

11. Juli 1957

111

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

Gesetz:

§ 7 der Tarifordnung für die in Gaststätten beschäftigten Musiker und Kapellenleiter in Süd-West-Deutschland vom 26. November 1935 (Tarifregister Nr. 1211/1). (Abgeltung von Freizeit)

Leitsätze:

1. Kann der Arbeitgeber die einem Musiker geschuldeten dienstfreien Tage nicht in Natur gewähren, so ist er grundsätzlich zu ihrer Abgeltung durch Geld verpflichtet.
2. Einer solchen nachträglichen Abgeltung steht das tarifliche Verbot einer Abgeltung dann nicht im Wege, wenn der Musiker infolge einer Drucksituation auf der Gewährung der dienstfreien Tage nicht besteht und der Arbeitgeber diese Drucksituation kennt oder wenigstens kennen muß.
3. Die Höhe der Abgeltung je Tag richtet sich grundsätzlich nach der täglichen Arbeitsvergütung, die der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber bezogen hat, der die dienstfreien Tage in Natur zu gewähren verabsäumt hat.

Aktenzeichen: 2 AZR 610/54

Versäumnisurteil des BAG vom 11. Juli 1957 LAG Stuttgart



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



AZR 610/54
II Sa 12/54 (Stuttgart)

Im Namen des Volkes!

erkündet
m 11. Juli 1957
ez. Weinrich
egierungssekretär
ls Urkundsbeamter
er Geschäftsstelle

Versäumnis - Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund
der mündlichen Verhandlung vom 11. Juli 1957 durch den
Senatspräsidenten Dr. Müller und die Bundesrichter Dr. Berger
und Professor Dr. Dr. Boldt sowie die Bundesarbeitsrichter
Petersen und Dr. Müller für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger werden die Urteile der
III. Kammer des Landesarbeitsgerichts Stuttgart vom
11. November 1954 - III Sa 12/54 - und der III. Kammer
des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 8. Januar 1954
- III Ca 535/53 - aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Basel
48.- DM und an die Kläger Wacé und Probst je 53,80 DM
zu zahlen. Im übrigen wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückver-
wiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand.

Die Kläger waren in der Zeit vom 1. November 1952 bis Januar 1953 in der der Beklagten gehörigen Balzac-Bar in S als Musiker tätig. Sie haben täglich und zwar regelmässig 8 Stunden gearbeitet; spielfreie Tage hatten sie nicht. Sie haben die ihnen zugesagte Vergütung von zusammen monatlich 2650.- DM, aber keine weitere Vergütung für die nicht gewährten spielfreien Tage erhalten.

Die Kläger berufen sich auf § 7 der Tarifordnung für die in Gaststätten beschäftigten Musiker und Kapellenleiter in Süd-West- Deutschland vom 26. November 1935 (Tarifregister Nr. 1211/1). Diese Bestimmung lautet:

" F r e i z e i t .

Bei einer Arbeitszeit von durchschnittlich 6 Stunden täglich erhält der Musiker in jeder Woche einen dienstfreien Tag unter Fortzahlung der Bezüge. Bei einer kürzeren Arbeitszeit erhält der Musiker in jedem Monat 2 dienstfreie Tage unter Fortzahlung der Bezüge.

Die Festsetzung der dienstfreien Tage hat bei der Einstellung zu geschehen. Der Führer des Betriebes ist berechtigt, in Ausnahmefällen die dienstfreien Tage innerhalb des Zeitraums von einer Woche zu verlegen.

Mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit können die Beteiligten in Ausnahmefällen eine von Absatz 1 abweichende Regelung vornehmen.

An den dienstfreien Tagen ist dem Musiker jedes entgeltliche Musizieren verboten. Zuwiderhandlungen berechtigen zur fristlosen Entlassung.

Eine Abgeltung der dienstfreien Tage ist unzulässig."

Auf Grund dieser Tarifbestimmung hätten ihnen neun spielfreie Tage zugestanden und auf Grund der Anordnung über die Freizeit in Gast- und Schankwirtschaften vom 5. Dezember 1940 (RABl. III S. 310) je ein weiterer dienstfreier Tag für den zweiten Weihnachtsfeiertag 1952 und den Neujahrstag 1953, insgesamt also elf spielfreie Tage. Deren Abgeltung verlangen sie, und zwar der Kläger B. in Höhe von 264.- DM, die beiden anderen Kläger in Höhe von je 295,90 DM.

Beide Vorinstanzen haben der Klage nicht stattgegeben, das Landesarbeitsgericht, obgleich die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen war.

Mit ihrer Revision halten die Kläger ihre Klageforderungen aufrecht. Die Beklagte ist in der mündlichen Ver-

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

handlung am 11. Juli 1957 nicht erschienen; sie war ordnungsmässig geladen. Die Kläger haben beantragt, das Versäumnisurteil gegen die Beklagte zu erlassen.

Entscheidungsgründe.

1) Die im Tatbestand bezeichnete Tarifordnung vom 26. November 1935 bildet den Klagegrund für die Gewährung von neun spielfreien Tagen. Sie gilt wenigstens für die Gaststätten weiter.

Auf die Anordnung vom 5. Dezember 1940 (Denecke, AZO, 3. Aufl., S. 178), auf die der Vorderrichter überhaupt nicht eingegangen ist, stützt sich der Anspruch auf den dienstfreien Tag für den zweiten Weihnachtsfeiertag 1952 und den Neujahrstag 1953. Diese Anordnung ist, mit Ausnahme ihrer hier nicht interessierenden Nummer 3, weiter in Kraft (BAG 3, 83 - 85 ff.). Nach dieser Anordnung steht den Klägern für den zweiten Weihnachtsfeiertag 1952 und den Neujahrstag 1953 je ein spielfreier Tag zu.

2) Die Kläger verlangen mit der Klage nicht die Gewährung der ihnen angeblich zustehenden dienstfreien Tage in Natur, sondern ihre Abgeltung in Geld.

a) Dass der Anspruch auf Gewährung von Erholungsurlaub in Natur u.U. in einen Ersatzanspruch auf Zahlung einer Geldleistung, mit der der Arbeitnehmer sich entsprechenden Ersatz für den nicht gewährten Erholungsurlaub verschaffen kann, übergeht, ist anerkannten Rechts (BAG in AP Nr.7 zu § 611 BGB Urlaubsrecht). So hat ferner der erkennende Senat (im Urteil vom 16. Mai 1957 - 2 AZR 35/55 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen) den Grundsatz ausgesprochen, dass die nicht gewährte Freizeit durch Geld abzugelten ist. Der Arbeitgeber, der eine rechtlich geschuldete Freizeit nicht mehr in Natur gewähren kann, muss an sich ersatzweise eine Entschädigung in Geld leisten und dadurch den Arbeitnehmer so stellen, dass er sich ausserhalb des bisherigen Arbeitsvertrags eine ent-



- 4 -

sprechende Freizeit oder Erholung verschaffen kann. Für die Freizeitordnung vom 5. Dezember 1940 hat dies der Erste Senat (BAG 3, 83 [89 f]) bereits auch als selbstverständlich angenommen.

b) Dass die Kläger, was sie auch selbst nicht behaupten, die Gewährung von dienstfreien Tagen nicht ausdrücklich und rechtzeitig von der Beklagten verlangt haben, steht dem Abgeltungsanspruch nicht entgegen. Denn die noch unten zu c) näher erörterte Bedeutung der Freizeit, die den Musikern nicht nur im eigenen, sondern auch im öffentlichen Interesse gewährt werden soll, lässt es nicht zu, die Abgeltung etwa wie beim Hausarbeitstag (BAG 1,60) an die Bedingung zu knüpfen, dass der Musiker den spielfreien Tag ausdrücklich verlangt hat. Es gehört zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, dass er ihn von sich aus gewährt.

c) Das in § 7 Abs.5 der Tarifordnung enthaltene Abgeltungsverbot ("Eine Abgeltung der dienstfreien Tage ist unzulässig") steht der Abgeltung der auf Grund der Tarifordnung den Klägern zustehenden neun dienstfreien Tage nicht, wie das Landesarbeitsgericht annimmt, in jedem Falle entgegen. Die Abgeltung der für den zweiten Weihnachtsfeiertag und den Neujahrstag nicht gewährten freien Tage berührt, was das Landesarbeitsgericht übersieht, dieses Abgeltungsverbot überhaupt nicht; denn die Anordnung vom 5. Dezember 1940 enthält kein Abgeltungsverbot.

Das Abgeltungsverbot soll offenbar sicherstellen, dass der Musiker die dienstfreien Tage tatsächlich in Natur erhält, und verhindern, dass er für eine besondere Vergütung, also für eine geldliche Abfindung (Abgeltung), auf den freien Tag verzichtet und auch während seines freien Tages bei seinem Arbeitgeber spielt; ebenso ist ihm in § 7 Abs.4 der Tarifordnung ja verboten, während des dienstfreien Tages anderswo entgeltlich zu musizieren.

- 5 -



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



Die Bestimmung dient in betonter Weise in diesem Fall (vgl. BAG AP Nr.14 zu § 611 BGB Urlaubsrecht) sowohl dem Interesse des einzelnen Musikers, der sich seine Gesundheit und seine menschliche Würde erhalten soll, als damit auch dem Interesse der Gesamtheit, die vor den schädlichen, letztlich von ihr zu tragenden Folgen einer übermässigen beruflichen Inanspruchnahme von Arbeitnehmern bewahrt werden soll. Hiernach zielt die Vorschrift auf die Verhinderung eines Raubbaus an der Arbeitskraft, also auf den Arbeitsschutz; sie will dieses Ziel in dem Kleid eines privatrechtlichen Anspruchs erreichen (Herschel, Arbeitsschutz im sozialen Rechtsstaat, BARbBl.Nr.14/1955 S. 578).

Daß hiernach eine vorherige Vereinbarung der Parteien des Arbeitsvertrags, die dienstfreien Tage durch eine besondere Vergütung abzugelten, nach § 134 BGB nichtig ist, bedarf keiner besonderen Ausführung. Die Vereinbarung der Parteien, dass die Kläger keine spielfreien Tage haben sollten, entbehrt daher der rechtlichen Wirkung, ließ aber die Gültigkeit der Anstellungsverträge unberührt (BAG 1,133).

Hier steht nun die Frage zur Entscheidung, ob das Abgeltungsverbot seinem wahren Sinn und Zweck nach es auch ausschliesst, dass der Anspruch auf nicht gewährte dienstfreie Tage abgegolten wird, wenn seine Erfüllung durch den Ablauf der Zeit, insbesondere des Arbeitsvertrages, nicht mehr möglich ist. Würde man dem Abgeltungsverbot für diesen Fall seine Geltung nehmen, wie es für das in § 1 Satz 2 des Hessischen Urlaubsgesetzes vom 29. Mai 1947 enthaltene Abgeltungsverbot angenommen wird (Dersch, Die Urlaubsgesetze, 1954, S. 337 Erl.7o3), so würde man allerdings dem Musiker die Möglichkeit geben, sich mit Hilfe des erlangten Geldbetrags die dienstfreien Tage in Natur zu verschaffen. Unbedingte Sicherheit für die Verwirklichung dieser Möglichkeit besteht freilich nicht; der Musiker kann den Abgeltungsbetrag auch für andere Zwecke verwenden. Es besteht auch die Gefahr, dass der Musiker von vornherein auf den dienstfreien Tag keinen Wert legt und lediglich darauf ausgeht, den Abgeltungsbetrag am Ende zu erhalten. Die

- 6 -

Erreichung des erstrebten Ziels, die Arbeitskraft des Musikers zu schützen, ist also durch eine solche Einschränkung des Abgeltungsverbots nicht voll gewährleistet.

Andererseits würde die uneingeschränkte Durchführung des Abgeltungsverbotes auf den Musiker den Zwang ausüben, in jedem Falle auf der Gewährung der dienstfreien Tage in Natur zu bestehen; denn sonst ginge er seines Anspruchs ersatzlos verlustig. Ein solcher durch das Abgeltungsverbot auf den Musiker ausgeübte Zwang wird zwar regelmässig die Erreichung des Gesetzeszweckes begünstigen. Dieses Ziel wird aber nur erreicht, wenn der Musiker gegenüber dem Arbeitgeber in seinen Entschlüssen frei ist. Häufig wird seine wirtschaftliche und soziale Lage es ihm aber nicht erlauben, den Arbeitgeber, der sich gegen die Gewährung der dienstfreien Tage sträubt, zu verärgern und die Folgen einer solchen Verärgerung auf sich zu nehmen. Unterlässt dann der Musiker, seinen Anspruch geltend zu machen, so würde der unsoziale Arbeitgeber, der die Notlage des Musikers benutzt, um sich die dienstfreien Tage zu ersparen, sich vor dem sozialgesinnten Arbeitgeber, der seiner Fürsorgepflicht freiwillig genügt, einen ungerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil verschaffen.

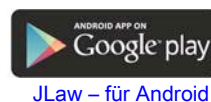
Sieht man das Abgeltungsverbot von dieser Sicht aus, muss es zwar grundsätzlich zum Zug kommen, kann aber nicht unbedingt und ausnahmslos gelten, sondern muss seinem Wesen und Sinn nach dann versagen, wenn der Arbeitnehmer in Folge einer irgendwie gearteten Drucksituation auf der Gewährung der dienstfreien Tage nicht besteht und der Arbeitgeber diese Drucksituation kennt oder wenigstens kennen muss. Hiernach erübrigt es sich auch, eine gerechte Lösung der aufgeworfenen Frage von dem Gesichtspunkt der Arglist her zu finden.

Ob die Kläger sich in einer solchen Drucksituation tatsächlich befunden haben und ob sie aus begründeter Furcht vor dem Arbeitgeber ihren Freizeitanspruch nicht

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geltend gemacht haben, hat das Landesarbeitsgericht nicht geklärt, da es von seinem Standpunkt aus hierauf nicht ankam. Diese tatsächliche Klärung ist Sache des Landesarbeitsgerichts. Zu diesem Zwecke muss die Sache wegen der neun auf die Tarifordnung gestützten arbeitsfreien Tage an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden, da die weitere Einwendung, nämlich die der Erfüllung, nicht durchgreift.

3) Der Einwand der Erfüllung greift nicht durch.

a) Daß die dienstfreien Tage nicht in Natur gewährt worden sind, dass also der Anspruch auf die Gewährung der dienstfreien Tage nicht in Natur erfüllt worden ist, ergibt an sich der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt.

Der Anspruch auf die dienstfreien Tage in Natur ist insbesondere nicht dadurch erfüllt, dass die Beklagte den Klägern formell in den Engagementsverträgen die dienstfreien Tage zugestanden und mit ihnen für diese dienstfreien Arbeitstage eine, allerdings nichtige Arbeitsvereinbarung getroffen hat. Ein solcher Gedankengang, den das Landesarbeitsgericht anscheinend anstellt, ist unnatürlich und unrealistisch. Denn die Engagementsverträge sind ein einheitliches Ganzes und die Beklagte kann ihren Musikern nicht - durch die formelle Gestaltung der Anstellungsverträge - mit der einen Hand die dienstfreien Tage gewähren und sie gleichzeitig mit der anderen Hand wieder nehmen. Dies lässt sich mit dem Sinn der dienstfreien Tage auch nicht vereinbaren.

b) Das Landesarbeitsgericht meint, die Kläger hätten eine Abgeltung für die nicht gewährten dienstfreien Tage erhalten. Die beiden schriftlichen Engagementsverträge für November und für Dezember 1952 legt es dahin aus, dass die Kläger darin sieben volle Tage die Woche zu spielen übernommen hätten und dass die gezahlte Vergütung eine Arbeitsleistung von diesem Umfange, also auch die eigentlich dienstfreien Tage, habe abgelten sollen; es gliedert die gezahlte Monatsvergütung von insgesamt 2.650.- DM in einen Teil von 2000.- DM, der die Vergütung für eine 48stündige Wochenarbeitszeit an sechs Tagen darstellen sollte, und

- 8 -

einen weiteren Teil von 650.- DM, der für den siebenten - an sich dienstfreien - Arbeitstag der Woche gezahlt würde.

Wollte man sich zu Gunsten der Beklagten und zu Ungunsten der Kläger dieser Auslegung anschliessen, so folgt daraus doch noch nicht, dass die freien Arbeitstage tatsächlich durch Geld abgegolten worden sind.

aa) Eine Erfüllung durch Zahlung der Hauptgage nimmt das Landesarbeitsgericht in erster Linie an, indem es ausführt: "Die spielfreien Tage sind an sich ja bereits durch die Monatsgage bezahlt". Damit meint es offenbar in erster Linie die Hauptgage in Höhe von 2000.- DM.

Das Landesarbeitsgericht begeht dabei aber einen Denkfehler; es verwechselt die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung mit der Verpflichtung zur Gewährung der dienstfreien Tage. Der Anspruch der Kläger geht erstrangig dahin, dass die dienstfreien Tage überhaupt in Natur gewährt werden; dass ihnen für diese dienstfreien Tage die Bezüge fortgezahlt werden, ist eine mehr selbstverständliche Nebenverpflichtung. Bei einer Monatsgage wird eben nicht der einzelne Tag oder die einzelne Stunde besonders vergütet, sie enthält vielmehr ihrem Wesen nach auch die Vergütung für die in den Monat fallenden dienstfreien Tage; für diese wird neben der Monatsgage keine besondere Vergütung mehr gezahlt (siehe Entscheidung des Ersten Senats vom 21.Juni 1957 - 1 AZR 460/56 -). Durch die Gewährung dieser Monatsgage wird aber eben dann auch weder die Hauptverpflichtung, die dienstfreien Tage zu gewähren, noch die an die Stelle dieser Hauptverpflichtung tretende Ersatzverpflichtung, für die Nichtgewährung der dienstfreien Tage eine geldliche Entschädigung (Abgeltung) zu zahlen, erfüllt.

bb) Ebensowenig ist durch die Zahlung der Nebengage der Anspruch erfüllt. Denn die 650.- DM hat

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



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



[JLaw – für Android](#)

- 9 -



[JLaw – für iOS](#)

die Beklagte den Klägern doch eben nicht zur Abgeltung der nicht gewährten freien Tage, sondern als Vergütung dafür gezahlt, dass sie an diesen nicht gewährten freien Tagen in der Bar der Beklagten tatsächlich musiziert haben. Eine Erfüllung im Sinne des § 362 Abs.1 BGB ist also nicht ersichtlich.

cc) Schliesslich erwägt das Landesarbeitsgericht ganz allgemein, dass § 7 Abs.5 der Tarifordnung - die Anordnung vom 5. Dezember 1940 zieht es gar nicht in Betracht - ausdrücklich die Abgeltung der dienstfreien Tage verbietet und dass daher die Vereinbarung, an allen sieben Tagen der Woche zu spielen, wichtig war, gelangt aber dann doch zu dem Schluss, dass die Kläger für die spielfreien Tage bereits ihre Vergütung bekommen hätten und dass, wenn man ihrer Klage stattgäbe, sie an den dienstfreien Tagen doppelt entlohnt und ihnen diese Tage im Endergebnis dreifach bezahlt würden.

Diese Ausführungen liegen neben der Sache und entspringen einer einseitig wirtschaftlich-geldlichen Betrachtungsweise. Sie verkennen, dass nicht nur der tarifliche Anspruch auf die dienstfreien Tage, sondern auch der vom Landesarbeitsgericht gar nicht erörterte Anspruch aus der Anordnung vom 5. Dezember 1940 den oben erörterten Schutzcharakter hat und dass aus diesem Schutzcharakter selbst der Anspruch auf die geldmässige Entschädigung (Abgeltung) entspringt. Dieser Anspruch kann aber auch nicht ersatzweise dadurch abgegolten werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine gutbezahlte Arbeitsgelegenheit bietet; denn gerade dadurch verhindert er das, was die Rechtsordnung erreichen will, nämlich dass der Musiker im Interesse seiner eigenen Person und der Gesamtheit die nötige Freizeit und Entspannung erhält und keinen Raubbau an seiner Arbeitskraft treibt.

- 4) Der Anspruch auf Abgeltung der für den zweiten Weihnachtsfeiertag und den Neujahrstag nicht gewährten dienstfreien Tage ist auch nicht durch die Bestimmung in Ziffer 1 Satz 2 der Anordnung vom 5. Dezember 1940 ausgeschlossen, die besagt, dass der dienstfreie Tag spätestens 5 Wochen nach dem Feiertag zu gewähren ist. Denn diese Bestimmung



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

will lediglich den Arbeitnehmer schützen, indem sie, in Bezug auf den fraglichen Feiertag, eine Frist für die Gewährung des dienstfreien Tages setzt. Sie enthält aber schon ihrem Wortlaut nach nicht etwa eine Ausschlussfrist des Inhalts, dass der Musiker seinen Anspruch auf den dienstfreien Tag dann verliert, wenn er ihn nicht binnen der fünf Wochen geltend macht.

5) Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und muss aufgehoben werden.

Die Klage wegen der Abgeltung der für den zweiten Weihnachtsfeiertag und den Neujahrstag nicht gewährten dienstfreien Tage ist zu Gunsten der Kläger entscheidungsreif. Die Höhe des Abgeltungsanspruchs ergibt sich, dem Zweck der Abgeltung entsprechend, aus der Vergütung, die nach dem vereinbarten Monatsgehalt auf den einzelnen Tag entfällt.

Im übrigen ist entsprechend dem zu 2 c Ausgeführten die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

gez. Dr. Müller

Dr. Berger

Dr. Boldt

Wilh. Petersen

Dr. Müller



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

