich

- 5 -



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



gekommen. Es ist zunächst kein neuer Termin anberaumt worden. Vielmehr liefen die Tarifverhandlungen weiter. Laut Niederschrift über eine am 19. Dezember 1966 geführte Tarifverhandlung empfahl der Vertreter der Beklagten dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers, den Tarifvertrag zu unterschreiben und die Kündigungseinspruchsklage zurückzuziehen. In einer weiteren Tarifverhandlung am 1. Februar 1967 erklärte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers laut Niederschrift, die Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Kündigungsklage müsse abgewartet werden. Die im Anschluß an diese Erklärung unterbrochene Besprechung wurde laut Niederschrift alsbald wieder aufgenommen und mit der Erklärung des Prozeßbevollmächtigten des Klägers fortgesetzt, die Gewerkschaften seien zu dem Ergebnis gekommen, den Tarifvertrag anzunehmen. Am Schluß dieser Niederschrift heißt es:

"Die Vertreter der Orchestervereinigung und der Gewerkschaft ÖTV sagen zu, daß sie ihre endgültige Zustimmung der Verwaltung bis zum 18.2.1967 zustellen werden. Sie werden den Orchestermitgliedern empfehlen, den Arbeitsvertrag zu unterzeichnen und die Kündigungsklage zurückzuziehen. Dr. ~~R. Müller~~ stellt fest, daß die Einzelverträge Anfang März abgeschlossen werden müssen".

Am 6. März 1967 wurde zwischen der Orchestervereinigung und der ÖTV einerseits, der Beklagten andererseits ein Tarifvertrag "Über die Beschäftigung von Musikern bei den Städtischen Bühnen" abgeschlossen. Dieser galt nach § 1 für Musiker im Orchester der Beklagten. Nach § 2 sollte die Einstellung durch schriftlichen Vertrag erfolgen; Nebenabreden sollten ebenfalls der schriftlichen Form bedürfen. Der Tarifvertrag trat nach § 20 am 1. September 1967 in Kraft.



- 6 -

Es wurde eine halbjährliche Kündigung zum Spielzeitende, erstmalig zum 31. August 1969, vereinbart.

Aufgrund dieses Tarifvertrages wurde von der Beklagten ein neuer schriftlicher Arbeitsvertrag entworfen und dem Kläger mit der Bitte um Unterschrift bis zum 5. Mai 1967 übersandt. Die Beklagte fügte hinzu: "Sollten Sie mir den Vertrag bis zu dem genannten Termin nicht unterschrieben zurückreichen, so nehme ich an, daß Sie auf eine Mitarbeit im Theater-Orchester verzichten wollen und die Stelle anderweitig besetzt werden kann." Der neue Arbeitsvertrag wurde von beiden Parteien unterzeichnet. Nach ihm wurde der Kläger auf der Grundlage des neuen Tarifvertrages in seiner jeweiligen Fassung mit Wirkung vom 1. September 1967 als zweiter bzw. dritter Posaunist und Jazz-Posaunist eingestellt. Seine Vergütung nach dem neuen Vertrag lag um etwa 15 % unter seinen bisherigen Bezügen. In dem bisherigen Kulturorchester waren etwa 54 Musiker tätig gewesen; das neue Orchester (Operetten-Orchester) sollte aus nur etwa 35 Musikern bestehen.

Nach Abschluß des Tarifvertrages und des neuen Arbeitsvertrages hat der Kläger die Fortsetzung des Rechtsstreits beantragt, mit dem Hinweis, sein Prozeß solle als Musterprozeß für die Mitglieder des Orchesters, die ebenfalls Klage eingereicht hatten, geführt werden. Er hat dem Gericht den Abschluß des neuen Tarifvertrages und des neuen Arbeitsvertrages angezeigt und darauf hingewiesen, daß der neue Tarifvertrag und der neue Arbeitsvertrag nicht zu dem Tatbestand gehörten, der zur richterlichen Entscheidung gestellt werde. Er hat behauptet, die neuen Arbeitsverträge sollten wirksam werden, wenn das Gericht die

- 7 -



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

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

Kündigungsschutzklage abweise; andernfalls sollten die bisherigen TO.K-Arbeitsverträge automatisch weiterhin in Kraft bleiben.

Diesem Vortrag ist die Beklagte entgegengetreten. Sie hat behauptet, der Kläger habe sich mit der Vertragsänderung einverstanden erklärt. Der frühere Arbeitsvertrag sei deshalb erloschen, und der Kläger könne nur noch die Rechte aus dem neuen Arbeitsvertrag in Anspruch nehmen, die ihm aber nicht streitig gemacht würden. Im übrigen sei die dem Kläger gegenüber erklärte Änderungskündigung wirksam, da die Beklagte zu Einsparungen im Haushalt gezwungen gewesen sei. Da der Arbeitsvertrag einverständlich geändert worden sei, sei die Hauptsache erledigt, und es könne nur noch über die Kosten entschieden werden, die dem Kläger zur Last fallen müßten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat unter Zulassung der Revision die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Ob die Verfahrensrügen der Revision begründet sind, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung; denn die Klage erweist sich schon aus materiell-rechtlichen Gründen als gerechtfertigt.

I.

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß keine unzulässigen Massenentlassungen in Betracht



- 8 -

kommen und daß die Klage nicht schon aus diesem Grunde gerechtfertigt ist. Es hat die Frage einer Massenentlassung mit Rücksicht auf § 21 Abs. 2 Satz 1 KSchG verneint. Diese Auffassung, gegen die sich die Revision übrigens nicht wendet, ist zutreffend.

Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 KSchG gelten die Vorschriften des dritten Abschnittes des Gesetzes, in dem die Massenentlassungen geregelt sind, für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Das ist bei einem Kulturorchester nicht der Fall, da, wie gerichtsbekannt ist, Kulturorchester Zuschußbetriebe sind. Deshalb kommen die Vorschriften über Massenentlassungen hier nicht zur Anwendung.

II.

In seiner Hauptbegründung für die Klageabweisung führt das Landesarbeitsgericht aus, daß der Kläger sein Klagerecht verloren habe; durch den Abschluß des neuen Tarifvertrages und des neuen Arbeitsvertrages sei der zwischen den Parteien schwebende Streit erledigt worden. Damit nimmt das Landesarbeitsgericht offenbar an, daß das Rechtsschutzinteresse des Klägers entfallen sei, weil er sich seiner etwaigen früheren Rechte durch die neuen Vertragsabschlüsse begeben habe. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Das Landesarbeitsgericht verneint zwar mit Recht, daß ein Fall des § 91 a ZPO vorliege, da der Kläger, auf dessen Anträge es bei der Prüfung der Frage nach der Erledigung der Hauptsache entscheidend ankommt, seinen Klageantrag nach wie vor aufrechterhalten hat. Es ist aber insofern einem Rechtsirrtum unterlegen,

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

als es den Grundsatz, daß ein Verzicht nicht vermutet wird, nicht beachtet hat. Nach diesem Grundsatz müßte die Beklagte angesichts des Bestreitens des Klägers beweisen, daß dieser auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch verzichtet hat. Auf einen solchen Verzicht liefe es nämlich hinaus, wenn sich der Kläger zur Zurücknahme der Klage verpflichtet hätte. Denn im Falle der Zurücknahme der Klage wäre deren Erneuerung mit Rücksicht auf die Fristbestimmung des § 3 KSchG nicht mehr möglich gewesen. Eine Verpflichtungserklärung des Klägers, seine Klage zurückzunehmen, müßte unter diesen Umständen in eindeutiger Weise abgegeben worden sein. Diese Rechtslage ist im angefochtenen Urteil verkannt.

Das Landesarbeitsgericht hat darüber hinaus der Aussage des Zeugen H eine Bedeutung beigemessen, die einen Verstoß gegen die Denkgesetze im angefochtenen Urteil erkennen läßt. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Zeuge bei den Tarifverhandlungen erklärt, ein Vorbehalt der Orchestermmitglieder bei Abschluß des neuen Arbeitsvertrages sei nicht erforderlich, da die Beklagte, soweit es um die laufenden Prozesse gehe, auf jeden Fall die Entscheidung des Gerichts auszuführen habe. Da in dieser Erklärung auf die laufenden Prozesse, also auch auf das vorliegende Verfahren, Bezug genommen war, kann die Erklärung in dem Zusammenhang, in dem sie gefallen ist, nicht anders ausgelegt werden als dahin, daß praktisch doch ein Vorbehalt hinsichtlich des neuen Arbeitsvertrages gemacht worden ist.

Das Landesarbeitsgericht stellt weiter fest, der Prozeßbevollmächtigte des Klägers habe lediglich zugesagt, den Musikern die Klagerücknahme zu empfehlen;



- 10 -

er habe jedoch hinzugefügt, eine Garantie dafür, daß die Klage zurückgenommen würde, könne er nicht übernehmen. Daraus ergibt sich, daß über die Frage, ob die Klage zurückgenommen wurde, nur von dem einzelnen Musiker, der sie erhoben hatte, entschieden werden sollte, nicht aber von dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers. So hat auch die Beklagte selbst auf S. 2 ihres Schriftsatzes vom 6. November 1967, Bl. 107 Vorakten, vorgetragen: "Im Interesse der objektiven Wahrheit sei vermerkt, daß die Vertreter der Gewerkschaften ebenfalls erklärt haben, sie könnten natürlich nicht dafür garantieren, daß die Klagen auch tatsächlich zurückgenommen würden. Dies wurde auf Arbeitgeberseite zur Kenntnis genommen. Ein Widerspruch der Arbeitgeberseite erfolgte nicht, da diese, wie oben bereits ausgeführt, von der Auffassung ausging, mit Tarifvertrag und Arbeitsvertrag auf neuer Grundlage seien die Kündigungsprozesse sachlich erledigt. Daher verzichtete die Arbeitgeberseite auf die Bedingung, die Klagen zurückzunehmen."

Hiernach hat sich die Arbeitgeberseite, also die Beklagte damit abgefunden, daß die Klagen weiterliefen. Eine Durchführung der Klagen aber hatte nur dann einen Sinn, wenn die Entscheidung des Gerichts in der Sache selbst maßgeblich sein sollte und wenn alle Verhandlungspartner davon ausgingen, es sei zweifelhaft, wie diese Entscheidung des Gerichts ausfallen würde. Das schließt die Annahme aus, daß die Verhandlungspartner sich darüber einig gewesen wären, die Klage müßte wegen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses ohne weiteres als unzulässig abgewiesen werden. In diesem Fall wäre eine Erklärung des Inhalts, daß sich die Beklagte dem Spruch des Gerichts unter-

- 11 -



werfen werde, wenig sinnvoll gewesen. Im Zusammenhang mit den vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers abgegebenen Erklärungen mußte deshalb die Äußerung des Zeugen H so aufgefaßt werden, wie es der Kläger getan hat.

Dagegen spricht nicht etwa, wie das Landesarbeitsgericht meint, der Abschluß des Tarifvertrages vom 6. März 1967. Dieser Tarifvertrag mußte, sollte ein tariflöser Zustand vermieden werden, ohnehin geschlossen werden, da die TO.K wegen der Umänderung des Orchesters nicht mehr galt. Nach § 1 Ziff. 1 letzter Satz TO.K gelten nämlich Orchesterunternehmen, die lediglich oder überwiegend Operettendienste versehen, nicht als Kulturorchester im Sinne dieser Tarifordnung. Ferner war der neue Tarifvertrag deshalb notwendig, weil die Rechtsverhältnisse der neu in das Orchester eintretenden Musiker darin geregelt wurden. Er steht einem Vorbehalt also nicht entgegen.

Gleiches gilt von dem neuen Arbeitsvertrag, den der Kläger unterschrieben hat. Zwar war in diesem durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag die Schriftform vereinbart worden. Diese Vereinbarung bezog sich aber auf Nebenabreden. Als eine Nebenabrede kann nicht eine Vereinbarung angesehen werden, nach der die Geltung des Vertrages überhaupt von einem außerhalb des Willensbereichs der Vertragspartner liegenden Umstand, nämlich einer gerichtlichen Entscheidung, abhängig gemacht wird. Zudem können als Nebenabreden im Sinne des neuen Vertrages nicht Prozeßabreden angesehen werden. Die Vereinbarung, Nebenabreden bedürften der Schriftform, darf aber auch nicht losgelöst von der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Erklärung des Zeugen H gewertet werden.



- 12 -

Aus ihr mußte der Kläger entnehmen, daß ein schriftlicher Vorbehalt beim Vertragsabschluß nicht erforderlich war.

Aus diesen Gründen kann dem Kläger ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht vorgeworfen werden. Dagegen hatte die Beklagte, wie das Landesarbeitsgericht feststellt, bei den Verhandlungen die Orchestermitglieder erheblich unter Druck gesetzt. Wenn sie auf einem schriftlichen Vorbehalt bestehen wollten, so mußten sie damit rechnen, daß sie brotlos wurden. Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß ihnen die Erklärung des Zeugen H genügte, ein ausdrücklicher Vorbehalt sei nicht erforderlich, da sich die Beklagte dem vom Gericht zu fällenden Spruch unterwerfen werde.

Nach alledem ist auch die Ansicht des Landesarbeitsgerichts unzutreffend, der Kläger habe nicht ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, nach Klärung der arbeitsvertraglichen Lage durch Abschluß des neuen Tarifvertrages und des neuen Arbeitsvertrages vortragen dürfen, bei der Entscheidung des Rechtsstreits komme es auf diese beiden Verträge nicht an. Eine solche Erklärung traf zu, wenn eine Vereinbarung bestand, daß über die Zulässigkeit der Änderungskündigung nach der Sachlage zu entscheiden war, die vor Abschluß der neuen Verträge bestand. Daß eine solche Vereinbarung bestand, ergibt sich aber aus den vom Landesarbeitsgericht selbst getroffenen Feststellungen über die Aussagen des Zeugen H, aus den Erklärungen des Prozeßbevollmächtigten des Klägers und aus dem eigenen Vortrag der Beklagten.

Schließlich hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang auch die Stellung des Prozeßbevoll-

- 13 -



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



mächtigten des Klägers verkannt. Von dessen Rolle als Prozeßbevollmächtigter des Klägers ist seine Stellung als Vertreter der Gewerkschaft bei den Tarifverhandlungen zu unterscheiden. Prozessuale Erklärungen für den Kläger bei den Tarifverhandlungen abzugeben, war er in seiner Stellung als Vertreter der Gewerkschaft nicht berechtigt. Eine Zurücknahme der Klage hätte zudem wirksam nur dem Gericht gegenüber erklärt werden können (§ 271 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Eine Verpflichtung zur Klagerücknahme ist gegenüber der Beklagten bei den Tarifverhandlungen nicht erklärt worden. Vielmehr hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers nur zugesagt, eine Klagerücknahme zu empfehlen, jedoch hinzugefügt, er könne nicht dafür garantieren, daß sie erfolgen werde. Damit hat sich die Beklagte beruhigt. Da bei den Tarifverhandlungen Assessor V nicht als Vertreter des Klägers aufgetreten ist, sondern als Vertreter der Gewerkschaft, ist der Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf § 166 Abs. 1 EGB verfehlt.

III.

Ist somit entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts das Rechtsschutzinteresse des Klägers nach wie vor zu bejahen und sein Klagebegehren nicht erledigt, so ist auch der Hilfsbegründung des angefochtenen Urteils, die dem Kläger gegenüber erklärte Änderungskündigung sei wirksam geworden, nicht zu folgen.

1. Bei der Entscheidung ist davon auszugehen, daß der Kläger nach § 23 Ziff. 3 TO.K "unkündbar" war, daß ihm also nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden konnte. Als wichtiger Grund gilt auch die



- 14 -

Auflösung oder Verkleinerung des Orchesters, soweit sie als dauernd beabsichtigt ist. Zu Unrecht hält der Kläger diese Vorschrift für ungültig.

Wenn das Landesarbeitsgericht diesen Einwand des Klägers für arglistig hält, weil § 19 des neuen Tarifvertrages § 23 TO.K entspreche, so kann dem allerdings nicht gefolgt werden. Auch Tarifvorschriften können nichtig sein, und der Kläger hat den neuen Tarifvertrag nicht abgeschlossen. Es besteht also kein Anlaß zu der Annahme, er könne sich nach Treu und Glauben auf eine etwaige Unwirksamkeit des § 23 Ziff. 3 TO.K nicht berufen.

§ 23 Ziff. 3 TO.K ist jedoch nicht unwirksam. Grundsätzlich sind unbefristete Arbeitsverträge kündbar. Wenn der Arbeitgeber entgegen diesem Grundsatz, sei es auch kraft Tarifregelung, seinen Arbeitnehmern die Vergünstigung gewährt, daß ihre Arbeitsverträge nach einer gewissen Zeit unkündbar werden, so ist es ihm nicht verwehrt, insoweit Ausnahmen von der Unkündbarkeit zu machen. Nichts anderes bedeutet die Vorschrift des § 23 Ziff. 3 TO.K. Nach ihr gilt die Unkündbarkeit in gewissen Fällen, nämlich in den Fällen a) und b) aa0, nicht. Daraus folgt, daß es in diesen Fällen bei der Kündbarkeit verbleibt. Allerdings kann nach Ziff. 4 aa0 in diesen Fällen nur mit sechsmonatiger Frist gekündigt werden, mit der Frist also, die nach Ziff. 2 aa0 für die ordentliche Kündigung gilt. Damit ist eine Kündigung nach a) und b) aa0 einer ordentlichen Kündigung gleichgestellt. Diese Regelung des § 23 Ziff. 3 TO.K hält sich im Rahmen des Zulässigen.

2. Zu Unrecht nimmt das Landesarbeitsgericht dagegen an, daß die Voraussetzungen des § 23 Ziff. 3 TO.K

- 15 -



im Streitfall vorliegen. Danach muß die Auflösung oder Verkleinerung des Orchesters als dauernd beabsichtigt sein. Die Rechtsausführungen, mit denen das Landesarbeitsgericht eine solche Dauerabsicht der Beklagten hinsichtlich der Auflösung oder Verkleinerung des Orchesters bejaht, halten einer Nachprüfung nicht stand.

a) Auf die Verkleinerung des Orchesters kann sich die Beklagte zur Rechtfertigung der von ihr dem Kläger gegenüber ausgesprochenen Änderungskündigung nicht berufen. Zwar ist eine solche Verkleinerung im Streitfall vorgenommen worden. Das besagt aber noch nicht, daß eine Kündigung auch gegenüber solchen unkündbaren Musikern zulässig wäre, deren Arbeitsplatz nicht weggefallen ist. Zu diesen Musikern gehörte der Kläger, der nach wie vor als Posaunist beschäftigt wird. Deshalb kann sich die Beklagte dem Kläger gegenüber nicht auf die Verkleinerung des Orchesters berufen.

b) Dagegen ist die Auffassung des Klägers, das Orchester sei nicht aufgelöst worden, mit der tariflichen Regelung der TO.K nicht zu vereinbaren. Die TO.K bezieht sich, wie sich aus ihrem Geltungsbereich regelnden § 1 Ziff. 1 ergibt, nur auf Kulturorchester. Zu diesen gehören nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1 Ziff. 1 Operetten-Orchester nicht. Wird nun, wie es im Streitfall geschehen ist, ein Kulturorchester in ein Operetten-Orchester umgewandelt, so hört es auf, ein Kulturorchester zu sein. Als solches ist es dann im Sinne der TO.K aufgelöst.

c) Eine derartige Auflösung rechtfertigt aber eine Kündigung gegenüber unkündbaren Orchestermitgliedern nur dann, wenn sie als dauernd beabsichtigt ist.



- 16 -

Daran fehlt es im Streitfall nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und dem eigenen Vorbringen der Beklagten. Die Auslegung, die das angefochtene Urteil dem Rechtsbegriff der Dauerabsicht zuteil werden läßt, ist irrig.

Bei der Auslegung dieses Begriffs, der als Tarifnorm einer Rechtsnorm gleichsteht und deshalb vom Revisionsgericht frei ausgelegt werden kann, ist davon auszugehen, daß es sich bei dem in Betracht kommenden Kreis der Orchestermitglieder um solche handelt, die grundsätzlich unkündbar sind. § 23 Ziff. 3 TO.K betrifft demgegenüber Ausnahmefälle von der Unkündbarkeit und muß aus diesem Grund eng ausgelegt werden. Eine zeitweise Einstellung eines Orchesterbetriebs stellt deshalb keine Auflösung im Sinne des § 23 Ziff. 3 TO.K dar. Die TO.K will es verhindern, daß es den Orchesterträgern zu leicht gemacht wird, den rechtlichen Status der unkündbaren Orchestermitglieder zu beseitigen.

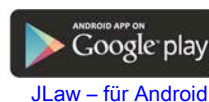
Betrachtet man die Bedeutung des in § 23 Ziff. 3 TO.K erwähnten Begriffs der Dauerabsicht unter diesem Blickpunkt, so spricht für eine solche im Streitfall nicht der Abschluß des neuen Tarifvertrages. Dessen Geltungsdauer war für eine verhältnismäßig nur kurze Zeit vereinbart, was eher gegen eine Dauerabsicht als für eine solche spricht. Überdies war der Abschluß dieses Tarifvertrages ohnehin notwendig, wie weiter oben ausgeführt ist.

Von einer für die Dauer beabsichtigten Orchesterauflösung kann angesichts des Ausnahmecharakters des § 23 Ziff. 3 TO.K aber auch im übrigen nur gesprochen werden, wenn die Auflösung auf künstlerischen Erwägungen beruht. Ein solcher Fall läge dann vor, wenn die Beklagte aus solchen Erwägungen auf die Dauer

- 17 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine Arbeitsteilung in dem Sinne beabsichtigt hätte, mit ihren eigenen Kräften nur noch Operetten und sonstige leichte Musik zu bieten, dagegen das Spielen von Opern und ernst zu wertender Musik (§ 1 Ziff. 1 TO.K) durch andere Orchester, die sie zu Gastspielen verpflichtete, vornehmen zu lassen. Dagegen kann sich ein Orchesterträger den unkündbaren Orchestermitgliedern gegenüber dann nicht auf § 23 Ziff. 3 TO.K berufen, wenn er sich aus rein wirtschaftlichen Gründen mit Rücksicht auf eine ihrer Natur nach vorübergehende Konjunkturlage zur Umgestaltung eines Kulturorchesters in ein Operettenorchester entschließt.

So lag der Fall aber hier. Die Umstrukturierung, die die Beklagte durchgeführt hat, ist mit der angespannten Haushaltslage begründet worden; diese hat die Beklagte auf die seinerzeitige Rezession zurückgeführt. Schon im Schriftsatz vom 21. Juni 1967 auf S. 3 (Bl. 28 Vorakten) hat sie vorgetragen: "Letztlich ausschlaggebend für den Ratsbeschluß war aber nicht der schon vorhandene Wille zu neuen wegweisenden Entscheidungen, sondern der wirtschaftliche und finanzielle Zwang." In der Berufungsinstanz hat sie das noch deutlicher zum Ausdruck gebracht mit den Worten: "Ob sich bei Verbesserung der Finanzlage der Beklagten später einmal die Absicht ergibt, wieder auf Opern- und Konzertbetrieb umzustellen, ist eine Frage, die heute nicht beantwortet werden kann" (Schriftsatz vom 6. November 1967, S. 3, Bl. 108 Vorakten).

Daraus ergibt sich, daß die Beklagte versucht hat, das wirtschaftliche Risiko eines konjunkturrell bedingten Wirtschaftsrückganges auf die unkündbaren Orchestermitglieder abzuwälzen. Das verträgt sich nicht



- 18 -

mit dem Status der Unkündbarkeit. Eine solche Möglichkeit wird dem Orchesterträger auch durch § 23 Ziff. 3 TO.K nicht eingeräumt. Da es an der in der TO.K geforderten Dauerabsicht fehlt, ist die dem unkündbaren Kläger gegenüber ausgesprochene Änderungskündigung somit unwirksam. Die Klage ist deshalb nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt begründet, so daß der Senat in der Sache selbst entscheiden konnte (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

gez. Dr. König Dr. Rengier Wichmann

Dr. Zimmermann A. Wörner

