

Aktenzeichen: 10 AZR 124/03
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 3. Dezember 2003
- 10 AZR 124/03 -

I. Arbeitsgericht
Darmstadt

Urteil vom 31. Januar 2002
- 11 Ca 59/01 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 14. November 2002
- 14 Sa 619/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Tätigkeitszulage - 1. (Solo-)Harfenistin

Gesetze:

Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971
§ 26 Abs. 3, § 27 iVm. § 6 Abs. 2 Buchst. b; ZPO § 554 Abs. 2

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

*Fortführung von BAG 28. Mai 1986 - 4 AZR 458/84 - AP BGB § 611
Musiker Nr. 12; 18. April 1984 - 4 AZR 121/82 - AP BGB § 611 Musiker
Nr. 7*



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 124/03
14 Sa 619/02
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
3. Dezember 2003

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes, revisionsklagendes
und anschlussrevisionsbeklagtes Land,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlussrevisionsklägerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt sowie die ehrenamtlichen Richter Lindemann und Petri für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. November 2002 - 14 Sa 619/02 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des beklagten Landes das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert hat. Auch insofern wird die Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 31. Januar 2002 - 11 Ca 59/01 - zurückgewiesen.
3. Das beklagte Land hat auch die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin eine Tätigkeitszulage als 1. (Solo-)Harfenistin zusteht.

Die Klägerin war vom 1. September 1998 bis zum Ende der Spielzeit 2002/2003 am Staatstheater in D als Harfenistin im vom beklagten Land betriebenen Kulturorchester der Kategorie B beschäftigt. In § 3 des Arbeitsvertrages vom 26. Juni 1998 ist geregelt, dass die Klägerin zum Spielen des Instrumentes Harfe verpflichtet ist und ihr gem. § 12 Abs. 1 TVK für den dienstlichen Gebrauch ein Dienstinstrument zugewiesen wird. § 4 sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis sich nach dem Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der jeweils geltenden Fassung und den ihn ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen richtet.

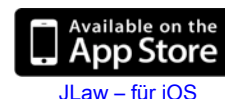
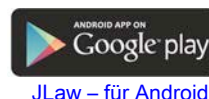
Das beklagte Land ist Mitglied im Deutschen Bühnenverein. Die Klägerin ist Mitglied der Deutschen Orchestervereinigung, so dass beiderseitige Tarifgebundenheit vorliegt.

Im TVK ist geregelt:

„§ 6
Arbeitspflicht



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



- (1) Der Musiker ist zum Spielen des (der) im Arbeitsvertrage genannten Instrumentes (Instrumente) in der ihm übertragenen Tätigkeit verpflichtet.
 - (2) Der Musiker ist im Rahmen seines Leistungsvermögens ferner verpflichtet,
 - a) vorübergehend oder vertretungsweise auch eine andere als die ihm nach Absatz 1 obliegende Tätigkeit mit dem (den) im Arbeitsvertrage genannten Instrument (Instrumenten) auszuüben,
 - b) zu solistischen Leistungen in der Darbietung besonderer, für sein Instrument (seine Instrumente) geschriebener Musikstücke,
- ...

§ 26

Tätigkeitszulagen

- (1) Der Arbeitgeber kann dem Musiker mit seiner Zustimmung bei der Einstellung und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmte Tätigkeiten und das Spielen von Nebeninstrumenten übertragen. Die Übertragung bedarf der Schriftform. Der Arbeitgeber kann die Übertragung jederzeit widerrufen, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Der Widerruf bedarf der Schriftform. Er ist unwirksam, wenn er aus Gründen erfolgt, die nicht in der Leistungsfähigkeit oder der sonstigen Eignung des Musikers liegen.
- (2) Der Musiker erhält während der Zeit, in der ihm eine der in Absatz 3 genannten Tätigkeiten oder das Spielen eines Nebeninstrumentes übertragen ist, eine Tätigkeitszulage. Die Höhe der Zulage richtet sich nach den Stufen der Absätze 3 und 4 und nach der Vergütungsgruppe des Orchesters, dem der Musiker angehört.
- (3) Es werden zugeteilt:
 - der Stufe 1
 - die Tätigkeit als
 - Stimmführer der ersten Geigen (Konzertmeister, stellv. Konzertmeister),
 - Stimmführer der Violoncelli (Solocellist, stellvertretender Solocellist),
 - Stimmführer der Bratschen (Solobratschist),
 1. Kontrabassist (Solobassist),



Stimmführer der zweiten Geigen,

- 1. (Solo-)Flötist,
- 1. (Solo-)Klarinettist,
- 1. (Solo-)Oboist,
- 1. (Solo-)Fagottist,
- 1. (Solo-)Waldhornist,
- 1. (Solo-)Trompeter,
- 1. (Solo-)Posaunist,
- 1. (Solo-)Pauker,
- 1. (Solo-)Harfenist,

der Stufe 2

die Tätigkeit als

...

Stellvertretender 1. (Solo-)Posaunist,

1. Schlagzeuger,

Stellvertretender 1. (Solo-)Pauker, wenn der Musiker
auch zum Spielen des Schlagzeuges verpflichtet ist,

Harfenist,

...

- (5) Wird der Musiker gemäß § 6 Abs. 2 vorübergehend oder vertretungsweise zu einer anderen Tätigkeit herangezogen, für die in Absatz 3 eine Tätigkeitszulage vorgesehen ist, und steht ihm in dieser Zeit nach Absatz 3 keine oder eine geringere Tätigkeitszulage zu, erhält er in jedem für das Orchester üblichen Beschäftigungsjahre für je 15 Dienste in dieser Tätigkeit,

a) wenn ihm keine Tätigkeitszulage zusteht, eine Zulage in Höhe von 50 v. H. der für diese Tätigkeit vorgesehenen monatlichen Tätigkeitszulage,

...

§ 52

Ausschlussfristen

- (1) Die allmonatlich entstehenden Ansprüche auf Vergütung (§ 21) müssen innerhalb einer Ausschlussfrist von 6 Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden.“

Im Orchester des Staatstheaters D besteht nur eine Harfenstelle. In den Stücken, die nur mit einer Harfe besetzt sind, werden die solistischen Stellen stets von der Klägerin gespielt.



Sofern in einem Stück vom Komponisten zwei Harfen vorgeschrieben sind, wird neben der Klägerin eine weitere Harfenistin als Aushilfe tätig. In der Spielzeit 1999/2000 handelte es sich etwa um die Repertoirevorstellung „Die Frau ohne Schatten“ sowie um Konzerte mit Aufführungen der sinfonischen Dichtung „Ein Heldenleben“, der 6. Sinfonie von Gustav Mahler und der „Gurrelieder“ von Arnold Schönberg. In der Spielzeit 2000/2001 handelte es sich um die Vorstellungen „Die Walküre“, die Produktion des „Lied von der Erde“ von Gustav Mahler sowie zwei weitere Produktionen von Maurice Ravel und Giuseppe Verdi; darüber hinaus wurde im April eine Messe von Gounod mit zwei Harfen aufgeführt, bei der die Klägerin jedoch krankheitshalber nicht mitwirkte. Bei solchen Stücken übernimmt die Klägerin stets die Stimmführung. Sie hat ferner die beiden Harfenstimmen einzurichten und sich um die Pflege der beiden vorhandenen Instrumente zu kümmern. Spezielle Konzerte für das Instrument der Harfe sind im Staatstheater D in den vergangenen Spielzeiten nicht aufgeführt worden.

Gemäß Ergänzungsvertrag vom 6. Oktober 2000 erhielt die Klägerin mit Wirkung ab 14. August 2000 eine monatliche Pauschale in Höhe von 50 % des Unterschiedsbetrags zwischen der Tätigkeitszulage gem. § 26 Abs. 3 der Stufen 1 und 2 TVK für die Übernahme der Stimmführung in Werken, die mit zwei Harfen besetzt sind. Dieser Betrag nahm an den tariflichen Anpassungen teil. Weiter war geregelt, dass die Vereinbarung von beiden Parteien jeweils sechs Monate zum Ende einer Spielzeit unter Nennung der Gründe gesondert gekündigt werden könne.

Mit ihrer am 15. Mai 2001 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem beklagten Land spätestens im Juli 2001 zugegangenen Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass das beklagte Land verpflichtet sei, der Klägerin die Tätigkeitszulage der Stufe 1 nach § 26 Abs. 3 TVK zu zahlen. Hierzu hat sie behauptet, in allen 58 Orchestern im Geltungsbereich des TVK, in denen nur eine Harfenstelle existiere, werde außer im Orchester des Staatstheaters D sowie in einem einzigen weiteren Orchester dem alleinigen Stelleninhaber jeweils die Zulage der Stufe 1 gezahlt. Die Klägerin meint, sie sei als Solo-Harfenistin im Sinne des TVK anzusehen, zudem sei sie auch als Stimmführerin tätig, wenn Stücke mit zwei Harfen aufgeführt würden. Da es sich hierbei nicht um eine vorübergehende oder vertretungsweise Tätigkeit im Sinne des § 6 Abs. 2 TVK handele, könne dies nicht als befristete Übertragung anzusehen sein, da sie in allen Fällen die Stimmführerposition übernehme.

Die Klägerin hat beantragt,



festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, ihr die Tätigkeitszulage der Stufe 1 nach § 26 Abs. 3 TVK zu zahlen.

Das beklagte Land begründet seinen Klageabweisungsantrag damit, dass der Klägerin die Tätigkeit als „1. (Solo-)Harfenistin“ nicht schriftlich übertragen worden sei. Sie sei auch nicht als solche tätig. Solistische Leistungen, die Sonderleistungen zur Folge hätten, seien nur solche iSd. § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK. Dafür werde gem. § 27 Satz 1 TVK eine angemessene besondere Vergütung bezahlt. Diese Regelung sei abschließend. Die Zulagen gem. § 26 TVK beträfen nicht solistische Leistungen, sondern durch sie würden besondere Erschwernisse abgegolten, die mit dem zu spielenden Instrument oder mit der Position des Musikers im Orchester verbunden seien. Da die Harfe ein schwieriges Instrument sei, sei die Zulage nach Stufe 2 berechtigt. Als einzige Harfenistin könne die Klägerin nicht die 1. Harfenistin sein, da dies eine vorhandene Gruppe voraussetze. Sie sei auch nicht (Solo-)Harfenistin. Die Klammer enthalte eine untergeordnete Erläuterung. Der Zusatz sei nur historisch zu erklären, da früher die 1. Stimme als Solostimme bezeichnet worden sei. Dafür seien Solisten engagiert worden, die bei Bedarf ohne Sondervergütung auch solistische Leistungen erbracht hätten. Nachdem jede solistische Leistung sondervergütet werde, sei der Begriff des Solomusikers in den Hintergrund getreten zugunsten des „Stimmführers“ oder der 1. Stimme.

Der Begriff werde auch nicht bezüglich aller Instrumente verwendet. Der Begriff „Solo“ setze eine Verbindung zu typischen Tutti-Instrumenten voraus. Praktisch alle der in Stufe 1 genannten Instrumente spielten im Konzert in Mehrfachbesetzung, in der Regel auch durchweg dieselben Tonfolgen. Der Tarifvertrag biete keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die Harfe müsse nicht überwiegend solistisch eingesetzt werden, um einen weiteren neben § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK bestehenden Vergütungsanspruch für dieselbe solistische Leistung zu rechtfertigen. Die Zulage der Stufe 1 sei nicht schon aus dem Charakter des Instruments Harfe begründet, weil bei ihrem Einsatz immer die anderen Instrumente zurückträten. Wäre dies richtig, müsste ein B-Orchester mit nur einer Planstelle für die Harfe (wie auch Tuba und Pauke) die Position immer mit einem Stimmführer besetzen, obwohl gerade bei der Einfachbesetzung typischerweise keine Stimmführungsaufgaben anfielen. Im Übrigen laufe die Sondervergütung für solistische Leistungen gem. § 6 Abs. 2 Buchst. b iVm. § 27 TVK leer, wenn der Klägerin solistische Leistungen immer schon aus § 26 TVK zu vergüten wären.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit dem Tenor stattgegeben,



es wird festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet ist, der Klägerin eine Tätigkeitszulage der Stufe 1 nach § 26 Abs. 3 TVK zu zahlen.

In der Berufungsinstanz hat das beklagte Land beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. Die Klägerin hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Das Landesarbeitsgericht hat, nachdem in der mündlichen Verhandlung erörtert worden ist, wann die Zulage geltend gemacht wurde, ein Urteil mit folgendem Tenor verkündet:

Auf die Berufung des beklagten Landes wird das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst.

Es wird festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet ist, der Klägerin ab dem Januar 2001 die Tätigkeitszulage der Stufe 1 nach § 26 Abs. III TVK zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 10 %, das beklagte Land 90 % zu tragen.

Die Revision wird für das beklagte Land zugelassen.

Das beklagte Land verfolgt seinen Klageabweisungsantrag mit der Revision weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen und im Wege der Anschlussrevision auszusprechen, dass das beklagte Land die Kosten des Rechtsstreits trage.

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Auf die Anschlussrevision der Klägerin war das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufzuheben, als es die Klage abgewiesen und die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin zu 10 % auferlegt hat.

A. Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil im Wesentlichen wie folgt begründet: Der geltend gemachte Anspruch stehe der Klägerin zu, obwohl die tariflichen Voraussetzungen auf eine Tätigkeitszulage gem. § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK nicht vorlägen, da



der Klägerin keine der in diesem Absatz genannten Tätigkeiten schriftlich übertragen worden sei. Das beklagte Land könne sich jedoch auf das Fehlen einer förmlichen Übertragung nicht berufen, da dies rechtsmissbräuchlich sei, wenn Arbeitsvertragsinhalt und Vertragsvollzug nicht mehr übereinstimmten. Die Klägerin sei zwar nicht als 1. Harfenistin anzusehen, da diese Position voraussetze, dass der Musiker eine irgendwie führende Position in einer Gruppe bzw. Arbeitsgruppe innehave. Diese Voraussetzungen seien im Orchester nicht ständig erfüllt. Sie sei jedoch als (Solo-)Harfenistin tätig, was sich aus der Auslegung des Tarifvertrages ergebe. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeute die Bezeichnung „Solo“, dass ein Musiker das jeweilige Instrument als einziger Musiker im Orchester als Hauptinstrument spiele. Es sei nicht erforderlich, dass die Klägerin überwiegend solistische Leistungen in der Darbietung besonderer, für das Instrument geschriebener Musikstücke erbringe. Diese Art solistischer Tätigkeit sei in § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK aufgeführt und hebe sich bereits sprachlich von der Zulage nach § 26 TVK ab. Die Klägerin übe auch nicht eine vorübergehende oder vertretungsweise Tätigkeit iSd. § 26 Abs. 5 TVK aus. Sinn und Zweck der Zulage rechtfertigten den Anspruch der Klägerin. Die Anforderungen für einen Musiker für einen Soloauftritt seien in der Regel höher als beim Spiel im Orchester, da die Konzentration des Publikums auf die Darbietung des Musikers eine besondere Anspannung für ihn bedeute und zudem auch eine intensive Vorbereitung erfordere. Diese erhöhten Anforderungen seien bereits deshalb an die Klägerin gestellt, weil sie jeweils allein an ihrem Instrument tätig werde. Es sei nicht erforderlich, dass die für die Harfe vorgesehenen Stellen in den Partituren als Solostellen für die Harfe besonders ausgewiesen seien. Die entsprechenden Anforderungen an den Musiker ergäben sich bereits daraus, dass bei den jeweiligen Stücken die anderen Instrumente zurückträten.

Da die Klägerin nicht dargelegt habe, wann sie vorprozessual ihren Anspruch iSd. § 52 TVK geltend gemacht habe, könne die schriftliche Geltendmachung frühestens in der Klageschrift liegen, die dem beklagten Land spätestens im Juli 2001 zugegangen sei. Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Tätigkeitszulage ergebe sich daher erst ab Januar 2001. Insoweit sei das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern.

B. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, dass der Klägerin der Anspruch auf die geltend gemachte Zulage zusteht. Die Anschlussrevision der Klägerin ist begründet, da die Teilabweisung der Klage mit der für die Klägerin negativen Kostenfolge unberechtigt war.



I. Die Anschlussrevision der Klägerin ist statthaft, obwohl das Landesarbeitsgericht die Revision nur für das beklagte Land und nicht für die Klägerin zugelassen hat (§ 72 Abs. 5 ArbGG, § 554 Abs. 2 ZPO). In der Neufassung des § 554 Abs. 2 ZPO (§ 556 ZPO aF) ist die Anschlussrevision ausdrücklich auch dann für statthaft erklärt worden, wenn die Revision nicht zugelassen worden ist. Dem Revisionsbeklagten soll damit die Möglichkeit eröffnet werden, eine Abänderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten zu erreichen, wenn das Revisionsverfahren auf Grund der Revision der Gegenpartei ohnehin durchgeführt werden muss (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 61. Aufl. § 554 Rn. 4*). Eine ähnliche Neuregelung ist in § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO getroffen worden (*vgl. BVerwG 21. Januar 2003 - 1 C 5/02 - BVerwGE 117, 332 = EzAR 605 Nr. 5*). Soweit teilweise in der Literatur noch gefordert wird, dass bei nur beschränkter Zulassung die Anschlussrevision nicht gegen den Teil des Urteils gerichtet werden könne, für den die Revision nicht zugelassen worden sei oder die Anschlussrevision der anderen Partei unzulässig bleibe, wenn die Revision nur für eine Partei zugelassen worden sei, dürfte sich dies noch auf die Rechtslage vor der ZPO-Reform beziehen und steht mit der jetzt geltenden Fassung des § 554 Abs. 2 ZPO nicht mehr im Einklang (*vgl. Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 74 Rn. 59; wie hier, jedoch für den Fall der Revisionszulassung nur für eine Partei GK-ArbGG/Ascheid Stand Oktober 2003 § 74 Rn. 94*). Die Anschlussrevisionsbegründung ist auch form- und fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung der Revisionsbegründungsschrift beim Bundesarbeitsgericht eingegangen.

II. Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet.

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig. Die Klägerin hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird (§ 256 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin möchte eine gegenwärtige und zukünftige Verpflichtung des beklagten Landes festgestellt wissen, deren Erfüllung dieses ohne weiteres sicherstellen wird. Die Klägerin ist damit nicht darauf beschränkt, eine bezifferte Leistungsklage zu erheben (*vgl. BAG 18. Juli 1990 - 4 AZR 281/89 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 28 = EzBAT Orchester-TVK Zulage nach § 22 Abs. 7 TVK Nr. 1*), obwohl sie im Laufe des Revisionsverfahrens aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist.



2. Die Klägerin hat einen Anspruch auf die geltend gemachte Zulage gem. § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK als (Solo-)Harfenistin.

a) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht einen unmittelbaren tariflichen Anspruch verneint, weil die in § 26 Abs. 3 Ziff. 1 TVK als zulagenberechtigend allein in Frage kommende Tätigkeit „1. (Solo-)Harfenistin“ der Klägerin nicht schriftlich übertragen worden ist. Der Klägerin ist auch nicht darin zu folgen, dass diese Tätigkeit bereits deshalb als ihr schriftlich übertragen anzusehen wäre, weil sie als einzige Harfenistin des Orchesters eingestellt sei. Es mag zwar häufig der Fall sein, ist jedoch nicht zwingend, dass mit der Tätigkeit als Harfenistin immer und ausschließlich eine Solotätigkeit verbunden ist, solange nur eine einzige Stelle besetzt wird (also in allen „B-Orchestern“ iSd. § 22 Abs. 2 und 7 TVK). Dies hängt vielmehr von der Art der aufgeführten Orchesterwerke ab. Die Tarifvertragsparteien haben in § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK gerade keine Automatik vorgesehen, die der Art der Tätigkeit folgt. Vielmehr wird ihr Wille, die Zulagenvoraussetzungen zu formalisieren, dadurch deutlich, dass sie einen schriftlichen Übertragungsakt - entweder bei Aufnahme der Tätigkeit bereits im Arbeitsvertrag, dessen Änderung oder durch schriftliche Nebenabrede - vorsehen und die Zustimmung des Musikers fordern. Das Fehlen der formalen Übertragung einer Tätigkeit kann grundsätzlich nicht durch die tatsächliche Ausgestaltung und den Umfang der Dienste eines Musikers ersetzt werden (*BAG 22. März 1995 - 10 AZR 360/94 -; vgl. auch Bolwin/Sponer Bühnentarifrecht Stand Mai 2003 TVK § 6 Rn. 13*).

b) Das beklagte Land darf sich jedoch dann nicht auf das Nichtvorliegen der förmlichen Übertragung berufen, wenn Arbeitsvertragsinhalt und der Vertragsvollzug nicht mehr übereinstimmen. Dies wäre rechtsmissbräuchlich iSd. § 242 BGB, denn das beklagte Land wäre dann zur Übertragung der zulagenberechtigenden Tätigkeit verpflichtet (*BAG 1. September 1993 - 10 AZR 326/92 -; BAG 4. Dezember 1974 - 4 AZR 120/74 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 5 = EzA TVG § 4 Musiker Nr. 1*).

aa) Der Klägerin steht die Zulage nicht schon deshalb zu, weil sie als einzige Harfenistin zugleich die „1.“ Harfenistin wäre. Diese Position der in § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK genannten Funktionen setzt voraus, dass in dem betreffenden Orchester eine Gruppe von Musikern dieser Art vorhanden ist (*vgl. BAG 1. September 1993 - 10 AZR 326/92 -*). Für die Stellung der „1. Harfenistin“ reicht es aber aus, wenn eine weitere Harfenbesetzung vorhanden ist. Gemäß Protokollnotiz zu § 22 Abs. 2 und 7 TVK sind



in keiner der Orchesterkategorien A - C mehr als zwei Harfenplanstellen vorgesehen.
§ 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK spricht dennoch von der „1.“ Harfenistin.

Unstreitig war die Klägerin in etlichen aufgeführten Werken in den Spielzeiten der Vergangenheit in diesem Sinne als „1. Harfenistin“ tätig, nämlich dann, wenn die vorgesehene 2. Harfenstimme durch eine Aushilfe besetzt wurde. Über den Anteil dieser Werke am Gesamtumfang der Aufführungen ist jedoch nichts festgestellt, so dass aus diesem Umstand allein nicht folgt, dass der Klage stattzugeben wäre. Die Klägerin erhält gerade im Hinblick auf diese Tätigkeit auf Grund der Nebenabrede vom 6. Oktober 2000 die Hälfte des Unterschiedsbetrages der Zulagen der Stufen 1 und 2 des § 26 Abs. 3 TVK. Ob diese Tätigkeit wirklich nur vorübergehend oder vertretungsweise iSd. § 6 Abs. 2 Buchst. a TVK ausgeübt wurde oder ständig, kann dahinstehen, da der geltend gemachte Anspruch der Klägerin schon aus einem anderen Grunde zusteht.

bb) Die Klägerin wird nämlich ständig als (Solo-)Harfenistin iSd. § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK tätig, wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben. Dies ergibt die Auslegung der Tarifnorm.

(1) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Auszugehen ist zunächst vom Tarifwortlaut. Zu erforschen ist der maßgebliche Sinn der Erklärung, ohne am Buchstaben zu haften (§ 133 BGB). Der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und damit der von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm sind mit zu berücksichtigen, soweit sie in den tariflichen Normen ihren Niederschlag gefunden haben. Auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang ist abzustellen. Verbleiben noch Zweifel, können weitere Kriterien, wie Tarifgeschichte, praktische Tarifübung und Entstehungsgeschichte des jeweiligen Tarifvertrages ohne Bindung an eine bestimmte Reihenfolge berücksichtigt werden. Im Zweifel ist die Tarifauslegung zu wählen, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Lösung führt (*BAG 20. April 1994 - 10 AZR 276/93 - AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 11 mwN*).

(2) Der Begriff der „Solo“-Musiker in der Tarifvorschrift ist nicht nur eine bloße Umschreibung des Begriffs des „1.“ Musikers und damit überflüssig, wie das beklagte Land meint, sondern er hat eine eigenständige Bedeutung. Dies geht schon daraus hervor, dass im Falle der Streichinstrumente eine andere Wortwahl getroffen worden



ist und vor allem daraus, dass in Stufe 2 der Tarifnorm der „1. Schlagzeuger“ ohne den Klammerzusatz „(Solo-)“ aufgeführt ist. Dies kann nicht ausschließlich aus der Instrumentengattung „Schlagzeug“ folgen, denn bezüglich der Pauke ist die Zulagenregelung entsprechend dem Muster der den Streichinstrumenten nachstehenden Instrumente der Stufe 1 formuliert, nämlich „1. (Solo-)Pauker“. Die Planstellen für Pauken entsprechen für die verschiedenen Orchestertypen denjenigen für Harfen, während der Tarifvertrag annimmt, dass in den Orchestertypen A und B die Zahl der Schlagzeuger höher ist. Auch beim Schlagzeug wird eine Stimmführerschaft vorausgesetzt, sonst gäbe es den Begriff des „1. Schlagzeugers“ nicht. Andererseits sind auch Solopassagen für das Schlagzeug, insbesondere in modernen Werken, möglich, so dass deutlich wird, dass die Tarifvertragsparteien mit der unterschiedlichen Wortwahl auch unterschiedliche Inhalte verbinden. Hierauf hat das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 28. Mai 1986 (- 4 AZR 458/84 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 12) hingewiesen. Danach reichen solistische Leistungen nicht aus, um die Tätigkeit eines 1. Schlagzeugers zu begründen. Die Tarifvertragsparteien haben nämlich in allen Fällen, in denen solistische Leistungen für die Zuteilung einer Tätigkeit zu den einzelnen Stufen in § 26 Abs. 2 TVK ausschlaggebend sind, dies durch den Zusatz „Solo“ ausdrücklich gekennzeichnet. Aus dem weiteren Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 18. April 1984 (- 4 AZR 121/82 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 7) wird deutlich, dass der 1. Oboist als arbeitsvertraglich bestimmter Stimmführer nicht unbedingt auch die Solopartien spielen muss, sondern dass die Funktionen auseinander fallen können. Auch wenn dies in der Tarifwirklichkeit selten vorkommen mag, lässt der Tarifvertrag es zu.

(3) Die Klägerin wird ständig als Solo-Harfenistin tätig.

(3.1) Der Begriff des „Solo“ in § 26 Abs. 3 Stufen 1 und 2 TVK ist mehrdeutig. Auszugehen ist dabei vom fachspezifischen Verständnis der Begriffe (*BAG 18. April 1984 - 4 AZR 427/82 - BAGE 45, 330*). „Solo bezeichnet die von einem Solisten auszuführende, in der Regel besonders anspruchsvolle Stimme, und zwar auch dort, wo Begleitung hinzutritt. Es ist die Stimme, die in Orchesterwerken in einzelnen Partien ausdrucksvoll hervortritt (weshalb „con espressione“ die Vorschrift „Solo“ ersetzen kann) oder die im Concerto (Mehrchörigkeit) mit dem vollen Chor, so auch im neueren Instrumentalkonzert mit dem Tutti (Ripieno) abwechselt, wobei auch mehrere Solisten eine Gruppe bilden können... In übertragenem Sinne heißt Solo auch ein Instrumentalstück, das allein oder mit nur stützender Begleitung vorgetragen wird, im Unterschied zB zum Duett ...“ (*Riemann Musiklexikon Sachteil 1967 Stichwort „Solo“ S. 880*).



(3.2) Die ersten beiden genannten Bedeutungen treffen auf die in der Zulagenregelung mit § 26 Abs. 3 Stufen 1 und 2 verwendete Begriffswahl zu. Mit ihr soll ausgedrückt werden, dass die besonders anspruchsvolle Stimme, die entweder in den Solopassagen als einzige zu hören ist oder vor der Begleitung durch andere Instrumente besonders ausdrucksvoll hervortritt, honoriert werden soll. Dafür ist nicht erforderlich, dass die entsprechenden Stellen als „Solo“ in der Partitur gekennzeichnet werden. Andere Bezeichnungen oder sogar nur ein tatsächliches Alleinspiel oder Hervortreten genügen.

(3.3) Demgegenüber enthält § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK ebenfalls den Begriff der „solistischen Leistungen in der Darbietung besonderer, für das jeweilige Instrument geschriebener Musikstücke“, zu denen der Musiker im Rahmen seines Leistungsvermögens ferner verpflichtet ist und für die gem. § 27 TVK eine angemessene besondere Vergütung zu zahlen ist. Die Begriffe sind nicht synonym zu verstehen. Dies folgt schon aus der Systematik des Tarifvertrages, denn die besondere Abgeltung der hervorgehobenen Bedeutung der Leistungen in § 26 Abs. 3 TVK wäre überflüssig, wenn derselbe Umstand nur gem. § 27 iVm. § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK zu vergüten wäre. In diesen Vorschriften ist vielmehr die oben zitierte dritte Bedeutungsvariante des Begriffs „Solo“ aufgenommen worden, nämlich das Spielen eines Instruments in einem Stück, das gerade für das Instrument geschrieben worden ist und in dem dieses Instrument ständig oder ständig wiederkehrend hervortritt, zB ein Klavier-, Flöten-, Trompeten- oder ein Hornkonzert. Solche Stücke existieren auch für die Harfe (vgl. *die Nachweise bei Riemann Musiklexikon Sachteil 1967 Stichwort „Harfe“ S. 360*). Träte die Klägerin also als Solistin zB in einer Harfensonate von Hindemith auf, wäre sie üblicherweise schon von der Anordnung der Instrumente her hervorgehoben, wohl häufig vor dem übrigen Orchester sitzend, und hätte dann möglicherweise einen Anspruch auf besondere Vergütung iSd. § 27 TVK. In solchen Konzerten hat die Klägerin jedoch nicht gespielt.

Dennoch ist sie als (Solo-)Harfenistin iSd. § 26 Abs. 3 TVK tätig. Das Bundesarbeitsgericht hat bereits in der Entscheidung vom 18. April 1984 (- 4 AZR 427/82 - BAGE 45, 330) ausgeführt, dass ein Unterschied zwischen solistischen Leistungen - in jenem Fall einem dreiminütigen Paukensolo - als innerhalb des Musikwerkes zu spielenden Soloparts und Leistungen iSd. § 27 iVm. § 6 Abs. 2 Buchst. b TVK besteht. Auch im Urteil vom 18. April 1984 (- 4 AZR 121/82 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 7) betreffend einen stellvertretenden 1. (Solo-)Oboisten geht das Bundesarbeitsgericht



davon aus, dass die Zulagenregelung in § 26 TVK (in jenem Fall ging es um Abs. 5) die Soloparts in den regelmäßig zu spielenden Orchesterwerken meint.

(3.4) Dem beklagten Land ist darin zuzustimmen, dass es für die Zulage nach Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK nicht ausreicht, dass die Klägerin als einzige Harfenistin eingestellt ist und in Orchesterwerken mit einer Harfe diese allein spielt, um als „Solo“-Harfenistin tätig zu sein. Sie muss auch in solchen Werken auftreten, die Solopartien für Harfe enthalten, sonst ist sie lediglich „Harfenistin“ im Sinne der Stufe 2.

Das Landesarbeitsgericht hat aber ausdrücklich festgestellt, dass die Klägerin in solchen Stücken, die nur mit einer Harfe besetzt sind, die solistischen Stellen spielt und dass dies ständig der Fall ist. Diese Feststellungen hat das beklagte Land mit Verfahrensrügen nicht angegriffen.

Einen zeitlich überwiegenden Anteil der Solopartien im Verhältnis zur Gesamtaufführungsdauer verlangt der Tarifvertrag nicht, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat. Die Abgrenzung ist nur danach zu treffen, ob die Tätigkeiten ständig oder vorübergehend bzw. vertretungsweise ausgeführt werden, wie aus § 6 Abs. 2 Buchst. a TVK hervorgeht.

(3.5) Diese Auslegung entspricht auch Sinn und Zweck der Zulage, die sich als Ausgleich von Erschwernissen darstellt, die einmal durch die Stimmführerschaft gegenüber einem Musiker oder einer Gruppe von weiteren Musikern besteht oder in dem Spielen von Solopartien der betreffenden Werke, die das jeweilige Orchester in seinem Repertoire hat. Es mag sein, dass angesichts des Umstands, dass in den meisten Orchesterwerken Solopassagen der Harfe enthalten sind, die einzige Harfenistin eines Orchesters in der Regel auch die Solo-Harfenistin im Sinne der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK ist. Dies folgt aber aus der Systematik des Tarifvertrages. Wenn die Tarifvertragsparteien ein solches Ergebnis für nicht wünschenswert halten, können sie dies im Tarifvertrag zum Ausdruck bringen. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob, wie die Klägerin vorgetragen hat, in nahezu allen Kulturorchestern die Zulage gezahlt wird.

3. Die Anschlussrevisions der Klägerin ist zulässig und begründet. Dabei ist ihr Antrag in der Weise auszulegen, dass sie sich nicht nur gegen den Kostenausspruch des Landesarbeitsgerichts wehrt, sondern auch gegen ihr Teilunterliegen in der Berufungsinstanz, soweit das Landesarbeitsgericht „auf die Berufung des beklagten Landes“ das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts teilweise aufgehoben, den Tenor



um den Monat, von dem an die Zulage geschuldet werde, ergänzt und im Übrigen die Berufung zurückgewiesen hat.

Die Klägerin ist jedoch nicht teilweise unterlegen. Aus dem Protokoll der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht geht hervor, dass der einzig vorgelesene und genehmigte Antrag der Klägerin derjenige war, die Berufung zurückzuweisen. Darin läge eine Bezugnahme allein auf den nicht zeitlich eingeschränkten Urteilsausspruch des Arbeitsgerichts. Selbst wenn man in den folgenden Erörterungen über das Datum der erstmaligen Geltendmachung eine „Konkretisierung“ des Klageantrags, wie es die Klägerin selbst ausgedrückt hat, sähe, in der Weise, dass die Zulage jedenfalls ab Januar 2001 geschuldet wird, hat das Landesarbeitsgericht diesem Antrag in vollem Umfang stattgegeben. Die Klägerin hatte niemals einen Antrag gestellt, die Zulage früher erhalten zu wollen, sondern lediglich angekündigt, dass sie sich die weitere Geltendmachung der Zulage vorbehalte, wenn sie geklärt habe, wann ihr Schreiben mit der ersten Geltendmachung zugegangen sei. Der Antrag begehrt die Feststellung eines gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsverhältnisses. Im Grunde hat die Klägerin im Urteil des Landesarbeitsgerichts „mehr“ erhalten, als sie beantragt hat. Dagegen hat sich das beklagte Land jedoch nicht gewehrt, so dass dies hinzunehmen ist. Die Klägerin kann dann allerdings nicht mit einem Teil der Kosten belastet werden.

C. Die Kosten der erfolglosen Revision und erfolgreichen Anschlussrevision hat das beklagte Land zu tragen (§ 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZPO).

Dr. Freitag

Marquardt

Fischermeier

Lindemann

Petri



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

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)