

Aktenzeichen: - 4 AZR 267/82 -

Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 18. April 1984

- 4 AZR 267/82 -

I. Arbeitsgericht Wuppertal

Urteil vom 28. Januar 1982

- 2 Ca 4504/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 24. März 1982

Düsseldorf

- 15 Sa 237/82 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Zulagen für Orchestermusiker

Gesetz:

BGB § 611 Musiker; Tarifvertrag für die Musiker in Kultur-  
orchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) §§ 1, 6, 7, 21, 22, 26

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4 AZR 267/82

15 Sa 237/82 Düsseldorf

Verkündet am  
18. April 1984

Haust,  
Regierungshauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. April 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Feller und Dr. Etzel, die ehrenamtliche Richterin Pfister und den ehrenamtlichen Richter Preuß für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 24. März 1982 - 15 Sa 237/82 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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:

Der der Deutschen Orchestervereinigung angehörende Kläger steht als Orchestermusiker in den Diensten der Beklagten, die Mitglied des Deutschen Bühnenvereins ist. Im Orchester der Beklagten ist der Kläger als Pauker eingesetzt. Die Parteien haben einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen, wonach sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) in seiner jeweils geltenden Fassung richtet (§ 4). Außerdem sieht § 3 des Arbeitsvertrages der Parteien vor:

"Herr K ist zum Spielen des Instrumentes Pauke verpflichtet. Ihm wird die Tätigkeit eines stellv. I. Paukers mit Verpflichtung zum Schlagzeug übertragen."

Demgemäß bezieht der Kläger für seine Tätigkeit als stellvertretender 1. (Solo-) Pauker eine Zulage nach § 26 Abs. 2 und Abs. 3 TVK (Stufe 2).

Während der Spielzeit 1979/80 wurde der Kläger bei 124 von 218 und während der Spielzeit 1980/81 bei 135 von 217 Diensten anstelle des 1. Paukers eingesetzt. Soweit dieser Einsatz des Klägers mehr als die Hälfte seiner Gesamtarbeitszeit ausmachte, zahlte ihm die Beklagte für 15 höherwertige Dienste in der Spielzeit 1980/81 nach § 26 Abs. 5 TVK eine weitere Zulage in Höhe von 170,65 DM.

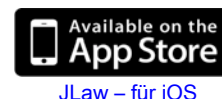
Mit der Klage hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Zulage nach § 26 Abs. 5 TVK für seine gesamte Tätigkeit als 1. Pauker während der Spielzeiten 1979/80 und 1980/81 in Anspruch genommen. Dazu hat der Kläger vorgetragen, als stellvertretender Solopauker sei er nicht verpflichtet, weit mehr als die Hälfte der anfallenden Dienste des Solopaukers zu leisten. Weder nach seinem Arbeitsvertrag noch nach den heranzuziehenden tariflichen Bestimmungen bestehe eine entsprechende Rechtspflicht. Demgemäß hat der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.674,-- DM brutto nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 11. November 1981 zu zahlen.

- 3 -



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



- 3 -

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, für das Klagebegehren gebe es keine Anspruchsgrundlage. Der Kläger verkenne, daß er nach seinem Arbeitsvertrag stellvertretender Solopauker sei. Demgemäß sei er schon nach seinem Arbeitsvertrag und den entsprechenden tariflichen Bestimmungen zur Leistung der Dienste verpflichtet, für die er nunmehr eine weitere Zulage fordere. Auf die Zahl der tatsächlich geleisteten Vertretungsdienste komme es nicht an. Die Dienste des Klägers würden tarifgerecht mit der allgemeinen Zulage abgegolten, die er erhalte.

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

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Das beklagte Land beantragt Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat mit zutreffender Begründung erkannt, daß es für das Klagebegehren keine Rechtsgrundlage gibt.

Wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt haben, gehören der Kläger der Deutschen Orchestervereinigung und die Beklagte dem Deutschen Bühnenverein an, so daß zwischen den Parteien der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) unmittelbar und zwingend nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG gilt. Dieser Tarifvertrag regelt die Rechtsverhältnisse der Musiker in Kulturorchestern (§ 1 Abs. 1 TVK). Nach den ergänzenden und klarstellenden Ausführungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat handelt es sich bei dem Orchester, dem der Kläger angehört, um ein Kulturorchester im tariflichen Sinne (§ 1 Abs. 2 TVK).

Der Kläger gründet seine Klageforderung auf § 26 Abs. 5 TVK. Diese Tarifnorm bestimmt:

"Wird der Musiker gemäß § 6 Abs. 2 vorübergehend oder vertretungsweise zu einer Tätigkeit herangezogen, für die in Absatz 3 eine Tätigkeitszulage vorgesehen ist, und steht ihm in dieser Zeit nach Absatz 3 keine oder

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

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,
- b) wenn ihm eine geringere Tätigkeitszulage zusteht, eine Zulage in Höhe von 50 v.H. des Unterschiedsbetrages zwischen der für diese Tätigkeit vorgesehenen Tätigkeitszulage und der ihm zustehenden Tätigkeitszulage .....

Die darin in Bezug genommene Tarifnorm des § 6 TVK bestimmt ihrerseits:

- "(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 .....

Unstreitig war der Kläger während der Spielzeit 1979/80 bei 124 von 218 und während der Spielzeit 1980/81 bei 135 von 217 Diensten als 1. (Solo-) Pauker eingesetzt. Hierfür steht ihm jedoch, wie das Landesarbeitsgericht mit zutreffender und tarifgerechter Begründung ausgeführt hat, eine Zulage nach § 26 Abs. 5 TVK nicht zu. Schon nach dem eindeutigen Wortlaut des § 26 Abs. 5 TVK könnte dem Kläger die eingeklagte Zulage nur dann zustehen, wenn er bei seiner Tätigkeit als 1. (Solo-)Pauker "vorübergehend oder vertretungsweise" im Sinne von § 6 Abs. 2 Buchst. a) TVK eingesetzt gewesen wäre. Daraus folgt, wie das Landesarbeitsgericht weiter richtig erkannt hat, daß die Zulage dem Kläger dann nicht zusteht, wenn seine während der Spielzeiten 1979/80 und 1980/81 ausgeübte solistische Tätigkeit zu denen gehört, die er nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 TVK zu leisten verpflichtet war.

Damit muß zunächst auf den Arbeitsvertrag der Parteien zurückgegriffen werden. Da er auf einem entsprechenden und allgemein für Orchestermusiker in Kulturorchestern verwendeten Formular abgeschlossen worden ist, handelt es sich dabei um einen sogenannten

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



JLaw – für iOS

- 5 -

- 5 -

"typischen Arbeitsvertrag", den der Senat unbeschränkt und selbständig auslegen kann (vgl. BAG 35, 7, 13 = AP Nr. 3 zu § 19 TV Arb Bundespost sowie die weiteren Urteile des Senats vom 11. Mai 1983 - 4 AZR 545/80 -, zur Veröffentlichung vorgesehen, und 8. Dezember 1982 - 4 AZR 88/80 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen, mit weiteren Nachweisen).

Wenn in § 3 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien bestimmt wird:

"Herr K ist zum Spielen des Instrumentes Pauke verpflichtet. Ihm wird die Tätigkeit eines stellv. I. Paukers mit Verpflichtung zum Schlagzeug übertragen.",

dann folgt daraus in Verbindung mit § 6 Abs. 1 TVK, wie das Landesarbeitsgericht mit Recht annimmt, daß der Kläger aufgrund miteinander verknüpfter einzelvertraglicher und tariflicher Rechtspflicht in seinem Orchester das Instrument Pauke zu spielen hat. Weiter folgt daraus, daß er dieses Instrument in der "ihm übertragenen Tätigkeit" als stellvertretender 1. (Solo-) Pauker zu spielen hat. Beides aber hat der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in den Spielzeiten 1979/80 und 1980/81 getan. Damit handelte es sich dabei um eine Tätigkeit, die er nach seinem Arbeitsvertrage und damit auch nach § 6 Abs. 1 TVK auszuüben hatte, und nicht, wie der Kläger annimmt, um "eine andere Tätigkeit" im Sinne des § 6 Abs. 2 Buchst. a) TVK, die "vorübergehend oder vertretungsweise" hätte ausgeübt werden müssen. Dabei geht das Landesarbeitsgericht auch sach- und tarifgerecht davon aus, daß die Aufgaben des 1. (Solo-) Paukers und des stellvertretenden 1. (Solo-) Paukers von den Tarifvertragsparteien jeweils als selbständige und eigenwertige "Tätigkeit" im Sinne von § 6 und § 26 Abs. 5 TVK angesehen werden, wie sich aus der entsprechenden Differenzierung in § 26 Abs. 3 TVK ergibt.

Dabei kommt es auch, wie das Landesarbeitsgericht weiter richtig erkannt hat, nicht darauf an, in welchem zeitlichen Verhältnis der 1. (Solo-) Pauker und der Kläger als stellvertretender



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

1. (Solo-) Pauker jeweils für die angefallenen Soloparte eingesetzt worden sind. Dazu enthält nämlich das Tarifwerk des TVK keine Regelung. Weder § 7 TVK, der im einzelnen die Mitwirkungspflichten des Orchestermusikers bestimmt, noch § 15 TVK, worin die dienstliche Beanspruchung geregelt wird, sagt hierzu etwas aus. Auch die tariflichen Bestimmungen über Vergütung (§ 21 TVK) und Eingruppierung der Orchestermusiker (§ 22 TVK) geben hierzu keine Anhaltspunkte. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich Eingruppierung und Vergütung der Orchestermusiker - anders als im allgemeinen öffentlichen Dienst bzw. im Geltungsbereich des BAT - weder nach Arbeitsvorgängen noch nach der überwiegend auszuübenden Tätigkeit richten, sondern nach dem jeweiligen Haushalts- und Stellenplan (§ 22 TVK), wobei nach der Protokollnotiz zu den Absätzen 1 bis 8 dieser Tarifnorm auf das jeweilige musikalische Leistungsvermögen des Kulturorchesters und sein "künstlerisches Niveau" abgestellt wird.

Angesichts dieser elastischen und den besonderen Verhältnissen des jeweiligen Orchesters in besonderer Weise Rechnung tragenden Tarifregelung ist mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß die Frage, in welchem zeitlichen Ausmaß ein stellvertretender 1. (Solo-) Pauker seinerseits Solistendienst zu verrichten hat, nach den jeweiligen fachlichen Erfordernissen, der Eigenart der zur Aufführung gelangenden Werke, dem Besetzungsplan und dem Spielplan zu beantworten ist. Das ergibt auch der Gesamtzusammenhang der zuvor genannten tariflichen Bestimmungen. Da insoweit eine berücksichtigungsfähige einheitliche Tarifübung nicht besteht (vgl. dazu das Urteil des Senats vom 25. August 1982 - 4 AZR 878/79 - AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifliche Übung, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) und eine einheitliche Auffassung der beteiligten Berufskreise ebenfalls nicht erkennbar ist (vgl. dazu das Urteil des Senats vom 8. Februar 1984 - 4 AZR 369/83 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen, mit weiteren Nachweisen), bestimmt sich der entsprechende Einsatz des stellvertretenden 1. (Solo-) Paukers mithin nach dem arbeitgeberischen Direktionsrecht, das freilich unter Berücksichtigung der fachlichen Üblichkeit und nicht rechtsmißbräuchlich angewendet werden muß.

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

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

Damit ist es aber rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte den Kläger in der Spielzeit 1979/80 bei 124 von 218 und während der Spielzeit 1980/81 bei 135 von 217 Diensten als Solisten hat tätig werden lassen. Dabei kann, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend hervorhebt, von einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme vorliegend nicht die Rede sein. Soweit sich demgegenüber die Revision darauf beruft, die Beklagte habe sich dem Kläger gegenüber rechtsmißbräuchlich verhalten, übersieht sie, daß insoweit nur eine beschränkte Möglichkeit der revisionsgerichtlichen Überprüfung besteht. Das Landesarbeitsgericht ist vom zutreffenden Rechtsbegriff des Rechtsmißbrauches ausgegangen. Seine diesbezüglichen Ausführungen sind frei von Verstößen gegen die Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit auch alle entscheidungserheblichen Tatsachen berücksichtigt. Eine weitergehende Möglichkeit der Überprüfung kommt dem Senat nicht zu (vgl. die Urteile des Senats vom 26. Januar 1983 - 4 AZR 179/80 - AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, und 18. Juni 1980 - 4 AZR 463/78 - AP Nr. 68 zu § 4 TVG Ausschlußfristen). Für die diesbezügliche Beurteilung des Landesarbeitsgerichts spricht im übrigen auch der Umstand, daß die stellvertretenden Orchestersolisten ein eigenes Interesse daran haben, in nicht unerheblichem Ausmaß solistisch tätig zu werden, um dadurch einen gewissen Bekanntheitsgrad zu erlangen und entsprechend leichter selbst eine Solistenstelle zu erhalten.

Auch die weiteren Einwendungen der Revision greifen nicht durch. Aus der Protokollnotiz Nr. 1 zu § 6 TVK kann der Kläger keine Rechtsvorteile herleiten, da auch sie nichts an der deutlichen und grundlegenden tariflichen Differenzierung ändert, die zwischen solchen Pflichten des Orchestermusikers unterscheidet, die ihm aufgrund seines Arbeitsvertrages obliegen (§ 6 Abs. 1 TVK), und solchen, die im Vertretungsfalle oder bei einer nur "vorübergehenden Tätigkeit" bestehen (§ 6 Abs. 2 TVK). Außerdem betrifft die Protokollnotiz nur die speziellen Verhältnisse der Geiger. Fehlt daher auch der Hinweis der Revision, auf § 6 Abs. 1 TVK dürfe nicht zurückgegriffen werden. Dem steht schon

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

der eindeutige Wortlaut von § 26 Abs. 5 TVK entgegen, wonach eine Zulagengewährung nur beim Vorliegen der Erfordernisse des § 6 Abs. 2 TVK in Betracht kommt, womit eine entsprechende Zulagengewährung dann ausscheidet, wenn der Orchestermusiker Dienste geleistet hat, die er nach seinem Arbeitsvertrag schuldet und die aus diesem Grunde nicht unter § 6 Abs. 2 TVK fallen. Mit ihrem entsprechenden Hinweis verkennt die Revision zugleich, daß der TVK sowohl dem eigentlichen Solisten als auch dem stellvertretenden Solisten in § 26 TVK jeweils eine rechtlich eigenständige "Tätigkeit" zuweist, wie das auch in anderen Fällen von Amtsvertretungen im Arbeitsleben und in entsprechenden tariflichen Regelungen zu geschehen pflegt (vgl. das Urteil des Senats vom 18. Februar 1981 - 4 AZR 993/78 - AP Nr. 3 zu §§ 22, 23 BAT 1975 Sparkassenangestellte), wobei es bei solchen Stelleninhabern nicht darauf ankommt, in welchem Umfange sie im Einzelfalle Aufgaben des "Vertretenen" wahrnehmen. Darauf weist schon das Landesarbeitsgericht mit Recht hin. Auch für den weiteren Schluß der Revision, die allgemeine Funktionszulage des Klägers erhalte er für die "Stellvertretung", während ihm die eingeklagte weitere Zulage nach § 26 Abs. 5 TVK dafür zustehe, daß er überwiegend Aufgaben des 1. (Solo-) Paukers praktisch wahrgenommen habe, findet sich im Tarifwerk des TVK keine Grundlage. Entgegen den ergänzenden Ausführungen des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat kommt es dabei auch nicht auf das quantitative Ausmaß der solistischen Tätigkeit des Klägers an. Rückgriffe auf das Vergütungs- und Eingruppierungsrecht des BAT verbieten sich hier schon deshalb, weil sich Vergütung und Eingruppierung der Orchestermusiker nach anderen Grundsätzen bestimmen (vgl. § 21, § 22 TVK) und schon bei den Arbeitern des allgemeinen öffentlichen Dienstes die Grundsätze des BAT keine Geltung haben (vgl. das Urteil des Senats vom 9. Februar 1983 - 4 AZR 267/80 -, zur Veröffentlichung vorgesehen, mit weiteren Nachweisen), so daß den entsprechenden Grundsätzen des BAT keine allgemeine, über dieses Tarifwerk hinausreichende rechtliche Bedeutung zugewiesen werden kann.

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 9 -

Auch der Inhalt des von der Revision in Bezug genommenen Urteils des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. April 1978 - 18 Sa 603/77 -, an das sich die Beklagte teilweise während der Spielzeit 1980/81 gehalten hat, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf erkennt wie die Revision, daß die tarifliche Zulage des § 26 Abs. 3 TVK an stellvertretende 1. Orchestersolisten nicht lediglich für die formale Innehabung der entsprechenden Stelle gezahlt wird, sondern zugleich auch für die dieser Funktion entsprechende praktische Tätigkeit als Instrumentalsolist. Unrichtig ist auch die weiter vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf vertretene Auffassung, bei einer anderen als seiner Auslegung bleibe für eine Anwendung des § 26 Abs. 5 TVK kein Raum mehr. Über den von den Parteien erörterten Fall des Harfenisten hinaus ist vielmehr u.a. dann die Zulage nach § 26 Abs. 5 TVK zu zahlen, wenn etwa ein gewöhnlicher Oboist nach § 6 Abs. 2 Buchst. a) TVK im Rahmen seines Leistungsvermögens im Einzelfalle als Solooboist oder ein Klarinettist mit Nebeninstrument Oboe vorübergehend als 1. (Solo-) Oboist eingesetzt werden. Weitere Anwendungsfälle des § 26 Abs. 5 TVK werden von der Beklagten geschildert. Im übrigen können aus der Zahl der praktischen Anwendungsfälle nur mit Vorsicht Schlüsse für die Auslegung von Tarifnormen gezogen werden.

Die Kosten seiner erfolglosen Revision trägt der Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO.

Zugleich für den in Urlaub befindlichen  
Vorsitzenden Richter Dr. Neumann und  
den ebenfalls in Urlaub befindlichen  
Richter Dr. Etzel

Dr. Feller

Pfister

Preuße



**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](#)