

Aktenzeichen: 7 AZR 5/81

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 3. November 1982

- 7 AZR 5/81 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 6. Mai 1980

Reutlingen

- 1 Ca 105/80 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 8. Oktober 1980

Baden-Württemberg

- 2 Sa 67/80 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Besond. Künd.Schutz b. Leistungsmängeln e. Tendenzträgers

Gesetz:

KSchG 1969 § 15 Abs. 1 Satz 1; BetrVG 1972 §§ 118, 103;
GG Art. 5 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1; BGB § 626
Abs. 1, § 140

Leitsätze:

1. § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG verbietet jedenfalls auch solche ordentliche Kündigungen, die ein Tendenzunternehmen gegenüber einem dem Betriebsrat angehörenden Tendenzträger (hier: Solo- und Erster Hornist in einem Symphonieorchester) wegen nicht tendenzbezogener Leistungsmängel erklärt. Dadurch wird die durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Kunstfreiheit nicht beeinträchtigt.
2. Kündigungsrechtlich erhebliche tendenzbezogene Leistungsstörungen liegen nur dann vor, wenn die von einem Tendenzträger erbrachte Arbeitsleistung als solche dem Tendenzzweck zuwiderläuft. Um nicht tendenzbezogene und damit tendenzneutrale Leistungsstörungen handelt es sich dann, wenn bei einem Tendenzträger Leistungsmängel auftreten, die keinen unmittelbaren Bezug zu dem verfolgten Tendenzzweck haben.

Hinweise des Senats:

Ordentliche Kündigung eines dem Betriebsrat angehörenden Konzertmusikers wegen Leistungsmängeln.



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



7 AZR 5/81

2 Sa 67/80 Baden-Württemberg

Verkündet am
3. November 1982

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 3. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Roeper und Dr. Becker sowie die ehrenamtlichen Richter Deckert und Stappert für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 8. Oktober 1980 - 2 Sa 67/80 - 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:

Der Kläger ist seit dem 1. September 1976 als erster und Solohornist in dem vom beklagten Verein unterhaltenen S Orchester R mit einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 3.150,-- DM tätig. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist jeweils bis spätestens 31. März zum 31. August eines Jahres (Ablauf der Spielzeit) kündbar. Der Kläger ist Mitglied des aus drei Personen bestehenden Betriebsrates.

Wegen angeblich mangelhafter Leistungen des Klägers bei einem Neujahrskonzert am 5. Januar 1980 sowie wegen angeblicher Leistungsmängel in vorangegangenen Konzerten der Saison 1979/1980 lehnte es der Chefdirigent ab, Konzerte des S Orchesters zu leiten, in denen der Kläger mitwirkt. Der Beklagte verpflichtete daraufhin von Fall zu Fall Gasthornisten. Der Kläger wurde nur noch in Konzerten des S Orchester eingesetzt, die von anderen Dirigenten geleitet wurden.

Mit Schreiben vom 16. Januar 1980 beantragte der Beklagte wegen der angeblichen Leistungsmängel des Klägers beim Betriebsrat die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung. Nach Ablehnung der begehrten Zustimmung durch den Betriebsrat beantragte der Beklagte beim Arbeitsgericht deren Ersetzung. Durch Beschluß vom 7. Februar 1980 wies das Arbeitsgericht den Antrag des Beklagten auf Ersetzung der abgelehnten Zustimmung zurück. Dieser Beschluß ist rechtskräftig.

Der Beklagte entschloß sich hierauf, dem Kläger wegen der angeblichen Leistungsmängel zum Saisonende 1980 (31. August 1980) ordentlich zu kündigen. In dem Mitteilungsschreiben an den Betriebsrat vom 27. Februar 1980 heißt es u.a.:

"Die Erwägungen künstlerischer Art, die bei dieser Entscheidung über die ordentliche Kündigung zu berücksichtigen sind, sind bereits erschöpfend dargestellt worden bei der Veranlassung der ersten Anhörung des Betriebsrates durch Schreiben vom 16.1. 1980. Darauf wird Bezug genommen mit der Einschränkung, daß bei einer jetzt eventuell auszusprechenden Kündigung nicht mehr behauptet würde,

- 3 -



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



daß die Voraussetzungen zur fristlosen Kündigung gegeben seien. Rechtlich wird von seiten des S jetzt davon ausgegangen, daß

- a. es sich um einen Tendenzbetrieb handelt im Sinne des § 118 BetrVG,
- b. Herr M im Rechtssinne ein Tendenzträger ist,
- c. die eventuelle Kündigung nur aus Gründen im Rahmen des Tendenzzweckes erfolgt,
- d. die eventuelle Kündigung auch nur mit Tendenzgründen gerechtfertigt werden soll."

Eine Stellungnahme des Betriebsrates zu der beabsichtigten ordentlichen Kündigung erfolgte nicht. Der Beklagte kündigte hierauf mit Schreiben vom 14. März 1980 das Arbeitsverhältnis des Klägers fristgemäß zum 31. August 1980.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei bereits wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 1 KSchG unwirksam. Sie sei aber auch sozial ungerechtfertigt i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die von dem Beklagten am 14. März 1980 erklärte Kündigung zum 31. August 1980, dem Kläger zugegangen am 15. März 1980, nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Zur Begründung der Kündigung hat er im wesentlichen folgendes vorgetragen: Das von ihm unterhaltene Symphonieorchester sei ein Tendenzbetrieb i.S. des § 118 BetrVG, der Kläger sei als erster Hornist Tendenzträger. Die Kündigung sei aus Gründen des Tendenzzweckes erforderlich gewesen. Dem Kläger seien in mehreren Konzerten der Saison 1979/1980 Fehlleistungen unterlaufen. Der künstlerische Leiter des Orchesters habe sich daher geweigert, das Orchester zu dirigieren, wenn der Kläger mitwirke. Die hierdurch bedingte Notwendigkeit, dem Chefdirigenten in allen von ihm geleiteten Konzerten Gasthornisten beizugeben, belaste ihn auf die Dauer mit nicht tragbaren Kosten. Da die Kündigung tendenzbedingt sei, könne sich der Kläger auf das Kündigungsverbot des § 15 Abs. 1 KSchG nicht berufen.



- 4 -

Der Kläger hat erwidert, er sei weder Tendenzträger i.S. des Betriebsverfassungsgesetzes noch stehe die Kündigung mit Tendenzgründen im Zusammenhang. Abgesehen von den Konzerten am 10. September 1979 und am 5. Januar 1980 habe er nicht fehlerhaft gespielt. Im übrigen seien die Fehler in den beiden zuletzt genannten Konzerten auf das Verhalten des Chefdirigenten zurückzuführen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt und ergänzend zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen im wesentlichen ausgeführt: Auch die Mitglieder des künstlerischen Beirates hätten mittlerweile die künstlerischen Fehlleistungen des Klägers bestätigt. § 15 Abs. 1 KSchG sei verfassungskonform so ausulegen, daß die durch mangelnde berufliche Fähigkeiten eines Tendenzträgers bewirkte Unmöglichkeit der Verwirklichung des Tendenzzweckes bei einem Tendenzbetrieb ein wichtiger Kündigungsgrund sei. Im übrigen sei die ordentliche Kündigung in eine außerordentliche umzudeuten, zu welcher der Betriebsrat bereits mit Schreiben vom 16. Januar 1980 gehört worden sei.

Der Kläger hat hierauf erwidert: Seine Eignung als erster Hornist ergebe sich aus dem Zeugnis des vorhergehenden Chefdirigenten. Es sei unzutreffend, daß er häufig in höheren Tonbereichen seines Instruments versage. Die von dem Beklagten erklärte ordentliche Kündigung sei im übrigen auch wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG unwirksam.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Beide Parteien haben sich gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

- 5 -



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



Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die von dem Beklagten mit Schreiben vom 14. März 1980 erklärte ordentliche Kündigung nicht aufgelöst worden.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die mit Schreiben vom 14. März 1980 erklärte ordentliche Kündigung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG für unwirksam gehalten und hierzu im wesentlichen folgendes ausgeführt: Es sei davon auszugehen, daß der Beklagte ein Tendenzbetrieb i.S. des § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei. Der Kläger sei als erster Hornist und Solohornist Tendenzträger. Selbst wenn man zugunsten des Beklagten davon ausgehe, daß die Kündigung auch tendenzbedingt sei, so sei sie gleichwohl nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unwirksam. Die durch diese Vorschrift bewirkte Beeinträchtigung des Beklagten in der Verwirklichung seiner Tendenz und damit auch in der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Freiheit der Kunst müsse er hinnehmen, weil anderenfalls ein anderer Grundwert der Verfassung, nämlich das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG in seinem Kernbereich verletzt werde. Der durch die Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG bewirkte Schutz eines Betriebsratsmitgliedes gegen eine ordentliche Kündigung – nur um eine solche gehe es im vorliegenden Falle nach dem eindeutigen Wortlaut des Kündigungsschreibens – sei für ein Tendenzunternehmen auch im Falle einer tendenzbedingten Kündigung gegenüber einem Tendenzträger, der Betriebsratsmitglied sei, erträglich, weil dem Arbeitgeber in gravierenden Fällen die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung bleibe. Die Regelung des § 15 Abs. 1 KSchG sei im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 103 BetrVG zu sehen; sie sei die individual-rechtliche Komponente und die Ergänzung des den Mitgliedern des Betriebsrates eingeräumten kollektiven Schutzes. Zweck des § 15 Abs. 1 KSchG sei es, den Mitgliedern der dort genannten Betriebsverfassungsorgane die erforderliche Unabhängigkeit für die Ausübung ihres Amtes und die Kontinuität der Ausführung während der Wahlperiode zu sichern. Die Regelung des § 15 Abs. 1 KSchG



- 6 -

sei eine gesetzliche Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips. Soweit danach auch ordentliche Kündigungen durch Tendenzunternehmen gegenüber Tendenzträgern aus tendenzbedingten Gründen unwirksam seien, stehe dem die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) nicht entgegen. Dieses Grundrecht bestehe nicht in absolut schrankenfreier Form. Es könne vielmehr system-immanent eingeschränkt werden durch Verfassungswerte gleichrangiger Qualität, zu denen auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG) als Bestandteil der freiheitlich demokratischen Grundordnung gehöre.

Der Beklagte könne im vorliegenden Fall auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Kündigung des Klägers sei deswegen zulässig, weil ein wichtiger Kündigungsgrund vorliege und die Zustimmung des Betriebsrates nach § 103 BetrVG wegen § 118 BetrVG nicht erforderlich sei. Auch bei einem Tendenzbetrieb sei die mangelnde Befähigung eines Tendenzträgers, die geeignet sei, die Tendenzverwirklichung zu beeinträchtigen, nicht grundsätzlich, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB ein wichtiger Grund, weil anderenfalls das Recht zur außerordentlichen Kündigung über das gesetzliche Maß hinaus erweitert und die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen umgangen würden. Eine nicht auf Vorsatz, sondern auf nicht ausreichenden Fähigkeiten beruhende Schlechtleistung stelle nur ausnahmsweise einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar. Ein derartiger Ausnahmefall könne nicht angenommen werden, wenn – wie im Falle des Klägers – das Arbeitsverhältnis längere Zeit bestanden und der Arbeitgeber die nicht ausreichenden Fähigkeiten noch nicht einmal zum Anlaß genommen habe, jedenfalls zum erstmöglichen Zeitpunkt ordentlich zu kündigen. Der Beklagte könne sich schließlich auch deshalb nicht darauf berufen, es habe ein wichtiger Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung des Klägers vorgelegen, weil er die geltend gemachten Gründe ausschließlich zur Begründung einer ordentlichen fristgerechten Kündigung genommen und damit selbst zum Ausdruck gebracht habe, daß ihm die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar sei.

- 7 -



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



Abgesehen davon könne eine ordentliche Kündigung nicht in eine außerordentliche umgedeutet werden, weil der Kündigungsempfänger mit einer solchen Umdeutung nicht zu rechnen brauche.

II. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die ordentliche Kündigung des Beklagten gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unwirksam ist. Da es sich bei den dem Kläger vorgeworfenen Leistungsmängeln nach der Auffassung des Senats nicht um tendenzbedingte Kündigungsgründe handelt, erfordert der Streitfall keine Stellungnahme zu der vom Landesarbeitsgericht geprüften Frage, ob das in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG enthaltene Verbot zur ordentlichen Kündigung auch auf eine von einem Tendenzunternehmen gegenüber einem dem Betriebsrat angehörenden sog. Tendenzträger aus tendenzbedingten Gründen erklärte ordentliche Kündigung anwendbar ist. Ebensowenig ist zu entscheiden, ob § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG im Hinblick auf die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Kunstfreiheit verfassungskonform in der Weise auszulegen ist, daß gegenüber dem zuletzt genannten Personenkreis das Verbot der ordentlichen Kündigung bei tendenzbedingten Gründen nicht gilt.

1. Im Unterschied zum Betriebsverfassungsgesetz kennt das Kündigungsschutzgesetz keine dem § 118 BetrVG vergleichbare Bestimmung, derzufolge im Interesse des Grundrechtsschutzes (insbesondere des Art. 5 GG) Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes keine Anwendung finden, soweit die Eigenart des Unternehmens oder Betriebes dem entgegensteht (zum Grundrechtsbezug des betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutzes vgl. BVerfG Beschluß vom 6. November 1979 - 1 BvR 81/76 - AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972; BAG 27, 301 = AP Nr. 3 zu § 118 BetrVG 1972; BAG Urteile vom 22. April 1975 - 1 AZR 604/73 - und 7. November 1975 - 1 AZR 282/74 - sowie Beschluß vom 14. November 1975 - 1 ABR 107/74 - AP Nr. 2, 4 und 5 zu § 118 BetrVG 1972). Die in § 118 BetrVG erfolgte gesetzliche Konkretisierung von Grundrechtsgewährleistungen ist jedoch auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu beachten, wie sich bereits aus der dort enthaltenen Bezugnahme auf die Regelung des § 103 BetrVG ergibt. Da es im Streitfall jedoch nicht um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung



gegenüber einem zum Personenkreis des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG gehörenden sog. Tendenzträgers geht, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der im Schrifttum streitigen Frage, ob § 103 BetrVG durch § 118 BetrVG verdrängt werde, und zwar in dem Sinne, daß es bei tendenzbedingten Kündigungsgründen keiner Zustimmung des Betriebsrates, sondern nur einer Anhörung nach § 102 BetrVG oder gar nur einer Unterrichtung bedürfe (vgl. Dütz, BB 1975, 1261, 1270; Hanau, BB 1973, 901, 907; KR-Etzel, § 103 BetrVG Rz 16; Galperin/ Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 118 Rz 81).

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher nur entschieden, daß § 118 Abs. 1 BetrVG der Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG selbst dann nicht entgegensteht, wenn die Kündigung eines sog. Tendenzträgers aus tendenzbedingten Gründen erfolgt (BAG Urteil vom 7. November 1975 - 1 AZR 282/74 - AP Nr. 4 zu § 118 BetrVG 1972; BAG 27, 316 = AP Nr. 1 zu § 130 BetrVG 1972). Diese Rechtsprechung steht mit dem Grundrecht der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) im Einklang (BVerfG Beschluß vom 6. November 1979 - 1 BvR 81/76 - AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972). In Anknüpfung an die seitherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. insbesondere BAG 27, 316) ist es sachgerecht, auch im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG im Interesse einer tendenzschutzbedingten Gewährleistung und Sicherung von Grundrechten (insbesondere von Art. 5 GG) die Grundsätze zu beachten, die sich aus der in § 118 BetrVG enthaltenen gesetzlichen Konkretisierung des Grundrechtsschutzes ergeben. Bei Kündigungen kommt danach eine Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates nur in Betracht, wenn es sich a) um ein Tendenzunternehmen (-betrieb) handelt, b) einem sog. Tendenzträger gekündigt wird, und c) tendenzbedingte Kündigungsgründe vorliegen. Nur bei Vorliegen aller drei Voraussetzungen bedürfte es der Prüfung, ob das in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG enthaltene Verbot der ordentlichen Kündigung von betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsträgern - bei dem es sich um eine kündigungsschutzrechtliche Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) handelt - dem verfassungsrechtlich (insbesondere durch Art. 5 GG) gewährleisteten Tendenzschutz entgegensteht.



2. Im Streitfall hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, daß es sich beim Beklagten um ein Tendenzunternehmen und beim Kläger um die Kündigung eines sog. Tendenzträgers handelt.

a) Symphonieorchester sind wegen der von ihnen verfolgten künstlerischen Zielsetzungen (Wiedergabe von Instrumentalwerken) als sog. Tendenzunternehmen anzusehen (vgl. BAG 27, 316 = AP Nr. 1 zu § 130 BetrVG 1972; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 118 Rz 61; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 13. Aufl., § 118 Rz 15; Galperin/Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., Bd. II, § 118 Rz 23; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 118 Rz 20).

b) Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend den als ersten Hornisten und Solohornisten beschäftigten Kläger als sog. Tendenzträger angesehen. Der Begriff des Tendenzträgers ist gesetzlich nicht definiert, doch ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. etwa BAG 27, 322, 328 = AP Nr. 3 zu § 99 BetrVG 1972, zu III 2 der Gründe; BAG 32, 214, 218 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu III 2 der Gründe; Urteile vom 22. April 1975 - 1 AZR 604/73 - und 7. November 1975 - 1 AZR 282/74 - sowie Beschlüsse vom 9. Dezember 1975 - 1 ABR 37/74 - und 22. Mai 1979 - 1 ABR 100/77 - AP Nr. 2, 4, 7 und 13 zu § 118 BetrVG 1972) Tendenzträger derjenige Arbeitnehmer, für dessen Tätigkeit die Bestimmungen und Zwecke der in § 118 BetrVG genannten Unternehmen und Betriebe prägend sind. Nicht zu den sog. Tendenzträgern zählen daher solche Arbeitnehmer in einem Tendenzbetrieb, die keine tendenzbezogenen Aufgaben wahrzunehmen haben (vgl. auch BVerfGE 52, 283, 297 = AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972, zu B II 1 b der Gründe). Dem Kläger kommt als ersten Hornisten und Solohornisten bei der musikalischen Interpretation der von dem Beklagten darzubietenden Instrumentalwerke eine prägende Aufgabe zu. In Anknüpfung an die Rechtsprechung des Ersten Senats (BAG 27, 316, 322, aaO) ist daher auch der erkennende Senat der Auffassung, daß jedenfalls Stimmführer und Solisten in einem Symphonieorchester als



Tendenzträger anzusehen sind.

3. Wenn das Landesarbeitsgericht allerdings zugunsten des Beklagten angenommen hat, bei den angeblichen Leistungsmängeln des Klägers handle es sich um tendenzbedingte Kündigungsgründe, so kann ihm darin nicht gefolgt werden.

Kündigungsrechtlich erhebliche tendenzbezogene Leistungsmängel liegen nur dann vor, wenn die von einem Tendenzträger erbrachte Arbeitsleistung als solche dem Tendenzzweck zuwiderläuft. (Dies ist z.B. der Fall, wenn ein in einem katholischen Krankenhaus angestellter Arzt entgegen der religiös motivierten Zielsetzung des Krankenhausträgers eine Schwangerschaftsunterbrechung vornimmt oder wenn ein Redakteur einer gewerkschaftseigenen Zeitung einen Artikel mit gewerkschaftsfeindlichem Inhalt verfaßt.) Im künstlerischen Bereich liegt ein tendenzbedingter Leistungsmangel z.B. vor, wenn ein Solist oder Stimmführer der arbeitgeberseitig vorgegebenen Werkinterpretation durch die Art und Weise seiner eigenen künstlerischen Interpretation (willentlich oder doch von einer abweichenden eigenen Auffassung geprägt) zuwiderhandelt. Um nicht tendenzbezogene und damit tendenzneutrale Leistungsmängel handelt es sich dagegen, wenn bei einem Tendenzträger Leistungsmängel auftreten, die keinen unmittelbaren Bezug zu dem verfolgten Tendenzzweck haben. (Dies ist – um bei den Beispielen zu bleiben – etwa dann anzunehmen, wenn dem in einem konfessionell gebundenen Krankenhaus beschäftigten Chirurgen Fehler bei der ärztlichen Behandlung der Patienten unterlaufen oder wenn in den Artikeln des Redakteurs einer gewerkschaftseigenen Zeitung orthographische oder grammatikalische Fehler vorkommen.) Im künstlerischen Bereich ist ein nicht tendenzbezogener Leistungsmangel z.B. anzunehmen, wenn ein Solist oder Stimmführer unbeabsichtigt falsche Töne spielt oder die Partitur nicht richtig liest.

Soweit im Schrifttum (vgl. Dütz, BB 1975, 1261, 1269; Hanau, BB 1973, 901, 903) die Auffassung vertreten wird, eine auf die Beurteilung der fachlichen Qualifikation von Tendenzträgern gestützte Personalmaßnahme sei bereits als tendenzbezogen zu verstehen, liegt hierin eine Verkenning des in § 118 BetrVG gesetzlich konkretisierten Tendenzschutzes.



Der im Interesse der Grundrechtssicherung geschaffene Tendenzschutz gebietet nämlich eine kündigungsrechtliche Sonderstellung der Tendenzunternehmen nur insoweit, als es die Eigenart dieser Unternehmen erfordert. Die fachliche Qualifikation von Mitarbeitern stellt einen Umstand dar, der die Funktionsfähigkeit des Betriebs berührt. Insofern unterscheiden sich Tendenzunternehmen nicht von anderen Unternehmen. Nur dann, wenn Tendenzträger durch die Art und Weise ihrer Arbeitsleistung den geistig-ideellen oder künstlerischen Zielsetzungen des Tendenzunternehmens nicht ausreichend Rechnung tragen (wollen) ist es - im Interesse der Verwirklichung des Grundrechtsschutzes - geboten, diesen Umstand auch im Bereich des Kündigungsschutzrechts angemessen zu berücksichtigen.

Die vom Senat vorgenommene Abgrenzung der tendenzbedingten gegenüber den tendenzneutralen Leistungsmängeln stellt nach seiner Meinung sicher, daß es im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu einem verfassungskonformen, ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und dem verfassungsrechtlich (insbesondere durch Art. 5 GG) geschützten Freiheitsraum der Tendenzunternehmen kommt. Mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wäre es indessen nicht zu vereinbaren, wenn die Tendenzunternehmen gegenüber dem Kündigungsschutz ihrer Arbeitnehmer eine Sonder- und damit Besserstellung auch bei solchen Leistungsmängeln beanspruchen könnten, die keinen unmittelbaren Bezug zu dem verfolgten Tendenzzweck aufweisen. Auch in Tendenzbetrieben (-unternehmen) besteht das Bedürfnis nach einer Kontinuität in der Amtsführung der von der Belegschaft gewählten Betriebsverfassungsorgane. Tendenzneutrale Leistungsmängel stellen deshalb keinen sachlichen Grund für eine Durchbrechung des in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG enthaltenen Verbotes der ordentlichen Kündigung dar.

Schließlich ist zu bedenken, daß bei nichttendenzbezogenen schwerwiegenden Leistungsmängeln (die sich im Falle eines Symphonieorchesters z.B. in Form von schlechten Kritiken niederschlagen können) auch und gerade einem Tendenzträger nach vorheriger Abmahnung mit Zustimmung des Betriebsrates außerordentlich gekündigt werden kann. Durch diese in § 15



Abs. 1 Satz 1 KSchG ausdrücklich vorgesehene kündigungsrechtliche Möglichkeit ist ausreichend gewährleistet, daß Tendenzunternehmen ihre verfassungsrechtlich (insbesondere durch Art. 5 GG) geschützten Zielsetzungen in einer dem Sozialstaatsprinzip genügenden Art und Weise durchsetzen können. Im übrigen kann bei der Beurteilung der Frage, ob schwerwiegende Leistungsmängel bei einem dem Betriebsrat angehörenden Tendenzträger nach vorheriger Abmahnung einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB darstellen, der verfassungsrechtlich geschützte Tendenzschutz angemessen berücksichtigt werden.

4. Die Anwendung dieser Grundsätze führt im Streitfall zu dem Ergebnis, daß es sich bei den angeblichen Leistungsmängeln des Klägers (Weglassen von Tönen, Spielen von falschen Tönen insbesondere im hohen Tonbereich) um nicht tendenzbezogene Leistungsmängel handelt. Hieran ändert auch nichts der Umstand, daß sich der Chefdirigent des Beklagten geweigert hat, Konzerte zu leiten, in denen der Kläger als erster Hornist oder Solohornist eingesetzt wird. Auch durch diese Weigerung wird der tendenzneutrale Charakter der dem Kläger vorgeworfenen Leistungsmängel nicht verändert.

Das Landesarbeitsgericht hat daher - wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis - zutreffend angenommen, daß das in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG enthaltene Verbot der ordentlichen Kündigung im Streitfall uneingeschränkt zur Anwendung kommt und daher die vom Beklagten mit Schreiben vom 14. März 1980 erklärte ordentliche Kündigung unwirksam ist.

III. Entgegen der Ansicht der Revision ist die vom Beklagten erklärte ordentliche Kündigung auch nicht deshalb wirksam, weil objektiv ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorgelegen habe.

Im Streitfall ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 626 Abs. 1 BGB bereits deswegen zu verneinen, weil der Kläger wegen der nicht tendenzbezogenen Leistungsmängel vor der Kündigung nicht unter Hinweis auf die Bestands- oder Inhaltsgefährdung seines Arbeitsverhältnisses abgemahnt worden ist (vgl. zum Erfordernis einer vorherigen Abmahnung bei



einem ersten Konzertmeister eines Symphonieorchesters BAG
Urteil vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1
KSchG Verhaltensbedingte Kündigung).

Jedenfalls hätte der Beklagte im Streitfall sowohl gegenüber dem Kläger als auch gegenüber dem Betriebsrat (im Anhörungsverfahren, falls es als solches gedacht war) eindeutig zum Ausdruck bringen müssen, daß er die mit Schreiben vom 14. März 1980 erklärte Kündigung auf einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB stützt (vgl. zum Erfordernis einer zweifelsfreien Erklärung des Kündigenden das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats vom 13. Januar 1982 - 7 AZR 757/79 -). Das Landesarbeitsgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt, aus dem Wortlaut des Kündigungsschreibens gehe eindeutig hervor, daß der Beklagte die von ihm "geltend gemachten Gründe ausschließlich zur Begründung einer ordentlichen fristgerechten Kündigung genommen" habe. Nicht nur, daß die Revision gegen diese Auslegung keine Angriffe erhoben hat, ergibt sich diese Absicht des Beklagten auch eindeutig aus dem Mitteilungsschreiben an den Betriebsrat vom 27. Februar 1980, wenn es dort heißt, es werde nicht mehr behauptet, "daß die Voraussetzungen zur fristlosen Kündigung gegeben seien". Bei der Auslegung des Kündigungsschreibens durch das Landesarbeitsgericht handelt es sich im übrigen um die Auslegung einer untypischen Willenserklärung. Das Revisionsgericht kann hierbei nur prüfen, ob der Tatrichter Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat. Derartige Fehler sind von der Revision weder vorgetragen noch ersichtlich.

IV. Das Landesarbeitsgericht hat auch ohne Rechtsfehler angenommen, daß die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unwirksame ordentliche Kündigung nicht gemäß § 140 BGB in eine außerordentliche Kündigung umgedeutet werden kann.

Eine außerordentliche Kündigung stellt wegen des damit verbundenen Unwerturteils für den Arbeitnehmer gegenüber einer ordentlichen Kündigung ein Rechtsgeschäft mit weiterreichenden Rechtsfolgen dar. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann aber nach § 140 BGB stets nur in ein anderes Rechtsgeschäft



mit gleichen oder weniger weitreichenden Rechtsfolgen umgedeutet werden. Das Ersatzgeschäft darf niemals weitergehende Wirkungen als das ursprünglich beabsichtigte Rechtsgeschäft haben (BGHZ 19, 269, 275; 20, 363, 370; BGH LM Nr. 4 zu § 140 BGB; BAG Urteil vom 12. September 1974 - 2 AZR 535/73 - AP Nr. 1 zu § 44 TVAL II; BAG Urteil vom 14. Oktober 1975 - 2 AZR 365/74 - AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG 1968; zu 2 b der Gründe; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I S. 562). Eine gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unwirksame ordentliche Kündigung kann deswegen nicht in eine außerordentliche Kündigung umgedeutet werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Bichler

Roeper

Dr. Becker

Deckert

Stappert

