

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

Gesetz: § 14 TÖK i.d.F. des TV vom 19.6. 1962; BGB § 611 Direktionsrecht

Leitsätze:

1. Das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers kann durch Tarifvertrag oder Einzelvertrag erweitert werden (im Anschluß an BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht).
2. Der Widerruf einer dem Musiker nach § 14 Abs. 1 TÖK übertragenen qualifizierten Tätigkeit ist nur aus Gründen der mangelnden Leistungsfähigkeit oder sonstigen Eignung zulässig.
3. Dem Musiker darf der ihm obliegende Beweis, daß der Widerruf unbegründet ist, nicht abgeschnitten werden.

Aktenzeichen: 5 AZR 55/65

Urteil des BAG vom 16. Oktober 1965

LAG Hamm



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



5_AZR 55/65

3 Sa 634/64 Hamm

Im Namen des Volkes!

Urteilsformel

zugestellt am 16. Oktober 1965

gez. Weinrich,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 14. Oktober 1965
durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt,
die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie die
Bundesarbeitsrichter Dr. Knipps und Schumacher für
Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Dezember
1964 - 3 Sa 634/64 - aufgehoben.

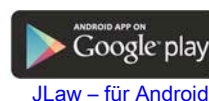
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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:

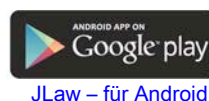
Der Kläger wurde durch schriftlichen Dienstvertrag vom 18. Juni 1959 mit Wirkung vom 16. August 1959 als Orchestermusiker für das Instrument "Solobaß" eingestellt. Die Dienstbezüge des Klägers bestimmten sich nach der Klasse 1 der Vergütungsordnung der Tarifordnung für die deutschen Kulturorchester (TO.K); außerdem erhielt er eine Stellenzulage. Am 26. September 1962 schlossen die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag. Danach wurde der Kläger mit Wirkung vom 1. August 1962 auf unbestimmte Zeit als Orchestermusiker zum Spielen des Instruments Kontrabaß im Städtischen Orchester verpflichtet. Gleichzeitig wurde ihm nach Maßgabe des § 14 TO.K die Tätigkeit eines Ersten Bassisten (Solobassist) übertragen. Der Kläger erhielt weiterhin die Tätigkeitszulage 1.. Nach § 4 des Arbeitsvertrages sollte sich das Arbeitsverhältnis nach der TO.K in der jeweils gültigen Fassung und den sie ergänzenden, ändernden oder an ihre Stelle tretenden Tarifverträgen richten.

Bei der Einstellung des Klägers stand das Städtische Orchester unter der Leitung des Generalmusikdirektors A, der im September 1961 bei der Beklagten ausschied. In der Folgezeit wurde zunächst der Erste Konzertmeister E als kommissarischer Orchesterleiter eingesetzt. Seit 1. November 1962 leitet Generalmusikdirektor S das Orchester. Seit 1. Januar 1964 erhöhte die Beklagte die Zahl der Planstellen bei dem Städtischen Orchester auf 102, wodurch ab 1. April 1964 aufgrund des an diesem Tag in Kraft getretenen Tarifvertrages zwischen dem Deutschen Bühnenverein e.V. und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr vom 9. April 1964 das Orchester in die Vergütungsgruppe A angehoben wurde, während es bisher der der neuen Vergütungsgruppe C entsprechenden Vergütungsklasse I angehört hatte.

- 3 -



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



- 3 -

Mit Schreiben vom 11. Mai 1964 teilte die Beklagte dem Kläger folgendes mit:

"Nach dem mit Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag ist Ihnen nach Maßgabe des § 14 TO.K die Tätigkeit des Solobassisten übertragen worden. Wie mir die Orchesterleitung mitgeteilt hat, werden Sie aus künstlerischen Gründen weiterhin als Tutti-Bassist eingesetzt. Damit entfällt die Ihnen bisher gewährte Tätigkeitszulage der Stufe I, die ich mit Bezug auf § 14 Abs. 1 TO.K vom 1.6. 1964 an widerrufe."

Mit der am 9. Juni 1964 bei Gericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme. Nach § 14 Abs. 1 TO.K sei der Widerruf nur wirksam, wenn er aus Gründen erfolge, die in der Leistungsfähigkeit oder der sonstigen Eignung des Musikers lägen. Bei ihm hätten jedoch keine solchen Gründe vorgelegen, was durch sachverständige Zeugen, darunter seinen früheren Vorgesetzten, den Generalmusikdirektor A , sowie durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt werde. Der Widerruf sei vielmehr willkürlich und beruhe nicht auf sachlichen Gründen, wie aus zwei Äußerungen des Generalmusikdirektors S , hervorgehe. Der Kläger hat beantragt, festzustellen, daß der Widerruf der ihm übertragenen Tätigkeit als Solobassist rechtsunwirksam und die Beklagte verpflichtet sei, ihn auch über den 1. Juni 1964 hinaus als Solobassisten zu beschäftigen und zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hält den Widerruf für rechtswirksam. Der Kläger sei als Solobassist nicht mehr qualifiziert. Die Beurteilung der künstlerischen Eignung des Klägers für diesen Dienstposten stehe allein dem Orchesterleiter zu. Der gerichtlichen Nachprüfung sei die Frage, ob künstlerische Gründe für einen Widerruf vorlägen, entzogen. Nach § 14 TO.K falle nämlich der Widerruf in das Direktionsrecht des Arbeitgebers, der hier von dem Generalmusikdirektor vertreten werde. Der Widerruf könne vom Gericht allenfalls darauf

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

überprüft werden, ob er willkürlich oder grob ermessensfehlerhaft sei. Das habe der Kläger nicht einmal schlüssig vorgetragen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Beide Parteien sind mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden.

Entscheidungsgründe:

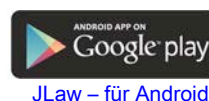
Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht, weil dem Kläger nicht der Nachweis abgeschnitten werden darf, daß der Widerruf seiner Tätigkeit als Solobassist nicht aus Gründen erfolgte, die in seiner Leistungsfähigkeit oder sonstigen Eignung liegen.

1) Nach § 4 des Arbeitsvertrages vom 26. September 1962 ist auf das Arbeitsverhältnis die TO.K in der jeweiligen Fassung anzuwenden. Durch diese Bezugnahme wird wirksam auf die TO.K in der ab 1. August 1962 geltenden Fassung Bezug genommen. Der Änderungstarifvertrag vom 19. Juni 1962 hat insbesondere dem § 14 TO.K (Tätigkeitszulagen) eine völlig neue Fassung gegeben. Danach kann der Arbeitgeber den Musikern mit ihrer Zustimmung jederzeit schriftlich bestimmte Tätigkeiten und das Spielen von Nebeninstrumenten übertragen, oder auch - ohne das Erfordernis einer Kündigung - diese Funktionen widerrufen; der Widerruf ist "unwirksam, wenn er aus Gründen erfolgt, die nicht in der Leistungsfähigkeit oder der sonstigen Eignung des Musikers liegen". Die Musiker erhalten für die Zeit, in der ihnen eine besondere Tätigkeit übertragen ist, eine gestaffelte Tätigkeitszulage.

- 5 -



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



2) Zu Recht geht das Landesarbeitsgericht davon aus, § 14 T.O.K. beinhalte eine tarifliche, hier kraft Arbeitsvertrages anwendbare, Erweiterung des allgemeinen Weisungsrechts des Arbeitgebers dahin, daß er die mit der Zahlung einer besonderen Tätigkeitszulage verbundene Übertragung einer herausgehobenen Musikerposition innerhalb des Orchesters grundsätzlich jederzeit widerrufen könne. Das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers umfaßt nämlich nicht die Befugnis zur Versetzung des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz mit geringerer Entlohnung; dies gilt sogar dann, wenn die bisherige Vergütung fortgezahlt wird (vgl. BAG 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG AP Nr. 2, 17 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG Urteil vom 14. Juli 1965 - 4 AZR 347/63 -, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen). Hierzu ist vielmehr an sich eine vertragliche Änderung des Arbeitsverhältnisses oder der Ausspruch einer Änderungskündigung bzw. auch einer etwa zulässigen Teilkündigung erforderlich (BAG 5, 44 [50] = AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG 4, 6 = AP Nr. 1 zu § 16 AOGÜ). Um die damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten zu vermeiden, wird vielfach und so auch hier das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers durch Einzelvertrag oder Tarifvertrag erweitert. Das ist grundsätzlich zulässig (BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., I. Bd., S. 201, Fußnote 16). Es liegt auch keine Umgehung des Kündigungsschutzrechts vor, wenn es sich lediglich um den vorbehaltenen Widerruf von Zusatzvereinbarungen zum Arbeitsvertrag handelt, die die wesentlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses als solchen unberührt lassen. In Wahrheit liegt dann gar keine Teilkündigung des Arbeitsvertrages vor, sondern nur ein nicht unter das KSchG fallender Widerruf einzelner, nicht wesentlicher Zusatzbestimmungen (vgl. BAG 8, 338 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Auffarth-Müller, KSchG, § 1 Anm. 57; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 1, Anm. 13; Hueck, KSchG, 5. Aufl., § 1, Anm. 31).



3) Die tarifliche Erweiterung des Weisungsrechts des Arbeitgebers hinsichtlich des Widerrufs bestimmter, dem Musiker übertragener qualifizierter Tätigkeiten ist aber nicht schrankenlos. Der Widerruf ist nämlich unwirksam, wenn er nicht aus Gründen der mangelnden Leistungsfähigkeit oder sonstigen Eignung erfolgt. Diese negative Formulierung der Tarifnorm des § 14 Abs. 1 Satz 5 TO.K bedeutet nach allgemeinem juristischen Sprachgebrauch, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt, daß die Wirksamkeit des Widerrufs die Regel, die Unwirksamkeit die Ausnahme ist und demzufolge von demjenigen bewiesen werden muß, der sich auf die Unwirksamkeit beruft, also dem Musiker, hier dem Kläger. Es ist in der Gesetzesprache nicht ungewöhnlich, daß die Beweislastverteilung allein durch die Wortfassung der Norm erfolgt (vgl. z.B. § 285 BGB) und daß dem Anspruchsberechtigten unter Umständen auch der Nachweis dafür aufgebürdet wird, daß bestimmte Umstände **n i c h t** vorliegen (sogen. negativer Beweis, vgl. §§ 282, 285 BGB). Eine ausdrückliche Bestimmung wie in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG, daß der Arbeitgeber als Beklagter die Tatsachen zu beweisen hat, die die soziale Rechtfertigung der Kündigung bedingen, haben die Tarifvertragsparteien hier gerade nicht getroffen.

4) Wird somit das Direktionsrecht des Arbeitgebers dadurch erweitert, daß er die Übertragung qualifizierter Tätigkeiten jederzeit widerrufen kann, so ist es andererseits aber auch durch das Vorliegen der in § 14 Abs. 1 Satz 5 TO.K genannten Gründe bedingt und begrenzt, so daß dem Musiker nicht praktisch der Nachweis abgeschnitten werden darf, daß derartige Gründe objektiv nicht vorliegen. Darauf läuft aber die Auffassung des Landesarbeitsgerichts hinaus, die Beweisantritte des Klägers seien nicht sachdienlich, da über die Eignung eines Orchestermusikers **a l l e i n** der Orchesterleiter (Generalmusikdirektor) entscheiden könne, der die künstlerische Verantwortung für das Orchester trage. Eine gerichtliche Nachprüfung des Widerrufs könne nur in Betracht kommen, wenn die geltend gemachten Gründe in Wahrheit nicht bestünden.



- 7 -

d.h. zur Verdeckung unsachlicher Gründe bloß vorge-
täuscht würden, oder wenn der Orchesterleiter sein Er-
messen, über die Eignung des Musikers zu befinden, miß-
braucht habe, indem er z.B. einem in Wahrheit bestens
für das Orchester qualifizierten Solobassisten diese
Funktion nähme.

5) Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind
von Rechtsirrtum beeinflusst. Sie gehen von einer zu engen
Auslegung des Wortlauts und des Sinns der Tarifnorm aus.
Trotz der ähnlich wie in § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG negativen
Formulierung des § 14 Abs. 1 S. 5 TO.K, die offenbar im
Hinblick auf die Beweislastverteilung gewählt wurde (vgl.
oben Ziff. 3), besagt der Wortsinn positiv ausgedrückt,
daß der Widerruf nur gerechtfertigt ist, wenn er aus
Gründen der Leistungsfähigkeit oder sonstigen Eignung er-
folgt. Ebenso ist eine Kündigung auch nur aus personen-
oder betriebsbedingten Gründen nach § 1 Abs. 2 KSchG zu-
lässig. Fehlen derartige Gründe, wie sie in § 14 Abs. 1
S. 5 TO.K genannt sind, so hat dies zwar der Musiker zu
beweisen, und dieser Beweis wird nicht leicht zu erbringen
sein. Das bedeutet aber nicht, es wäre nur der Nachweis
der Willkür, des Ermessensmißbrauchs oder des Vorschiebens
sachlicher zur Verdeckung unsachlicher Gründe möglich.
Eine solche Auslegung findet im Wortlaut der Tarifnorm
nicht einmal andeutungsweise Ausdruck und darf deshalb
nicht zugrunde gelegt werden (vgl. BAG AP Nr. 4, 10, 96
zu § 1 TVG Auslegung). Jede Rechtsausübung, also auch
die des Widerrufsrechts des Arbeitgebers nach § 14 Abs. 1
TO.K, darf nicht willkürlich sein. Insoweit hätte es
nicht der besonderen Vorschriften des § 14 Abs. 1 S. 5
TO.K bedurft. Es ist daher davon auszugehen, daß dem
Musiker uneingeschränkt der Nachweis offen steht, der
Widerruf sei nicht durch Gründe der Leistungsfähigkeit
oder sonstigen Eignung gedeckt. Allgemeine betriebliche
Gründe kommen für einen Widerruf nicht in Betracht.

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

6) Dem angefochtenen Urteil kann auch nicht darin beigespflichtet werden, über die Eignung eines Musikers für eine bestimmte Funktion in einem Orchester könne a l l e i n der künstlerisch verantwortliche Orchesterleiter, hier der Generalmusikdirektor S , entscheiden. Da der Widerruf der Übertragung einer bestimmten Tätigkeit regelmäßig auf Veranlassung des Orchesterleiters erfolgen wird, würde eine gerichtliche Nachprüfung dieser Entscheidung lediglich auf Grund des Zeugnisses eben dieses Leiters dazu führen, daß letzten Endes die subjektive Auffassung des jeweiligen verantwortlichen Orchesterleiters maßgebend wäre. Denn dieser wird bei einer Vernehmung als sachverständiger Zeuge ohne Gegenüberstellung mit anderen Zeugen nur selten einzuräumen in der Lage sein, er habe sich bei der Veranlassung des Widerrufs der Tätigkeit des Musikers geirrt. Damit würde aber die Tarifnorm, die doch auf das objektive Vorliegen leistungsbedingter oder sonstiger Eignungsgründe abstellt, weitgehend illusorisch. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind auch insoweit nicht frei von Widerspruch, als es selbst einräumt, es könne gerichtlich überprüft werden, ob ein in Wahrheit sehr gut qualifizierter Musiker vom Orchesterleiter mißbräuchlich abqualifiziert werde. Derartige Feststellungen lassen sich aber nur auf Grund einer Beweiserhebung treffen, die nicht auf die Vernehmung des Orchesterleiters beschränkt ist.

7) Das Landesarbeitsgericht hätte demnach nicht schlechthin von der Erhebung der vom Kläger angetretenen Beweise, insbesondere der Vernehmung des Generalmusikdirektors A , absehen dürfen. Das macht die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits erforderlich.

Es fragt sich allerdings, welche Beweismittel für die Feststellung der Eignung und Leistungsfähigkeit eines Musikers in herausgehobener Position in einem be-

- 9 -



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



stimmten Orchester geeignet sind. Neben dem Zeugnis des jetzigen Orchesterleiters kommen insbesondere auch die Bekundungen anderer Kapellmeister dieses Orchesters, früherer Dirigenten, soweit deren Tätigkeit zeitlich nicht zu weit zurückliegt, und von Gastspiell dirigenten in Betracht, die häufiger mit dem Orchester gearbeitet haben bzw. arbeiten. Hingegen dürfte die Begutachtung von Probespielen des Musikers durch außenstehende Sachverständige, das Mitspielen in fremden Orchestern unter Beurteilung durch deren Leiter und auch das Zeugnis von Kollegen des Musikers kaum zu brauchbaren Beweisergebnissen für die Frage führen, ob derzeit die Eignung des Musikers für die streitige Tätigkeit in dem bestimmten Orchester gegeben ist, das doch einen einheitlichen Klangkörper bildet. Ein Urteil über diese Frage können in aller Regel nur die Personen abgeben, die sowohl das Orchester wie den Musiker aus der täglichen Arbeit als Dirigent kennen.

gez. Dr. Boldt Dr. Auffarth Siara
Dr. Knipps Schumacher



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)