

27. Aug. 1964

102

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: EGBGB Art. 7 ff.; BGB §§ 262 ff., § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis, Musiker, Urlaubsrecht; Urlaubsgesetz NRW §§ 5, 8; BMT Musiker vom 15. Juli 1958 § 2 Abs. 2 und 7, § 9 Abs. 1, § 10

- Leitsätze:
1. Das auf ein Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht ergibt sich in erster Linie aus dem Parteiwillen. In zweiter Linie ist maßgebend, wo der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses liegt. Das ist grundsätzlich der Arbeitsort oder, sofern dieser ständig wechselt, der Sitz des Arbeitgebers.
 2. Soll in Abweichung von § 2 Abs. 2 Satz 1 BMT Musiker der Betriebsinhaber nicht Arbeitgeber jedes einzelnen Kapellenmitgliedes sein, so muß dies eindeutig klargestellt werden. Darlegungs- und beweispflichtig für eine abweichende Vereinbarung ist der Betriebsinhaber.
 3. Der Arbeitgeber kann durch den Betriebsablauf angefallene arbeitsfreie Tage in aller Regel nicht nachträglich ohne Einverständnis des Arbeitnehmers auf den Urlaub anrechnen.

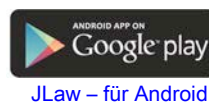
Aktenzeichen: 5 AZR 364/63

Urteil des BAG vom 27. August 1964

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 364/63

6 Sa 545/62 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 27. August 1964

gez. Finkelmann,
Regierungssekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. August 1964 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichterin Kempe und den Bundesarbeitsrichter Keller für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts in Düsseldorf vom 24. April 1963 - 6 Sa 545/62 - insoweit aufgehoben, als es die Klagen hinsichtlich der Urlaubsabgeltung abgewiesen hat.

In diesem Umfang wird die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts in Düsseldorf vom 20. Juli 1962 - 7 Ca 1769/61 - mit der Maßgabe zurückgewiesen,



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



- 2 -

daß die Urteilsformel des Arbeitsgerichts,
soweit es den Beklagten wegen der Urlaubs-
abgeltung verurteilt hat, wie folgt neu ge-
faßt wird:

Der Beklagte wird verurteilt,
an den Kläger P 161,52 DM und
an den Kläger S 84,62 DM
zu zahlen.

Von den Kosten der Berufung tragen die Kläger
je 3/14 und der Beklagte 8/14.

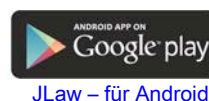
Die Kosten der Revision trägt der Beklagte.

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

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Tatbestand:

Die Kläger waren Musiker in dem Orchester des Wiener Kapellenleiters M , das den russischen Staatszirkus in den Monaten Februar bis Mai 1961 auf seiner Tournee durch die Bundesrepublik begleitet hat. Veranstalter dieser Tournee war der Beklagte. Der Beklagte hatte sich mit der Künstleragentur R in M in Verbindung gesetzt und an diese am 25. Dezember 1960 wie folgt telegraphiert:

"Wir bestätigen Ihr Telefongespräch betreff des Orchesters Eduard M und akzeptieren hiermit Ihr letztes Angebot von DM 22.800,- brutto monatlich bei 2 - 3 Vorstellungen täglich. Der Transport von Stadt zu Stadt wird von uns übernommen. Das Orchester besteht aus 18 Mann plus der zusätzlich von uns gestellten Leute. Die Unterbringung der Musiker geht auf Kosten des Orchesters. Dieses Telegramm ist als Vertrag anzusehen. Bei Fällen höherer Gewalt verliert dieser Vertrag seine Gültigkeit. Firma M ."

Die Agentur R richtete an die Agentur des Orchesters M , die Konzertdirektion H in Wien, folgendes, von dieser Agentur bestätigtes Telegramm:

"H . . . Konzert Wien - M freibleibend ab 1. Februar 1961 für vier Monate als Schau- und Begleitorchester Europatournee Russischer Staatscircus mit DM 22.800,- perfekt Stop die von uns aufgegebene Besetzung müsste noch durch ein Waldhorn ergänzt werden Stop M braucht nicht zu dirigieren da ein russischer Kapellmeister vorhanden rückdrahtet = R ."

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1960 teilte die Agentur R dem Beklagten mit, daß ihr Telegramm an die Direktion H von dieser bestätigt worden und damit das Engagement des Orchesters M zustande gekommen sei. Am 3. Januar 1961 unterzeichnete der Leiter des "Wiener Konzert- und Unterhaltungsorchesters", Eduard M , einen ihm von der Agentur R über die Direktion H zugeschickten Formularvertrag, der u.a. folgenden

- 4 -



Inhalt hatte:

"Die Firma Inhaber
vertreten durch in
Straße..... (Kontrahent I)
verpflichtet den Kapellenleiter, Herrn Eduard
M und sein Wiener Konzertorchester
z.Z. in Wien/Österreich Straße
ständige Anschrift: Konzertdirektion M.A. H
Wien, S gasse 59, ... (Kontrahent II)
und durch diesen die 17 weiteren Kapellenmitglieder
(insgesamt 18 Pers.)
.17.. Herren / Damen, davon ... Ausländer) als
Begleitorchester für die Europa-Tournee des russischen
Staatszirkus
.....

zu folgenden Bedingungen:

1. Vertragsdauer vom 1. Februar 1961 bis 31. Mai 1961
(beide Tage eingeschlossen)
2. a) Dienstzeit insgesamt wöchentlich 30 Stunden.
Kontrahent I behält sich eine Änderung der Dienstzeit im
Rahmen der vereinbarten Gesamtdienstzeit vor.
- b) Pausen nach Einteilung der Direktion, entsprechend
dem Tarifvertrag.
3. Die spielfreien Tage werden festgesetzt.
4. a) Gesamt-Monatsgage (brutto) DM 22.800,- (in Worten:
Zweihundzwanzigtausendachthundert ... DM). In dieser Summe
sind Notengeld, Kapellenleiterzulage und Vermittlungsge-
bühr enthalten.
- b) c)
- d) Kontrahent I ist verpflichtet, die Steuern und Sozial-
abgaben entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen
einzubehalten und abzuführen.
- e) Kontrahent II ist verpflichtet, die Personalpapiere
für sich und die Kapellenmitglieder am Beginn des
Engagements mit einer Gagenaufstellung im Büro abzu-
geben.

.....

7. Kontrahent II ist verpflichtet, mit den weiteren Ka-
pellenmitgliedern entsprechend diesem Vertrag auftrags-
gemäß Einzelverträge abzuschließen.

.....

18. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Tarifrechts
bzw. die gesetzlichen Bestimmungen.

20. Besondere Vereinbarungen:

Die Dienstzeit wird von Kontrahent I festgesetzt.
Herr Kapellmeister M ist nicht verpflichtet,

- 5 -

das Orchester während der Tournee selbst zu dirigieren."

Am 9. Januar 1961 schrieb die Agentur R an den Beklagten u.a. wie folgt:

"Die Herren H und M haben den mit Ihnen am 25. und 27.12. 1960 ausgetauschten Telegrammvertrag, wie ich Sie bereits wissen ließ, bestätigt, legen jedoch auf die nachstehenden Feststellungen, die Ihnen ebenfalls bekannt sind, besonderen Wert und haben mich gebeten, Ihnen das Folgende mitzuteilen:

"Das Orchester setzt sich aus 17 Musikern und dem Dirigenten, Herrn M, zusammen, wobei jedoch Herr M auf Ihren ausdrücklichen Wunsch nicht verpflichtet ist, das Orchester selbst zu dirigieren und mitzureisen, weil ein russischer Kapellmeister die Leitung des Orchesters übernimmt.

Die an das Orchester auszuzahlende Monatsgage beträgt DM 21.500,- (in Worten: DM einundzwanzigtausendfünfhundert) - der im Vertrag erscheinende Mehrbetrag von DM 1.300,- (in Worten: DM eintausenddreihundert) pro Monat ist durch Sie als Provision an die Agentur Lorenz K.W. R, Mannheim, P O 7, 5 abzuführen.

.....

Im Falle unvorhergesehener Ereignisse ist es dem Kapellmeister, Herrn M, erlaubt, den einen oder anderen Musiker während der Vertragsdauer auszutauschen, wobei jedoch die Qualität des Orchesters nicht beeinträchtigt wird und notwendig werdende Reisespesen durch den Kapellmeister getragen werden müssen."

An demselben Tag schrieb die Agentur R an die Direktion H wie folgt:

"Ich bestätige Ihnen die Richtigkeit des Inhaltes Ihres Schreibens vom 3.1. 1961 und bekenne mich dazu.

.....

Mit meinem Schreiben vom 27.12. 1960 ließ ich Sie bereits wissen, daß der Vertrag für das Orchester M zwischen dem Orchester und Herrn M durch Telegrammbestätigung zustande gekommen ist. Einer weiteren Bestätigung bedarf es nicht mehr. Die mir übersandten Vertragsausfertigungen reiche ich Ihnen zu meiner Entlastung zurück und darf Sie bitten, falls Herr M darauf Wert legen sollte, ein Exemplar mit Ihrer Unterschrift versehen, Herrn M aushändigen zu wollen. Ich darf in diesem Zusammenhang jedoch darauf hinweisen, daß die Bestimmungen des Bundesmanteltarifs der Bundesrepublik Deutschland keine Anwendung

- 6 -



- 6 -

finden können, weil es sich um eine 3 - 4
Ländertournee handelt. In den einzelnen Ländern
bestehen unterschiedliche Bestimmungen.

.....

Jedes einzelne Kapellenmitglied einerseits, der Kapellen-
leiter M andererseits unterzeichneten am 30. Januar 1961
einen "Engagementsvertrag", der einheitlich wie folgt lautete:

"K ü n s t l e r - A g e n t u r

L.M. R

M P

E n g a g e m e n t - V e r t r a g .

Die Firma Künstler-Agentur L.M. R verpflichtet
die Mitglieder des Orchesters Eduard M in Wien
für die Zeit vom 1. Februar bis 31. Mai 1961 für die
Europa-Tournee des russischen Staatszirkus.

Name _____ geb. _____

wohnhafte _____

für die Zeit vom _____ bis _____

gegen ein Honorar von DM monatlich _____

A-Konto-Zahlungen jeden 15. und Letzten des Monats.

Freie Reise 2. Klasse und Gepäck 50 Kg.

Wochendienstzeit 30 Stunden. Einteilung durch die

Direktion. Die Steuern und Sozialabgaben nach den

gesetzlichen Bestimmungen. Kleidung schwarz und

dunkel. Weiße Wäsche.

Bei schuldhafter Nichterfüllung der Vereinbarung,
Konventionalstrafe in der Höhe einer Monatsgage. Die
Geltendmachung eines weiteren Schadens bleibt vorbe-
halten. Eine Mitwirkung bei einem anderen Unternehmen
während der Vertragsdauer ist nur mit vorheriger Zu-
stimmung der Direktion statthaft. Der Musiker ist
verpflichtet, pünktlich und gewissenhaft seinen Dienst
zu versehen und _____ Minuten vor der festgesetzten
Spielanfangszeit am Spielort zu erscheinen.

Das Nichtentsprechen in Bezug auf geforderte Leistung
aus diesem Vertrag, bedingt die Entlassung ohne Ver-
gütung.

Gerichtsstand Mannheim - Wien.

Unterschrift des Orchestermitgliedes: f.d. Direktion:

gez. Unterschrift

Wien

Konzert- u. Unterhaltungs-Orchester
Eduard M

Wien III. A. E

str. 20

(Kontrolliert)

gez. Unterschrift."

- 7 -



- 7 -

Der Durchschlag des Schreibmaschinentextes wurde in den noch offen gebliebenen Punkten für jedes einzelne Kapellenmitglied ergänzt.

Der Kläger P gehörte der Kapelle während der ganzen Tournee (1. Februar bis 31. Mai 1961) bei einer Monatsgage von 1.050,- DM an, der Kläger S nur in den Monaten April bis Mai mit einer Monatsgage von 1.100,- DM. Der russische Staatszirkus gastierte in neun deutschen Städten und vom 21. Februar bis 28. Februar 1961 in Rotterdam. Außer an den Reisetagen fanden auch an sechs weiteren Tagen keine Vorstellungen statt.

Der Beklagte war Mitglied des Internationalen Varieté-, Theater- und Circus-Direktoren-Verbandes in der Bundesrepublik Deutschland e.V. Die Kläger gehörten während der gesamten Zeit ihrer Tätigkeit für den Beklagten als Mitglieder dem Deutschen Musikerverband in der Gewerkschaft Kunst an. Die beiden Berufsverbände sind Tarifvertragsparteien des am 15. Juli 1958 abgeschlossenen und am 1. August 1958 in Kraft getretenen Bundesmanteltarifvertrages für Musiker (BMT Musiker). Die für den Rechtsstreit maßgebenden Vorschriften lauten wie folgt:

§ 2

Arbeitsverhältnis und -vertrag

Abs. 2: Arbeitgeber jedes einzelnen Kapellenmitgliedes ist grundsätzlich der Betriebsinhaber. Dies gilt auch dann, wenn der Betriebsinhaber den Kapellenleiter mit der Einstellung der Musiker beauftragt hat. Für schuldhaft Verletzungen der sich aus diesem Auftragsverhältnis ergebenden Verpflichtungen haftet der Kapellenleiter. Mit Forderungen aus diesen schuldhaften Verletzungen des Auftragsverhältnisses kann gegen Ansprüche des Kapellenleiters bis zur Höhe seiner eigenen Gage aufgerechnet werden.

Abs. 7: Aus dem Arbeitsvertrag, der mit einem Kapellenleiter für ein dem Namen nach benanntes, geschlossenes Ensemble vereinbart wird, sind alle Kapellenmitglieder gemeinsam berechtigt und verpflichtet, es sei denn,



- 8 -

daß die Gemeinsamkeit der vertragsge-
mäßen Ensembleleistung aus Gründen, die
die Kapellenmitglieder nicht zu vertreten
haben, nicht erbracht werden kann.

§ 9

Urlaub

Abs. 1: Der Urlaub für den täglich beschäftigten
Musiker beträgt für jeden vollen Monat
einen Tag.

§ 10

Erfüllung von Freizeitansprüchen

Abs. 1: Die in den §§ 7 bis 9 bezeichneten Freizeit-
ansprüche sind grundsätzlich in natura zu ge-
währen. Ist dies nicht möglich, so können die
Freizeitansprüche mit befreiender Wirkung nur
durch Herausgabe von Urlaubsmarken des Deutschen
Musikerverbandes an den Musiker erfüllt werden.
Befreit sich der Betriebsinhaber von den Frei-
zeitansprüchen durch Herausgabe von Urlaubs-
marken, so bemisst sich der Wert der Urlaubs-
marken mit $\frac{1}{26}$ der Monatsgage für jeden nicht
gewährten freien Tag.

Abs. 2: Soweit ein Landesurlaubsgesetz die Abgeltung
von Urlaub in Geld zuläßt, entfällt der Zwang
einer Abgeltung in Form von Urlaubsmarken.

Mit der Klage haben die Kläger unter Berufung auf
die §§ 7, 9 und 10 des BMT Musiker u.a. Abgeltung von
Ruhetagen und Urlaubstagen gefordert und zur Begründung
ausgeführt, zwischen ihnen und dem Beklagten habe ein
Arbeitsverhältnis bestanden, auf das der BMT Musiker
anzuwenden sei. Die vorstellungsfreien Ruhetage könnten
nicht als Urlaub gewertet werden, da eine derartige Hand-
habung gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit der Urlaubs-
freizeit verstoße.

Der Beklagte hat zu seinem Klagabweisungsantrag
geltend gemacht, nicht er, sondern der Kapellenleiter
M sei Arbeitgeber der Kläger gewesen; zwischen ihm
und den Klägern hätten keinerlei arbeitsvertragliche
Beziehungen bestanden. Ein etwaiger Urlaubsanspruch
der Kläger sei auch durch Freizeitgewährung in Form von
Ruhetagen erfüllt worden.

- 9 -



Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil der auf Herausgabe von Urlaubsmarken für Ruhetage und Urlaub, im Fall der Nichtausgabe binnen zwei Wochen auf Zahlung entsprechender Geldbeträge gerichteten Klage entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten hin die Klage insoweit abgewiesen und die Revision zugelassen. Es ist zugunsten der Kläger davon ausgegangen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 2 und 7 BMT Musiker bestanden habe, sieht aber den Urlaubsanspruch der Kläger infolge Gewährung von Ruhetagen mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse ihres Berufes und die Tätigkeit innerhalb einer Zirkuskapelle als erfüllt an.

Revision haben die Kläger lediglich insoweit eingelegt, als das Berufungsgericht die Klage auf Herausgabe von Urlaubsmarken für nichtgewährte Urlaubstage abgewiesen hat. Der Beklagte hat erklärt, er werde etwaige Ansprüche der Kläger gemäß § 10 Abs. 2 BMT Musiker in Geld erfüllen. Daraufhin beantragen die Kläger lediglich noch die Zahlung der rechnerisch unstreitigen Beträge von 161,52 DM an den Kläger P und 84,62 DM an den Kläger S, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg, da der Beklagte nach § 2 Abs. 2 BMT Musiker als Arbeitgeber der Kläger gilt und es ihm nach allgemeinen urlaubsrechtlichen Grundsätzen verwehrt ist, auf Grund des Betriebsablaufs sich ergebende arbeitsfreie Tage nachträglich einseitig auf den Urlaub anzurechnen.

1. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit ohne weiteres nach deutschem Recht beurteilt. Hiergegen bestehen im Ergebnis keine Bedenken. Beide Parteien sind in ihren Rechtsausführungen während dieses Rechtsstreits stets von der Anwendung deutschen Rechts ausgegangen. Dem



- 10 -

ist zu entnehmen, daß sie entweder von vornherein ihre Vertragsbeziehungen deutschem Recht unterstellen wollten oder daß dieser Wille jedenfalls jetzt übereinstimmend bei ihnen besteht (vgl. Urteil des Senats vom 30. Mai 1963, AP Nr. 7 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht Ziff. I 2; BGH Urteile vom 19. März 1956, LM Nr. 1 zu Internationales Privatrecht - Allgemeines, und vom 6. Dezember 1956, Wertpapiermitteilungen 1957 Nr. 4). Die Parteien haben grundsätzlich die Wahlfreiheit, welches Recht sie ihren arbeitsvertraglichen Beziehungen zugrunde legen wollen (Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S. 101, 140). Selbst wenn aber ein derartiger Parteiwille nicht feststellbar wäre, würden die Rechtsbeziehungen der Parteien nach deutschem Recht und - soweit es darauf ankommt - nach dem Recht des Landes Nordrhein-Westfalen zu beurteilen sein. Die Kläger haben ihre vertraglichen Verpflichtungen, abgesehen von dem Gastspiel in Rotterdam, im Gebiet der Bundesrepublik erfüllt. Dort war ganz überwiegend der Schwerpunkt ihres Arbeitsverhältnisses, ihr Arbeitsort (Gamillscheg aaO, S. 128 ff.; BAG 7, 362 [363] = AP Nr. 4 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht). Auch für die Anwendung tariflicher Rechtsnormen, hier des für das Gebiet der Bundesrepublik geltenden BMT Musiker, ist es unerheblich, ob die Arbeit vorübergehend auch im Ausland geleistet wird (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1. Band, § 18 IV S. 105).

Bei der Prüfung der Frage, welches Landesurlaubsrecht für die Arbeitsverhältnisse der Kläger galt, ist von den Regeln des interlokalen Kollisionsrechts, das denen des internationalen Kollisionsrechts folgt, auszugehen. Insoweit ist das Recht am Sitz des Arbeitgebers, hier also das Recht des Landes Nordrhein-Westfalen, anzuwenden, da die Kläger während ihres Arbeitsverhältnisses ständig in den Rechtsgebieten verschiedener

- 11 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

deutscher Länder gearbeitet haben und sich deshalb im Interesse der Stetigkeit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien als einziger Anknüpfungspunkt das "Recht des Arbeitgebers" anbietet (Gamillscheg, aaO).

2. Das Landesarbeitsgericht hat zugunsten der Kläger unterstellt, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis "im Sinne von § 2 Abs. 2 und 7 BMT Musiker" bestanden hat. Dem ist im Ergebnis beizutreten. Zu Recht geht das angefochtene Urteil gemäß § 3 Abs. 1 TVG von der Bindung der Parteien an diesen Tarifvertrag aus, der in § 2 Abs. 2 eine Bestimmung darüber enthält, wer grundsätzlich als Arbeitgeber der Kläger gilt.

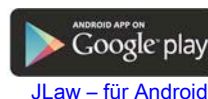
a) Das Berufungsgericht stellt in seiner Entscheidung für das Revisionsgericht bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO) fest, daß in dem streitigen Zeitraum die Kläger Mitglieder des Deutschen Musikerverbandes in der Gewerkschaft Kunst des DGB und der Beklagte Mitglied des Internationalen-Variété-, Theater- und Circusdirektoren-Verbandes in der Bundesrepublik Deutschland e.V. gewesen sind, ohne daß insoweit ein Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt oder irgendwelche Revisionsrügen erhoben worden wären. Es ist auch der Ansicht des Berufungsgerichts beizutreten, daß die Kläger entgegen der vom Beklagten in der Berufungsinstanz vertretenen Auffassung Vollmitglieder der Gewerkschaft und nicht nur sogenannte "Gastmitglieder" gewesen sind. Offenbar beruht diese Ansicht des Beklagten auf der Tatsache, daß die Kläger als Österreicher nur vorübergehend während ihrer Tournee in der Bundesrepublik (und in Holland) Mitglieder des DGB waren. Diesem Umstand kommt aber jedenfalls hier keine rechtliche Bedeutung für die Frage der Tarifbindung zu. Nach dem am 1. Oktober 1960 in Kraft getretenen sogenannten "Mainzer Abkommen" (Ziff. 1) waren die Kläger als Mitglieder einer österreichischen Gewerkschaft gehalten, in der Bundesrepublik als Gastland die Mitgliedschaft des Deutschen Musikerverbandes zu erwerben. Sie hatten nach

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

- 12 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Ziff. 4 dieses Abkommens dann auch die gleichen Rechte wie die Mitglieder der Gewerkschaft des Gastlandes. Die Statuten des Deutschen Musikerverbandes enthalten keinerlei Vorschriften über eine besondere, vor allem eine geminderte Rechtsstellung sogenannter "Gastmitglieder". Für eine Anwendung der vom Ersten Senat (BAG 12, 285 [288 ff.] = AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit) zur Frage der Tarifgebundenheit eines "Gastmitgliedes" eines Arbeitgeberverbandes aufgestellten Rechtsgrundsätze ist daher kein Raum.

An dieser Tarifbindung der Parteien ändert auch der Hinweis der Agentur R in ihrem Schreiben an die Agentur H vom 3. Januar 1961 nichts, die Bestimmungen des BMT Musiker könnten keine Anwendung finden, da es sich um eine 3 - 4 Ländertournee handele. In dieser Mitteilung ist nur die Äußerung einer nicht zutreffenden Rechtsansicht (vgl. Ziff. 1 dieser Entscheidungsgründe) zu sehen. Selbst wenn diese Äusserung aber das(möglicherweise von der Gegenseite angenommene) Angebot einer vertraglichen Abmachung sein sollte, würde diese gegen das Unabdingbarkeitsprinzip des § 4 TVG verstoßen und daher unwirksam sein.

b) Gilt demnach der BMT Musiker für zwischen den Parteien bestehende Rechtsbeziehungen, so auch dessen § 2 Abs. 2. Danach ist Arbeitgeber jedes einzelnen Kapellenmitgliedes grundsätzlich der Betriebsinhaber. Ähnliche Tarifbestimmungen, mit denen sich auch das Reichsarbeitsgericht mehrfach befaßt hat (vgl. insbesondere RAG ARS 6, 116 und 38, 139), gab es schon seit den Zeiten der Weimarer Republik. Die Tarifvertragsparteien wollen mit derartigen Vorschriften die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten ausräumen, die immer wieder bei der Klärung der Frage entstehen, wer denn nun der Arbeitgeber der Musiker einer Kapelle ist. Das Reichsarbeitsgericht hat Bestimmungen dieser Art früher zu den sogenannten Inhaltsnormen eines Tarifvertrages gerechnet und ihnen deshalb schon damals nicht nur schuldrechtlichen, sondern normativen Charakter beigelegt (vgl. Hueck-



- 13 -

Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., 2. Bd., § 15 II 6 Fußnote 95 S. 206). Ob man derartige Klauseln heute statt als Inhalts- als Abschlußnormen anzusehen hat, kann hier dahinstehen, da letzteren nach dem TVG jetzt ebenfalls normative Bedeutung zukommt (Hueck-Nipperdey, aaO, III S. 222 ff.; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, 4. Aufl., § 1 Anm. 64; BAG 11, 1 = AP Nr. 106 zu § 1 TVG Auslegung). Gegen die Zulässigkeit derartiger Tarifklauseln bestehen jedenfalls hier auch nicht unter dem Gesichtspunkt rechtliche Bedenken, daß dem Arbeitgeber und (oder) den Arbeitnehmern Vertragsbeziehungen aufgezwungen würden, für die gar keine Ansatzpunkte bestehen und die sie gar nicht gewollt haben. Denn die Kläger haben auf Grund der Einzelverträge vom 30. Januar 1961 Arbeitsleistungen erbracht, die dem Beklagten als Veranstalter der Tournee auch zugute gekommen sind. Tarifnormen können aber zumindest bereits bestehende soziale Kontakte rechtlich lenken und ordnen.

c) Nach der Fiktion des § 2 Abs. 2 BMT Musiker ist der "Betriebsinhaber" Arbeitgeber jedes einzelnen Kapellenmitglieds. Der Beklagte ist zwar kein Betriebsinhaber im eigentlichen Sinne des Wortes. Denn er hat es lediglich übernommen, das Gastspiel des russischen Staatszirkus in der Bundesrepublik (und in Holland) als "Veranstalter" durchzuführen, und zu diesem Zweck auch die Kapelle M engagiert. In dieser Eigenschaft als Veranstalter einer internationalen Tournee in der Bundesrepublik hat der Beklagte aber die Funktion des "Betriebsinhabers" jedenfalls im Verhältnis zu den Mitgliedern der Kapelle M übernommen. Es ist nicht ersichtlich, wer sonst Betriebsinhaber sein sollte. Dies kann insbesondere nicht der russische Staatszirkus sein, zu dem die Kapelle M in keinerlei Vertragsbeziehungen stand, noch die Agentur R, die ja im Auftrag des Beklagten die Kapelle verpflichtete.

- 14 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

d) Es ist auch nicht eindeutig eine Vereinbarung dahin getroffen worden, daß der Beklagte etwa nicht als Arbeitgeber jedes einzelnen Kapellenmitgliedes gelten sollte. Zwar läßt § 2 Abs. 2 Satz 1 BMT Musiker in Verbindung mit der Protokollnotiz Ausnahmen zu, da die Fiktion nur "grundsätzlich" gelten soll. Derartige Abweichungen gegenüber normativen Vorschriften können auch in einem Tarifvertrag zugelassen werden (§ 4 Abs. 3 TVG). Ist aber nichts abweichendes vereinbart oder läßt sich eine derartige Abrede jedenfalls nicht feststellen, so verbleibt es bei der tariflichen Regelung. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung hätte der Beklagte als Betriebsinhaber darlegen und beweisen müssen, daß in Anwendung der ermächtigenden Tarifnorm eine anderweitige Absprache getroffen worden ist (vgl. Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 56 I 3; Rosenberg, Die Beweislast, 4. Aufl., S. 296), und zwar zwischen ihm und jedem einzelnen Kapellenmitglied. Insoweit fehlt es bereits an jedem schlüssigen Sachvortrag des Beklagten.

Ein Ausschluß unmittelbarer arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien ergibt sich auch nicht, zumindest nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit, aus den im Rechtsstreit überreichten Verträgen und dem sonstigen Schriftwechsel. Diese Unterlagen stehen dem Revisionsgericht in gleicher Geschlossenheit wie dem Berufungsgericht zur Verfügung, das von seinem Rechtsstandpunkt aus von einer Auslegung bewußt Abstand genommen hat. Kommt in einem derartigen Fall die Erschließung weiteren Tatsachenmaterials offenbar nicht in Frage - wie es hier der Fall ist -, so ist auch das Bundesarbeitsgericht befugt, die unterlassene Auslegung nachzuholen, ohne den Rechtsstreit dieserhalb zurückverweisen zu müssen (vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 550 ZPO; BAG 6, 321 [345] = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht; BAG AP Nr. 11 und 21 zu § 611 BGB Gratifikation;



- 15 -

BAG 10, 122 [127] = AP Nr. 1 zu § 164 HGB).

Dem Beklagten ist zuzugeben, daß mehrere Umstände, z.B. das Recht des Kapellenleiters M , während der Vertragsdauer einzelne Kapellenmitglieder auszuwechseln, und die Vereinbarung einer Gesamtgage für das Orchester, gegen die Arbeitgebereigenschaft des Beklagten sprechen. Dem stehen aber zahlreiche Gesichtspunkte gegenüber, die die Fiktion des § 2 Abs. 2 BMT Musiker stützen und für eine Arbeitgebereigenschaft des Beklagten, jedenfalls auch gerade hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Ansprüche der einzelnen Kapellenmitglieder im allgemeinen und der hier im Streit befindlichen Urlaubsabgeltungsansprüche im besonderen, sprechen. Nach dem Engagementsvertrag vom 3. Januar 1961 obliegt dem Beklagten die Einteilung des Dienstes einschließlich der Gewährung dienstfreier Tage. Der Kapellenleiter M , der für die Dauer der Tournee durch einen russischen Kapellenleiter ersetzt wurde, war dazu auch praktisch gar nicht in der Lage. Der Beklagte hatte weiter die Steuern und Sozialabgaben für die einzelnen Musiker einzubehalten und abzuführen. Ihm waren die Personalpapiere der Musiker zu Beginn des Engagements zu übergeben. Demgemäß ist auch verfahren worden. Die Einzelverträge mit den Musikern vom 30. Januar 1961 hat offenbar die Agentur R abgeschlossen. Sie wird nicht nur als Vertragspartner bezeichnet, sondern erscheint auch im Kopf der Einzelverträge. Die Agentur R kann aber nur in Vertretung des Beklagten, nicht des Kapellenleiters M oder der einzelnen Musiker gehandelt haben. Andernfalls läge ein Vertrag der Kapellenmitglieder mit sich selbst vor.

Zusammengefaßt ergibt sich, daß jedenfalls keine sicheren Anhaltspunkte für die Annahme gegeben sind, es sollten keine unmittelbaren arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen den einzelnen Kapellenmitgliedern (Klägern

- 16 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und dem Beklagten bestehen. Gewiß lassen der Schriftwechsel und die Verträge zahlreiche Zweifel offen, wie denn nun die Vertragsbeziehungen zwischen den einzelnen Kapellenmitgliedern, dem Kapellenleiter M und dem Beklagten gestaltet sein sollten. Gerade diesen Fall will aber § 2 Abs. 2 BMT Musiker regeln und klare Rechtsverhältnisse schaffen. Der Beklagte ist daher als Arbeitgeber der Kläger anzusehen und für deren Ansprüche aus den Arbeitsverhältnissen passiv legitimiert.

3. a) In der Revisionsinstanz ist nur noch über die Urlaubsabgeltungsansprüche der Kläger zu entscheiden. Nach § 9 Abs. 1 BMT Musiker, der mit § 5 Abs. 1 und 2 Urlaubsgesetz Nordrhein-Westfalen inhaltlich übereinstimmt, haben die täglich beschäftigten Musiker für jeden vollen Beschäftigungsmonat Anspruch auf einen Tag Urlaub. Ist die Gewährung von Freizeit in Natur nicht möglich, so sind nach § 10 Abs. 1 BMT Musiker Urlaubsmarken des Deutschen Musikerverbandes herauszugeben. Der Zwang einer Urlaubsabgeltung in Form von Urlaubsmarken entfällt jedoch gemäß § 10 Abs. 2 dieses Tarifvertrages für den Arbeitgeber, soweit ein Landesurlaubsgesetz die Abgeltung von Urlaub in Geld zuläßt. Das ist nach § 8 Urlaubsgesetz Nordrhein-Westfalen der Fall. Der Beklagte konnte daher auf Grund des § 10 Abs. 2 BMT Musiker in Verbindung mit den §§ 262 ff. BGB zulässigerweise erklären, er werde die etwaigen Urlaubsabgeltungsansprüche der Kläger in Geld erfüllen. Die daraufhin von den Klägern lediglich noch geltend gemachten Zahlungsansprüche zur Abgeltung der ihnen nach § 9 Abs. 1 BMT Musiker zustehenden Urlaubstage sind rechnerisch unstreitig.

b) Die Ansprüche auf Urlaubsabgeltung sind aber auch begründet. Es kann nicht der Ansicht des Landesarbeitsgerichts beigetreten werden, die den Klägern zustehenden Urlaubstage seien durch die angefallenen dienstfreien Tage "nach den besonderen Verhältnissen ihres Berufes und des Einsatzes als Zirkuskapelle" gewährt worden. Ob



- 17 -

dem der Grundsatz der Unteilbarkeit des Urlaubs hier entgegensteht, kann dahinstehen. Jedenfalls kann der Arbeitgeber aber nicht nachträglich und sogar noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einverständnis des Arbeitnehmers durch den Betriebsablauf angefallene arbeitsfreie Tage auf den Urlaub anrechnen (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1. Bd., § 49 VI 1 Fußnote 93 S. 449). Die Erteilung des Urlaubs kraft des Weisungsrechts des Arbeitgebers (BAG 11, 318 [324] = AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht mit weiteren Nachweisen) bedarf in aller Regel einer vorherigen ausdrücklichen Willenserklärung (BAG AP Nr. 20 und 83 zu § 611 BGB Urlaubsrecht). Der Arbeitnehmer muß von vornherein wissen, ob er Urlaub hat, weil Urlaub Freizeitgewährung zum Zwecke der Erholung bedeutet und ein Arbeitnehmer arbeitsfreie Tage unter Umständen nicht zweckentsprechend verwendet, wenn er erst nachträglich erfährt, daß er Urlaub gehabt hat (vgl. Dersch-Neumann, BUrlG, 3. Aufl., § 3 Anm. 36 ff.; Stahlhacke, BUrlG, § 3 Anm. 23).

c) Die Urlaubsabgeltungsansprüche der Kläger entfallen schließlich auch nicht deshalb, weil der Zeuge St anläßlich der Endabrechnung mit der Kapelle und der Aushändigung der Arbeitspapiere dem Beklagten schriftlich bestätigt hat, weitere Forderungen bestünden nicht. Ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte ist nur unter den in § 4 Abs. 4 TVG genannten Voraussetzungen zulässig, die hier nicht vorliegen.

gez. Dr. Boldt Wichmann Dr. Auffarth
Kempe Keller



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)