

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die Amtliche Sammlung	Nein

Gesetz: BGB § 611 Musiker; Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) §§ 1 Abs.2, 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, 26 Abs. 1 - 4 und 27 Abs. 1

Leitsätze:

1. Mit einem Orchestermusiker kann nach Maßgabe des TVK wirksam einzelvertraglich vereinbart werden, daß er ein bestimmtes Instrument als "Hauptinstrument" und ein anderes als "Nebeninstrument" zu spielen hat.
2. Auch bei der Gewährung tariflicher Zulagen nach § 26 Abs. 3 TVK ist grundsätzlich davon auszugehen, ob der Musiker nach seinem Arbeitsvertrag das betreffende Instrument als "Hauptinstrument" oder "Nebeninstrument" zu spielen hat.
3. Stimmen jedoch Vertragsinhalt und Vertragsvollzug insoweit nicht mehr überein, so kommt es für die Gewährung der tariflichen Zulage darauf an, ob das betreffende Instrument als "Hauptinstrument" gespielt wird.
4. "Hauptinstrument" und "Nebeninstrument" sind vorgegebene Begriffe und können nicht einzelvertraglich bestimmt werden.

Aktenzeichen: 4 AZR 120/74

Urteil des BAG vom 4. Dezember 1974 LAG Hamm



4 AZR 120/74

8 Sa 468/73 Hamm

Verkündet am

4. Dezember 1974

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 1974 durch den Richter Dr. Neumann als Vorsitzenden, die Richter Dr. Feller und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Richter und Richard für Rechteerkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 20. Dezember 1973 - 8 Sa 468/73 - in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als darin unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 24. Mai 1973 - 2 Ca 2055/72 - nach dem Klageantrag erkannt worden ist. Auch insoweit wird die Berufung des Klägers gegen das arbeitsgerichtliche Urteil zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die vollen Kosten der beiden Rechtsmittelinstanzen.

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

- 2 -



- 2 -

Tatbestand:

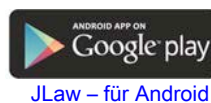
Der Kläger trat im Jahre 1947 in die Dienste der Beklagten und spielt seitdem im 68 Musiker starken Orchester des Musiktheaters der Beklagten als Klarinettist. Seit dem Jahre 1965 bläst der Kläger die 2. Klarinette und als Nebeninstrument die Es-Klarinette. Dies wurde in einem Nachtrag zu seinem Arbeitsvertrag unter dem 20. Oktober 1966 auch schriftlich festgelegt. Der Kläger erhält die Zulage der Stufe 3 des § 26 Abs. 3 des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971. Sofern die Es-Klarinette in dem Orchester, dem der Kläger angehört, zum Einsatz kommt, wird sie ausschließlich von ihm geblasen. Ohne Einbeziehung des häuslichen Übens wird der Kläger mit dem Spielen der Es-Klarinette zu 25 bis 33 v.H. seiner Spielzeit beansprucht. Der Kläger ist Mitglied der Gewerkschaft ÖTV, die Beklagte des Deutschen Bühnenvereins e.V.

Mit der Klage hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Differenz zwischen den Zulagen der Stufen 2 und 3 nach Maßgabe des zuvor bezeichneten Tarifvertrages für den Zeitraum vom 1. Juli 1971 bis 30. November 1972 in Höhe von 1.373,09 DM in Anspruch genommen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er spiele die Es-Klarinette nicht als "Nebeninstrument", sondern als "Hauptinstrument". Dabei könne es nicht auf die Vereinbarungen in seinem Arbeitsvertrag ankommen. Entscheidend sei, daß er die Es-Klarinette als "Hauptinstrument" tatsächlich spiele. Es komme dabei nicht darauf an, in welchem zeitlichen Ausmaße er mit dem Spielen der Es-Klarinette beschäftigt worden sei. Entscheidend sei, daß das Spielen dieses Instrumentes eine höhere musikalische Verantwortung fordere und größere fachliche Qualifikation. Normalerweise werde die Es-Klarinette auch zweifach besetzt. Als "Nebeninstrument" werde sie gespielt, wenn derjenige Musiker, der sie als "Hauptinstrument" zu spielen habe, ausfalle. Auch die musikalische Position der Es-Klarinette in den Orchesterwerken müsse berücksichtigt werden. Demgemäß hat der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.373,09 DM brutto zu zahlen.

- 3 -



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



- 3 -

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und entgegnet, allein der mit dem einzelnen Musiker abgeschlossene Arbeitsvertrag entscheide darüber, welches Instrument er als "Hauptinstrument" oder als "Nebeninstrument" zu spielen habe. Daran sei auch für die Gewährung etwaiger Zulagen anzuknüpfen. Es komme daher nicht darauf an, welches Instrument zeitlich überwiegend gespielt werde. Auch eine Differenzierung nach qualitativen Gesichtspunkten sei nicht möglich, weil andernfalls in der Praxis unüberwindliche Schwierigkeiten eintreten. Entspreche im Einzelfall der Vertragsinhalt nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten, so müsse der Arbeitsvertrag geändert werden. Solange das jedoch -wie vorliegend beim Kläger - nicht geschehen sei, seien jeweils diejenigen Instrumente als "Hauptinstrument" bzw. "Nebeninstrument" anzusehen, die in dem betreffenden Arbeitsvertrag als solche bezeichnet seien.

Das Arbeitsgericht hat nach Vernehmung des Generalmusikdirektors Dr. R als sachverständigen Zeugen und Einholung von Auskünften bei der Nordwestdeutschen Musikakademie D sowie den Tarifvertragsparteien die Klage abgewiesen und den Streitwert auf 1.373,09 DM festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat bezüglich des Zeitraumes bis Ende des Jahres 1971 die Berufung des Klägers zurückgewiesen, jedoch für den Zeitraum vom 1. Januar bis 30. November 1972 unter entsprechender teilweiser Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils nach Maßgabe des Klageantrages in Höhe von 888,47 DM brutto erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Anspruch auf vollständige Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Während die Klage für den Zeitraum bis 31. Dezember 1971 bereits rechtskräftig abgewiesen worden ist, weil der Kläger keine Revision eingelegt hat, führt die erfolgreiche Revision der Beklagten zum gleichen Ergebnis auch für den Anspruchszeitraum vom 1. Januar bis 30. November



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



1972. Die Klage ist nämlich auch insoweit nicht begründet.

Soweit es die Klage für begründet hält, hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Kläger habe die Es-Klarinette als Hauptinstrument gespielt. Das ergebe sich zwar nicht aus dem Arbeitsvertrag der Parteien, wohl aber aus einer "sinngerechten Anwendung" der entsprechenden tariflichen Vorschriften. Eine "willkürliche Handhabung" der Tarifnormen dürfe nicht zugelassen werden. Beim "Hauptinstrument" im tariflichen Sinne komme es nicht darauf an, daß das betreffende Instrument von dem Orchestermusiker überwiegend zu spielen sei. Entscheidend sei vielmehr die für das Spielen des Instrumentes geforderte fachliche Qualifikation, weswegen es ausreichend sei, wenn der Musiker das betreffende Instrument zu etwa 1/4 bis 1/3 seiner Gesamtarbeitszeit unter Einschluß der Übungszeiten zu spielen habe. Der Tarif stelle auch auf die Position des Musikers im Orchester ab und damit auf die "geprägende Tätigkeit". Diese sei beim Kläger das Spielen der Es-Klarinette, so daß dieses Instrument bei ihm als "Hauptinstrument" anzusehen und deswegen die Klage für den Zeitraum ab 1. Januar 1972 begründet sei. Das bestätigten auch vergleichbare andere tarifliche Regelungen, z.B. solche für Musiker von Rundfunkorchestern.

Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht gefolgt werden. Aufgrund vom Landesarbeitsgericht festgestellter beiderseitiger Tarifbindung gelten zwischen den Parteien die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK), unter dessen Geltungsbereich (§ 1 Abs. 2 TVK) auch das Orchester fällt, dem der Kläger angehört. In § 26 Abs. 1 dieses Tarifvertrages wird bestimmt:

"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. Diese Übertragung bedarf der Schriftform..."

Außerdem bestimmt § 3 Abs. 1 TVK, daß mit dem Musiker nach Maßgabe einer Anlage, die selbst Tarifbestandteil ist, ein schriftlicher Arbeitsvertrag abzuschließen ist, wobei das



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



Vertragsmuster der Anlage auch eine Vereinbarung über das Spielen eines "Nebeninstrumentes" vorsieht (vgl. daselbst § 3). Ergänzend dazu bestimmt noch § 6 Abs. 1 TVK, daß der Arbeitnehmer zum Spielen der im Arbeitsvertrag genannten Instrumente verpflichtet ist. Aus diesen tariflichen Bestimmungen ergibt sich, daß einmal mit tarifunterworfenen Orchestermusikern im Einzelarbeitsvertrag auch das Spielen von "Hauptinstrumenten" und "Nebeninstrumenten" wirksam vereinbart werden kann und daß demgemäß mit ausdrücklicher tariflicher Bestätigung der jeweilige Arbeitsvertrag die auszuübende Tätigkeit bzw. die auszuübenden Tätigkeiten des Orchestermusikers regeln soll. Das ergibt sich sowohl aus dem Tarifwortlaut als auch aus dem Gesamtzusammenhang der aufgezeigten tariflichen Einzelbestimmungen (vgl. BAG 18, 278 [282 - 283] = AP Nr. 117 zu § 1 TVG Auslegung). Demgemäß soll nach dem Willen der Tarifvertragsparteien auch der jeweilige Arbeitsvertrag im Einzelfalle regeln, welches Instrument von dem Orchestermusiker als "Hauptinstrument" bzw. als "Nebeninstrument" zu spielen ist. Das muß der Kläger gegen sich gelten lassen.

Hiervon ist grundsätzlich auch bei der Anwendung von § 26 Abs. 2 und 3 TVK auszugehen, wonach der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der Zulage nach der Stufe 2 an "hohe Klarinettenisten" (das sind die Spieler der Es-Klarinette) begründet ist, sofern dieses Instrument "als Hauptinstrument gespielt wird".

Der Streit der Parteien geht darum, ob dieses tarifliche Erfordernis beim Kläger erfüllt ist. Zu Unrecht nimmt das Landesarbeitsgericht an, daß das vorliegend der Fall sei.

Bei der Auslegung der Begriffe "Hauptinstrument" und "Nebeninstrument", die die Tarifvertragsparteien mehrmals im TVK verwenden, ohne sie jedoch selbst zu definieren oder Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung zu geben, haben beide Vorinstanzen vor erheblichen Schwierigkeiten gestanden, weil es diese Begriffe sowohl nach dem Ergebnis der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme als auch nach den Auskünften der Deutschen Orchestervereinigung sowie

der Tarifvertragsparteien als feststehende, allgemein anerkannte und deswegen von den Gerichten bei der Tarifauslegung heranziehbare "termini technici" (vgl. BAG AP Nr. 120 zu § 1 TVG Auslegung im Anschluß an BAG 5, 338 / 341_7 = AP Nr. 13 zu § 1 TVG Auslegung; AP Nr. 6 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG 17, 95 / 106_7 = AP Nr. 4 zu § 8 TVG und BAG AP Nr. 119 zu § 1 TVG Auslegung) weder in der Musikwissenschaft noch in der Aufführungspraxis der Orchester gibt. Ersichtlich wird von den Tarifvertragsparteien schon nach dem Tarifwortlaut auch nicht darauf abgestellt, welches Instrument zeitlich überwiegend zu spielen ist, was außerdem, wie die Beklagte im einzelnen darlegt, je nach den Spielplänen der Orchester und dem Charakter der jeweils zur Aufführung kommenden Musikwerke zu großen praktischen Schwierigkeiten auch für die Orchesterverwaltungen führen könnte. Zudem hat der Kläger unstreitig niemals überwiegend die Es-Klarinette gespielt, so daß im Hinblick darauf, selbst wenn der Tarifvertrag anders auszulegen wäre, die Klage nicht begründet wäre. Bei der Abgrenzung zwischen "Hauptinstrument" und "Nebeninstrument" ist aber auch nicht darauf abzustellen, welches der beiden Instrumente die höheren fachlichen Anforderungen stellt und demgemäß schwieriger zu spielen ist, denn § 26 Abs. 3 TVK bestimmt insoweit ganz eindeutig, daß auch schwieriger zu spielende Instrumente wie etwa die Es-Klarinette als "Nebeninstrumente" in Betracht kommen. Das gilt sogar für die noch schwieriger zu spielenden sogenannten "ungewöhnlichen Instrumente" (vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 und § 26 Abs. 4 S. 4 TVK in Verbindung mit der Protokollnotiz Nr. 2 zu § 6 Abs. 2). Unter rein musikalischen Gesichtspunkten könnte schließlich auch darauf abgestellt werden, ob die in § 26 Abs. 3 TVK genannten Instrumente als Soloinstrumente zu spielen sind. Auch diese Differenzierung ist jedoch nicht tarifgerecht, weil für das Spielen von Soloinstrumenten, auch wenn es sich dabei um Klarinetten handelt, eine andere Zulage, nämlich die der Stufe 1 des § 26 Abs. 3 TVK, zu zahlen ist.

Dennoch ist es mit § 26 Abs. 3 TVK unvereinbar, bei der Unterscheidung zwischen "Hauptinstrument" und "Nebeninstrument", wie es das Arbeitsgericht im Anschluß an den Vortrag



der Beklagten tut, allein auf die entsprechende Bezeichnung der Instrumente im Arbeitsvertrag abzustellen, oder, wie es das Landesarbeitsgericht versucht, auf die musikalische Qualifikation von Instrument oder Spieler bzw. auf den "geprägende Charakter" des Instrumentes bzw. die "Natur der Sache". Dabei erkennen freilich beide Vorinstanzen zutreffend, daß bei ihrer jeweiligen Auslegung, wie sie es bezeichnen, "offensichtlich tarifwidrige" Vertragsgestaltungen bzw. eine "willkürliche Handhabung" eintreten können, sofern Arbeitsvertrag und Vertragsvollzug bezüglich des Spieles der Instrumente nicht mehr übereinstimmen.

Zwar gehen die Tarifvertragsparteien ersichtlich davon aus, daß in aller Regel der Inhalt des Arbeitsvertrages und sein praktischer Vollzug übereinstimmen, was sowohl aus dem Inhalt als auch aus dem Gesamtzusammenhang wie dem Sinn und Zweck der Normen der §§ 3 Abs. 1 S. 1 - 3, 6 Abs. 1, 26 Abs. 1 - 4 TVK zu folgern ist, worauf auch die Beklagte mit Recht hinweist. Andererseits bestreitet aber auch nach ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Beklagte nicht mehr und lehrt zudem die Erfahrung, daß sich etwa durch wesentliche Änderungen im Spielplan oder der Leitung des Orchesters in der Praxis Abweichungen zwischen Vertragsinhalt und Vertragsvollzug mit der Folge ergeben können, daß ein Orchestermusiker sein ursprüngliches "Nebeninstrument" nunmehr tatsächlich als "Hauptinstrument" spielt. Solchenfalls soll der Orchestermusiker im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten nicht allein auf die für ihn schwer realisierbare Möglichkeit der Abänderung des Arbeitsvertrages oder die Korrekturmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts (z.B. infolge Änderung der Geschäftsgrundlage) verwiesen sein. Vielmehr soll in solchen Fällen, wie sich aus dem Wortlaut von § 26 Abs. 3 Stufe 2 TVK ergibt, wo vom "Spielen" eines Instrumentes als "Hauptinstrument" die Rede ist, für die Zulagengewährung nicht mehr auf den durch die geänderte Praxis überholten Inhalt des Arbeitsvertrages abgestellt werden, sondern darauf, welches Instrument tatsächlich als "Hauptinstrument gespielt" wird.



Obwohl es sich beim "Hauptinstrument" wie beim "Nebeninstrument" nicht um feststehende und allgemein anerkannte Begriffe der Musikwissenschaft bzw. der Aufführungspraxis der Orchester handelt, sind daher beide Begriffe dennoch als vorgegeben und daher nicht der Dispositionsfreiheit der Parteien des Einzelarbeitsvertrages unterliegend zu betrachten. Demgemäß sind **sie** auch bei der Tarifanwendung zu verwerten, was in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch die Beklagte bestätigt hat und zudem aus der Protokollnotiz zu § 26 Abs. 4 TVK entnommen werden kann, wo von einzelnen Instrumenten ausdrücklich gesagt wird, daß sie "nicht im Verhältnis von Haupt- und Nebeninstrument stehen".

Bei der aus den vorstehenden Gründen gebotenen rechtlichen Differenzierung berücksichtigt der Senat zunächst einmal, daß schon vom Wortlaut her als "Hauptinstrument" nur ein Instrument gelten kann, das "hauptsächlich", d.h. mit entsprechendem musikalischem Schwerpunkt, von dem betreffenden Musiker gespielt wird, während demgemäß als "Nebeninstrument" ein Instrument betrachtet werden muß, das neben dem "Hauptinstrument", also mit sekundärer Bedeutung und sekundärem musikalischen Gewicht zu spielen ist. Dabei berücksichtigt der Senat auch, daß man - unabhängig vom Ergebnis der Beweisaufnahme - unter musikalischen Gesichtspunkten dann davon spricht, daß ein Instrument als "Nebeninstrument" gespielt wird, wenn es von anderen Instrumentalisten nebenher, d.h. ohne besondere Stelle im musikalischen Besetzungsplan des Orchesters, zu spielen ist, was in früheren Zeiten gerade für die Klarinetten zutraf (vgl. Riemann, Musiklexikon, 12. Aufl., Sachteil S. 461).

Demgemäß erfordert ein "Hauptinstrument" im tariflichen Sinne die Erfüllung von zwei Voraussetzungen: Einmal muß das Orchester, in dem der Musiker spielt, nach seiner üblichen Aufführungspraxis, seinen Spielplänen, seiner Größe und seinem spezifischen musikalischen Charakter für seinen regelmäßigen Einsatz ein entsprechendes qualifizierendes Instrument als "Hauptinstrument", d.h. als Instrument mit entsprechendem musikalischem Schwerpunkt, benötigen. Außer-

-



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



dem muß im Hinblick darauf der entsprechende Musiker in aller Regel auf längere Sicht auch überwiegend, d.h. hauptsächlich dieses qualifizierende Instrument spielen müssen. Nach den den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sind diese beiden Voraussetzungen jedoch vorliegend beim Kläger nicht erfüllt. Das gilt einmal für die Größe und den Charakter der Aufführungspraxis des Orchesters der Beklagten, wonach eine Es-Klarinette nur gelegentlich benötigt wird, aber auch für den Kläger persönlich, der deswegen unstreitig niemals hauptsächlich Es-Klarinette zu spielen hatte. Daher ist seine Klage in vollem Umfange unbegründet.

Die hiergegen erhobenen Einwendungen des Klägers, denen sich das Landesarbeitsgericht weitgehend angeschlossen hat, sind unbeachtlich. Entgegen seiner Meinung kommt es schon nach dem Tarifwortlaut nicht auf den Schwierigkeitsgrad des Spielens der einzelnen Instrumente an, weil nach § 26 Abs. 1 und 3 TVK auch qualifizierende Instrumente danach als "Nebeninstrumente" vertraglich vorgesehen und gespielt werden können. Entgegen der Auffassung des Klägers liegt auch nicht etwa nur in Vertretungsfällen das Spielen eines "Nebeninstrumentes" vor, denn nach den tariflichen Bestimmungen kann der Orchestermusiker grundsätzlich verpflichtet werden, wie der Kläger nebeneinander ein "Hauptinstrument" und ein "Nebeninstrument" zu spielen. Der Tarifwortlaut verbietet weiterhin, jeweils auf die musikalische Stellung des Instrumentes im Gesamtorchester abzustellen, was zudem auch zu schwer lösbaren fachlichen Meinungsverschiedenheiten und praktischen Schwierigkeiten führen kann, worauf zutreffend die Beklagte hinweist. Ersichtlich hängt auch die Differenzierung der Instrumente nach "Hauptinstrumenten" und "Nebeninstrumenten" im tariflichen Sinne nicht von den musikalischen Besetzungsplänen für die einzelnen Werke ab, obwohl sie für die Aufführungspraxis des betreffenden Orchesters, seinen Stil und seine musikalischen Schwerpunkte und damit für die im Einzelfall vorzunehmende rechtliche Unterscheidung Anhaltspunkte geben können. Entgegen der Meinung des Klägers kommt es auch nicht

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



- 10 -

auf das an, was er "musikalische Verantwortung" nennt, denn nach dem hierfür in erster Linie maßgeblichen Tarifwortlaut können, wie schon im einzelnen ausgeführt wurde, sogar Instrumente mit hoher und höchster "musikalischer Verantwortung" als Nebeninstrumente zu spielen sein. Weiter ist schon aus dem Tarifwortlaut ersichtlich, daß entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht darauf abgestellt werden darf, welche Zeit der Musiker bei dem einzelnen Instrument zum häuslichen Üben benötigt. Unter diesen Umständen besteht entgegen den Andeutungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch keine durch die Gerichte auszufüllende Tariflücke. Auf die entsprechenden Regelungen in anderen Tarifbereichen, etwa für Musiker in Rundfunkorchestern, kommt es im Gegensatz zur Auffassung des Klägers und des Landesarbeitsgerichts ohnehin nicht an.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

gez. Dr. Neumann

Richard

Dr. Dieterich

Dr. Feller

Dr. Richter



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

