

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

Gesetz: ZPO § 373, §§ 139, 356; ArbGG § 67;
KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung

Leitsätze:

Benennt eine Partei für eine Behauptung die Zeugen "XYZ" oder "NN", so ist ein solcher Beweisantrag zwar nach § 373 ZPO unvollständig, aber nicht völlig unerheblich. Unter Umständen sind ein Hinweis des Gerichts (§ 139 ZPO) und eine Fristsetzung nach § 356 ZPO geboten.

Aktenzeichen: 3 AZR 11/75
Urteil des BAG vom 29. Juli 1976 LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 11/75
5 Sa 60/74 Hamburg

Verkündet
am 29. Juli 1976

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Juli 1976 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Handrack und Kunze für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 20. September 1974 - 5 Sa 60/74 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch wegen der Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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:

Der am 22. Februar 1926 geborene Kläger war seit dem 1. Januar 1967 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge als Bassist in einem Unterhaltungsorchester des Beklagten angestellt. Der letzte Zeitvertrag sollte am 31. Juli 1971 auslaufen. Die Parteien haben sich jedoch in einem Vorprozeß vergleichsweise dahin geeinigt, daß das Arbeitsverhältnis über den 31. Juli 1971 hinaus unbefristet fortbestanden hat und allenfalls durch eine vorsorglich von dem Beklagten mit Schreiben vom 16. Dezember 1971 (zugegangen am 21. Dezember 1971) ausgesprochene ordentliche Kündigung zum 31. August 1972 beendet werde. Über die Berechtigung dieser Kündigung streiten die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

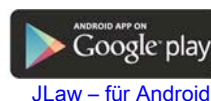
Der Kläger wurde im Laufe des Arbeitsverhältnisses mehrfach darauf hingewiesen, daß er als Kontrabassist auf die Dauer nicht weiterbeschäftigt werden könne, sondern das Spiel mit der Elektro-Bass-Gitarre beherrschen müsse. Daraufhin hat der Kläger ein solches Instrument mit einem Darlehen des Beklagten erworben und im Jahre 1969 begonnen, das Spiel mit diesem Instrument zu erlernen. Um eine Unterstützung seiner Bemühungen hat er den Beklagten nicht gebeten. Es ist ihm jedoch bis zum Ausspruch der ordentlichen Kündigung nicht gelungen, den hohen Anforderungen zu genügen, die an die Musiker des Beklagten gestellt werden.

Der Kläger hält die ausgesprochene Kündigung dennoch nicht für sozial gerechtfertigt. Er hat geltend gemacht, der Beklagte habe nicht ausreichend auf die großen Schwierigkeiten Rücksicht genommen, die mit der Umstellung vom "Naturbass" auf eine Elektro-Bass-Gitarre zwangsläufig verbunden seien. Die Unterschiede der beiden Instrumente seien so groß, daß eine Umstellung nur dann Erfolg verspreche, wenn ein Musiker mindestens für ein Jahr völlig vom Dienst freigestellt werde und die Möglichkeit erhalte, Unterricht an einer Musikhochschule zu nehmen. Er habe hin-

- 3 -



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



- 3 -

gegen während der Umstellungszeit weiter als Kontrabassist spielen müssen und sei darüber hinaus verfrüht mit der Elektro-Bass-Gitarre eingesetzt worden. Seine Leistungen seien bei dieser Sachlage zwangsläufig unbefriedigend gewesen und hätten zu Spannungen mit dem Orchesterleiter führen müssen. Außerdem habe er sich durch das angestrengte Üben mit einer für ihn ungewohnten Handhaltung eine Sehnenentzündung zugezogen, was seine Bemühungen zusätzlich behindert habe. Wegen seines ungesicherten Arbeitsplatzschutzes in einem Kettenarbeitsverhältnis habe er es nicht wagen können, den Beklagten auf seine Schwierigkeiten hinzuweisen. Dieser hätte aber auch ohne einen solchen Hinweis mehr Rücksicht nehmen und ihn für mindestens ein Jahr von der Arbeit freistellen müssen.

Die Kündigung verstoße außerdem gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Beklagte habe bisher in vergleichbaren Fällen die betroffenen Musiker niemals entlassen; vielmehr habe er diesen ein Abfindungsangebot gemacht oder sie anderweitig eingesetzt. Letzteres sei auch in seinem Falle möglich gewesen. Dafür hat der Kläger in der Berufungsinstanz die Zeugen "XYZ" benannt, deren ladungsfähige Anschriften er auf Wunsch nachreichen wollte.

Der Kläger hat beantragt,
festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 16. Dezember 1971, zugegangen am 21. Dezember 1971, nicht aufgelöst ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, er habe den Kläger nicht länger beschäftigen können, nachdem es ihm nicht gelungen sei, das Spiel mit der Elektro-Bass-Gitarre ausreichend zu erlernen. Auf die Notwendigkeit einer solchen Umstellung habe er den Kläger schon bei Abschluß des ersten Arbeitsvertrages hingewiesen. Er habe auf dessen Schwierigkeiten auch soweit als möglich Rücksicht genommen. Insbesondere habe er ihn nicht zu vorzeitigen Auftritten mit der Elektro-Bass-Gitarre veranlaßt. Eine völlige

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Freistellung für ein zweisemestriges Studium an einer Musikhochschule sei ihm jedoch unzumutbar gewesen; auch habe der Kläger nie einen entsprechenden Wunsch geäußert. Soweit er eine künstlerische, fachkundige Anleitung und mehr Freizeit benötigt habe, sei es seine Sache gewesen, sich darum zu bemühen.

Der Kläger ist in beiden Vorinstanzen unterlegen. Mit der Revision verfolgt er sein Kündigungsschutzbegehren weiter, während der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Sachverhalt ist für eine abschließende Beurteilung noch nicht ausreichend geklärt.

1. Soweit das Landesarbeitsgericht tatrichterliche Feststellungen getroffen hat, werden diese von der Revision nicht angegriffen. So ist aufgrund des angefochtenen Urteils davon auszugehen, daß sich in der modernen Tanzmusik ein Stilwandel vollzogen hat. Die Elektro-Bass-Gitarre hat den früher vorherrschenden Kontrabass weitgehend verdrängt. Es erscheint deshalb sachlich gerechtfertigt, daß sich der Beklagte bemüht, die Orchesterposten der Bassisten in ihren Unterhaltungsorchestern mit Musikern zu besetzen, die nicht nur den Kontrabass, sondern auch Elektro-Bass-Gitarre spielen können.

Das Landesarbeitsgericht hat ferner für den Senat bindend festgestellt, daß es dem Kläger im Laufe des Arbeitsverhältnisses nicht gelungen ist, das Spielen der Elektro-Bass-Gitarre vollkommen zu erlernen. Der Kläger hat darüber hinaus selbst geltend gemacht, seine bisherigen Bemühungen seien aussichtslos gewesen. Die Umstellung vom Kontrabass auf die Elektro-Bass-Gitarre sei ohne sachkundige Anleitung nicht möglich und setze voraus, daß während der Umstellungszeit gar nicht mehr Kontrabass gespielt werde. Deshalb sei nur bei einer Freistellung für ein ganzes Jahr nach einem

- 5 -



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

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

- 5 -

Musikhochschulstudium von zwei Semestern ein befriedigender Erfolg zu erwarten.

2. Dem Landesarbeitsgericht ist ferner darin zu folgen, daß der Mißerfolg des Klägers nicht auf einer Verletzung der Fürsorgepflicht des Beklagten beruht.

a) Allerdings ist grundsätzlich davon auszugehen, daß geänderte oder gestiegene fachliche Anforderungen eine betriebsbedingte Kündigung nur dann sozial rechtfertigen können, wenn dem betroffenen Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit zur Einarbeitung und Umstellung gegeben wurde. Eine solche Pflicht zur Umschulung oder Fortbildung bringt § 1 Abs. 2 Nr. 2 KSchG in der seit dem 19. Januar 1972 maßgebenden Fassung klar zum Ausdruck, sie bestand aber auch schon vorher und ergab sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht (BAG 21, 6 [10 ff.] = AP Nr. 18 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu 3 der Gründe] mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 1 Anm. 41; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Randnr. 138; Meisel, BB 1963, 1058 [1060 zu II 3]).

Eine solche Pflicht zur Umschulung bzw. Fortbildung kann aber nicht unbegrenzt bejaht werden. Es bedarf vielmehr einer Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen. Die Pflicht entfällt, wenn ihre Erfüllung dem Arbeitgeber auch bei ausreichender Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Aufwand der Umschulung unverhältnismäßig groß oder deren Erfolg ungewiß erscheint. Beides ist im vorliegenden Fall denkbar. Das kann jedoch offenbleiben, weil eine schuldhaftige Fürsorgepflichtverletzung des Beklagten aus einem anderen Grunde ausscheidet.

b) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend annimmt, durfte der Beklagte davon ausgehen, im Falle des Klägers alles Zumutbare getan zu haben. Langfristige Freistellungen zum Zwecke der Umschulung oder Fortbildung sind bei dem Beklagten nicht üblich. Der Kläger ist mit einem solchen Wunsch

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



- 6 -

auch nie an den Beklagten herangetreten. Es war aber in erster Linie seine Sache festzustellen, wie seine Fortbildung am besten zu gestalten sei und ob seine bisherigen Bemühungen in absehbarer Zeit Erfolg versprochen. Der Kläger hat dafür den erforderlichen Sachverstand und steht der Sache als Betroffener auch am nächsten. Wenn man selbst in einem solchen Fall dem Arbeitgeber die alleinige Verantwortung für die Art und den Ablauf der Fortbildung eines Arbeitnehmers aufbürden wollte, so hieße das die Fürsorgepflicht überspannen.

Der Kläger kann dem auch nicht entgegenhalten, daß es ihm nicht zumutbar gewesen sei, mit einem Freistellungsbegehren an den Beklagten heranzutreten, weil sein befristetes Arbeitsverhältnis dann voraussichtlich nicht verlängert worden wäre. Das Landesarbeitsgericht weist mit Recht daraufhin, daß dem Kläger die gleiche Gefahr drohte, wenn ihm die Umstellung auf die Elektro-Bass-Gitarre nicht gelang. Im übrigen ist der Kläger auch nach der Kündigung nicht mit einer entsprechenden Forderung an den Beklagten herangetreten. Erst in der Berufungsinstanz, etwa zweieinhalb Jahre später, hat er geltend gemacht, daß seine Fortbildungsbemühungen nur Erfolg versprochen hätten, wenn er für ein Jahr freigestellt worden wäre.

c) Der Beklagte muß sich auch nicht widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen. Der Kläger begründet diesen Vorwurf damit, daß ihm der Beklagte ein Darlehen zur Anschaffung einer Elektro-Bass-Gitarre gewährt habe. Damit habe er die Verpflichtung zu einer entsprechenden Umschulung übernommen. Gleichzeitig habe er aber deren Erfolg dadurch vereitelt, daß er den Kläger weiterhin als Kontrabassisten beschäftigt und darüber hinaus verfrüht als Elektrogitarristen eingesetzt habe.

Das Landesarbeitsgericht ist dieser Begründung mit Recht nicht gefolgt. Es trifft schon nicht zu, daß der Beklagte mit der Gewährung eines Darlehens zum Ausdruck gebracht habe, er wolle über seine Fürsorgepflicht hinaus-

- 7 -



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



- 7 -

gehende Verpflichtungen übernehmen. Ebenso wenig läßt sich der Vorwurf erheben, der Beklagte habe den Fortbildungserfolg vereitelt. Wie bereits ausgeführt wurde, mußte der Beklagte nicht ohne jeden Hinweis des Klägers davon ausgehen, daß dieser eine völlige Freistellung von seinen Pflichten als Kontrabassist benötigte. Der vorzeitige Einsatz als Elektrogitarrist war ohnehin nach dem eigenen Vortrag des Klägers nicht von ausschlaggebender Bedeutung für den Mißerfolg der Fortbildung.

3. a) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch eine entscheidungserhebliche Frage nicht geklärt. Der Stilwandel der Unterhaltungsmusik und die dadurch erzwungene Umbesetzung des Orchesters konnten die ausgesprochene Kündigung nur dann sozial rechtfertigen, wenn eine anderweitige Beschäftigung des Klägers nicht möglich war. Das Landesarbeitsgericht hat das zwar angenommen, dabei ist ihm jedoch sowohl ein materiell-rechtlicher wie ein Verfahrensfehler unterlaufen.

b) In seiner Berufungsbegründung hat der Kläger behauptet, die Beklagte habe in vergleichbaren Fällen, in denen Musiker neu auftretenden Anforderungen nicht mehr gewachsen gewesen seien, niemals gekündigt. Solche Musiker seien entweder mit einer Abfindung ausgeschieden oder im Rahmen ihrer Fähigkeiten in anderer Weise eingesetzt worden. Letzteres sei auch im Falle des Klägers möglich gewesen.

Trotz dieses Vortrags glaubte das Landesarbeitsgericht, in tatsächlicher Hinsicht feststellen zu können, daß für den Kläger keine andere Orchesterposition zur Verfügung stand. Der Beklagte habe nämlich die Behauptung des Klägers bestritten, und dieser habe den Beweis nicht führen können. Er habe lediglich die Zeugen "XY und Z" benannt, und das sei kein tauglicher Beweisantritt.

c) Hier verkennt das Landesarbeitsgericht zunächst die Verteilung der Beweislast im Kündigungsschutzprozeß, und das ist ein materiellrechtlicher Fehler, den das Revisionsgericht von Amts wegen zu beachten hat (§ 539 Abs. 2 Satz 1 ZPO; vgl. BAG 24, 198 [202] = AP Nr. 1 zu § 111 BBiG [zu 2 a der Gründe]). Wenn ein gekündigter Arbeitnehmer geltend

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
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

macht und näher begründet, daß er anderweitig beschäftigt werden könnte, so muß ein Arbeitgeber, der aus betrieblichen Gründen gekündigt hat, diese Behauptung widerlegen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG). Bloßes Bestreiten genügt nicht.

Außerdem war der Beweisantrag des Klägers zwar unvollständig, aber nicht unerheblich. Nach § 373 ZPO ist ein Zeugenbeweis in der Weise anzutreten, daß das Beweisthema und der Zeuge mit seiner ladungsfähigen Anschrift genannt werden. Teilt eine Partei zunächst nur das Beweisthema mit, und kündigt sie gleichzeitig die Benennung des Zeugen für einen späteren Zeitpunkt an, so kann das sachliche Gründe haben. In der Regel darf das Gericht einen solchen Antrag nicht so übergehen, als sei er gar nicht vorhanden. Auch hier muß nach § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Vorsitzende auf eine Ergänzung ungenügender Angaben und die Benennung von Beweismitteln hinwirken soweit das erforderlich erscheint. Unter Umständen ist nach § 356 ZPO eine Frist zu setzen (Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 373 Anm. I; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 34. Aufl., § 373 Anm. 1; Thomas-Putzo, ZPO, 8. Aufl., Anm. zu § 373; ebenso BGH, Urteil vom 16. Mai 1974, NJW 1974, 1512 f. [zu 2 der Gründe]; a.A. möglicherweise Zöllner-Stephan, ZPO, 11. Aufl., § 373 Anm. IV). Zu Unrecht beruft sich das Landesarbeitsgericht für seinen gegenteiligen Standpunkt auf das Bundesarbeitsgericht. Das Urteil vom 29. März 1957 (BAG 4, 41 = AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) betrifft ein ganz anderes Problem.

Dem Landesarbeitsgericht ist allerdings zuzugeben, daß nach § 67 ArbGG neue Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz nicht unbegrenzt vorgebracht werden können. Verspätete Beweisanträge sind jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann zu beachten, wenn sie nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens führen (BAG AP Nr. 1 zu § 67 ArbGG 1953 [zu I der Gründe]; AP Nr. 4 zu § 529 ZPO [zu I 2 der Gründe]; AP Nr. 5 zu § 529 ZPO [zu 1 der Gründe]; AP Nr. 152 zu § 242 BGB Ruhe-

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

gehalt („zu 4 der Gründe 7). Die Revision führt hierzu aus, sie hätte sich bei einem Hinweis nach § 139 ZPO auf die in Hamburg wohnenden Zeugen H , T und F berufen. Daraus ergibt sich, daß eine Verfahrensverzögerung nicht ohne weiteres zu erwarten war. Es haben zwei Berufungsverhandlungen stattgefunden, in denen Zeugen vernommen wurden. Es ist also anzunehmen, daß ein Hinweis des Gerichts den Kläger in die Lage versetzt hätte, seinen Beweisantrag so rechtzeitig zu ergänzen, daß eine Verzögerung des Verfahrens vermieden werden konnte.

4. Wegen des materiellrechtlichen Fehlers bei der Verken-
nung der Beweislast und des gekennzeichneten Verfahrensfeh-
lers muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Das Lan-
desarbeitsgericht wird bei der Fortsetzung der Berufungsver-
handlung der Frage nachgehen müssen, ob der Kläger im Rahmen
seiner Fähigkeiten anderweitig beschäftigt werden konnte.
Möglicherweise ergibt sich, daß der Vortrag des Klägers
auch auf eine berufsfremde Tätigkeit abzielt. In diesem
Falle müßte er allerdings genau vortragen, an welchen Auf-
gabenkreis er denkt (vgl. AP Nr. 22 zu § 1 KSchG Betriebs-
bedingte Kündigung („zu I 3 b der Gründe 7).

gez.: Dr. Stumpf

Dr. Thomas

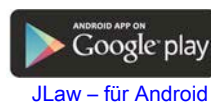
Dr. Dieterich

Handrack

Kunze



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)