

Aktenzeichen: 6 AZR 146/85

Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 31. Juli 1986

- 6 AZR 146/85 -

I. Arbeitsgericht

Flensburg

Urteil vom 25. Oktober 1983

- 2 Ca 630/83 -

II. Landesarbeitsgericht

Schleswig-Holstein

Urteil vom 18. Januar 1985

- 3 Sa 797/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Freizeitausgleich für Betriebsratssitzung

Gesetz:

BetrVG § 37; Tarifvertrag für die Musiker in

Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 §§ 15, 16, 17

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

(vgl. Urteil vom 31. Oktober 1985 - 6 AZR 175/83 - AP Nr. 52
zu § 37 BetrVG = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 83)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 146/85

3 Sa 797/83 Schleswig-Holstein

Verkündet am
31. Juli 1986

Stöcker,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 1986 durch den Vorsitzenden
Richter Prof. Dr. Röhler, die Richter Dr. Jobs und Schneider



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sowie die ehrenamtlichen Richter Möller-Lücking und
Dr. Steinhäuser für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 18. Januar 1985 - 3 Sa 797/83 - wird zurückgewiesen, soweit er mit seinen Ansprüchen in Höhe von 63,02 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 28. Januar 1979 abgewiesen worden ist.
2. Im übrigen wird das vorbezeichnete Urteil einschließlich der Kostenentscheidung aufgehoben.
3. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

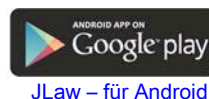
V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger trat am 1. Oktober 1963 als Musiker in die Dienste des damaligen Zweckverbandes "N -Sinfonie-Orchester F ". In seinem Arbeitsvertrag vom 14. Oktober 1963 ist die Verpflichtung zum Spielen des Instrumentes "Cello", die Mitwirkung in der Kurkapelle W und bei der Theatermusik geregelt. Im übrigen wird auf die Tarifordnung für Kulturorchester und die sie ergänzenden, ändernden oder an ihre Stelle tretenden Tarifverträge verwiesen. Als 1973 unter gleichzeitiger Auflösung des Zweckverbandes die Beklagte als gemeinsame Rechts-trägerin für den Betrieb des Landestheaters und des Landessinfonieorchesters mit den Spielhäusern Theater F , Theater R und Theater S gegründet wurde, sind die Orchestermusiker einschließlich des Klägers zu unveränderten Ver-



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



tragsbedingungen übernommen worden.

Der Kläger ist Mitglied der Deutschen Orchestervereinigung, die Beklagte Mitglied des Deutschen Bühnenvereins. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet daher der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der Fassung des Änderungstarifvertrages vom 26. Januar 1978 Anwendung. Die hier interessierenden Tarifvorschriften lauten:

"§ 15

Dienstliche Inanspruchnahme

(1) Durch die Regelung der dienstlichen Inanspruchnahme darf keine übermäßige Belastung des Musikers eintreten.

(2) Die wöchentlich bekanntgegebene Spiel- und Probeneinteilung gilt als Arbeitsplan. Aufführungen und Proben sowie etwaige Änderungen des Arbeitsplans sind durch Anschlag im Orchesterzimmer bekanntzugeben.

Die Dauer einer Probe soll im allgemeinen drei Stunden nicht überschreiten. Dies gilt nicht für Haupt- und Generalproben. Als Hauptprobe gilt nur die letzte oder vorletzte Probe vor der Generalprobe.

(3) Der Musiker hat sich über den Arbeitsplan und etwaige Änderungen zu unterrichten. Nach Beendigung des Vormittagsdienstes eintretende Änderungen für denselben Abend oder den nächsten Tag sind dem Musiker besonders mitzuteilen.

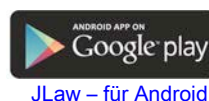
(4) Der Musiker hat sich spätestens zehn Minuten vor Beginn seines Dienstes in der Aufführungsstätte einzufinden und spätestens fünf Minuten vor Beginn des Dienstes seinen Platz im Orchester einzunehmen.

Protokollnotiz Nr. 1

Das Maß der Inanspruchnahme richtet sich nach der



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



Größe und den Aufgaben des Kulturorchesters. Dabei ist insbesondere die Gestaltung des Spielplans (Schwierigkeit der im Spielplan vorgesehenen Werke, Häufigkeit der Wiedergabe eines Werkes, Dauer des einzelnen Dienstes u. dergl.) von Bedeutung. Unter Berücksichtigung dieser Umstände liegt eine übermäßige Belastung vor, wenn der Musiker im Durchschnitt von acht Wochen (bei Konzertorchestern von zwölf Wochen) wöchentlich an mehr als acht Diensten (Auführungen und Proben) teilnimmt, kann eine übermäßige Belastung aber auch schon dann vorliegen, wenn der Musiker zu mehr als sieben Diensten wöchentlich herangezogen wird.

.....

§ 16

Dienstfreie Tage

- (1) Der Musiker hat in jeder Kalenderwoche Anspruch auf einen dienstfreien Tag.
- (2) Anstelle des dienstfreien Tages können höchstens zweimal im Kalendermonat im Einvernehmen mit dem Orchestervorstand zwei dienstfreie Abende gewährt werden. Der dienstfreie Abend beginnt mit der Beendigung des Vormittagsdienstes. Endet der Vormittagsdienst nach 14 Uhr, darf der anschließende Teil des Tages nicht als dienstfreier Abend gerechnet werden.
- (3) Wenn besondere Umstände es notwendig machen, können im Einvernehmen mit dem Orchestervorstand die dienstfreien Tage innerhalb von zwei Wochen zusammenhängend gewährt werden.
- (4) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht für Musiker, deren Arbeitgeber ständig überwiegend Veranstaltungen außerhalb seines Sitzes durchführt. Jedoch sind auch diesen Musikern in angemessenem Umfang dienstfreie Tage zu gewähren. Das Nähere kann durch Dienst- oder Betriebsvereinbarung geregelt werden.

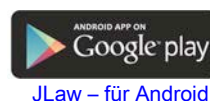
§ 17

Ruhezeit

- (1) Nach dem Ende der Abendaufführung und nach der Heimkehr zur Nachtzeit von einer Aufführung, die nicht am Sitz des Orchesters stattgefunden hat, ist dem Musiker eine elfstündige Ruhezeit zu gewähren. Auf die Ruhezeit nach einer Aufführung,



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



die nicht am Sitz des Orchesters stattfindet, kann die Rückfahrzeit zur Hälfte, jedoch nicht mit mehr als einer Stunde angerechnet werden; dabei werden 50 Fahrkilometer einer Stunde gleichgesetzt.

- (2) Außer bei Doppelvorstellungen ist dem Musiker vor Beginn einer Aufführung eine Ruhezeit von fünf Stunden, nach Hauptproben und nach Generalproben von vier Stunden zu gewähren. Dies gilt nicht, wenn Spielplan- oder Betriebsstörungen oder auswärtige Gastspiele eine Verkürzung der Ruhezeit notwendig machen. In diesen Fällen ist jedoch eine angemessene Ruhezeit zu gewähren.

Protokollnotiz:

Als Hauptprobe gilt nur die letzte oder die vorletzte Probe vor der Generalprobe. Wird die Hauptprobe wegen der Länge des Werkes geteilt, gilt nur ein Teil als Hauptprobe."

Der Kläger, der bereits zu Zeiten des Bestehens des Zweckverbandes Personalratsmitglied war, wurde nach Gründung der Beklagten Mitglied des für deren F Betrieb gewählten Betriebsrats. Zwischen den Parteien entstanden in der Folgezeit mehrfach Unstimmigkeiten über die Vergütung von Betriebsrats-sitzungen, die außerhalb der durch den Arbeitsplan festgesetzten Spiel- und Probeneinteilung stattfanden.

Für die Betriebsratssitzungen vom 5. Juni 1978, 19. Juni 1978, 14. September 1978 und 28. Dezember 1978 verlangte der Kläger mit Schreiben vom 15. Juni 1978, 14. September 1978, 28. Dezember 1978 Freizeitausgleich bzw. mit Schreiben vom 24. September 1978 und 22. Mai 1979 erfolglos Mehrarbeitsvergütung. Diesem Verlangen des Klägers lagen folgende Vorgänge zugrunde: Der aus sieben Mitgliedern (fünf Orchestermusiker und zwei gewerbliche Arbeitnehmer) zusammengesetzte Betriebsrat tagte



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



am 5. Juni 1978 von 10.00 bis 13.00 Uhr. Obwohl der Kläger nach dem vorläufigen Dienstplan für die Zeit vom 5. Juni bis 11. Juni 1978 zur Orchesterprobe von 18.00 bis 21.00 Uhr im Deutschen Haus F eingeteilt war, teilte er der Verwaltung der Beklagten zu Händen des zuständigen Orchesterinspektors K jedoch erstmals am 16. Juni 1978 durch Übergabe eines Schreibens vom 15. Juni 1978 seine Teilnahme an dieser Betriebsratssitzung mit. Im gleichen Schreiben kündigte er seine Teilnahme an einer weiteren Betriebsratssitzung am 19. Juni 1978 ab 16.00 Uhr an. An der für den 19. Juni 1978 nach dem Dienstplan ab 10.00 Uhr angesetzten Orchesterprobe im Theater F nahm der Kläger jedoch teil. Die Betriebsratssitzung am 19. Juni 1978 dauerte von 16.00 bis 18.30 Uhr. Mit Schreiben vom 21. Juni 1978 teilte der Produktionsleiter R dem Kläger mit, daß zwar dagegen verstoßen worden sei, vor der Sitzung des Betriebsrats den Arbeitgeber zu informieren, der Orchesterinspektor K aber dennoch angewiesen worden sei, einen Freizeitausgleich für die Betriebsratssitzungen durch Freistellung von Diensten am 23. und/oder 24. Juni 1978 zu gewähren. In dem "vorläufigen Dienstplan für die Zeit 19.6. bis 25.6.1978" war angeführt, daß der Dienst noch bekanntgegeben werde. Tatsächlich erfolgte an diesen Tagen jedoch keine dienstliche Inanspruchnahme der Musiker. Gleichwohl bat der Kläger mit Schreiben vom 24. September 1978 "gem. § 37 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG" um Vergütung von drei Stunden für den 5. Juni 1978 und 2 1/2 Stunden für den 19. Juni 1978 "wie Mehrarbeit (§ 15 AZO)". Für den 14. September 1978 war im "vorläufigen Dienstplan für die Zeit 10. September 1978 bis 23. September 1978" eingetragen



"Orchester dienstfrei". An diesem Tag nahm der Kläger in der Zeit von 10.00 bis 13.00 Uhr an einer Betriebsratssitzung teil. Er setzte die Beklagte nach Sitzungsende mit Schreiben vom gleichen Tag, eingegangen bei der Beklagten am 16. September 1978, davon in Kenntnis, "daß ich heute von 10.00 Uhr bis 13.00 Uhr an meinem freien Tag Betriebsratssitzung hatte". Am 28. Dezember 1978 war für die Zeit von 10.00 bis 13.00 Uhr nach dem "vorläufigen Dienstplan für die Zeit vom 25. Dezember bis 31. Dezember 1978" von 10.00 bis 13.00 Uhr Orchesterprobe Sinfonie-Konzert und von 17.00 bis 20.00 Uhr ebenfalls Orchesterprobe im Deutschen Haus F angesetzt. Der Kläger war für die erste Probe freigestellt worden, weil er die Überschneidung mit einer Betriebsratssitzung angekündigt hatte. Die Betriebsratssitzung fand von 10.00 bis 13.45 Uhr im Stadttheater F statt. Die Orchesterprobe wurde bereits gegen 11.45 Uhr vom Generalmusikdirektor vorzeitig beendet. Dies erfuhr der Betriebsrat vom Orchesterinspektor K, als dieser nach dem vorzeitigen Probeschluß den im Stadttheater tagenden Betriebsrat aufsuchte.

Der Kläger, der mit der vorliegenden Klage für die Betriebsratssitzungen vom 5. Juni 1978, 19. Juni 1978, 14. September 1978 und 28. Dezember 1978 Mehrarbeitsvergütung verlangt, hat geltend gemacht, für die Teilnahme an diesen Betriebsratssitzungen habe er ganz, bzw. für die am 28. Dezember 1978 teilweise, nämlich ab 11.45 Uhr bis zum Ende der Betriebsratssitzung um 13.45 Uhr, Freizeit in Anspruch nehmen müssen. Diese Betriebsratstätigkeit sei außerhalb seiner durch den Dienstplan bestimmten und vom Arbeitgeber festgelegten Arbeitszeit sowie



auch außerhalb seiner weiteren Verpflichtung zum häuslichen Üben und zur Instrumentenpflege erfolgt. Er habe nämlich den Umfang seiner häuslichen Arbeiten nicht zum Ausgleich für die Betriebsratstätigkeiten einschränken können, weil seine persönliche Übungstätigkeit sich ausschließlich nach den Bedürfnissen des Spielplanes ausrichten müsse. Insoweit habe er keine zeitlichen Abstriche vornehmen können. Wegen des regen Reisebetriebes habe er auch trotz der relativ niedrigen Anzahl der einzelnen Wochendienste dennoch wöchentlich 40 Stunden und mehr arbeiten müssen, wobei die Zeit für häusliche Übungen und Instrumentenpflege noch nicht einberechnet sei. Die Betriebsratssitzungen seien auch aus betriebsbedingten Gründen so gelegt worden, daß sie sich mit dem Dienstplan nicht überschneiden, weil es schwierig gewesen sei, die Probezeiten, Ruhezeiten und freien Tage der fünf Orchestermusiker mit der Arbeitszeit der zwei gewerblichen Bühnenarbeiter zu koordinieren. Zudem sei auf die Tatsache Rücksicht genommen worden, daß die gleichzeitige Abwesenheit von fünf Musikern bei den Proben im Interesse des Orchesters nicht möglich sei. Spätestens nachdem die Generalintendanz in einer persönlichen Besprechung am 12. Oktober 1978 und danach mit Schreiben vom 13. November 1978 und 5. Februar 1979 die Ansprüche endgültig abgelehnt habe, sei die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit abzugelten.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger
441,20 DM nebst 4 % Zinsen aus 126,06 DM
seit dem 5. Juli 1978, aus weiteren 126,06 DM
seit dem 19. Juli 1978, aus nochmals 126,06 DM
seit dem 14. Oktober 1978 sowie aus 63,02 DM



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



seit dem 28. Januar 1979 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, es sei nicht denkbar, daß ein Musiker außerhalb der Arbeitszeit für den Betriebsrat tätig werden könne. Arbeitsvertrag und Tarifvertrag enthielten nämlich keine Regelung einer feststehenden Arbeitszeit. Der Umfang der persönlichen Arbeitszeit werde nicht allein durch den Dienstplan bestimmt, sondern umfasse auch die dienstliche Inanspruchnahme für andere Leistungen wie häusliches Üben, Arbeitsbereitschaft und Pflegezeiten. Freizeit habe der Musiker nur innerhalb der in den §§ 16, 17 TVK geregelten Ruhezeiten und an den dienstfreien Tagen. Innerhalb dieser tariflichen Freizeit habe keine der Sitzungen, auch nicht die vom 14. September 1978, stattgefunden. Mit der Bezeichnung "Orchester dienstfrei" für den 14. September 1978 sei nämlich nicht ein dienstfreier Tag im Sinne des § 16 TVK gemeint gewesen. Schließlich habe die Beklagte selbst dann die höchstzulässige Inanspruchnahme für die Heranziehung bis zu sieben Diensten pro Woche nach der Protokollnotiz Nr. 1 zu § 15 TVK nicht ausgeschöpft, wenn die für die Betriebsratssitzungen aufgewendete Zeit jeweils eingerechnet werde.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Ausnahme der vor Rechtshängigkeit geltend gemachten Verzugszinsen stattgegeben. Auf die vom Arbeitsgericht zugelassene Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Ferner hat es die vom Kläger eingelegte Anschlußberufung bezüglich der Verzugszinsen zurückgewiesen.



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



Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

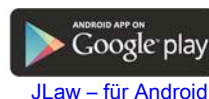
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist überwiegend begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend im Urteilsverfahren entschieden (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAGE 29, 242, 243 f. = AP Nr. 29 zu § 37 BetrVG 1972). Es hat ausgeführt, die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG seien nicht gegeben. Schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers könne nicht festgestellt werden, daß die Betriebsratssitzungen, an denen der Kläger teilgenommen und für die er einen Ausgleich verlange, während seiner Freizeit stattgefunden haben. Denn der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß diejenigen Zeiten, in denen er nach dem Arbeits- bzw. Tarifvertrag zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, dazu herangezogen werden kann oder sich bereithalten muß, seine Freizeit sei, da sich die persönliche Arbeitszeit nicht aus der aus dem Dienstplan ergebenden Einteilung zu Aufführungen und Orchesterproben ergäbe. Die dienstliche Inanspruchnahme umfasse auch Leistungen wie Instrumentenpflege, häusliches Üben, Arbeitsbereitschaft und Wegezeiten. Der Kläger müsse sich entgegenhalten lassen, daß in den Zeiten, in denen unstreitig die Betriebsratssitzungen stattgefunden haben, regelmäßig gearbeitet werde. Bei Arbeitnehmern, bei denen wegen der Art ihres Berufes die Bestimmung einer festen Arbeitszeit nicht



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



möglich sei, würde eine schematische Betrachtungsweise zu einer nach § 78 BetrVG verbotenen Begünstigung des Betriebsratsmitgliedes führen. Es sei nicht ersichtlich, daß die Stunden der Betriebsratssitzungen, an denen im Arbeitsleben üblicherweise auch gearbeitet werde, tatsächlich in die Freizeit des Klägers gefallen seien.

B. Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts kann im Ergebnis nur insoweit gefolgt werden, als es den Ausgleichsanspruch in Höhe von 63,02 DM für die Betriebsratssitzung vom 28. Dezember 1978 verneint hat. Hinsichtlich der Ausgleichsansprüche für die Teilnahme an den Betriebsratssitzungen vom 5. Juni 1978, 19. Juni 1978 und 14. September 1978 bedarf es dagegen noch einer weiteren Sachaufklärung durch das Landesarbeitsgericht.

I. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat das Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratstätigkeit Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist also, daß die Betriebsratshandlung tatsächlich außerhalb der Arbeitszeit stattgefunden hat, worunter die individuelle Arbeitszeit des betreffenden Betriebsratsmitglieds nach den tarifvertraglichen Bestimmungen, dem Einzelarbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung zu verstehen ist (vgl. Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., Bd. I, § 37 Rz 43; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14. Aufl., § 37 Rz 43; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 37 Rz 50). Entscheidend dafür, ob die Betriebs-



ratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit des Klägers durchgeführt wurde, ist deshalb nicht, zu welchen Arbeitsleistungen und mit welcher zeitmäßigen Belastung die Beklagte den Kläger an den fraglichen Tagen jeweils hätte heranziehen können, sondern in welchem Umfang die Beklagte in Ausübung ihrer Direktionsbefugnis den Kläger tatsächlich zur Arbeitsleistung herangezogen hat. Nur so läßt sich der Sinn des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verwirklichen, Freizeitopfer nachträglich auszugleichen, die für den Arbeitnehmer ohne seine Betriebsratsmitgliedschaft überhaupt nicht eingetreten wären. Allerdings ist ein Betriebsratsmitglied, das teilweise seine Arbeitszeit außerhalb des Betriebes und deren zeitliche Lage zum Teil selbstbestimmend verrichtet, verpflichtet, seinen Arbeitgeber vorher zu unterrichten, wenn eine Betriebsratssitzung außerhalb der individuellen Arbeitszeit stattfinden soll (BAG Urteil vom 31. Oktober 1985 - 6 AZR 175/83 - AP Nr. 52 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 83, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen). Dies ergibt sich schon aus der nach § 30 Satz 3 BetrVG vorgeschriebenen vorherigen Verständigung des Arbeitgebers über den Zeitpunkt einer Betriebsratssitzung und der Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds sich beim Verlassen des Arbeitsplatzes abzumelden (vgl. hierzu BAGE 43, 109 = AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972). Durch diese Anzeigepflicht wird auch sichergestellt, daß der Arbeitgeber rechtzeitig darüber informiert ist, wenn nach Auffassung des Arbeitnehmers Betriebsratstätigkeit außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit anfällt. Ansonsten würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit abgeschnitten, darauf hinzuwirken, daß die Betriebsratssitzungen gemäß § 30 Satz 1 BetrVG während der



Arbeitszeit stattfinden. Das Betriebsratsmitglied soll nicht Tatsachen einseitig herbeiführen können, denen zufolge "betriebsbedingt" Freizeit für Betriebsratssitzungen in Anspruch genommen wird. Der Arbeitnehmer muß deshalb darlegen und gegebenenfalls beweisen, daß der Arbeitgeber auch bei rechtzeitiger vorheriger Verständigung vom Termin der während der Freizeit festgesetzten Betriebsratssitzung keine entsprechende Dispositionen hätte treffen können, um doch noch eine Betriebsratssitzung während der Arbeitszeit zu ermöglichen, die unterlassene Mitteilung also ohnehin folgenlos geblieben wäre.

II. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß wegen der Eigenart des Berufes eines Orchestermusikers weder im Arbeitsvertrag noch in dem auf das Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifbindung anzuwendenden Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) eine feste regelmäßige Arbeitszeit vereinbart worden ist. § 15 TVK und die Protokollnotiz Nr. 1, die Bestandteil des Tarifvertrages ist, regeln nur das Verbot einer übermäßigen Belastung durch die dem Arbeitgeber vorbehaltene Befugnis zur Bestimmung des zeitlichen Umfangs der Inanspruchnahme des Musikers. Zutreffend ist auch, daß durch die tarifliche Regelung über dienstfreie Tage (§ 16 TVK) und Ruhezeiten (§ 17 TVK) die Befugnis des Arbeitgebers eingeschränkt wird, die Zeiten dienstlicher Inanspruchnahme des Musikers festzulegen. Das Landesarbeitsgericht hat auch die die individuelle Arbeitszeit des Klägers bestimmenden Faktoren - im wesentlichen Heranziehung zu Proben und Aufführungen im Rahmen des vom Arbeitgeber festzulegenden "Arbeitsplanes" und die not-



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



wendigen häuslichen Übungen und Arbeiten zur Instrumentenpflege - richtig erkannt. Es hat jedoch die Lage der individuellen Arbeitszeit des Klägers an den fraglichen Tagen mit einem falschen Maßstab beurteilt.

Nach der Regelung des TVK ist zwar davon auszugehen, daß die individuelle Arbeitszeit, soweit es die Proben und Aufführungen und gegebenenfalls die Zeiten des Bereithaltens für Aufführungen betrifft, durch den Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsplanes oder durch kurzfristige Umdispositionen im Rahmen des nach §§ 15, 16, 17 TVK Zulässigen festgelegt werden können. Die Zeit für die notwendigen häuslichen Vorbereitungen auf Proben und Aufführungen werden aber durch den Musiker selbst festgelegt. Dieser schuldet nämlich nach dem Inhalt seines Arbeitsvertrages nicht die Ableistung einer bestimmten Arbeitszeit, sondern jedenfalls für seine häuslichen Vorbereitungen so viel an Arbeitszeit, wie er individuell benötigt, um dem Qualitätsstandard des Orchesters zu genügen. Der Kläger ist daher in diesem Rahmen frei, sowohl den Umfang als auch die zeitliche Lage seiner häuslichen Arbeitsleistung zu bestimmen. Zur Abgrenzung der individuellen Arbeitszeit des Klägers und seiner Freizeit kommt es daher maßgeblich darauf an, ob er seine häuslichen Arbeiten zugunsten der Betriebsrattätigkeit eingeschränkt oder tatsächlich in vollem Umfang seine häuslichen Arbeiten verrichtet und außerhalb der für diese Arbeiten anzusetzenden Arbeitszeit, d. h. also zusätzlich, für den Betriebsrat tätig war. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob im öffentlichen Dienst eine bestimmte zeitliche Lage der Dienstzeit üblich ist, wie das Landesarbeitsgericht meint.



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



III. Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den Streitfall ergibt folgendes:

1. Hinsichtlich der Betriebsratssitzung vom 28. Dezember 1978 hat der Kläger keinen Anspruch auf Freizeitausgleich, weil er an diesem Tage bereits von seinen dienstlichen Verpflichtungen entbunden worden war. Dies gilt auch für die Zeit von 11.45 Uhr bis 13.45 Uhr. Nach eigenem Vortrag war der Kläger nämlich an diesem Tag für die am Vormittag angesetzte Probe wegen der Betriebsratssitzung von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Nachdem diese Probe von dem Generalmusikdirektor um 11.45 Uhr vorzeitig beendet wurde, mögen die davon betroffenen Musiker zwar zusätzliche Freizeit erlangt haben, jedoch wurde dadurch die von der Beklagten für den Kläger durch Dienstplan festgelegte Arbeitszeit, von der er freigestellt worden war, nicht berührt. Denn auch umgekehrt hätte der Kläger, wäre die Betriebsratssitzung vorzeitig beendet worden, nicht an der restlichen Probe teilnehmen brauchen und insoweit einen Freizeitvorteil vor seinen probenden Orchesterkollegen erhalten.

2.a) Hinsichtlich der Betriebsratssitzungen vom 5. Juni, 19. Juni und 14. September 1978 liegen keine rechtzeitigen vorherigen Mitteilungen an die Beklagte vor. Weiter hat die Beklagte dem Vortrag des Klägers, er habe in vollem Umfang seine häuslichen Arbeiten ausgeführt, nicht widersprochen und auch nicht vorgetragen, die Leistungen des Klägers seien mangels ausreichender häuslicher Vorbereitungen hinter ihren Erwartungen zurückgeblieben. Wegen der zuvor dargestellten Besonderheiten des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitsverhältnisses von Musikern in Kulturorchestern ist daher davon auszugehen, daß die Betriebsratssitzungen am 5. Juni 1978 von 10.00 bis 13.00 Uhr, 19. Juni 1978 von 16.00 bis 18.30 Uhr und 14. September 1978 von 10.00 bis 13.00 Uhr nicht nur außerhalb der im Arbeitsplan von der Beklagten festgelegten Arbeitszeiten stattgefunden haben, sondern auch außerhalb der damaligen individuellen Arbeitszeit des Klägers, also während dessen Freizeit.

b) Es kommt somit entscheidend darauf an, ob der Kläger die Beklagte so rechtzeitig von den bevorstehenden Betriebsratssitzungen unterrichtet hat, daß diese für die entsprechenden Zeiten Arbeitszeit hätte anordnen und dadurch die Inanspruchnahme von Freizeit für die Sitzungen hätte verhindern können, bzw. ob die Beklagte bei einem rechtzeitigen Hinweis hierzu in der Lage gewesen wäre. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Offensichtlich hat der Kläger die Beklagte über die Betriebsratssitzung vom 5. Juni 1978 erst mit Schreiben vom 15. Juni 1978 und über die Sitzung vom 14. September 1978 erst mit Schreiben vom gleichen Tage, das bei der Beklagten am 16. September 1978 einging, unterrichtet. Über die Sitzung vom 19. Juni 1978 hat der Kläger die Beklagte zwar am 16. Juni 1978 durch Übergabe seines Schreibens vom 15. Juni 1978 an den Orchesterinspektor K vorher unterrichtet. Der Kläger hat jedoch nicht vorgetragen, daß es der Beklagten zu dieser Zeit noch möglich gewesen wäre, den Dienstplan für den 19. Juni 1978 entsprechend umzustellen, zumal der 17. und 18. Juni 1978 Feiertag bzw. Sonntag waren.



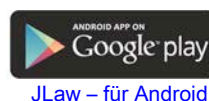
c) Das angefochtene Urteil war daher hinsichtlich der Abgeltungsansprüche für diese Sitzungen (5. Juni, 19. Juni und 14. September 1978) aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die entsprechenden Feststellungen treffen kann, nachdem es den Parteien Gelegenheit gegeben hat, ihr Vorbringen insoweit zu ergänzen.

C. Sollte das Landesarbeitsgericht nach erneuter Verhandlung feststellen, daß auch bei rechtzeitiger vorheriger Mitteilung an die Beklagte von den Betriebsratssitzungen, diese aus betriebsbedingten Gründen gleichwohl nicht während der Arbeitszeit hätten stattfinden können, hat der Kläger einen Anspruch auf Abgeltung der nicht gewährten Freizeit wie Mehrarbeit.

I. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat das Betriebsratsmitglied in erster Linie Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zum Ausgleich für Betriebsrattätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist. Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz BetrVG ist diese Arbeitsbefreiung vor Ablauf eines Monats zu gewähren. Erst wenn dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, ist die aufgewendete Zeit nach § 37 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG wie Mehrarbeit zu vergüten. Die Umwandlung des Freistellungsanspruches in einen Vergütungsanspruch erfolgt jedoch nicht automatisch nach ergebnislosem Ablauf der Ein-Monats-Frist des § 37 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz BetrVG, sondern nur dann, wenn objektiv betriebsbedingte Gründe der Freizeitge-



währung entgegenstehen (Wiese, GK-BetrVG, 2. Bearb., Januar 1984, § 37 Rz 73; Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO, § 37 Rz 50; Stege/Weinspach, BetrVG, 5. Aufl., § 37 Rz 28). Ob objektive Gründe im Streitfall der Freizeitgewährung entgegenstanden, ist nicht aufgeklärt. Das Arbeitsgericht und ihm folgend das Landesarbeitsgericht gehen, ohne sich auf konkrete Feststellungen zu stützen, davon aus, die Arbeitsbefreiung sei aus betriebsbedingten Gründen "nach der Sachlage" nicht möglich. Dies mag zwar zutreffen, wenn fünf Musiker, die Betriebsratsmitglieder sind, gleichzeitig in einer Orchesterprobe fehlen. Eine andere Frage ist es jedoch, ob das Fehlen eines Musikers innerhalb eines Monats bei einer Probe betriebsbedingt nicht möglich ist. Der Arbeitgeber hat insoweit Dispositionsmöglichkeiten, wie die Protokollnotiz Nr. 4 zu § 15 TVK in der Fassung vom 18. Mai 1982 zeigt, wonach der Orchestervorstand von Proben freigestellt werden kann. Das Landesarbeitsgericht hat dies im vorliegenden Fall jedoch zu Recht nicht weiter aufgeklärt, da die Beklagte sich jedenfalls heute nicht mehr dem Zahlungsbegehren des Klägers unter Hinweis auf ihre primäre Pflicht zur Freizeitgewährung entgegenstellen kann (Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 37 Rz 49). Nach einem längeren Zeitraum geht nämlich der innere Zusammenhang und Sinn eines Vorrangs des Freizeitausgleichs für eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit vor einer finanziellen Abgeltung verloren (BAGE 25, 305, 307 = AP Nr. 3 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 12). Im vorliegenden Fall ist die Frist des § 37 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz BetrVG zur Gewährung des Freizeitausgleichs spätestens am 14. Oktober 1978 abgelaufen. Nachdem der Kläger seinen Anspruch erst mit der



am 30. Dezember 1980 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Klage gerichtlich geltend gemacht hat und die Beklagte einen Ausgleich bisher immer abgelehnt hat, könnte sie dem Zahlungsbegehren jetzt nicht mehr mit einem Hinweis auf die vorrangige Freizeitgewährung entgegentreten (BAG, aaO). Die Beklagte hat auch einen Zahlungsanspruch grundsätzlich nie bestritten. Sie ist lediglich der Berechnung der Höhe der gegebenenfalls zu gewährenden anteiligen finanziellen Entschädigung entgegentreten.

II. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist jedoch der Mehrarbeitszuschlag aus § 37 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG in Verb. mit § 15 Abs. 2 AZO begründet. Der Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung folgt nämlich ohne Rücksicht darauf, ob die für Betriebsratszwecke aufgewandte abzugeltende Freizeit in Addition mit der tatsächlichen Arbeitsleistung oberhalb der Grenzen der §§ 3, 15 Abs. 1 AZO liegt, zwingend aus dem Betriebsverfassungsgesetz (Wiese, aaO, § 37 Rz 78; Dietz/Richardi, aaO, § 37 Rz 51; Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO, § 37 Rz 53; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, BetrVG, 2. Aufl., § 37 Rz 41; Hess/Schlöchauer/Glaubitz, aaO, § 37 Rz 61). Die Beklagte kann sich für ihre entgegenstehende Auffassung auch nicht auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juli 1977 (BAGE 29, 242, 245 = AP Nr. 29 zu § 37 BetrVG 1972) berufen. Dort ist nämlich ausdrücklich klargestellt, daß die Erwägungen des Gerichts nicht auf den Fall des § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG, sondern ausschließlich auf die Höhe des bei Freizeitausgleich im Sinne des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG fortzuzahlenden Arbeitsentgelts bezogen sind. Für den Fall der Verweigerung des vorrangigen Freizeitausgleiches



durch den Arbeitgeber hat der Gesetzgeber dagegen bewußt im Unterschied zur Regelung in § 44 Abs. 1 Satz 2 BetrVG keine finanzielle Vergütung "wie Arbeitszeit", sondern "wie Mehrarbeit" vorgesehen. Auf diese Weise soll der Arbeitgeber dazu angehalten werden, den vom Gesetzgeber als vorrangig angesehenen Freizeit- ausgleich zu verwirklichen, weil er im anderen Falle eine höhere finanzielle Belastung befürchten muß. Darüber hinaus ist der arbeitsrechtliche Begriff der Mehrarbeit als diejenige Arbeit, die über die regelmäßige gesetzliche Arbeitszeit hinausgeht, im Unterschied zu dem Begriff der Überarbeit, die über die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit hinaus geleistet wird, so allgemein bekannt, daß auch ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers ausgeschlossen ist (vgl. Röhslers, Die Arbeitszeit, 1973, IV 4, S. 35, 36). Die Verwendung des Begriffes "wie Mehrarbeit" wäre aber völlig funktionslos, wenn damit nicht die Rechtsfolgeverknüpfung mit § 15 Abs. 2 AZO verbunden wäre.

D. Nach alledem war das Urteil des Landesarbeitsgerichts hinsichtlich des Anspruchs des Klägers auf die Abgeltung der Sitzungen vom 5. Juni, 19. Juni und 14. September 1978 aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Röhslers

Dr. Jobs

Schneider

Möller-Lücking

Dr. Steinhäuser



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

