

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
für die amtliche Sammlung! ja

31. Okt. 1968
120

Gesetz: Tarifordnung für die Deutschen Kulturorchester vom
30.3. 1938 (TOK), § 25

Leitsätze:

1. Bei der Entscheidung der Frage, ob dem Orchester durch die Beurlaubung eines Musikers zu einem Probespiel gemäß § 25 TOK ein unverhältnismäßiger Nachteil entstehen würde, sind die Belange des Orchesters bzw. des Orchesterträgers und des Musikers gegeneinander abzuwägen.
2. Der Tatsachenrichter hält sich im Rahmen seines Beurteilungsspielraums, wenn er die Abwesenheit eines Stimmführers bei der Aufführung moderner Konzertmusik als unverhältnismäßigen Nachteil erachtet.
3. Stellt der Musiker einen Ersatzspieler, um einen unverhältnismäßigen Nachteil auszugleichen oder zu mindern, so kann er die dafür aufgewandten Kosten mangels dahingehender Vereinbarung nicht vom Orchesterträger ersetzt verlangen.

Aktenzeichen: 5 AZR 60/68

Urteil des BAG vom 31. Oktober 1968

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 60/68

4 Sa 190/67

Verkündet
am 31. Oktober 1968

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!¹²⁰

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31. Oktober 1968 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Röglin und Dr. Toeche-Mittler für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 8. Dezember 1967
- 4 Sa 190/67 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1939 geborene Kläger studierte bis 1965 an der Nordwestdeutschen Musikakademie in D das Hauptfach Kontrabaß. Die Beklagte stellte ihn am 16. August 1965 für ihr aus 57 Musikern bestehendes Orchester als Ersten Solokontrabassisten ein. Am 25. Mai 1966 bat der Kläger um Dienstbefreiung für den 6. Juni 1966, um an diesem Tage an einem Probespiel in S teilnehmen zu können.

Am 6. Juni 1966 hatte das Orchester der Beklagten im Rahmen eines Konzertzyklusses sein drittes Konzert, in dem folgende Stücke auf dem Programm standen:

Rudolf Kelterborn	Vier Nachtstücke (Gastdirigent Reinhard Kaufmann)
Heinz Rolwes	Drei Gesänge für Violoncello und Orchester - Uraufführung
Manuel de Falla	Nächte in spanischen Gärten Sinfonische Impressionen für Klavier und Orchester
Maurice Ravel	Rapsodie espagnole

Die Beklagte beantwortete die Bitte des Klägers am 31. Mai 1966 mit folgendem Schreiben:

"Nach Rücksprache mit Herrn Generalmusikdirektor L können wir Sie leider am 6. Juni d.J. - da an diesem Tage eigenes Konzert ist - für ein Probespiel nicht beurlauben. Herr GMD L ist aber bereit, einen anderen 1. Solo-Bassisten für Konzert und 2 Proben zu akzeptieren, der dann von Ihnen bezahlt werden müßte.

Ich halte es für richtig, daß Sie die Ersatzge-
stellung mit Herrn GMD L persönlich besprechen."

Hierauf antwortete der Kläger mit Schreiben vom 2. Juni 1966 wie folgt:

"Auf Ihr Schreiben vom 31. Mai teile ich Ihnen mit, daß ich einen Solobassisten für zwei Proben und für das Sinfoniekonzert auf eigene Kosten bestellt habe; jedoch bitte ich, hierin nicht die Anerkennung der Rechtslage nach § 25 der TOK zu sehen.

Ich werde bemüht sein, im beiderseitigen Interesse diese Angelegenheit zu klären."

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger reiste zu dem Probespiel nach S . und stellte auf seine Kosten einen Ersatzspieler. Diese Kosten verlangt er nunmehr von der Beklagten unter Berufung auf § 25 TOK in der rechnerisch unstreitigen Höhe von 195,60 DM ersetzt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Kläger hatte vor dem Arbeitsgericht und vor dem Landesarbeitsgericht keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt er seinen Klagantrag weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben. Der Zahlungsanspruch des Klägers könnte nur aus der Bestimmung des § 25 TOK - Freizeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung -, unter Umständen in Verbindung mit Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, insbesondere des Auftragsrechts, hergeleitet werden. Maßgebend ist, ob dem Orchester durch den Zeitpunkt und (oder) die Dauer der vom Kläger begehrten Freizeit ein "unverhältnismäßiger Nachteil" (§ 25 Satz 2 TOK) entstanden wäre. Insoweit handelt es sich um einen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung sowie bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter diesen Begriff dem Tatsachenrichter ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen ist (vgl. BAG 4, 152 [155] = AP Nr. 18 zu § 3 TO.A; BAG 9, 263 [265] = AP Nr. 42 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 3 zu § 3 BUrtG Rechtsmißbrauch; BAG AP Nr. 8 zu § 23 BetrVG). Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält sich in diesem Rahmen und ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wie sich aus folgendem ergibt:

Nach § 25 Satz 1 TOK ist dem Musiker auf Verlangen angemessene Zeit zur Erreichung einer neuen Anstellung zu gewähren. Unstreitig hat der Kläger einen Antrag auf



- 4 -

Beurlaubung gestellt, um ein auswärtiges Probespiel am 6. Juni 1966 mit dem Ziel einer neuen Anstellung absolvieren zu können. Daß sich der Musiker in einem gekündigten Arbeitsverhältnis befindet, ist im Gegensatz zur Vorschrift des § 629 BGB nicht erforderlich. Die Beklagte beruft sich aber auf die gegenüber § 629 BGB einschränkende Bestimmung des § 25 Satz 2 TOK, wonach ein Anspruch auf Freizeit nicht besteht, wenn dem Orchester durch die Freizeitgewährung ein "unverhältnismäßiger Nachteil" entstanden wäre.

Entgegen der Auffassung der Revision ist bei der erforderlichen Abwägung der Interessen des Musikers als Arbeitnehmer und des Orchesters kein rechtserheblicher Unterschied zwischen dem Orchester selbst und dem Orchesterträger zu machen. Zwar verwendet die TOK neben dem Begriff des Orchesters, das dem "Betrieb" gleichzusetzen ist, auch den des Orchesterträgers (z.B. § 11 TOK), des Dienstberechtigten (§ 20 TOK) und des Arbeitgebers (§ 14 TOK). Es ist aber nicht erkennbar, daß dieser Differenzierung in der Bezeichnung des Arbeitgebers einerseits und der besonderen Erwähnung des Orchesters in anderen Bestimmungen der TOK andererseits eine besondere Bedeutung zukommen sollte. Vor allem läßt der Umstand, daß § 25 TOK eine Abwägung der Interessen des Musikers mit denen des Orchesters verlangt, nicht darauf schließen, die Interessen des eigentlichen Arbeitgebers, des Orchesterträgers, seien unerheblich. Vielmehr sind die Belange des Orchesters als "Betrieb" und des Orchesterträgers als "Arbeitgeber" als Einheit anzusehen, denen die Interessen der einzelnen Musiker gegenüberstehen und abzuwägen sind.

Von der Stellung von Ersatzspielern ist im § 25 TOK selbst keine Rede. Es ist zwar weitgehend üblich, daß Musiker für die Zeitdauer eines Probespiels oder aus anderen persönlichen Hinderungsgründen durch andere Musiker vertreten werden, die entweder bei größeren Orchestern aus den Reihen der Orchestermusiker selbst

- 5 -

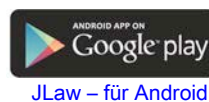


JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

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

gestellt werden, oder von auswärts herangezogen werden müssen. Die Frage, ob ein unverhältnismäßiger Nachteil droht, ist aber zunächst einmal unabhängig von der Frage einer möglichen Ersatzgestellung, jedenfalls durch orchesterfremde Musiker, zu prüfen. Gemäß § 613 BGB sind die Dienste eines Arbeitnehmers grundsätzlich in Person zu leisten. Was bereits für das normale Arbeitsverhältnis gilt, muß erst recht für den Beruf des Musikers und dessen Berufsausübung innerhalb des Klangkörpers eines Orchesters gelten (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des Senats vom 21. Juni 1968 - 5 AZR 408/67), vor allem wenn die Veranstaltung eines Konzerts in Rede steht.

Sofern durch das Fehlen des Musikers dem Orchester kein unverhältnismäßiger Nachteil entsteht, ist der Musiker in der Regel auch nicht zur Stellung eines Ersatzmannes verpflichtet (vgl. Nipperdey-Mohnen-Neumann, Dienstvertrag, 1958, § 613 Anm. 5). Einen etwa erforderlichen Vertreter hat dann der Orchesterträger zu bestellen und zu bezahlen. Sofern aber dem Orchester durch das Fernbleiben des Musikers im konkreten Fall ein unverhältnismäßiger Nachteil entstehen würde und dieser dadurch gemindert oder beseitigt werden kann, daß ein Ersatzmann gestellt wird, gehen die hierdurch entstehenden Kosten in aller Regel zu Lasten des Musikers. Wenn nämlich ein Arbeitgeber einen Musiker entgegenkommenderweise beurlaubt, ohne nach § 25 TOK hierzu verpflichtet zu sein, so würde es Treu und Glauben und der Billigkeit widersprechen, ihn dann auch noch die Aufwendungen für einen Ersatzspieler tragen zu lassen, den zu akzeptieren er wegen der Gefährdung einer Konzertaufführung von vornherein nicht verpflichtet war. Daß ein unverhältnismäßiger Nachteil unter Umständen durch Stellung eines Ersatzspielers ausgeglichen werden kann, bedeutet nicht, daß dieser Nachteil nicht vorhanden gewesen und demnach der Musiker von vornherein freizustellen gewesen wäre.



Von diesem rechtlichen Ausgangspunkt aus gesehen ist die Auffassung des angefochtenen Urteils, dem Beklagten wäre durch die Beurlaubung des Klägers für das Probe-spiel in Stuttgart ein unverhältnismäßiger Nachteil entstanden, aus revisionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Diese Wertung hält sich im Rahmen des Beurteilungsspielraums des Landesarbeitsgerichts. Das angefochtene Urteil berücksichtigt u.a., daß es sich um ein kleineres Orchester handelt, bei dem eine Ersatz-gestellung innerhalb des Orchesters kaum möglich ist, weiter, daß moderne Musik zum Teil unter Leitung eines Gastdirigenten geboten werden sollte, so daß im Gegen-satz zu Repertoirestücken zwei besondere Proben er-forderlich waren. Ob der weiteren Erwägung rechtliches Gewicht zukommt, der Kläger habe sich noch in ungekün-digter Stellung im Probearbeitsverhältnis befunden und es habe sich bei der Beklagten um seine erste Anstellung ge-handelt, kann dahinstehen. Jedenfalls war der Kläger als Erster Solokontrabassist Stimmführer. Sein ersatzloser Wegfall hätte dazu geführt, daß das Konzert jedenfalls mit den vorgesehenen Musikstücken nicht hätte stattfin-den können, ein Ergebnis, das selbst die Revision als unverhältnismäßigen Nachteil für das Orchester trotz der gegenteiligen Interessenlage des Musikers ansehen würde.

Da dem Kläger nach den vorstehenden Ausführungen schon kraft Gesetzes kein Anspruch auf Ersatz der Auf-wendungen für den gestellten Ersatzspieler zusteht, be-darf es keiner Erörterung der Frage, ob sich die Parteien etwa auch rechtswirksam vertraglich darauf geeinigt haben, der Kläger solle auf seine Kosten den Ersatzspieler stellen.

gez. Dr. Boldt

Dr. Auffarth

Siara

Röglin

Dr. Toeche-Mittler



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

