

Aktenzeichen: 4 AZR 53/84

Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 28. Mai 1986

- 4 AZR 53/84 -

I. Arbeitsgericht

Köln

Urteil vom 2. März 1983

- 7 Ca 5137/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Köln

Urteil vom 29. November 1983

- 6 Sa 749/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Alternierender Einsatz eines Musikers - Nachwirkung

Gesetz:

TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk; Orchester- und Chordienstordnung für den Westdeutschen Rundfunk in den Fassungen vom 15. Dezember 1969 und 19. Dezember 1984 jeweils § 3; BGB § 611 Musiker; TVG § 4 Nachwirkung; ZPO § 253, § 549, § 888, § 890; ArbGG § 73 (Solo - Oboist bei Rundfunkanstalt)

Leitsätze:

1. Die Klage eines Orchestermusikers auf alternierenden Einsatz und Unterlassung andersartiger Beschäftigung ist zulässig.
2. Da sich derartige Klageanträge nur auf die Zukunft beziehen, ist vom Revisionsgericht, wenn sich nach der Entscheidung des Berufungsgerichts das einschlägige Tarifrecht geändert hat, nur nach dem neuen Recht zu entscheiden.
3. Nach der durch den Änderungstarifvertrag vom 19. Dezember 1984 eingeführten Neufassung von § 3 Abs. 2 der Orchester- und Chordienstordnung WDR haben nur die in der Tarifnorm bezeichneten Instrumentalmusiker des Sinfonieorchesters Anspruch auf alternierenden Einsatz. Die Vorschrift gilt nicht für das Unterhaltungsorchester.
4. Für die Angehörigen des Unterhaltungsorchesters gilt § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung auch nicht nachwirkend weiter, weil diese Bestimmung durch die Neufassung von den Tarifvertragsparteien insgesamt abgelöst und ersetzt worden ist.



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



4 AZR 53/84

6 Sa 749/83 Köln

Verkündet am
28. Mai 1986

Haust,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Mai 1986 durch den Richter Dr. Feller als Vorsitzenden, die Richter Dr. Etzel und Dr. Freitag sowie die ehrenamtlichen Richter Pallas und Wiese für Recht erkannt:



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des

[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

Landesarbeitsgerichts Köln vom 29. November 1983
- 6 Sa 749/83 - wird auf Kosten des Klägers zu-
rückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Nachdem er vorher als freier musikalischer Mitarbeiter dort tätig war, steht der Kläger seit dem 1. März 1979 als Instrumentalmusiker in einem Angestelltenverhältnis zu dem Beklagten. Ausweislich des am gleichen Tage in Kraft getretenen schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien wird der Kläger als "Solo-Oboist" im Unterhaltungsorchester des Beklagten beschäftigt (§ 1 Abs. 1 des Arbeitsvertrages). Weiter sieht der Arbeitsvertrag der Parteien in § 14 Abs. 1 und § 7 Abs. 3 die Anwendung der für den Beklagten geltenden tariflichen Bestimmungen und insbesondere der Orchester- und Chordienstordnung in ihrer jeweiligen Fassung vor. Der Kläger ist in die Positionsgruppe D eingeordnet und erhält monatliche Bezüge in Höhe von 5.800,-- DM.

Als Tarifvertrag vereinbarten die Deutsche Orchestervereinigung und der Beklagte am 15. Dezember 1969 die Orchester- und Chordienstordnung des Westdeutschen Rundfunks (OChDO). Darin wurde in § 3 Abs. 2 bestimmt:

"Koordinierte Stimmen (1. Konzertmeister, Solo-Cellisten und Solobläser) alternieren grundsätzlich. Erfordert das Werk jedoch nach seiner Partitur eine gleichzeitige Mitwirkung der grundsätzlich alternierenden Solostreicher und Solobläser, so sind diese verpflichtet, die dafür angesetzten Dienste zu leisten; das trifft auch



-3-

auf künstlerisch anspruchsvolle Bühnenmusik zu
(Musik hinter der Szene)."

Im Jahre 1975 fanden Tarifverhandlungen statt, in denen auch eine Änderung der vorstehenden Tarifnorm erörtert wurde. Eine Einigung hierüber konnte jedoch nicht erzielt werden. Nach Anhängigkeit des vorliegenden Rechtsstreits in der Revisionsinstanz schlossen die Tarifvertragsparteien am 19. Dezember 1984 einen Änderungstarifvertrag zur OChDO, der am 1. Januar 1985 in Kraft getreten ist (§ 2 des Änderungs-TV). Danach hat § 3 Abs. 2 OChDO die folgende Fassung erhalten:

"Koordinierte Stimmen im Sinfonie-Orchester, dazu zählen ausschließlich 1. Konzertmeister, Solo-Cellisten und Solo-Bläser, alternieren grundsätzlich. Erfordert das Werk nach seiner Partitur eine gleichzeitige Mitwirkung der aufgezählten alternierenden Stimmen, so sind diese verpflichtet, die dafür angesetzten Dienste zu leisten; das trifft auch auf künstlerisch anspruchsvolle Bühnenmusik zu (Musik hinter der Szene). Diese Regelung gilt nur für das Sinfonie-Orchester."

Eine gleichzeitig von den Tarifvertragsparteien vereinbarte, ihrerseits mit Tarifcharakter ausgestattete Protokollnotiz bestimmt zu der vorstehenden Tarifnorm ergänzend:

"Aus dem Zusatz "Solo- bzw. Erster (1.)" bei den Positionsbezeichnungen in der Vergütungsordnung ist kein alternierender Einsatz abzuleiten. Er ist lediglich Ausdruck der Heraushebung und tariflichen Unterscheidung. Er bezeichnet die Aufgabe der Führung einer Gruppe und/oder die Ausführung von Orchester-Soli, die nicht solistische Leistungen im Sinne des § 9 Abs. 1 der Orchester- und Chordienstordnung sind. Dies gilt für alle Orchester des WDR."



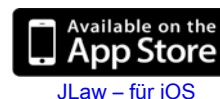
Nachdem er dieser zuvor als Mitglied angehört hatte, trat der Kläger nach dem Inkrafttreten des Änderungstarifvertrages zur OChDO vom 19. Dezember 1984 aus der Deutschen Orchestervereinigung e.V. aus.

Mit der Klage hat der Kläger unter Berufung auf die ursprüngliche Fassung von § 3 Abs. 2 OChDO die Verurteilung des Beklagten begehrt, ihn nur alternierend und nur als Solo-Oboisten zu beschäftigen. Hilfsweise hat er beantragt, dem Beklagten zu untersagen, den Kläger als Solo-Oboisten im Großen Unterhaltungssorchester heranzuziehen, soweit diese Leistungen gleichzeitig von einem anderen Solo-Oboisten oder anderen Tuttioboisten erbracht werden, es sei denn, es handele sich um Werke, deren Partitur ausdrücklich zwei Solo-Oboisten vorschreibe. Dazu hat der Kläger vorgetragen, diese Rechtsfolge ergebe sich mit aller Deutlichkeit schon aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung. In entsprechender Weise erfolge auch der Einsatz der Solobläser im Sinfonieorchester des Beklagten, auch der der Solo-Flötisten und Solo-Trompeter des Großen Unterhaltungssorchesters. Während sich der Beklagte diesem Personenkreis gegenüber tarifgerecht verhalte, verstoße er ihm gegenüber gegen die bezeichnete Tarifnorm. Infolgedessen müsse er rund 35 v.H. mehr Dienste leisten als seine als Solo-Trompeter tätigen Kollegen und etwa 20 v.H. mehr als die Solo-Flötisten des Großen Unterhaltungssorchesters. Er sei Solist im fachmusikalischen und tariflichen Sinne. Demgemäß hat der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, den Kläger grund-



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



sätzlich nur alternierend und auch nur als Solo-Oboisten zu beschäftigen,

hilfsweise dem Beklagten zu untersagen, den Kläger als Solo-Oboisten im Großen Unterhaltungssorchester heranzuziehen, soweit diese Leistungen gleichzeitig von einem anderen Solo-Oboisten oder anderen Tuttioboisten erbracht werden, es sei denn, es handele sich um ein Werk, dessen Partitur zwei Solo-Oboisten ausdrücklich vorschreibt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, die Klage sei unzulässig, weil ein zugunsten des Klägers ergehendes Urteil nicht vollstreckbar sei. Es fehle auch an der gebotenen Bestimmtheit des Klageantrages, wie schon die Verwendung des vieldeutigen Wortes "grundsätzlich" in dem Hauptantrag des Klägers zeige. Mit dem Klagebegehren würden außerdem die staatlichen Gerichte für Arbeitssachen zur Erteilung von Rechtsgutachten verpflichtet, was nicht ihrer Aufgabenstellung entspreche.

Weiter hat der Beklagte zur Hauptsache ausgeführt, die Klage sei unbegründet, weil es im Gegensatz zum Sinfonieorchester im Unterhaltungssorchester keine "koordinierten Stimmen" im tariflichen Sinne gebe. Es habe sie dort auch in der Vergangenheit niemals gegeben. Demgemäß sei im Unterhaltungssorchester auch niemals alterniert worden. Berücksichtigt werden müßten auch die Bestimmungen des Zuordnungstarifvertrages über die Überleitung der Musiker des Großen Unterhaltungssorchesters vom 18. September 1975, der die zahlenmäßige Besetzung der einzelnen Instrumente regle und unter namentlicher Benennung die Stelleninhaber bezeichne. Während darin unter der Nummer 43 mit dem Zusatz "Solo-Oboer" die Stelle des Klägers ausgewiesen sei, sei eine weitere Stelle für einen Solo-Oboisten darin nicht vorgesehen. Damit



spreche auch der tarifliche Gesamtzusammenhang gegen das Klagebegehren. Zudem sei der Kläger nicht Solist im tariflichen Sinne. Allenfalls könne er als Stimmführer angesehen werden.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Hauptantrag des Klägers erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt 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 nicht begründet. Mit Recht nimmt das Landesarbeitsgericht an, daß die Klage zwar zulässig, aber nicht begründet ist. Darüber hat der erkennende Senat im Gegensatz zu den Vorinstanzen ausschließlich nach dem neuen Tarifrecht des von den Tarifvertragsparteien am 19. Dezember 1984 abgeschlossenen Änderungstarifvertrages zur Orchester- und Chordienstordnung des Beklagten zu entscheiden. Auch danach ist jedoch die Klage unbegründet.

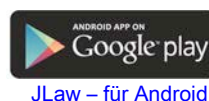
Der Hauptantrag des Klägers auf Verurteilung des Beklagten dahin,

den Kläger grundsätzlich nur alternierend und auch nur als Solo-Oboisten zu beschäftigen,

ist, wie auch das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt, verfahrensrechtlich zulässig. Er entspricht dem Bestimmtheitsgebot



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



des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das mag zwar angesichts des reinen Wortlautes der Antragstellung fraglich sein. Bei Mitberücksichtigung des Hilfsantrages des Klägers und seines klagebegründenden Sachvortrages kann jedoch nicht zweifelhaft sein, welchen Rechtserfolg er mit seinem Hauptantrag erreichen will. Danach verfolgt er damit das Ziel, nur alternierend als Solo-Oboist von dem Beklagten beschäftigt zu werden, also in regelmäßigem Wechsel mit einem anderen Musiker dieser Art. Damit ist zugleich klargestellt, daß der Kläger hier das Wort "alternierend" nicht in seiner fachmusikalischen Bedeutung (vgl. Riemann, Musiklexikon, 12. Aufl., Sachteil, S. 33; Thiel, Eberhard, Sachwörterbuch der Musik, 4. Aufl. 1984, S. 19), sondern im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches versteht. Auch die Verwendung des Wortes "grundsätzlich" im Hauptantrag des Klägers macht diesen entgegen der Meinung der Revisionserwiderung und den ergänzenden diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht mangels Bestimmtheit unzulässig. Der Kläger macht nämlich sowohl in seinem Hilfsantrag, der inhaltlich seinem Hauptantrag entspricht, als auch in seinem Sachvorbringen hinreichend deutlich, wann die mit dem Wort "grundsätzlich" verbundenen Einschränkungen eingreifen sollen. Das ist nach dem Vorbringen des Klägers dann der Fall, wenn das betreffende Werk den gleichzeitigen Einsatz von zwei Solo-Oboisten nach der Partitur bzw. nach dem Besetzungsplan vorschreibt. Damit stellt sich die Klage, was den Hauptantrag angeht, weil vom Kläger eine bestimmte Art der Beschäftigung verlangt wird, als ein auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichtetes Leistungsbegehren dar, wobei sich die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO



richten würde. Damit korrespondierend verlangt der Kläger von dem Beklagten zugleich mittels seines Hilfsantrages, eine andere Art der Beschäftigung, wie sie der Beklagte bisher mit dem Kläger praktiziert hat, zu unterlassen.

Auch die demgegenüber erhobenen weiteren Einwendungen der Revisionserwiderung, die der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertieft hat, greifen nicht durch. Dabei verkennt der Beklagte bereits, daß nach geltendem Verfahrensrecht die Zulässigkeit einer Klage nicht schlechthin von der Möglichkeit der Vollstreckung eines daraufhin im Erkenntnisverfahren ergehenden Urteils abhängig ist. So sind etwa allgemeine Feststellungsklagen nach § 256 Abs. 1 ZPO und Inzidentfeststellungsklagen nach § 256 Abs. 2 ZPO bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zulässig, obwohl aus den darauf ergehenden Urteilen die Zwangsvollstreckung nicht betrieben werden kann. Dasselbe gilt für Leistungsurteile etwa in den Fällen des § 888 Abs. 2 ZPO. Abgesehen davon würde vorliegend sowohl eine Zwangsvollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO als auch nach § 890 ZPO in Betracht kommen. Schließlich kann der Beklagte auch nicht erfolgreich einwenden, mit dem Klagebegehren würden die staatlichen Gerichte für Arbeitssachen in unzulässiger Weise zur Erstattung eines Rechtsgutachtens veranlaßt. Vielmehr verfolgt der Kläger mit seinen Klageanträgen vollstreckungsfähige Individualansprüche aus dem Arbeitsverhältnis der Parteien im Sinne von § 194 Abs. 1 BGB, indem er eine bestimmte Art seines musikalischen Einsatzes und die entsprechende Verurteilung des Beklagten begehrt, einen anderen Einsatz zu unterlassen. Diese Be-



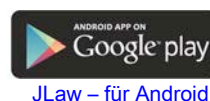
urteilung entspricht auch der Senatsrechtsprechung in vergleichbaren Fällen (vgl. BAG 38, 69, 72 = AP Nr. 7 zu § 17 BAT sowie BAG 34, 281, 284 = AP Nr. 6 zu § 17 BAT).

Aufgrund ihrer zuvor gewürdigten Eigenart können sich die vorliegenden Klageanträge nur auf die Zukunft beziehen. Auf die Vergangenheit bezogen würde es sich nämlich bei dem Klagebegehren, das auf eine bestimmte Art der Beschäftigung des Klägers und die Unterlassung eines anderen Einsatzes seiner Arbeitskraft gerichtet ist, um eine objektiv unmögliche Leistung handeln (§ 306 BGB). Das hat zur Folge, daß die Rechtslage nur nach den Bestimmungen des nunmehr im Zeitpunkt der Verhandlung vor dem Revisionsgericht geltenden Zusatztarifvertrages vom 19. Dezember 1984 zu beurteilen ist. Dabei nimmt der Senat Bedacht darauf, daß ohnehin auch das Revisionsgericht wie jedes andere Gericht grundsätzlich das im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende Recht anzuwenden und auf dieser Grundlage das berufungsgerichtliche Urteil zu überprüfen hat, sofern das Rechtsverhältnis von dem neuen Recht erfaßt wird (vgl. das Urteil des Senats vom 11. September 1974 - 4 AZR 560/73 - AP Nr. 5 zu § 44 BAT; BAG 2, 226, 227 = AP Nr. 4 zu § 52 RegelungsG; BGHZ 9, 101; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 549 III A 1 und Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 72 ff. mit weiteren Nachweisen).

Bei seinem Inkrafttreten galt zwischen den Parteien der Änderungstarifvertrag zur Orchester- und Chordienstordnung des Beklagten vom 19. Dezember 1984 aufgrund beiderseitiger Tarif-



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



bindung gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend. Darin hatte § 3 Abs. 2 OChDO die folgende Fassung erhalten:

"Koordinierte Stimmen im Sinfonierorchester, dazu zählen ausschließlich 1. Konzertmeister, Solo-Cellisten und Solo-Bläser, alternieren grundsätzlich. Erfordert das Werk nach seiner Partitur eine gleichzeitige Mitwirkung der aufgezählten alternierenden Stimmen, so sind diese verpflichtet, die dafür angesetzten Dienste zu leisten; das trifft auch auf künstlerisch anspruchsvolle Bühnenmusik zu (Musik hinter der Szene). Diese Regelung gilt nur für das Sinfonieorchester."

Wie insbesondere der erste und der dritte Satz der neugefaßten Tarifnorm in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise klarstellen, soll sie nach dem Willen der Tarifvertragsparteien nur für die entsprechenden Instrumentalmusiker des Sinfonieorchesters gelten und nicht für diejenigen des Großen Unterhaltungsorthesters, in dem der Kläger tätig ist. Auf die weiter von den Parteien unterschiedlich beurteilte Frage, ob die betreffenden Musiker auch im fachmusikalischen Sinne solistisch tätig sein müssen (vgl. dazu Honegger/Massenkeil, Das Große Lexikon der Musik, Band 7, S. 380 sowie Thiel, E., aaO, S. 610), kommt es daher vorliegend nicht mehr an.

Demgegenüber bestimmte, worauf sich der Kläger auch jetzt noch in der Revisionsinstanz stützt, § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung:

"Koordinierte Stimmen (1. Konzertmeister, Solo-



Cellisten und Solobläser) alternieren grundsätzlich. Erfordert das Werk jedoch nach seiner Partitur eine gleichzeitige Mitwirkung der grundsätzlich alternierenden Solostreicher und Solobläser, so sind diese verpflichtet, die dafür angesetzten Dienste zu leisten; das trifft auch auf künstlerisch anspruchsvolle Bühnenmusik zu (Musik hinter der Szene)."

Diese Tarifnorm kann schon deswegen nicht mehr angewendet werden, weil sie nach dem sogenannten Ablösungsprinzip durch die Neufassung im Änderungstarifvertrag zur OChDO vom 19. Dezember 1984 ersetzt worden ist (vgl. das Urteil des Senats vom 30. Januar 1985 - 4 AZR 117/83 - AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel sowie Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 4 Rz 149 - 150 mit weiteren Nachweisen). Es ist insoweit auch entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung keine Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG eingetreten. Nachdem nämlich über den persönlichen Geltungsbereich von § 3 Abs. 2 der OChDO alter Fassung erheblicher Streit entstanden und Rechtsunsicherheit eingetreten war, auch zahlreiche Prozesse mit dem Ziel geführt worden sind, die Vorschrift auch auf die Angehörigen des Großen Unterhaltungssorchesters des Beklagten auszudehnen, haben die Tarifvertragsparteien in dem Änderungstarifvertrag vom 19. Dezember 1984 den Geltungsbereich der Norm neu, einschränkend und klarstellend dahin umschrieben, daß sie lediglich für die darin genannten Musiker des Sinfonieorchesters gelten solle. Damit haben sie § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung in seinem persönlichen Geltungsbereich bewußt eingegrenzt und beschränkt, was im Rahmen ihrer tariflichen Gestaltungsfreiheit liegt (vgl. das Urteil des Senats vom 24. April 1985 - 4 AZR 457/83 -, zur Veröffentlichung vorge-



sehen), wobei die Neufassung völlig an die Stelle der alten Tarifnorm treten sollte. Das aber führt zum Ausschluß der Nachwirkung der alten Tarifnorm, weil die Tarifvertragsparteien sie durch die Neuregelung selbst im Sinne von § 4 Abs. 5 TVG "ersetzt" haben (vgl. dazu Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/1, § 27 IV 8 a, S. 543 und Wiedemann/Stumpf, aaO, § 4 Rz 150 und 195). Daher ist vom Revisionsgericht auf den Inhalt von § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung nicht mehr einzugehen.

Da aus den dargelegten Gründen § 3 Abs. 2 OChDO alter Fassung über den 1. Januar 1985 nicht mehr nachwirkend nach § 4 Abs. 5 TVG weitergegolten hat, kommt es auch nicht mehr darauf an, welche Rechtsfolgen im Hinblick auf § 4 Abs. 5 TVG der nach diesem Zeitpunkt erfolgte Austritt des Klägers aus der Deutschen Orchestervereinigung hätte haben können. Gegenteiliges ergibt sich schließlich auch nicht aus dem Arbeitsvertrag der Parteien, da er, wie der Kläger selbst einräumt, lediglich die jeweilige tarifliche Lage widerspiegeln soll (vgl. das Urteil des Senats vom 23. April 1986 - 4 AZR 90/85 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen, mit weiteren Nachweisen).

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

Dr. Feller

Dr. Etzel

Dr. Freitag

Pallas

Wiese



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

