

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

Gesetz: Tarifordnung für die deutschen Kulturorchester
(TO.K) § 4 a. F.; BGB §§ 133, 157

Leitsätze:

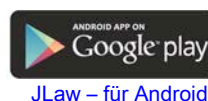
§ 4 der TO.K in der bis zum 5. Oktober 1956 geltenden Fassung bezieht sich in seinem die Arbeitspflicht des Musikers umschreibenden Absatz 1 nicht nur auf solche Veranstaltungen, die unter der künstlerischen Verantwortung und kulturellen Repräsentation des Orchesterträgers oder des Dienstherrn stattfinden. Eine Einengung des Weisungsrechts des Dienstherrn enthält diese Vorschrift nicht. Allerdings gibt sie dem Dienstherrn auch nicht das Recht, das Orchester ohne weiteres bei jeder Veranstaltung eines Dritten einzusetzen. Ein solches Weisungsrecht kann sich nur aus dem Dienstvertrag ergeben.

Aktenzeichen: 4 AZR 436/56
Urteil des BAG vom 25. März 1959

LAG Frankfurt



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



AZR 436/56

I LA 157/56 Frankfurt

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 25. März 1959
v. d. d. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. März 1959 durch den Senatspräsidenten Dr. Poelmann, die Bundesrichter Dr. Pecher und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Vieler und Dr. Schwennicke für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/Main vom 11. Juli 1956 - II LA 157/56 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.



Von Rechts w
JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

- 2 -

Tatbestand:

Im Jahre 1954 wurde in Fulda die 10. Arbeitswoche der Internationalen Gesellschaft für neue katholische Kirchenmusik, Frankfurt/Main (IGK), abgehalten. Im Rahmen dieser Arbeitswoche wurden mehrere Konzerte veranstaltet, unter anderen ein geistliches Konzert mit Werken von Trexler und Petrassi. Dieses Konzert leitete der Berliner Domkapellmeister Professor Dr. Forster. Es wurde ausgeführt von dem Chor der Berliner Sankt-Hedwigs-Kathedrale und dem Orchester des Staatstheaters Kassel, dem der Kläger angehört.

Über die Mitwirkung des Orchesters des Staatstheaters Kassel war zuvor eine Vereinbarung zwischen der IGK und dem Intendanten des Staatstheaters Kassel zustande gekommen, nach der das Orchester für eine Probe am 28. August vormittags in Kassel allein, nachmittags mit dem Chor der Sankt-Hedwigs-Kathedrale, ebenfalls in Kassel, am 29. August vormittags für eine Generalprobe mit dem Chor im Aufführungssaal in Fulda und am 29. August abends für die Konzertaufführung in Fulda zur Verfügung stehen sollte. Das Staatstheater Kassel sollte dafür als Entschädigung von der IGK den Betrag von 4.000,-- DM erhalten, von dem es die Transportkosten und die Tagegelder der Musiker bezahlen sollte. Die durch eine eventuell erforderlich werdende Hinzuziehung von freischaffenden Musikern zum Orchester entstehenden Kosten sollten von der IGK dem Staatstheater Kassel besonders erstattet werden.

Am 13. Juli 1954 hatte der Orchestervorstand an den Intendanten folgendes Schreiben gerichtet:

"Wie uns durch die Intendanz mitgeteilt wurde, soll das am 29. August 1954 von der Internationalen Gesellschaft für katholische Kirchenmusik in Fulda stattfindende Konzert für die Staatskapelle als Dienst angesetzt werden. Da nach dem Vertrag und der T.O.K das Orchester nur für Veranstaltungen des Staatstheaters Kassel beschäftigt werden kann, protestieren wir gegen diese Anordnung. Wir haben uns inzwischen mit dem Vertreter unserer Berufsorganisation zwecks

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Klärung der Sachlage in Verbindung gesetzt.

Um die Durchführung der Veranstaltung nicht zu gefährden, erklären wir uns bereit, das Konzert unter Vorbehalt der uns zustehenden Rechte zu spielen."

Das Staatstheater hatte sodann im Dienstplan vom 26. August 1954 bestimmt, daß das Orchester an den Proben und an dem Konzert teilnehmen müsse. Dieser Aufforderung waren der Kläger und 56 weitere Mitglieder des Orchesters gefolgt. Das Programm des Konzerts war ohne Beteiligung des Staatstheaters Kassel von der IGK festgelegt worden. Diese hatte auch die Miete des Saales, den Kartenverkauf und die übrige Organisation geregelt.

Den an der Fahrt nach Fulda teilnehmenden Orchestermitgliedern wurden vom Staatstheater Tagegelder in Höhe von insgesamt 654,-- DM ausgezahlt. Durch die Fahrt, den Instrumententransport usw. entstanden dem Staatstheater Unkosten in Höhe von 743,10 DM. Der dem Theater verbleibende Einnahmeüberschuß betrug somit 2.602,90 DM. Ein Ausfall an Einnahmen ist dem Theater durch das Konzert nicht entstanden, da dieses in der Vorprobenzeit stattfand und eine Teilnahme des Orchesters an einer anderen Veranstaltung nicht in Betracht kam.

Der Kläger und die übrigen teilnehmenden Orchestermitglieder beanspruchen den Überschuß an Einnahmen, den das Theater erzielt hat. Die übrigen teilnehmenden Orchestermitglieder haben ihre angeblichen Ansprüche gegen das beklagte Land an den Kläger abgetreten. Dieser ist der Auffassung, daß er und die anderen Orchestermitglieder gemäß § 4 TO.K nicht verpflichtet gewesen seien, bei der Veranstaltung mitzuwirken. Es habe sich nicht um eine Veranstaltung des Orchesters gehandelt, sondern um eine solche der IGK. Deshalb habe eine Nebentätigkeit gemäß § 22 TO.K vorgelegen, die vom beklagten Land genehmigt worden sei, so daß dieses den Gewinn herausgeben müsse. Mit der Klage hat der Kläger die Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung des Reinerlöses von 2.602,90 DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung beantragt.



- 4 -

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es meint, dem Staatstheater sei es überlassen, welche Veranstaltung es als Dienst für das Orchester ansetze. Die organisatorische Leitung liege auch bei Gastspielen des Theaters regelmäßig bei anderen Stellen. Der eingespielte Klangkörper des Orchesters sei der künstlerische Veranstalter des Konzerts gewesen. Die Orchestermusiker hätten deshalb nur Anspruch auf Zahlung der Tagegelder. Diese seien ihnen ausgezahlt, so daß ihnen ein weiterer Anspruch nicht zustehe. Der Reinerlös aus dem Konzert gebühre somit dem beklagten Land.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht ihr stattgegeben und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Landesarbeitsgericht ist der Ansicht, die Mitglieder des Orchesters des Staatstheaters Kassel hätten durch die Teilnahme an dem Konzert in Fulda für das beklagte Land Dienste geleistet, die durch das Gehalt nicht abgegolten seien, deren Leistung aber den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten gewesen sei (§ 612 Abs. 1 BGB). Nach der maßgebenden Tarifnorm des § 4 TO.K habe für die Orchestermitglieder eine Verpflichtung zur Mitwirkung nicht bestanden, da es sich nicht um eine Veranstaltung des Orchesters gehandelt habe. Als eine solche Veranstaltung könne nur diejenige angesehen werden, die eine Veranstaltung des Dienstherrn sei. Hier habe es sich jedoch um eine Veranstaltung der IGK gehandelt. Das Staatstheater sei nicht an der künstlerischen Ausgestaltung des Konzerts beteiligt gewesen. Die Einstudierung sei unter dem ausschließlichen Einfluß der IGK durch den von dieser gestellten Dirigenten erfolgt. Auch an der Aufführung selbst habe das Staatstheater keinen Anteil gehabt. Deshalb stehe den Orchestermit-

- 5 -



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



gliedern eine Sondervergütung zu, die sich mangels einer Taxe nach dem üblichen Lohn bestimme. Als üblich sei mindestens der eingeklagte Betrag anzusehen, von dem auf jedes Orchestermitglied durchschnittlich etwa 45,-- DM entfielen.

Der Ansicht des Landesarbeitsgerichts, schon aus dem Wortlaut und dem Sinn des § 4, insbesondere Abs. 1, TO.K in der für das Jahr 1954 geltenden Fassung ergebe sich, daß dem beklagten Land ein Weisungsrecht gegenüber dem Orchester hinsichtlich des Konzerts in Fulda nicht zugestanden habe, kann nicht beigespflichtet werden. § 4 TO.K in der Fassung, wie sie bis zum Jahre 1955 galt, hat folgenden Wortlaut:

"Pflichten des Musikers

(1) Die Verpflichtung des Musikers erstreckt sich - vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Anstellungsvertrag - auf die Mitwirkung bei allen Veranstaltungen des Orchesters, soweit die Tätigkeit dem Musiker aus künstlerischen Gründen zugemutet werden kann.

(2) Die Verpflichtung umfaßt auch die Mitwirkung bei Bühnenmusik - darunter im Rahmen der Zumutbarkeit auch die Mitwirkung bei ernst zu wertender Musik auf der Szene und im Kostüm - sowie bei auswärtigen Gastspielen des Orchesters.

(3) Die Musiker übernehmen ohne besondere Vergütung in angemessenen Grenzen Vertretungen und Tätigkeiten, die sonst von anderen, auch höher besoldeten Musikern, ausgeübt werden."

Aus dieser Vorschrift ergibt sich nicht, daß unter einer Veranstaltung des Orchesters nur eine solche zu verstehen ist, die unter der künstlerischen Verantwortung und kulturellen Repräsentation des Orchesterträgers oder des Dienstherrn stattfindet. Die Tarifnorm spricht hier lediglich von dem Orchester selbst, nicht aber von dem Orchesterträger oder dem Dienstherrn. Dagegen wird in anderen Bestimmungen der TO.K sowohl von dem Orchesterträger wie von dem Dienstherrn gesprochen (vgl. §§ 5, 11, 20, 22, 24). Daraus muß geschlossen werden, daß § 4 der TO.K in der für die streitige Zeit geltenden Fassung



unter "Veranstaltung des Orchesters" lediglich den tatsächlichen Vorgang der Aufführung versteht und daß mit dieser Tarifbestimmung keine Einengung des Weisungsrechts des Dienstherrn in dem vom Landesarbeitsgericht angenommenen Umfang begründet werden sollte. Ob etwas anderes für die Zeit seit Inkrafttreten der Neufassung der TO.K im Jahre 1956 gilt, kann dahingestellt bleiben, da diese Neuregelung keine rückwirkende Kraft hat, auf den Streitfall also nicht anzuwenden ist.

Andererseits läßt der Wortlaut der TO.K entgegen der Ansicht der Revision auch keinen sicheren Schluß darauf zu, daß der Dienstherr des Orchesters berechtigt gewesen ist, das Orchester bei jeder Veranstaltung eines Dritten einzusetzen, soweit die Tätigkeit den Musikern aus künstlerischen Gründen zugemutet werden konnte. Eine abschließende Beurteilung des Umfangs des Weisungsrechts ist deshalb nach der TO.K allein nicht möglich.

Auch der Wortlaut der Dienstverträge, wie sie sich aus den vom angefochtenen Urteil in Bezug genommenen Personalakten des Klägers ergeben, läßt eine abschließende Beurteilung des Umfangs des Weisungsrechts nicht zu. Die Verträge enthalten zu diesem Punkt keine ausdrückliche Regelung. Das schließt aber nicht aus, daß auf Grund einer Auslegung dieser Verträge stillschweigende Vereinbarungen über den Umfang des Weisungsrechts festgestellt werden können, die in den Dienstverträgen getroffen sind, mögen diese auch ihrem Wortlaut nach eine solche Regelung nicht enthalten; denn bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen darf man nicht nur am Wortlaut haften bleiben, sondern man muß den wirklichen, in der Erklärung steckenden Willen erforschen und Verträge so auslegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§§ 133, 157 BGB).

Bei der Auslegung der Anstellungsverträge der Orchestermitglieder ist es aber erforderlich zu untersuchen, ob sich, insbesondere im Lande Hessen, eine Verkehrssitte über Inhalt und Umfang des Weisungsrechts des Orchesterträgers gerade für Fälle der vorliegenden Art herausgebildet hat. Es besteht nämlich durchaus die Möglichkeit, daß auf Grund



einer solchen Verkehrssitte zur damaligen Zeit ein Weisungsrecht in dem Umfang zu bejahen war, daß dann, wenn es dem beklagten Land aus kulturpolitischen Gründen zweckmäßig erschien, die Teilnahme seiner Orchester auch an Veranstaltungen Dritter angeordnet werden konnte, d. h. daß das Weisungsrecht nicht nur auf Veranstaltungen beschränkt war, bei denen das Land selbst unmittelbar als Veranstalter oder Mitveranstalter auftrat. In einem solchen Fall würde dann aber ein Anspruch auf eine besondere Vergütungspflicht für die Mitwirkung an Konzerten Dritter nicht gegeben sein. Denn es würde sich um eine dem Dienstherrn nach § 611 BGB geschuldete Dienstleistung handeln.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein so weitgehendes Weisungsrecht hier bestand, fehlt es an den erforderlichen Feststellungen, ob und inwieweit es damals üblich war, Orchester im allgemeinen, die Staatsorchester der Beklagten im besonderen im Rahmen der Dienstverträge an Veranstaltungen Dritter in der Weise teilnehmen zu lassen, daß diese Teilnahme Dienst gemäß § 611 BGB war. Dabei sind auch etwaige Gepflogenheiten gerade des Staatstheaters Kassel zu berücksichtigen. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Parteien gegebenenfalls veranlassen müssen, in dieser Richtung ihren Vortrag zu ergänzen (§ 139 ZPO).

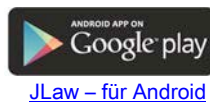
Sollte sich auf Grund der erneuten Verhandlung herausstellen, daß ein so weitgehendes Weisungsrecht, wie es das beklagte Land für sich in Anspruch nimmt, bestand, so muß die Klage abgewiesen werden.

Sollte das jedoch nicht der Fall sein, so wird das Berufungsgericht weiter Feststellungen darüber zu treffen haben, auf welcher Grundlage der geltend gemachte Anspruch beruht; denn durch die etwaige Überschreitung eines Weisungsrechts ist noch nicht ohne weiteres der hier geltend gemachte Anspruch begründet. Die bisherigen Feststellungen und Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu diesem Punkt sind nämlich unzureichend. Es mag zwar möglich sein, in dem Schreiben des Orchestervorstands vom 13. Juli 1954 ein



Vertragsangebot zu sehen, das den von dem angefochtenen Urteil angenommenen Inhalt hatte. Dagegen ist es nicht möglich, sondern verstößt gegen die Denkgesetze, anzunehmen, dieses Angebot hätte seitens des beklagten Landes dadurch angenommen werden können, daß das beklagte Land demgegenüber auf seinem Weisungsrecht beharrte. Eine solche Erklärung kann nicht als Annahme eines Angebots aufgefaßt werden. Möglich wäre allenfalls nur, was das Landesarbeitsgericht dann noch zu prüfen haben wird, daß nachträglich ein Vertrag zustande gekommen ist, der etwa den Inhalt hatte, wie er sich aus dem im angefochtenen Urteil in Bezug genommenen Schreiben des Ministeriums des beklagten Landes an das Staatstheater Kassel vom 15. Dezember 1954 ergeben könnte.

Rechtfertigen die weiteren Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Annahme eines solchen Vertrages, so wird notfalls weiter zu prüfen sein, ob nach dieser Vereinbarung der zur Verfügung stehende Reinerlös auf die einzelnen Mitwirkenden an dem Konzert in Fulda zu gleichen Teilen gezahlt werden oder ob die Beteiligung der einzelnen Orchestermitglieder an diesem Betrag nach der Höhe ihres Gehalts laut Dienstvertrag gestaffelt sein sollte. Eine solche Prüfung kann nämlich deshalb erforderlich werden, weil nach dem Inhalt der vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Sachakte 95/54 unter den Mitwirkenden an dem Fuldaer Konzert auch Beamte waren. Die Zahl dieser mitwirkenden Beamten wird das Landesarbeitsgericht gegebenenfalls noch feststellen müssen. Auch wird es prüfen müssen, ob die von den Beamten an den Kläger abgetretenen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis resultieren oder ob sie auf einer besonderen Vereinbarung beruhen, die etwa dahin ging, daß, falls das beklagte Land nicht berechtigt war, auch die in einem Beamtenverhältnis stehenden Orchestermitglieder zur Teilnahme an dem Konzert in Fulda anzuweisen, diese dann Vergütungsansprüche aus einer besonderen Vereinbarung gegenüber dem Land Hessen haben sollten. Im ersteren Falle wäre der Rechtsweg vor den Arbeitsgerichten unzulässig. Im anderen Falle könnte die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig sein, so daß unter der Voraussetzung des entsprechend



anzuwendenden § 528 ZPO einer Entscheidung über diese Ansprüche durch die Arbeitsgerichte nichts im Wege stehen würde.

gez. Dr. Poelmann

Dr. Pecher

Wichmann

Vieler

Dr. Schwennicke

