

19. Feb. 1960

21

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die Sammlung! ja

aber nur von den Entscheidungs-
gründen Teil III und IV

Gesetz: BGB § 616; TO für die Musiker in Gaststätten
im Treuhänderbezirk Bayern vom 26. November 1935
§ 2; BGB § 626

Leitsätze:

1. Die durch das schlechte Spiel eines einzelnen Kapellenmitgliedes hervorgerufene minderwertige Gesamtleistung einer Musikerkapelle als Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber allen Kapellenmitgliedern.
2. Wirksamkeit einer "Sozialfrist" bei der dem Arbeitnehmer ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung, wenn diese "Sozialfrist" aus dem Interesse des Arbeitgebers heraus gegeben wird.

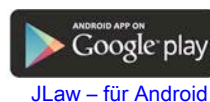
Aktenzeichen: 2 AZR 585/57

Urteil des BAG vom 9. Februar 1960

LAG Bayern
(München)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Namen des Volkes!

gez. Hoffmann,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 4. Februar 1960
durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundes-
richter Schilgen und Dr. Meier-Scherling sowie die
Bundesarbeitsrichter Dr. Jüttner und Kottenhahn für
Recht erkannt:

Die Revision der Kläger zu 1.) bis 4.) gegen
das Urteil der Kammer IV des Landesarbeits-
gerichts Bayern vom 1. Oktober 1957
- Ber.-Reg.-Nr. 785-789/57 IV - wird auf
Kosten der Kläger zu 1.) bis 4.) zurückge-
wiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



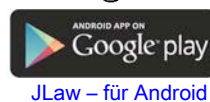
[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte ist Inhaber der A -Bar in A . Durch Schreiben vom 7. Oktober 1956 bot sich ihm der Kläger zu 1.) mit seiner aus insgesamt fünf Musikern bestehenden Kapelle für diesen Betrieb an. Es kam zu dem "Musiker-Vertrag" vom 16. Oktober 1956, durch den sich der Kläger zu 1.) verpflichtete, mit vier weiteren Musikern in der Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1957 gegen eine Monatsgage von 4.000 DM in der A -Bar aufzutreten. Die fünf Kläger nahmen diese Tätigkeit am 1. Januar 1957 auf, und zwar der Kläger zu 1.) als Kapellmeister und Klavierspieler, der Kläger zu 2.) als Schlagzeuger, der Kläger zu 3.) mit Saxophon, Klarinette, Akkordeon und Gesang, der Kläger zu 4.) als Bassist und der Kläger zu 5.) als Trompeter und Geiger. Als sich der Beklagte die Kapelle des Klägers zu 1.) vorher im Spätsommer 1956 in Berchtesgaden angehört hatte, war sie anders besetzt gewesen.

Mit Schreiben vom 14. Januar 1957 kündigte der Beklagte dem Kläger zu 1.) und vorsorglich auch den anderen Klägern den Vertrag fristlos mit der Begründung, daß die Kapelle nicht vereinbarungsgemäß besetzt sei, auch so mangelhaft gespielt und eine so schlechte Bühnendisziplin gezeigt habe, daß Beschwerden eingegangen und Gäste weggeblieben seien und der Umsatz zurückgegangen sei. Der Beklagte erklärte sich jedoch gleichzeitig bereit, die Kapelle trotz der fristlosen Kündigung noch bis Ende Januar 1957 spielen zu lassen, was auch geschah.

Am 8. Februar 1957 haben die Kläger auf Feststellung geklagt, daß die fristlose Kündigung unwirksam sei. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 4.000 DM Schadensersatz erhoben. Das Arbeitsgericht hat Zeugen vernommen und danach die Klage als unbegründet abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat durch das angefochtene Teilurteil die Berufung der fünf Kläger insoweit zurückgewiesen, als die Klage abgewiesen worden ist, und die Entscheidung über die



Widerklage seinem Schlußurteil vorbehalten.

Gegen dieses Teilurteil haben nur die Kläger zu 1.) bis 4.) Revision eingelegt. Die Revision vertritt die Ansicht, daß höchstens die fristlose Entlassung des Klägers zu 5.), aber nicht auch die der anderen vier Kläger berechtigt gewesen sei.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Die Parteien streiten darüber, ob und inwieweit, nämlich wem gegenüber, die mit Schreiben vom 14. Januar 1957 erklärte außerordentliche Kündigung des Beklagten berechtigt war. Um diese Frage richtig beantworten zu können, ist es notwendig, zunächst auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien einzugehen.

Das Landesarbeitsgericht nimmt an, daß die Kläger nach dem "Musiker-Vertrag" vom 16. Oktober 1956 als sogenannte Eigengruppe gemeinsam in den Dienst des Beklagten getreten sind und unter sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet haben. Dabei hat es aber nicht weiter berücksichtigt, daß der erste Kläger als Kapellmeister eine besondere Stellung hatte. Er war der Leiter der Kapelle, die seinen Namen trug, hatte die Kapelle schon vor dem Engagement durch den Beklagten zusammengestellt, hat allein mit dem Beklagten verhandelt und den Vertrag mit ihm geschlossen. Dieser unstreitige Sachverhalt könnte dafür sprechen, daß die Kläger keine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht waren, sondern die Kläger zu 2.) bis 5.) in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Kläger zu 1.) standen und dessen Arbeitnehmer waren, während nur der Kläger zu 1.) unmittelbar Arbeitnehmer des Beklagten war. Bei ähnlicher Sachlage haben der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 9. April 1957 (BAG 4, 93 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis) und der Vierte Senat in seiner Entscheidung vom 8. August 1958 (BAG 6, 232 = AP Nr. 3 aaO) das Verhältnis zwischen dem



- 4 -

Betriebsinhaber und den einzelnen Musikern, außer dem Kapellmeister, nur als mittelbares Arbeitsverhältnis angesehen. Das hätte hier zur Folge, daß nur der Kläger zu 1.), aber nicht auch die Kläger zu 2.) bis 5.), den Beklagten unmittelbar auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung verklagen konnten.

II. Die Kläger berufen sich aber auf die Tarifordnung für die Musiker in Gaststätten im Treuhänderbezirk Bayern vom 26. November 1935. Diese Tarifordnung beruht auf §§ 32 Abs. 2, 33 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Sie gilt auch jetzt noch, da sie weder aufgehoben noch durch einen Tarifvertrag ersetzt worden ist (vgl. § 9 TVG). Nach ihrem in § 1 örtlich und sachlich bestimmten Geltungsbereich erfaßt sie das Beschäftigungsverhältnis der Kläger.

§ 2 der Tarifordnung lautet:

"Der Inhaber des Betriebes ist aus dem Anstellungsvertrag der Musiker auch dann berechtigt und verpflichtet, wenn der Kapellenleiter mit der Einstellung der Musiker von ihm beauftragt worden ist".

Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift dürfte unter Berücksichtigung ihrer Eingangsformulierung insbesondere der sein, den Mitgliedern von Tanz- und Unterhaltungskapellen in Gaststätten unmittelbare Rechte gegen den Betriebsinhaber einzuräumen und unmittelbare Pflichten aufzuerlegen. Durch gesetzgeberischen Hoheitsakt - und eine Tarifordnung stellte einen derartigen Akt dar - kann eine derartige Regelung der Arbeitsbeziehungen getroffen werden. Eine ähnliche noch eingehendere Vorschrift dieser Art befindet sich übrigens in der Einleitung zu der Tarifordnung für die Mitglieder von Kurkapellen vom 6. März 1936 (Reichsarbeitsblatt Teil VI S. 241). Bei den sogenannten Kultur-Orchestern, in denen die Orchestermitglieder künstlerisch einen höheren Rang haben als die Mitglieder von Kurkapellen und Unterhaltungskapellen, läßt die Tarifordnung für die deutschen Kultur-Orchester (T.O.K) vom 30. März 1938 von vornherein an der Unmittelbarkeit ihrer Arbeitsver-



hältnisse keinen Zweifel. Unter diesen Umständen liegt es nahe, nunmehr doch keine nur mittelbaren, sondern unmittelbare Arbeitsverhältnisse zwischen dem Beklagten und allen Klägern anzunehmen. Jedenfalls ist dies für die Kläger die günstigste Auslegung. Von ihr wird im folgenden ausgegangen.

Demnach mußte der Beklagte, wenn er den ganzen Musiker-Vertrag vom 16. Oktober 1956 auflösen wollte, nicht nur dem Kläger zu 1.), sondern allen Klägern kündigen. Das hat er mit Schreiben vom 14. Januar 1957 aber vorsorglich auch getan.

Mit Recht nimmt das angefochtene Urteil an, daß die Kläger mit ihrer gegen diese Kündigung gerichteten Klage nicht die Klagefrist von drei Wochen einzuhalten brauchten, weil sie noch keine sechs Monate beim Beklagten beschäftigt waren und daher nicht den allgemeinen Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes genossen (§§ 1 Abs. 1, 3 Satz 1, 11 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

III. Die Wirksamkeit der Kündigung hängt daher allein davon ab, ob der Beklagte einen wichtigen Grund dafür hatte. Solch ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 BGB ist allgemein gesehen dann gegeben, wenn dem Beklagten bei Abwägung aller vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, insbesondere der Interessen beider Parteien, nicht zuzumuten war, die Kläger bis zum Ablauf des Engagements am 31. März 1957 weiter zu beschäftigen (BAG 2, 207; 2, 214: ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts). Das Landesarbeitsgericht stellt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme übereinstimmend mit dem Arbeitsgericht tatsächlich fest, daß der Kläger zu 5.), gegen den das angefochtene Teilurteil inzwischen rechtskräftig geworden ist, schlecht Trompete geblasen habe. Unter dem Versagen dieses tragenden Instruments im Klangkörper habe das Zusammenspiel der Kapelle so gelitten, daß deswegen Gäste weggeblieben seien. An diese von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen ist der Senat gebunden.



Dem angefochtenen Urteil ist darin zuzustimmen, daß das Versagen nur des Klägers zu 5.) den Beklagten berechnete, allen Klägern außerordentlich zu kündigen. Auch wenn man an der Unterstellung festhält, daß jeder Kläger in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis zum Beklagten stand, ändert dies nichts daran, daß die Kläger unter der künstlerischen Leitung des Klägers zu 1.) zu einer einheitlichen Leistung verpflichtet waren, die sie nur gemeinsam erbringen konnten. Der Beklagte hatte kein Interesse an den Einzelleistungen der Kläger, sondern nur an der Gesamtleistung der Kapelle; zu ihr waren die Kläger verpflichtet. In der sehr mangelhaften Gesamtleistung der Kläger hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsirrtum einen wichtigen Grund zur Kündigung gegenüber allen Klägern gesehen. Der Umstand, daß die Kläger zu 1.) bis 4.) persönlich beim Zusammenspiel nicht versagt haben, sie vielmehr bereit und in der Lage waren, das Ihrige zu einem dem Vertrag entsprechenden Zusammenspiel beizutragen, ändert hieran nichts. Der wichtige Grund braucht nicht in einem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers zu liegen (BAG 2, 214).

Die Angriffe der Revision hiergegen dringen nicht durch. Die Ansicht der Kläger, durch die Fehlleistung des Klägers zu 5.) sei die Kapelle noch nicht "spielunfähig" geworden, verkennt, daß nicht nur völlige Spielunfähigkeit, sondern schon die vom Landesarbeitsgericht festgestellte, dem Beklagten nicht zumutbare Mangelhaftigkeit der Kapelle ein wichtiger Kündigungsgrund war. Durch das Versagen des einen Mitgliedes der Kapelle erbrachte die Kapelle selbst völlig minderwertige, für den Beklagten als Barbesitzer nicht tragbare Darbietungen. Davon, daß die Mangelhaftigkeit deshalb nicht von den Klägern zu 1.) bis 4.) zu vertreten sei, weil sie zum Unternehmerrisiko des Beklagten gehöre, kann nicht die Rede sein. Es geht um die Leistung der Kläger, die nun einmal als Gesamtleistung zu erbringen war. Die weitere Ansicht der Revision, der Beklagte habe die Möglichkeit



gehabt, von sich aus den Kläger zu 5.) aus der Kapelle zu entfernen und an seiner Stelle einen anderen Musiker einzustellen, ist ebenfalls verfehlt. Der Beklagte durfte die Kapelle nicht über den Kopf des Kapellmeisters hinweg umgestalten. Dazu war er nach dem Musiker-Vertrag nicht berechtigt. Sein Direktionsrecht als Arbeitgeber der Kapelle erstreckte sich nicht auf die Art des künstlerischen Zusammenspiels und folglich auch nicht auf die personelle Zusammensetzung der Kapelle. Er durfte dem Kläger zu 1.) keinen neuen Mitarbeiter aufzwingen, der dem Kläger zu 1.) nicht genehm war. Das ergibt sich nicht nur aus den Notwendigkeiten des musikalischen Zusammenspiels, die nur der Kläger zu 1.) als Kapellenleiter übersehen und beurteilen konnte, sondern auch daraus, daß die Kapelle schon vor dem Engagement beim Beklagten bestanden hat, daß dieses Engagement nur drei Monate dauern sollte, und daß die Kapelle darauf angewiesen war, nachher in anderen Betrieben zu spielen. Das einzige, was der Beklagte tun konnte, um die Leistungen der Kapelle zu verbessern und damit ihre vorzeitige Entlassung zu vermeiden, war, daß er dem Kläger zu 1.) nahelegte, selbst einen anderen Trompeter zu suchen. Das hat der Beklagte nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts auch getan, aber ohne Erfolg.

IV. Sein hiernach bestehendes Recht zur außerordentlichen Kündigung hat der Beklagte nicht dadurch verwirkt, daß er die Kläger vom 1. bis zum 14. Januar 1957, also immerhin zwei Wochen lang, auftreten ließ. Denn eine derartige Zeit mußte der Beklagte der Kapelle lassen, um sich unter den gegebenen Verhältnissen für seine Bar einzuspielen, und sie war daher auch notwendig für ihn selbst, um überhaupt nachhaltige Mängel feststellen zu können.

Daß der Beklagte den Klägern gestattet hat, nach Ausspruch der Kündigung trotz der erkannten Mängel noch bis Ende Januar 1957 bei ihm zu bleiben, kann die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ebenfalls nicht in Frage stellen. Es mag sein, daß der Beklagte sich hierzu nicht nur aus sozialem Entgegenkommen, sondern in erster Linie



- 8 -

deshalb entschlossen hat, weil für ihn eine, wenn auch außerordentlich mangelhafte Kapelle nach seiner unternehmerischen Beurteilung immer noch ein geringeres Übel darstellte als gar keine Kapelle. Erfahrungsgemäß laufen die Engagements derartiger Unterhaltungskapellen in der Regel bis zum Monatsende, und es wäre daher für den Beklagten schwierig, wenn nicht unmöglich gewesen, mitten im Monat eine andere und bessere Kapelle zu bekommen. Aus seiner Bereitschaft, die Kläger bis zum 31. Januar 1957 weiter zu beschäftigen, kann deshalb nicht gefolgert werden, daß ihm auch eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf des Engagements am 31. März 1957 zuzumuten war. Der Beklagte hat mit seiner Bereitschaft, die Kläger noch etwa zwei Wochen weiter spielen zu lassen, keineswegs die minderwertige Leistung der Kapelle schlechtweg und allgemein hingenommen. Die außerordentliche Kündigung ist daher trotz ihrer Befristung wirksam (vgl. BAG in AP Nr. 31 zu § 626 BGB).

gez. Dr. Müller

Schilgen

Dr. Meier-Scherling

Dr. Hans Jüttner

Kottenhahn



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

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