

Aktenzeichen: 10 AZR 326/92

Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 01. September 1993

- 10 AZR 326/92 -

I. Arbeitsgericht  
Krefeld

Urteil vom 30. Januar 1992

- 3 Ca 2824/91 -

II. Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 26. Mai 1992

- 12 (17) Sa 405/92 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Tätigkeitszulage für Orchestermusiker

Gesetz:

TVG § 1 Tarifverträge: Musiker; Tarifvertrag für die Musiker  
in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) in der Fassung vom  
5. Oktober 1988 § 26

Leitsätze:

k e i n e

Hinweise des Senats:

Anspruch eines als stellvertretenden 1. (Solo-)Klarinettenisten  
eingestellten Musikers auf Übertragung der Tätigkeit eines  
1. (Solo-)Klarinettenisten bei häufigen Vertretungsfällen.



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



10 AZR 326/92  
-----

12 (17) Sa 405/92 Düsseldorf

Verkündet am  
1. September 1993

Bartel,  
Reg.-Obersekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der  
mündlichen Verhandlung vom 1. September 1993 durch den Vor-

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sitzenden Richter Matthes, die Richter Hauck und Böck sowie die ehrenamtlichen Richter Harnack und Paul für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. Mai 1992 - 12 (17) Sa 405/92 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Revision trägt der Kläger.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Zahlung einer tariflichen Tätigkeitszulage.

Der Kläger ist aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 11. Januar 1980 seit dem 1. Februar 1980 als Musiker in dem von den Beklagten betriebenen Orchester beschäftigt. In § 3 dieses Arbeitsvertrages heißt es:

Herr L ist zum Spielen des Instrumentes 3., stellv. 1. Klarinette verpflichtet.  
Ihm wird das Spielen des Nebeninstrumentes Es-Klarinette übertragen.

Weiter haben die Parteien in § 4 des Arbeitsvertrages vereinbart:

Das Arbeitsverhältnis bestimmt 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.



Der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971, zuletzt geändert durch Tarifvertrag vom 5. Oktober 1988, (im folgenden: TVK) hat - soweit für den Rechtsstreit von Interesse - folgenden Wortlaut:

#### "§ 6 Arbeitspflicht

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 Abs. 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 oder 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 Abs. 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:

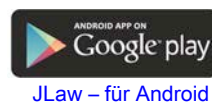
der Stufe 1  
die Tätigkeit als ...  
1. (Solo-)Klarinettist,  
...

der Stufe 2  
die Tätigkeit als ...  
Stellvertretender 1. (Solo-)Klarinettist,  
..."

Im Zeitraum 2. Dezember 1988 bis 17. Juli 1991 fielen im Orchester der Beklagten 1.099 Solo-Klarinetten-Dienste an. Hiervon leistete der Kläger 508 und der als 1. Solo-Klarinettist angestellte Musiker H 557. Außerdem hatte der Kläger noch 115 Einsätze als 2. Klarinettist und Es-Klarinettist. Die Einteilung zu den Solo-Auftritten ließen die Beklagten durch den 1. Solo-Klarinettisten H vornehmen; ein Mitspracherecht hatte der Kläger dabei nicht.

Die Beklagten zahlten dem Kläger für die Zeit von Dezember 1990 bis Dezember 1991 eine Tätigkeitszulage der Stufe 2 des § 26 Abs. 3 TVK (Tätigkeit als stellv. 1. (Solo-)Klarinettist).

Der Kläger verlangt jedoch für den Zeitraum Januar 1991 bis Dezember 1991 4.128,10 DM als Tätigkeitszulage der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK (Tätigkeit als 1. (Solo-)Klarinettist) unter Anrechnung der ihm nach Stufe 2 gewährten Tätigkeitszulage. Außerdem begehrt er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Tätigkeitszulage der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK (Solo-Klarinettist) ab dem 1. Januar 1992. Er ist der Meinung, die Beklagten verhielten sich rechtsmißbräuchlich, weil sie ihm keine Tätigkeitszulage nach Stufe 1 gewährten, obwohl sie ihn fast im selben

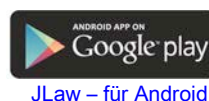


Umfange wie den 1. Solo-Klarinetttisten H zu Solo-Diensten herangezogen hätten. In der Spielzeit 1988/89, 1989/90 und 1990/91 hätten einem Solo-Klarinetttisten höchstens 861 Dienste abverlangt werden können. Deshalb hätten die tatsächlich angefallenen 1.099 Solo-Parte von einem einzigen Solo-Klarinetttisten nicht abgedeckt werden können. Die Beklagten hätten, wie dies ansonsten üblich sei, daher einen zweiten 1. Solo-Klarinetttisten einstellen müssen.

Zwar unterliege es grundsätzlich dem Direktionsrecht des Arbeitsgebers zu bestimmen, in welchem Umfange der als stellv. 1. (Solo-)Klarinetttist eingestellte Kläger Solo-Auftritte zu absolvieren habe. Dieses Direktionsrecht bestehe allerdings nicht grenzenlos. Es sei begrenzt durch die Berücksichtigung der "fachmusikalischen Üblichkeit" und durch die "Vermeidung rechtsmißbräuchlicher Anwendung". Außerdem stimmten Vertragsinhalt und Vertragsvollzug nicht mehr überein, weil er als Stellvertreter des 1. Solo-Klarinetttisten eingestellt worden sei, die Beklagte ihn aber tatsächlich überwiegend als 1. Solo-Klarinetttisten eingesetzt habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. das Gericht möge die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilen, an ihn 4.128,10 DM brutto seit dem 28. Januar 1992 zu zahlen;
2. das Gericht möge die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilen, ihm beginnend mit dem 1. Januar 1992 eine Tätigkeitszulage der Stufe 1 (Solo-Klarinetttist) gemäß § 26 Abs. 2 des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) zu zahlen.



Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt.

Sie sind der Meinung, ihr Verhalten sei nicht rechtsmißbräuchlich. Von Rechtsmißbrauch könnte nur dann gesprochen werden, wenn sie den Kläger als stellv. Solo-Klarinetttisten alle Solo-Auftritte leisten ließen, weil es keinen 1. Solo-Klarinetttisten gäbe oder dieser über Jahre hinweg erkrankt wäre. Auch bestreiten sie, daß es unter den bei ihnen gegebenen Umständen fachüblich sei, zwei 1. Solo-Klarinetttisten zu beschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen dieses Urteil zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Revision seinen Klageanspruch weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Tätigkeitszulage der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK.

I. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, aufgrund der Bestimmungen des TVK stehe dem Kläger die geforderte Tätigkeitszulage nicht zu. Der geltend gemachte Anspruch scheitere daran, daß ihm nicht die Tätigkeit als 1. (Solo-)Klarinetttist übertragen worden sei. Eine solche Übertragung i. S. des § 26 TVK setze eine



schriftliche Übertragung voraus, welche aber nicht vorliege. Der tatsächliche Umfang, mit dem ein stellv. 1. (Solo-)Klarinettist mit Solo-Diensten betraut werde, könne diese formale Übertragung der Tätigkeit eines 1. (Solo-)Klarinettisten nicht ersetzen. Weiter hat das Landesarbeitsgericht geprüft, ob ein Ausnahmefall vorliegt, demzufolge die Beklagten die Zahlung der Tätigkeitszulage schulden, obwohl eine formale Übertragung einer Tätigkeit nach dieser Stufe nicht vorliegt. Es vertritt die Meinung, ein Arbeitgeber, der sich auf Dauer seiner Übertragungsobliegenheit entziehe, handele tarifwidrig und dürfe einem Musiker, der tatsächlich die Tätigkeit eines 1. (Solo-)Klarinettisten wahrnehme, nicht die fehlende formale Übertragung dieser Tätigkeit nach § 26 Abs. 1 TVK entgegenhalten. Das Landesarbeitsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß ein solches tarifwidriges Verhalten der Beklagten nicht vorliegt.

II. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts ist im wesentlichen zuzustimmen.

1. Die tariflichen Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers auf eine Tätigkeitszulage der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK (1. (Solo-)Klarinettist) liegen nicht vor.

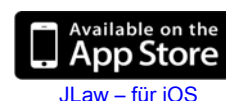
Nach § 26 Abs. 2 TVK erhält nur derjenige Musiker eine Tätigkeitszulage nach § 26 Abs. 3 TVK, dem eine der in diesem Absatz genannten Tätigkeiten übertragen worden ist. An einer solchen Übertragung fehlt es aber vorliegend.



Im Arbeitsvertrag ist dem Kläger nicht die Tätigkeit eines 1. (Solo-)Klarinettenisten übertragen worden. Eine solche Übertragung, die wegen § 26 Abs. 1 Satz 2 TVK der Schriftform bedurft hätte, ist auch zu keinem späteren Zeitpunkt erfolgt.

Nach der in § 26 TVK getroffenen Regelung ist die förmliche Übertragung Voraussetzung für den Anspruch eines Musikers auf eine Tätigkeitszulage nach § 26 Abs. 2, Abs. 3 TVK. Bei den Tätigkeiten eines 1. (Solo-)Klarinettenisten und eines stellv. 1. (Solo-)Klarinettenisten handelt es sich nämlich um jeweils selbstständige und anderweitige Tätigkeiten. Dies ergibt sich bereits aus der entsprechenden Differenzierung des § 26 Abs. 3 TVK. Außerdem richtet sich die Eingruppierung und Vergütung der Orchestermusiker nach dem TVK - anders als im allgemeinen öffentlichen Dienst - weder nach Arbeitsvorgängen noch nach der überwiegend auszuübenden Tätigkeit (BAG Urteil vom 18. April 1984 - 4 AZR 121/82 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Musiker), sondern allein nach dem zu spielenden Instrument.

Daher kann - wie es das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat - die formale Übertragung einer Tätigkeit nach § 26 Abs. 1 TVK nicht durch die tatsächliche Ausgestaltung und den Umfang der Diensteseinsätze der Musiker ersetzt werden. Zwar hat der Kläger im Zeitraum 2. Dezember 1988 bis 17. Juli 1991 508 Dienste als 1. (Solo-)Klarinettenist geleistet und nur 115 als 2. (Solo-)Klarinettenist bzw. Es-Klarinettenist. Dies begründet aber keinen Anspruch auf eine Tätigkeitszulage nach Stufe 1 des § 26 Abs. 3



TVK, weil dieser nicht von Umfang und Anzahl der Solo-Klarinetten-Dienste, sondern von der förmlichen Übertragung einer Tätigkeit der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK abhängt.

2. Die Beklagten dürften sich jedoch dann nicht auf das Nichtvorliegen dieser förmlichen Übertragung berufen, wenn dies rechtsmißbräuchlich wäre.

Eine solche rechtsmißbräuchliche Berufung auf den fehlenden Übertragungsakt nach § 26 Abs. 1 TVK läge dann vor, wenn der Arbeitsvertragsinhalt und der Vertragsvollzug nicht mehr übereinstimmen. Dann verstieße das Verhalten der Beklagten gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, weil sie in einem solchen Falle eigentlich zur Übertragung der höherwertigen Tätigkeit verpflichtet wäre.

Auch der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Urteil vom 4. Dezember 1974 (- 4 AZR 120/74 - AP Nr. 5 zu § 611 BGB Musiker) entschieden, daß dann, wenn der Vertragsvollzug nicht mehr mit dem Arbeitsvertragsinhalt übereinstimmt, für die Zulagengewährung nach § 26 TVK nicht mehr auf den überholten Inhalt des Arbeitsvertrages abzustellen ist, sondern auf die geänderte Praxis.

Im zu entscheidenden Falle ist es zu einem solchen Auseinanderfallen von Vertragsinhalt und Vertragsvollzug nicht gekommen.



Die Tätigkeit des Klägers ist nach wie vor als die eines stellv. 1. (Solo-)Klarinettenisten - so wie im Arbeitsvertrag vereinbart - zu betrachten.

Der Begriff des "Stellvertreters" ist im TVK nicht näher bestimmt. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist Stellvertreter derjenige, der einen anderen vertritt (Brockhaus-Wahrig, Deutsches Wörterbuch Band VI, S. 49). Im Arbeitsleben bedeutet dies, daß er beim Vorliegen bestimmter Umstände anstelle des eigentlichen Stellen- oder Amtsinhabers tätig werden muß, d. h. "für diesen einzuspringen hat". Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, warum der Vertretungsfall eintritt. Die häufigsten Fälle sind Urlaub, Erkrankung oder Abordnung des Stellen- bzw. Amtsinhabers.

Grundsätzlich liegt es im Direktionsrecht des Arbeitgebers festzulegen, wann ein solcher Vertretungsfall vorliegt und in welchem zeitlichen Umfange die Vertretungstätigkeit auszuüben ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie vorliegend - diesbezüglich keine konkreten arbeitsvertraglichen oder tariflichen Regelungen bzw. keine einheitlichen Auffassungen der beteiligten Berufskreise bestehen.

Zwar behauptet der Kläger, die Beklagten hätten - wie dies ansonsten üblich sei - wegen der Vielzahl von Solo-Einsätzen einen weiteren 1. (Solo-)Klarinettenisten anstellen müssen. Sein von den Beklagten bestrittener Sachvortrag ist aber zu allgemein und unbestimmt, um daraus den Schluß ziehen zu können, es ent-



spreche einer einheitlichen Auffassung der beteiligten Berufskreise, in Fällen wie dem zu entscheidenden zwei gleichberechtigte 1. (Solo-)Klarinettenisten für ein Orchester einzustellen.

Allerdings durften die Beklagten ihr Direktionsrecht nur unter Berücksichtigung der fachlichen Üblichkeiten und nicht rechtsmißbräuchlich ausüben (BAG Urteil vom 18. April 1984, aaO). Bei einer Überschreitung des Direktionsrechts und dem Befolgen der erteilten Weisungen durch den Kläger käme es zum Auseinanderklaffen von ursprünglichem Vertragsinhalt und Vertragsvollzug mit der Folge, daß die Beklagten verpflichtet wären, dem Kläger die höherwertige Tätigkeit formal nach § 26 Abs. 1 TVK zu übertragen.

Dem Direktionsrecht der Beklagten sind keine sehr engen Grenzen gesetzt. Der Kläger erhält nämlich infolge seiner Einstellung als stellv. 1. (Solo-)Klarinettenist eine erhöhte Zulage nach Stufe 2 des § 26 Abs. 3 TVK. Durch diese werden - ohne daß es auf den tatsächlichen Umfang seiner Vertretungsauftritte ankommt - die durch diese Vertretertätigkeit anfallenden zusätzlichen Belastungen pauschal abgegolten. Daraus folgt, daß die Beklagten den Kläger nicht nur in ganz unerheblichem Ausmaße zu 1. Solo-Klarinetten-Auftritten heranziehen dürfen.

Eine Überschreitung des den Beklagten eingeräumten Direktionsrechts ist im zu entscheidenden Falle nicht gegeben. Eine solche läge dann vor, wenn der als stellv. 1. (Solo-)Klarinettenist eingestellte Kläger als 1. (Solo-)Klarinettenist auftreten müßte, weil der eigentliche 1. (Solo-)Klarinettenist auf Dauer ausfallen



würde bzw. wenn ein 1. (Solo-)Klarinettist überhaupt nicht eingestellt wäre oder wenn die Beklagten ihren Orchesterbetrieb so organisiert hätten, daß grundsätzlich der Kläger als 1. (Solo-)Klarinettist Dienst zu tun hätte und nur im Falle seiner Verhinderung der eigentlich als 1. (Solo-)Klarinettist eingestellte Musiker H als 1. (Solo-)Klarinettist auftreten müßte.

Solche Ausnahmefälle sind aber vorliegend nicht gegeben.

Auch daß die Zahl der 1. Solo-Klarinetten-Dienste in der Zeit vom 2. Dezember 1988 bis zum 17. Juli 1991 1.099 betragen hat, der als 1. (Solo-)Klarinettist eingestellte Musiker Herwick diese Dienste aber alleine nicht hat abdecken können, so daß zwangsläufig auch der nur als Stellvertreter eingestellte Kläger 1. Solo-Klarinetten-Dienst hat übernehmen müssen, führt nicht dazu, daß seine Tätigkeit nicht mehr als die eines stellv. 1. (Solo-)Klarinettisten im Sinne der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu werten ist.

Die Beklagten sind aufgrund der ihnen eingeräumten unternehmerischen Entscheidungsbefugnis berechtigt, ihren Orchesterbetrieb nach ihren Vorstellungen zu organisieren, solange sie nicht offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich handeln (so zu organisatorischen Maßnahmen des Arbeitgebers, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen: BAG Urteil vom 30. April 1987, BAGE 55, 262 = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).



Daraus folgt, daß die Beklagten grundsätzlich den Arbeitsplatz des 1. (Solo-)Klarinettenisten nur mit einem Musiker besetzen durften, auch wenn von vornherein feststand, daß der 1. (Solo-)Klarinettenist H aufgrund der arbeits- bzw. tarifvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung die anfallenden Dienste nicht in vollem Umfange erledigen konnte. Die Beklagten durften die restlichen Auftritte durch den Kläger als den stellv. 1. (Solo-)Klarinettenisten absolvieren lassen. Mit dieser Vorgehensweise hielten sie sich noch im Rahmen der ihnen eingeräumten Organisationsbefugnis. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Kläger aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung seiner Einsätze im streitigen Zeitraum in geringerem Umfange als 1. (Solo-)Klarinettenist tätig werden mußte (508 Dienste) als der eigentliche 1. (Solo-)Klarinettenist H (557 Dienste).

Demnach war die Revision zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Matthes

Hauck

Böck

Harnack

Paul



[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](#)