

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

Gesetz: BGB §§ 130, 615; KSchG § 1 Abs. 2, §§ 4, 9, 10;
ZPO §§ 59, 60, 139, 145, 286, 295, 530

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 351/72
Urteil des BAG vom 24. Mai 1973 LAG Düsseldorf (Köln)



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



2 AZR 351/72

8 Sa 98/72 Düsseldorf
(Köln)

Verkündet am
24. Mai 1973

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. König, die Richter Dr. Gröninger und Dr. Rengier sowie die ehrenamtlichen Richter Neumann und Dr. Müller für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 6. Juni 1972 - 8 Sa 98/72 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die beiden Kläger waren Mitglieder des Orchesters des Beklagten, und zwar der Kläger zu 1) als Tenorsaxophonist mit einer Monatsgage von zuletzt 3.000,-- DM, der Kläger zu 2) als Bassist mit einer Monatsgage von zuletzt 2.600,-- DM. Ihre gleichlautenden mit dem Beklagten persönlich vereinbarten Anstellungsverträge waren jeweils auf drei Jahre abgeschlossen, der letzte bis zum 31. Dezember 1972. Während der Vertragszeit konnte unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende gekündigt werden.

Mit Schreiben vom 30. Juni 1971 kündigte der Beklagte den Klägern zum 31. Dezember 1971. Dem Kläger zu 2) wurde das Kündigungsschreiben noch am 30. Juni 1971 ausgehändigt, während der Kläger zu 1) behauptet hat, ihm sei das Kündigungsschreiben erst am 1. Juli 1971 zugegangen.

Beide Kläger haben neben dem Beklagten auch den Westdeutschen Rundfunk (WDR) verklagt, mit dem der Beklagte, wie in § 2 Nr. 1 des Formularvertrages angegeben ist, einen Werkvertrag über musikalische Darbietungen seines Orchesters abgeschlossen hatte. Das Arbeitsgericht hat die Klagen gegen den WDR abgetrennt. Während der Kläger zu 1) mit seiner Klage vom Beklagten zuletzt die Zahlung seiner Gage von monatlich 3.000,-- DM für die Monate Februar bis Dezember 1972 gefordert hat, hat der Kläger zu 2) die Feststellung begehrt, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. Juni 1971 nicht aufgelöst sei, und zugleich um Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 1971 und Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer angemessenen Abfindung gebeten. Mit diesen Anträgen hatten die Kläger in den Vorinstanzen Erfolg mit der Maßgabe, daß die Abfindung für den Kläger zu 2) auf 10.000,-- DM festgesetzt worden ist.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

- 3 -



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

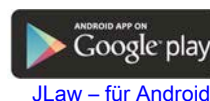


Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt die Verletzung des § 145 ZPO, weil das Arbeitsgericht das Verfahren gegen den Westdeutschen Rundfunk (WDR) von dem vorliegenden Verfahren gegen den Beklagten zu Unrecht abgetrennt habe. Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt.

1. Der Beschluß über die Prozeßtrennung kann nur zusammen mit dem Endurteil angegriffen werden. Das hätte im vorliegenden Fall durch die Berufung geschehen müssen, weil der Beschluß vom Arbeitsgericht erlassen ist. Der Beklagte hat sich in seiner Berufungsbegründung mit keinem Wort gegen die Prozeßtrennung gewandt. Überdies steht aufgrund der Sitzungsniederschriften des Arbeitsgerichts vom 18. und 25. Oktober 1971 fest, daß der Beklagte, nachdem am 18. Oktober 1971 der seiner jetzigen Ansicht nach unzulässige Trennungsbeschluß ergangen war, in der folgenden Verhandlung am 25. Oktober 1971 den angeblichen Mangel nicht gerügt hat. Der Beklagte hätte deshalb in der zweiten Instanz die jetzige Rüge schon nicht mehr anbringen können (§ 530 in Verbindung mit § 295 ZPO).

2. Im übrigen stand es gemäß § 145 ZPO im Ermessen des Arbeitsgerichts, den Rechtsstreit gegen den WDR vom Rechtsstreit gegen den Beklagten abzutrennen. Eine Ermessensüberschreitung ist nicht ersichtlich. Die beiden ursprünglichen Beklagten waren Streitgenossen nach §§ 59, 60 ZPO. Beide wurden als (mittelbare oder unmittelbare) Arbeitgeber auf Kündigungsschutz in Anspruch genommen. Der Beklagte hat zu keiner Zeit bestritten, mit den Klägern ein Arbeitsverhältnis begründet zu haben. Ob dies auch für den WDR zutraf, war zumindest zweifelhaft. Es war deshalb durchaus zweckmäßig, in zwei getrennten Rechtsstreiten über die Klage zu entscheiden, zumal gerade bei einer Konstellation der vorliegenden Art die Kündigungsschutzklage gegen den Orchester-



leiter und diejenige gegen die Rundfunkanstalt, die die Aufführungen des Orchesters ausstrahlt, verschiedene rechtliche Schicksale haben können (vgl. BAG 4, 93 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis).

II. Daraus, daß die Kläger in ihrer Klagebegründung vorgetragen haben, ihre Klage richte sich in erster Linie gegen den WDR und nur "hilfsweise" gegen den Beklagten dieses Rechtsstreits, läßt sich zum Nachteil der Kläger nichts herleiten. Der Gesamtzusammenhang ihres Klagevorbringens ergibt, daß sie jedenfalls auch gegen den Beklagten die Kündigungsschutzklage erheben wollten, schon um - wie in der Klageschrift ausdrücklich hervorgehoben ist - die Klagefrist des § 4 KSchG nicht zu versäumen. Dem Wort "hilfsweise" kommt daher etwa der Sinn von "vorsorglich" zu. Bei dieser Auslegung der Prozeßhandlung bestehen gegen die Zulässigkeit der Klage keine Bedenken. Insbesondere handelt es sich nicht um eine bedingte Klage.

III. Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe hinsichtlich der Kläger dieses Rechtsstreits nur ein Teilurteil erlassen dürfen und die Kostenentscheidung dem Endurteil vorbehalten müssen. Dabei übersieht die Revision, daß das Landesarbeitsgericht zwar nicht - wie die Revision richtig bemerkt - in der Verhandlung am 30. Mai 1972, wohl aber durch seinen Beschluß vom 6. Juni 1972 (Bl. 188 VorA) das Verfahren eines ursprünglich dritten Klägers (K) zur gesonderten Verhandlung und Entscheidung von dem vorliegenden Verfahren abgetrennt hat. Daß diese Trennung unzulässig gewesen sei, hat die Revision nicht gerügt.

IV. Hinsichtlich des Klägers zu 1) hat das Landesarbeitsgericht angenommen, ihm sei die Kündigung nicht mehr am letzten Tag der Kündigungsfrist, dem 30. Juni 1971, zugegangen, so daß durch die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht zum 31. Dezember 1971, sondern erst zum 31. Dezember 1972 beendet worden sei. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Landesarbeitsgericht ist von der zutreffenden Rechtsansicht ausgegangen, daß die Kündigung gegenüber einem Abwesenden erst mit dem Zugang wirksam wird und daß der Zugang erst eintritt, wenn bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen



- 5 -

ist, daß der Empfänger der Kündigung von ihr Kenntnis nehmen kann. Dabei ist das Zugehen zwar ein Rechtsbegriff. Die Umstände aber, aus denen sich ergibt, daß der Rechtsbegriff erfüllt ist, liegen auf tatsächlichem Gebiet und unterliegen deshalb der Feststellung und Würdigung durch das Gericht der Tatsacheninstanz. In diesem Rahmen sind Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts nicht ersichtlich.

2. Die Rügen der Revision rechtfertigen weder die Annahme, das Kündigungsschreiben sei dem Kläger zu 1) noch am 30. Juni 1971 zugegangen, noch lassen sie den Schluß zu, der Kläger zu 1) habe den rechtzeitigen Zugang des Kündigungsschreibens wider Treu und Glauben vereitelt. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger zu 1) habe mit dem Ausspruch einer Kündigung zum 31. Dezember 1971 nicht zu rechnen brauchen, kann die Revision nicht das Schreiben des Beklagten vom 9. April 1971 (auszugsweise Bl. 7 VorA) ins Feld führen. Darin hat der Beklagte lediglich zum Ausdruck gebracht, daß er "den Vertrag baldmöglichst lösen" wolle. Daraus folgt aber nicht zwingend, daß die "Lösung" im Wege der Kündigung vor sich gehen solle, und noch weniger, daß der Kläger zu 1) für den Abend des 30. Juni 1971 mit der Aushändigung eines Kündigungsschreibens habe rechnen müssen.

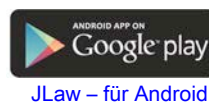
b) Den Vortrag des Beklagten, der Kläger und seine Kollegen seien während des Konzerts am 30. Juni 1971 darauf hingewiesen worden, daß ihnen nach dem Konzert noch ein Brief ausgehändigt werde, hat das Landesarbeitsgericht als richtig unterstellt. Der Beweiserhebung zu dieser Behauptung hat es deshalb nicht bedurft. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Vortrag so gewertet, daß der Kläger zu 1) aufgrund dieses Hinweises nicht annehmen konnte oder mußte, der angekündigte Brief sei ein Kündigungsschreiben. Das ist eine immerhin mögliche Würdigung, zumal wenn berücksichtigt wird, daß nach der Ankündigung an alle Orchestermitglieder Briefe verteilt werden sollten, keineswegs aber damit zu rechnen war, der Beklagte wolle sein

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

- 6 -



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

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

- 6 -

Orchester auflösen und werde deshalb allen kündigen. Tatsächlich sind auch nur einige wenige Kündigungen ausgesprochen worden.

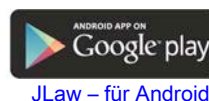
c) Das Landesarbeitsgericht hat ferner als richtig unterstellt, daß der als Zeuge benannte Herr B am Abend des 30. Juni 1971 an der Wohnungstür des Klägers zu 1) sich durch Klopfen oder Klingeln bemerkbar gemacht habe, um das Kündigungsschreiben abzugeben. Auch insoweit hat es deshalb einer Beweiserhebung ebensowenig bedurft wie der Ausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO. Aber auch diese Unterstellung rechtfertigt nicht den Schluß, die Kündigung sei zugegangen oder als zugegangen zu behandeln. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, niemand könne gezwungen werden, abends seine Tür zu öffnen, und es bestehe die Möglichkeit, daß der Kläger zu 1) das Klingeln oder Klopfen z. B. wegen anderer Geräusche nicht gehört habe, ist zumindest möglich. Der gegenteilige Schluß der Revision ist eine bloße Vermutung und deshalb nicht zwingend.

d) Schließlich hat das Landesarbeitsgericht zugunsten des Beklagten angenommen, der Zeuge B habe noch am Abend des 30. Juni 1971 das Kündigungsschreiben unter der Wohnungstür des Klägers hindurchgeschoben, so daß auch zu dieser Frage eine Beweiserhebung entbehrlich war. Auf den Vortrag des Klägers zu 1), auf den die Revision in diesem Zusammenhang abhebt und der dahingeht, er habe das Schreiben erst am folgenden Tag vor seiner Tür ohne Umschlag gefunden, kommt es hiernach nicht an. Das Landesarbeitsgericht hat aber der Behauptung des Beklagten deshalb keine Bedeutung für die Frage des Zugangs beigemessen, weil es den Kläger nicht für verpflichtet gehalten hat, am späteren Abend an seiner Wohnungstür nachzusehen, ob ihm jemand eine rechtserhebliche Willenserklärung zugehen lassen will. Diese Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist rechtlich einwandfrei. Sie wendet die oben zu IV 1 genannte "Annahme gewöhnlicher Verhältnisse" auf den gegebenen Sachverhalt richtig an. Einen

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze (mobile App)
Über 100.000 Urteile



- 7 -

Erfahrungssatz, daß jeder erwachsene Mensch nach 21.00 Uhr noch einmal an seine Wohnungstür kommt und dort einen durchgeschobenen Brief sieht, gibt es entgegen der Ansicht der Revision schon deshalb nicht, weil hier die unterschiedlichsten Gewohnheiten der Menschen zur Geltung kommen.

3. Die Revision rügt zu Unrecht, das Landesarbeitsgericht habe bei der Bestätigung des Zahlungsanspruchs des Klägers zu 1) die Vorschrift des § 615 Satz 2 BGB über die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nicht beachtet. Zwar hat das Landesarbeitsgericht den § 615 BGB ausdrücklich überhaupt nicht erwähnt. Doch ist das unschädlich, weil es nach seinem Tatbestand (S. 5 unten des Urteils) offensichtlich davon ausgegangen ist, der Beklagte schulde die Klageforderung aus dem Gesichtspunkt des Annehmeverzugs. Auf die Frage der Anrechnung anderweitigen Verdienstes einzugehen, hatte das Landesarbeitsgericht keinen Anlaß. Die Voraussetzungen der Anrechnungspflicht hätte der Beklagte darlegen und im Streitfall beweisen müssen (BAG 6, 306 [310] = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Die Revision hat nicht vorgetragen, daß dies geschehen sei. Sie hat auch nicht gerügt, daß das Landesarbeitsgericht – offenbar nach Maßgabe des § 259 ZPO – zumindest teilweise der Klage auf künftige Leistung entsprochen hat. Insoweit hätte der Vorschrift des § 615 Satz 2 BGB schon aus tatsächlichen Gründen nicht entsprochen werden können.

V. Hinsichtlich des Klägers zu 2) hat das Landesarbeitsgericht die Kündigung vom 30. Juni 1971 als sozialwidrig im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG angesehen und das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Klägers zu 2) gemäß §§ 9, 10 KSchG aufgelöst. Auch dieses Ergebnis ist entgegen der Ansicht der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

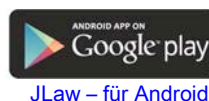
1. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht das Kündigungsschutzgesetz angewandt. Dessen formale Voraussetzungen (Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Belegschafts-

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

- 8 -



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



- 8 -

größe, Form und Frist der Klage) sind unstreitig erfüllt. Die Anwendung scheitert auch nicht an der Eigenart des von dem Beklagten geleiteten Orchesters. Künstlerische Leistungen können durchaus im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden. Daß ein solches zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits bestanden hat, ist vom Beklagten bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht angezweifelt worden. Er hat immer den Standpunkt vertreten, mit den Klägern Rechtsbeziehungen begründet zu haben, in denen er die Arbeitgeberstellung eingenommen hat. Dafür sprechen auch alle in diesem Rechtsstreit vorgetragenen Umstände. Nur wenn der Beklagte seine Passivlegitimation bestritten hätte, wäre es Sache der Kläger gewesen, diese zu beweisen. Gegen die Kündigungsmöglichkeit innerhalb des auf drei Jahre befristeten Arbeitsvertrages bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die gegenteilige Ansicht der Revision setzte voraus, daß die Kläger vor Eintritt des Kündigungsfalles auf den gesetzlichen Kündigungsschutz verzichtet hätten. Ein solcher Verzicht ist wegen des zwingenden Charakters des allgemeinen Kündigungsschutzes unzulässig (vgl. z. B. BAG AP Nr. 18 zu Art. 44 Truppenvertrag [zu I]).

2. Bei der rechtlichen Überprüfung des angefochtenen Urteils muß sich der Senat auf die Frage beschränken, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff der sozialwidrigen Kündigung verkannt, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 Abs. 2 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und bei der Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (ständige Rechtsprechung seit BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG). Solche Rechtsfehler sind dem Landesarbeitsgericht nicht unterlaufen.

a) Wenn die Revision beanstandet, im angefochtenen Urteil seien die ungenügenden Leistungen des Klägers zu 2) im Fenderbaßspiel nicht als Kündigungsgrund anerkannt worden, so verkennt sie, daß das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

durchaus zu Recht auf die Vertragspflicht des Klägers zu 2) abgestellt hat. Er war als Holzbassist engagiert und hat als solcher unbestritten gute Leistungen erbracht. Wenn er auf Verlangen des Beklagten auch den ganz andersartigen Fenderbaß spielte, so kann eine dabei aufgetretene mangelhafte Spielweise die Kündigung nicht rechtfertigen; denn sie liegt außerhalb seiner Vertragspflichten. Die Schlußfolgerung der Revision, der Kläger zu 2) habe sich mit dem Fenderbaß keine Mühe gegeben, ist nicht zwingend.

b) Den Vortrag des Beklagten, der Kläger zu 2) habe bei seinem Spiel einen müden, gelangweilten und uninteressierten Eindruck gemacht und eine "negative Faszination" auf das Publikum ausgeübt, hat das Landesarbeitsgericht als zu allgemein gehalten unbeachtet gelassen. Das ist richtig. Der Beklagte hätte Tatsachen anführen müssen, die ergaben, worin das Desinteresse des Klägers zu 2) seinen Ausdruck fand. Daran hat es der Beklagte fehlen lassen. Sein Vortrag enthält lediglich subjektive Wertungen und Ansichten, über die Beweise nicht erhoben werden können. Deshalb ist auch die auf Verletzung des § 286 ZPO gestützte Rüge der Revision unbegründet.

c) Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht die angeblich unzureichenden Bemühungen des Klägers zu 2) um ein gutes Fenderbaßspiel nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhaltensbedingtheit der Kündigung geprüft hat. Unter diese Art von Kündigungsgrund fällt allein dasjenige Verhalten des Arbeitnehmers, das er bei der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zeigt (BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung). Das Spielen des Fenderbasses gehörte aber gerade nicht zu den Vertragspflichten des Klägers zu 2). Im übrigen hat das Landesarbeitsgericht (auf S. 21 des Urteils) die Kündigung auch auf ihre Verhaltensbedingtheit untersucht, die vom Beklagten dazu angeführten Gründe aber - wie bereits erörtert - zutreffend als nicht ausreichend angesehen.



d) Die Ausführungen der Revision zur Betriebsbedingtheit der Kündigung (Ablehnung von Schallplattenaufnahmen durch Produzenten, falls der Kläger zu 2) mitwirkte; schlechtes Zusammenspiel der Rhythmusgruppe mit dem Kläger zu 2)) liegen insofern neben der Sache, als sie sich ersichtlich auf das Fenderbaßspiel des Klägers zu 2) beziehen; denn an seinem Holzbaßspiel war nichts auszusetzen, so daß daran weder Schallplattenaufnahmen noch das Zusammenspiel der Rhythmusgruppe gescheitert sein können. Die Qualität des Fenderbaßspiels muß aber außer Betracht bleiben, weil der Kläger zu 2) insoweit keine Verpflichtung übernommen hatte.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht die bereits vom Arbeitsgericht ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch hinsichtlich der Höhe der dem Kläger zu 2) zuerkannten Abfindung bestätigt hat, hat die Revision keine Angriffe erhoben. Rechtsfehler sind nicht ersichtlich. Somit war das angefochtene Urteil in vollem Umfang zu bestätigen.

Vorsitzender Richter
Dr. König ist in den
Ruhestand getreten.

gez. Dr. Gröninger

Dr. Gröninger

Dr. Rengier

Neumann

Dr. Müller



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)