

Aktenzeichen: 2 AZR 318/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 26. Juli 1984

- 2 AZR 318/83 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 23. November 1982

- 4 Ca 4804/82 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 13. April 1983

- 5 Sa 5/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung einer Orchestermusikerin während der Probezeit

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung; BGB § 620 Probearbeitsverhältnis; LPVG NW §§ 66, 72, 74; Tarifvertrag über spezielle Bestimmungen für Orchester- und Chormitglieder des Westdeutschen Rundfunks gemäß Ziff. 111.1 MTV vom 18. September 1975 §§ 2, 15

Leitsätze:

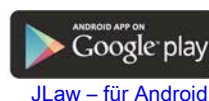
K e i n e

Hinweise des Senats:

Arbeitsvertrag mit einer Orchestermusikerin auf unbestimmte Zeit mit vorgeschalteter Probezeit von 18 Monaten; ordentliche Kündigung während der Probezeit nach Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG wegen behaupteter Leistungsmängel; Anforderungen an eine Abmahnung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 318/83

5 Sa 5/83 Köln

Verkündet am
26. Juli 1984

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 1984 durch den Richter Professor Dr. Röhslers als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Harder und Jansen für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Köln vom 13. April 1983
- 5 Sa 5/83 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des
Arbeitsgerichts Köln vom 23. November 1982
- 4 Ca 4804/82 - wird zurückgewiesen.
3. Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung und
der Revision.

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

T a t b e s t a n d :

Die im Zeitpunkt der umstrittenen Kündigung etwa 30 Jahre
alte Klägerin war seit 1. März 1981 in dem Sinfonieorchester des
Beklagten als Geigerin in der Gruppe der ersten Geigen gegen ein
Monatsgehalt von 5.240,-- DM brutto beschäftigt. Der schriftliche
Arbeitsvertrag vom 17. Dezember 1980 enthielt, soweit hier von
Interesse, folgende Bestimmungen:

"§ 3

Als Probezeit wird die Zeit vom 1. März 1981
bis 31. August 1982 vereinbart. Die Probezeit
kann bis zur Dauer von 18 Monaten verlängert
werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

§ 13

- (1) Der Arbeitsvertrag kann vom WDR oder von der Arbeitnehmerin während der Probezeit mit einer Frist von mindestens drei Monaten jeweils zum 31. August und nach Ablauf der Probezeit mit einer Frist von mindestens sechs Monaten jeweils zum 31. August gekündigt werden.
- (2) Nach zehn Beschäftigungsjahren ist eine Kündigung durch den WDR mit einer Frist von zwölf Monaten zum Schluß des Kalenderjahres nur noch zulässig, wenn die Arbeitnehmerin infolge Leistungsminderung den betrieblichen Erfordernissen nicht mehr entspricht. ...

§ 14

- (1) Im übrigen richten sich die Verpflichtungen der Arbeitnehmerin nach den jeweils beim WDR geltenden tariflichen Vereinbarungen."

Zu den in dem Arbeitsvertrag in Bezug genommenen tariflichen Vereinbarungen gehört der zwischen dem Beklagten und der Deutschen Orchestervereinigung e.V. im DGB abgeschlossene Tarifvertrag über spezielle Bestimmungen für Orchester- und Chormitglieder gemäß Ziff. 111.1 MTV vom 18. September 1975 (künftig: TV SP), der unter anderem folgende Bestimmungen enthält:

"§ 2

- (1) Für Orchester- und Chormitglieder beträgt die Probezeit mindestens sechs, höchstens 18 Monate. Sie muß jeweils zum 31. August enden.
- (2) Für die Dauer der Probezeit kann auch ein befristeter Arbeitsvertrag vereinbart werden; Ziffer 249 MTV gilt nicht.

§ 15

- (1) Die im Orchester oder im Chor neu zu besetzenden Stellen sind öffentlich auszuschreiben. Fest angestellte Orchester- und Chormitglieder können sich auch bewerben.



-4-

Die Bewerber legen ein Probespiel oder Probesingen ab, an dem die Mitglieder des betreffenden Orchesters bzw. Chores teilnehmen. ... Das durch eine Abstimmung ermittelte Ergebnis des Probespiels bzw. Probesingens sowie die Beurteilung der Probezeit teilt der Vorstand des betreffenden Orchesters bzw. Chores dem WDR mit."

Am 5. Februar 1982 gelangte die Gruppe der ersten Geigen in geheimer Abstimmung mit 8 gegen 4 Stimmen zu dem Ergebnis, daß die Klägerin die Probezeit nicht bestanden habe. Zum gleichen Ergebnis kam das Orchester in einer am 9. Februar 1982 abgehaltenen Versammlung mit 42 gegen 5 Stimmen bei 12 Enthaltungen. Mit Schreiben vom 10. Februar 1982 unterrichtete der Orchestervorstand den Leiter des Orchesterbüros von diesem Ergebnis.

Mit Schreiben vom 24. Februar 1982 teilte der Beklagte der Klägerin folgendes mit:

"Wie uns der Leiter des Programmbereichs Musik, Herr Dr. K , mitgeteilt hat, entsprechen die bisher von Ihnen gezeigten Leistungen nicht den an Sie gesetzten Erwartungen. Wir sehen uns daher leider veranlaßt, Sie darauf hinzuweisen, daß wir das Arbeitsverhältnis während der Probezeit, d.h. zum 31. August 1982, kündigen müssen, falls es Ihnen nicht gelingt, Ihre Leistungen so zu verbessern, daß sie dem Niveau des Orchesters angeglichen sind. ..."

Am 13. Mai 1982 stimmte das Orchester über die Klägerin sowie über weitere in der Probezeit befindliche Orchestermitglieder ab. Das Ergebnis fiel mit 39 gegen 22 Stimmen bei 6 Enthaltungen wiederum zu Ungunsten der Klägerin aus.

Mit Schreiben vom selben Tag unterrichtete der Orchester-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

vorstand den Leiter des Orchesterbüros von den Abstimmungsergebnissen und erläuterte die Beurteilung der Klägerin wie folgt:

"... Sowohl Frau M ... sind von Kollegen allein und in Gruppen während der gesamten Probezeit wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden, ihre Leistungen künstlerischer Art im Zusammenspiel, Pult und in der Gruppe dem Niveau des Orchesters anzupassen. ...

Bei Frau M war nach Darstellung der ersten Geigen-Gruppe nur in Ansätzen eine Verbesserung zu sehen und zwar erst in letzter Zeit (14 Tagen), die nach Meinung der Mehrheit des Orchesters nicht ausreicht, die Probezeit als bestanden anzusehen."

Mit Schreiben vom 21. Mai 1982 unterrichtete der Beklagte den Personalrat von seiner Absicht, den Arbeitsvertrag mit der Klägerin während der Probezeit zum 31. August 1982 zu kündigen. Er teilte ihm das Abstimmungsergebnis vom 13. Mai 1982 mit und bat um Anhörung nach § 74 LPVG.

Der Personalrat antwortete mit Schreiben vom 26. Mai 1982, er verzichte auf sein Recht auf Anhörung nach § 74 LPVG, nachdem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einem Mehrheitsvotum des Orchesters beruhe.

Mit Schreiben vom 27. Mai 1982 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 31. August 1982, weil er aufgrund der negativen Beurteilung ihrer Probezeit keine Möglichkeit sehe, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Mit der vorliegenden Klage wehrt sich die Klägerin gegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

diese Kündigung. Sie hält sie für rechtsunwirksam und sozial ungerechtfertigt. Zur Begründung hat sie vorgetragen, sie habe von Beginn ihrer Beschäftigung an bei dem Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden. Die nach dem Arbeitsvertrag auf 18 Monate bemessene Probezeit sei unwirksam, weil auch mit Orchestermusikern selbst durch Tarifvertrag in der Regel keine über 12 Monate hinausgehende Probezeit vereinbart werden dürfe. Die Kündigung sei somit nach Ablauf der erlaubten Probezeit ausgesprochen worden. Deshalb hätte der Beklagte gemäß § 66 Abs. 1, § 72 Abs. 1 Nr. 8 LPVG die Zustimmung des Personalrats zur Kündigung beantragen müssen. Bereits aus diesem Grund sei die Kündigung rechtsunwirksam. Sie sei aber auch sozial ungerechtfertigt, da ihre Leistungen einwandfrei gewesen und auch niemals beanstandet worden seien.

Die Klägerin hat demgemäß beantragt festzustellen, daß ihr Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten durch die Kündigung des Beklagten vom 27. Mai 1982 nicht zum 31. August 1982 beendet ist, sondern darüber hinaus ungekündigt und unbefristet fortbesteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat vorgetragen, mit der Klägerin sei ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen worden. Die Befristung von 18 Monaten halte sich im Rahmen der einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen und sei zulässig, weil die Eignung und Leistung von Orchestermusikern schwerer zu beurteilen sei. Da der Tarifvertrag eine Kündigung nur zum 31. August eines Jahres gestattet, die Klägerin aber am 1. März eingestellt worden sei, habe er die Probezeit auf 18



Monate bemessen, weil sonst im Hinblick auf die Mitte Juli beginnenden Orchesterferien nur ein unangemessen kurzer Beurteilungszeitraum von vier Monaten zur Verfügung gestanden hätte.

Die Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt. Nach § 15 TV SP habe sich jedes Orchestermitglied einer Abstimmung des Orchesters zu unterwerfen, durch die seine musikalische Eignung festgestellt werde. Diese tarifliche Regelung sei zulässig, weil für einen Orchestermusiker das Zusammenspiel und die Eignung hierfür entscheidend sei. Für die Entscheidung des Orchesters seien auch ausschließlich künstlerische Gründe maßgebend gewesen. Die Klägerin sei von ihm und von Orchestermitgliedern mehrfach darauf aufmerksam gemacht worden, daß ihre Leistungen künstlerischer Art im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe dem Niveau des Orchesters angepaßt werden müßten, wenn sie im Arbeitsverhältnis bleiben wolle. Mit seinem Schreiben vom 24. Februar 1982 habe er die Klägerin ausreichend abgemahnt. Es sei nicht erforderlich gewesen, im einzelnen mitzuteilen, welche Technik oder Spielweise verbessert werden müßte.

Die Klägerin hat erwidert, nach der in § 15 TV SP getroffenen Regelung sei das Ergebnis der Abstimmung des Orchesters über die Probezeit für den Beklagten nicht verbindlich, sondern stelle nur eine Empfehlung dar. In ihrem Falle habe in der Sache nur ihre Gruppe abgestimmt. Das Orchester wie der Beklagte hätten sich diesem Abstimmungsergebnis kritiklos angeschlossen. Für eine fachliche Beurteilung der Leistung sei das Mitspielen am Pult ausschlaggebend; die übrigen Orchestermitglieder könnten hierüber



kein eigenes Urteil abgeben. Sechs Mitglieder der Gruppe der ersten Geigen hätten erklärt, daß sie mit ihrer Leistung zufrieden gewesen seien. Bei der zweiten Abstimmung seien zwei wegen Krankheit abwesende Gruppenmitglieder entgegen den sonstigen Gepflogenheiten nicht telefonisch nach ihrem Urteil gefragt worden. Sie hätten ihr später erklärt, daß sie für sie gestimmt hätten. Dies habe verhindert werden sollen. Für das negative Votum seien auch keine künstlerischen Gründe maßgebend gewesen. Sie sei von Natur aus zurückhaltend, nehme an dem gesellschaftlichen Leben des Orchesters weniger teil und konzentriere sich ganz auf ihre künstlerische Arbeit. Sie sei deshalb einigen Orchestermitgliedern nicht kontaktfreudig genug.

Sie sei auch nicht abgemahnt worden. Weder Orchestermitglieder noch Dirigenten noch der Beklagte hätten sie jemals beanstandet. Zumindest hätte der Beklagte sie in die Gruppe der zweiten Geigen versetzen müssen, da dort eine Stelle frei gewesen sei und der Stimmführer dieser Gruppe hiermit einverstanden gewesen wäre.

In einem am 8. April 1983 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hat der Beklagte vorgetragen, das Orchester habe sich ein eigenes Urteil über die Leistungen der Klägerin gebildet. Hierzu sei jedes Orchestermitglied auch in der Lage. Im Orchester sei über das Votum der Gruppe der ersten Geigen und seine Gründe ausführlich gesprochen worden. Dem Leiter des Orchesterbüros seien als Ablehnungsgründe mangelnde Mitarbeit und Integrationsfähigkeit genannt worden. Der Chefdirigent habe



ihre mangelnde Bereitschaft zur aufmerksamen Mitarbeit kritisiert. Orchestervorstand und Orchesterbüro hätten die Klägerin über die Gründe des Votums aufgeklärt. Sie hätten ihr deutlich gemacht, daß es um ihr musikalisches Einfügen in das Gruppenmusizieren gehe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Kündigung ist zwar nicht aus personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam, jedoch wegen unzureichender Abmahnung der Klägerin hinsichtlich der behaupteten Leistungsmängel sozial ungerechtfertigt.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit einer vorgeschalteten Probezeit abgeschlossen hätten und für die Probezeit lediglich eine kürzere Kündigungsfrist gelten sollte. Diese Auslegung des Arbeitsvertrages läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie steht mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Einklang (vgl. Urteile vom 29. Juli 1958 - 3 AZR 49/56 - AP Nr. 3 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis, zu II der Gründe, sowie vom 1. August 1968 - 2 AZR 382/67 - AP Nr. 10 zu § 620 BGB Probearbeitsver-



hältnis) und wird auch von dem Beklagten in der Revisionsinstanz nicht mehr beanstandet.

II. Das Berufungsgericht hat die vereinbarte Probezeit hinsichtlich ihrer Dauer für wirksam angesehen und deshalb entgegen der Meinung des Arbeitsgerichts die Wirksamkeit der Kündigung nicht an der fehlenden Zustimmung des Personalrats scheitern lassen. Auch diese Würdigung ist frei von Rechtsfehlern.

1. Die Revision rügt zu Unrecht, das angefochtene Urteil stehe im Widerspruch zu dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Mai 1980 - 5 AZR 593/78 - (AP Nr. 36 zu § 611 BGB Abhängigkeit), das auch für Arbeitsverträge mit Musikern eine Probezeit von mehr als einem Jahr für unzulässig erachtet habe. Dieses Urteil ist, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat, auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Die Klägerin ist von Anfang an in einem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit beschäftigt worden, der lediglich eine Probezeit mit kürzerer Kündigungsfrist vorgeschaltet war. Für die Anwendung der Grundsätze über die sachliche Rechtfertigung von befristeten oder auflösend bedingten Probearbeitsverhältnissen ist somit kein Raum. Nur unter diesem Gesichtspunkt hat das Bundesarbeitsgericht in dem von der Revision angezogenen Urteil die Dauer der Probezeit geprüft und für sachlich ungerechtfertigt gehalten. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß der Klägerin durch die gewählte Vertragsgestaltung nicht der allgemeine Kündigungsschutz genommen worden ist. Die Möglichkeit



der objektiven Umgehung von zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen ist jedoch Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts über die sachliche Rechtfertigung einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung (vgl. dazu Senatsurteil vom 11. November 1982 - 2 AZR 552/81 - AP Nr. 71 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Senatsurteil vom 9. Februar 1984 - 2 AZR 402/83 - zu B II 3 a der Gründe, zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt). Da die Parteien ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, setzte für die Klägerin nach Ablauf der ersten sechs Monate unbeschadet der noch fortgeltenden vertraglichen Probezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG der allgemeine Kündigungsschutz ein. Diese Vertragsgestaltung ist bei Würdigung der Kündigungsgründe zu berücksichtigen, soweit sie im Zusammenhang mit dem Probezweck stehen. In diesen Fällen besteht auch ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Anwendbarkeit kürzerer Kündigungsfristen, soweit sie nach Gesetz oder Tarifvertrag zulässig vereinbart werden können (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 1981 - 2 AZR 1108/78 - AP Nr. 1 zu § 5 BAT, zu B IV 1 c der Gründe).

Im vorliegenden Fall bestehen deshalb gegen die Dauer der im Arbeitsvertrag vereinbarten vorgeschalteten Probezeit keine Bedenken. Entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen gibt es nicht. Die vertragliche Vereinbarung hält sich auch im Rahmen des einschlägigen Tarifvertrages, der ohnehin nicht kraft Tarifbindung unmittelbar und zwingend, sondern nur durch vertragliche Inbezugnahme gilt.



2. Wurde die Kündigung somit noch während der vertraglich wirksam vereinbarten Probezeit ausgesprochen, so mußte der Beklagte den Personalrat zuvor lediglich nach § 74 LPVG NW anhören. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn die Probezeit länger als die gesetzliche Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist und die Kündigung nach Ablauf der Wartezeit, jedoch noch während der vereinbarten Probezeit ausgesprochen wird (Senatsurteil vom 12. Februar 1981, aaO, zu C I der Gründe).

Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat der Beklagte seiner Anhörungspflicht nach § 74 LPVG NW genügt. Sein Schreiben vom 21. Mai 1982 enthält die hierfür erforderlichen Angaben einschließlich des negativen Votums des Orchesters als des für den Beklagten maßgebenden Kündigungsgrundes. Ob dieser Grund auch objektiv zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung ausreicht, ist für die Wirksamkeit der Anhörung unerheblich (vgl. BAG 34, 309 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972, zu B II 2 der Gründe).

III. Soweit das Berufungsgericht die Kündigung auch für sozial gerechtfertigt angesehen hat, kann ihm jedoch nicht gefolgt werden. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung scheitert an der unzureichenden Abmahnung der Klägerin.

1. Das Berufungsgericht erkennt das "Nichtbestehen der Probezeit" als einen für die soziale Rechtfertigung der Kündigung geeigneten Grund an. Es erachtet ihn bereits deshalb für gegeben, weil das Orchester nach dem einschlägigen Tarifvertrag die Probezeit beurteile, bei der Klägerin Mängel im Zusammenspiel, am



Pult und in der Gruppe im Hinblick auf das Niveau des Orchesters festgestellt und sich deshalb mehrheitlich gegen die Eignung der Klägerin ausgesprochen habe. Der Beklagte habe sich hinter dieses Votum stellen dürfen, ohne noch weitere Nachforschungen anzustellen.

2. Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Mai 1980 (aaO, zu II 2 der Gründe). In dem dortigen Fall ging es um die Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses, das unter der auflösenden Bedingung stand, daß die Musikerin ihr Probespiel erfolgreich bestand. In diesem Zusammenhang hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, der Beklagte mache die Einstellung eines Bewerbers in einem Dauerarbeitsverhältnis von seiner künstlerischen Qualifikation und von der Zustimmung der Mehrheit aller Orchestermitglieder abhängig. Ein solches Verfahren entspreche dem Sinn der tariflichen Regelung, wonach Bewerber an einem Probespiel teilzunehmen haben.

Im vorliegenden Fall geht es jedoch um die soziale Rechtfertigung einer während der Probezeit, aber bereits nach Einsetzen des allgemeinen Kündigungsschutzes ausgesprochenen Kündigung eines Dauerarbeitsverhältnisses. Die Grundsätze, die für die Vereinbarung der von der Zustimmung des Orchesters abhängigen Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses entwickelt worden sind, auf die der Arbeitnehmer keinen Anspruch hat, können deshalb nicht ohne weiteres auf die Vereinbarung gleichen Inhalts als Grund für die soziale Rechtfertigung der Kündigung eines



dem Kündigungsschutzgesetz unterliegenden Arbeitsverhältnisses während der Probezeit übertragen werden.

3. Das Berufungsgericht hat richtig gesehen, daß vertragliche Vereinbarungen über bestimmte Tatbestände als Kündigungsgründe für die Gerichte nicht bindend sind, sondern nur für die Würdigung des Gerichts bei der Interessenabwägung eine tatsächliche Bedeutung haben können, weil sie Aufschluß über die Einstellung der Parteien zu solchen Gründen geben (vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 161). Es hat jedoch der in dem Arbeitsvertrag der Parteien in Bezug genommenen Bestimmung des § 15 TV SP eine zu weitgehende Bedeutung beigemessen.

a) In § 15 Abs. 1 Sätze 2 und 4 TV SP wird für die Beurteilung der Probezeit eines Bewerbers durch das Orchester nicht zwischen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen unterschieden. Der Tarifvertrag läßt ferner in § 2 befristete wie unbefristete Arbeitsverträge zum Zwecke der Erprobung sowie über die sechsmonatige Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG hinausgehende Probezeiten zu. Deshalb ist davon auszugehen, daß auch solche langen Probezeiten innerhalb eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit der Beurteilung des Orchesters unterliegen sollen.

b) Der Bestimmung des § 15 Abs. 1 Satz 4 TV SP kann jedoch nicht der Wille der Tarifvertragsparteien entnommen werden, daß die Beurteilung der Probezeit durch das Orchester für den Beklagten und das Gericht auch dann bindend sein soll, wenn das Arbeitsverhältnis bereits dem allgemeinen Kündigungsschutz un-



terliegt.

Eine Vereinbarung dieses Inhalts würde bedeuten, daß die Feststellung der künstlerischen Eignung eines Musikers für den Dienst in den Orchestern des Beklagten dem Orchester als Drittem entsprechend § 319 BGB überlassen wäre. Soweit dies auch für Kündigungen eines Probearbeitsverhältnisses nach Einsetzen des gesetzlichen Kündigungsschutzes gelten sollte, würde hierdurch mittelbar in schwerwiegender Weise in den Unabdingbarkeitsgrundsatz des Kündigungsschutzgesetzes eingegriffen. Damit würde ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die soziale Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung verbindlich festgelegt. Denn die Arbeitsgerichte könnten dann die Beurteilung des Orchesters nur noch nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB auf offensichtliche Unrichtigkeit oder Willkür überprüfen. Der Wille der Tarifvertragsparteien, in solchem Umfang in den gesetzlichen Kündigungsschutz einzugreifen, muß deshalb aus der tariflichen Regelung eindeutig hervorgehen. Es gelten hier dieselben strengen Auslegungsmaßstäbe wie bei der Abänderung zwingender gesetzlicher Regelungen aufgrund des tariflichen Vorrangprinzips (vgl. BAG 34, 365 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn, zu II 2 bis 4 der Gründe).

Bereits der Wortlaut der Tarifnorm, von dem bei der Tarifauslegung auszugehen ist, spricht gegen eine solche weitgehende rechtliche Wirkung der Beurteilung der Probezeit durch das Orchester. Danach teilt das Orchester über seinen Vorstand das Ergebnis der Abstimmung über Probespiel und Probezeit dem Beklagten



mit. Ein auf eine Bindungswirkung hindeutender Zusatz, etwa dahin, die Beurteilung soll "verbindlich" oder "endgültig" sein, fehlt. Nach ihrem Wortlaut kann die gewählte Formulierung ebenso einleuchtend auch nur bedeuten, daß dem Orchester bei der Beurteilung eines Bewerbers ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden, die endgültige Entscheidung, nämlich die Einstellung des Bewerbers auf unbestimmte Zeit (bei befristeten Probearbeitsverträgen) oder die Kündigung (bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit vorgeschalteter Probezeit) jedoch dem Beklagten überlassen bleiben sollte. Dies gilt in jedem Falle für die dem Kündigungsschutzgesetz unterliegenden Kündigungen.

c) Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizupflichten, daß das Votum des Orchesters auch für die kündigungsschutzrechtliche Beurteilung einen wesentlichen Umstand darstellt. Jedoch genügt es nach den vorstehenden Ausführungen zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nicht, wenn das Orchester künstlerische Leistungsmängel, wie Mängel im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe festgestellt hat. Vielmehr müssen der dem Arbeitnehmer vorgeworfene Leistungsmangel objektiv vorliegen und auch die weiteren Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung erfüllt sein.

aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe sich nicht konkret zu dem in dem Schreiben des Orchestervorstands vom 13. Mai 1982 enthaltenen Vorwurf geäußert, das Orchester habe Mängel im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe festgestellt. Es kommt jedoch nicht entscheidend darauf an, ob diese künstlerischen



rischen Mängel bei der Klägerin tatsächlich vorliegen. Denn es fehlt an einem substantiierten Vortrag des Beklagten dahin, daß die Klägerin deswegen ausreichend abgemahnt worden ist.

bb) Die vom Orchester gerügten Mängel im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe gehören dem Leistungsbereich an. Bei Störungen in diesem Bereich ist jedoch regelmäßig vor Ausspruch einer Kündigung eine vergebliche Abmahnung erforderlich. Dies gilt auch für künstlerische Leistungsmängel von Orchestermusikern (vgl. BAG Urteil vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, zu 4 c der Gründe). Eine Abmahnung setzt voraus, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und ihn auffordert, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben. Nur dann weiß der Arbeitnehmer, daß der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten als nicht vertragsgemäß ansieht und dies künftig nicht mehr hinnehmen will. Ferner muß dem Arbeitnehmer unmißverständlich klargemacht werden, daß bei wiederholten Leistungsmängeln dieser Art Inhalt oder Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu 2 a der Gründe).

cc) An einer diesen Anforderungen genügenden Abmahnung der Klägerin fehlt es jedoch.

In dem Schreiben vom 24. Februar 1982 teilte der Beklagte der Klägerin lediglich mit, daß die bisher von ihr gezeigten Leistungen nicht den in sie gesetzten Erwartungen entsprächen und



ihr gekündigt werden müsse, wenn es ihr nicht gelinge, ihre Leistungen so zu verbessern, daß sie dem Niveau des Orchesters angeglichen seien. Dieses Schreiben enthält zwar eine eindeutige Kündigungsandrohung. Es fehlt jedoch jede Konkretisierung der behaupteten Leistungsmängel.

Der Beklagte hat auch nicht vorgetragen, daß der Klägerin bei anderer Gelegenheit genau bezeichnete Leistungsmängel vorgehalten worden sind. Er hat lediglich behauptet, die Klägerin sei mehrfach von Orchestermitgliedern darauf aufmerksam gemacht worden, daß ihre Leistungen künstlerischer Art im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe dem Niveau des Orchesters angepaßt werden müßten. Er hat ausdrücklich aufgeführt, es sei nicht erforderlich gewesen, daß im einzelnen mitgeteilt werden müsse, welche Technik und Spielweise verbesserungsbedürftig sei. Sie habe gewußt, daß sie sich dem Niveau des Orchesters anpassen müsse. Auch in dem Schriftsatz vom 8. April 1983, den das Berufungsgericht nicht verwertet hat, hat der Beklagte zur Frage der Abmahnung lediglich vorgetragen, Orchestervorstand und Orchesterbüro hätten die Klägerin mehrfach über das Votum aufgeklärt und deutlich gemacht, daß es sich um das musikalische Einfügen in die Gruppe handele.

Diese vom Beklagten vorgetragenen Beanstandungen erfüllen jedoch nicht das Erfordernis der genauen Bezeichnung des Fehlverhaltens, das im Wiederholungsfall zur Kündigung führen soll. Die Mängel beim Zusammenspiel, am Pult oder in der Gruppe können verschiedener Art sein und die verschiedensten Ursachen haben. So wird der Klägerin zum Beispiel in dem Schriftsatz vom 8. April



1983 erstmals konkret mangelnde Mitarbeit bzw. mangelnde Bereitschaft zu aufmerksamer Mitarbeit und insoweit ein von ihrem Willen abhängiger Leistungsmangel vorgeworfen. Der bisher verwendete Oberbegriff der Anpassung an das Niveau des Orchesters im Zusammenspiel, am Pult und in der Gruppe deutet dagegen vornehmlich auf fehlende Eignung für gemeinsames Musizieren als Teil eines Klangkörpers und damit auf einen ganz andersartigen Leistungsmangel hin. Die Klägerin konnte daher den von dem Beklagten allein vorgetragenen pauschalen Vorhaltungen gerade nicht entnehmen, in welcher Richtung sie ihre Leistungen verbessern mußte (vgl. dazu auch BAG Urteil vom 29. Juli 1976, aaO).

Dr. Röhsler

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Harder

Jansen





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)