

Aktenzeichen: 6 AZR 19/88

Bundesarbeitsgericht 6. Senat Urteil vom 28. September 1989
- 6 AZR 19/88 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 9. April 1987
- 11 Ca 14706/86 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 9. Dezember 1987
- 7 Sa 476/87 -

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

Entscheidungsstichwort:

Übermäßige Belastung eines Musikers der Münchner Philharm.

Gesetz: Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom
1. Juli 1971 § 15; Tarifvertrag für die Musiker der Münchner
Philharmoniker § 8; BGB § 242 Betriebliche Übung

Leitsätze:

K e i n e



6 AZR 19/88

7 Sa 476/87 München

Verkündet am
28. September 1989

Stöcker,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

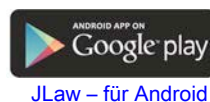
In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. September 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Röhsler, die Richter Schneider und Dörner sowie die ehrenamtlichen Richter Ramdohr und Möller-Lücking für Recht erkannt:



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



1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts München vom
9. Dezember 1987 - 7 Sa 476/87 - wird
zurückgewiesen.

2. Die Kosten der Revision hat der Kläger
zu tragen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über Mehrarbeitsvergütung.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1. September 1980
in deren Orchester "Münchner Philharmoniker" als Cellist beschäf-
tigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet gemäß § 4 des
Arbeitsvertrages der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturor-
chestern vom 1. Juli 1971 (TVK) in der jeweils geltenden Fassung
sowie die diesen ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tre-
tenden Tarifverträge Anwendung. Dazu gehört auch der Tarifvertra-
g für die Musiker der Münchner Philharmoniker (TV-MPh), in Kraft
seit dem 1. Januar 1983.

Der Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern bestimmte
bis zu einer Änderung im Änderungstarifvertrag vom 5. Oktober
1988 in seinem § 15 Abs. 1:

"Durch die Regelung der dienstlichen Inanspruch-
nahme darf keine übermäßige Belastung des Musikers



eintreten."

Die dazugehörige Protokollnotiz Nr. 1 hat folgenden Wortlaut:

"Das Maß der Inanspruchnahme richtet sich nach der 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 (Aufführungen und Proben) teilnimmt, kann eine übermäßige Belastung aber auch schon dann vorliegen, wenn der Musiker zu mehr als sieben Diensten wöchentlich herangezogen wird."

Im Tarifvertrag für die Musiker der Münchner Philharmoniker ist hierzu folgendes geregelt:

"§ 8

Dienstliche Inanspruchnahme

An Stelle des 12-Wochenzeitraums im Sinne der Protokollnotizen zu § 15 TVK gilt ein 16-Wochenzeitraum."

Dazu haben die Tarifvertragsparteien nachstehende Vereinbarung getroffen:

"Vereinbarung zu § 8:

Die Vertragsparteien und der Orchestervorstand sind sich darüber einig, daß eine geringfügige Überschreitung von 112 Diensten im 16-Wochenzeitraum kurzfristig durch entsprechende Verringerung der dienstlichen Belange ausgeglichen wird."

Der Kläger ist in der Zeit vom 10. September 1985 bis zum 30. Dezember 1985 für 79 Proben, 34 Konzerte und 13 Reisen über



vier Stunden Dauer, insgesamt 126 mal dienstlich in Anspruch genommen worden. In der 17. Woche hat er lediglich zwei Dienste geleistet. Die Beklagte hat in den Jahren 1975 bis 1985 Reisen von vier bis acht Stunden Dauer mit einem Dienst und Reisen über acht Stunden Dauer mit zwei Diensten auf die Anzahl der zu leistenden Dienste angerechnet. Danach hat die Beklagte Reisezeiten bei der Berechnung der zu leistenden Dienste nicht mehr mitberücksichtigt.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Mehrarbeitsvergütung für 16 Dienste in der Zeit vom 10. September 1985 bis 30. Dezember 1985. Er hat gemeint, er habe einen Anspruch auf Zahlung von Mehrarbeitsvergütung. Er sei in dem angegebenen 16-Wochen-Zeitraum zu 16 Diensten mehr herangezogen worden, als er nach den Tarifverträgen für die vertraglich vereinbarte Vergütung hätte leisten müssen. Während dieser Zeit sei er nur zur Ableistung von 112 Diensten verpflichtet gewesen. Das folge aus § 8 TV-MPh und der dazu ergangenen Vereinbarung, die die dienstliche Inanspruchnahme der Musiker der Münchner Philharmoniker speziell regelt und somit die allgemeinere Regelung in § 15 TVK i.V. mit Nr. 1 der Protokollnotiz verdränge. Darüber hinaus regelt die Vereinbarung zu § 8 TV-MPh, daß eine geringfügige Überschreitung von 112 Diensten im 16-Wochen-Zeitraum durch kurzfristige entsprechende Verringerung der dienstlichen Inanspruchnahme auszugleichen sei. Geringfügigkeit liege nicht mehr vor, wenn das in der Protokollnotiz zu § 15 TVK vorgesehene Höchstmaß von acht Diensten erreicht sei. Geringfügigkeit könne allenfalls bei der Überschreitung der Höchstgrenze von 112 Diensten um zwei bis drei Dienste

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



angenommen werden. Die in den geleisteten Diensten enthaltenen 13 Reisezeiten müßten jedenfalls wegen der langjährigen Einbeziehung bei der Berechnung der Dienste aufgrund betrieblicher Übung auch weiterhin mitangerechnet werden.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 3.032,80 DM brutto
nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 9. Juli 1986
zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, dem Kläger stehe der geltend gemachte Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung nicht zu. Die Vereinbarung zu § 8 TV-MPh bedeute nicht die generelle Abbedingung der in der Protokollnotiz Nr. 1 zu § 15 TVK zugrunde gelegten Höchstbelastungsgrenze. Die Vereinbarung zu § 8 TV-MPh regele lediglich den Freizeitausgleich für den Fall, in dem 112 Dienste die Höchstbegrenzung darstellten. Wann das höchstzulässige Maß, das sich zwischen 112 und 128 Diensten bewege, erreicht sei, müsse im Einzelfall beurteilt werden. Im übrigen habe der Kläger in dem hier streitigen Zeitraum keine 126 Dienste geleistet. Denn die in der Berechnung enthaltenen 13 Dienste für Reisezeiten hätten nicht mitberücksichtigt werden dürfen. Dienste seien nämlich nur Aufführungen und Reisen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Ziel weiter, während die Beklagte Zurückweisung der Revision beantragt.



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

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger sei nicht übermäßig dienstlich in Anspruch genommen worden, weil er in die Berechnung der 126 Dienste unzulässigerweise 13 Reisen einbezogen habe. Aus der Protokollnotiz Nr. 1 Satz 3 ergebe sich zweifelsfrei, daß unter Diensten lediglich Aufführungen und Proben zu verstehen seien. So liege allenfalls eine Überschreitung um einen Dienst vor. Dieser sei durch Freizeit ausgeglichen worden. Der Anspruch ergebe sich auch nicht aufgrund betrieblicher Übung, weil keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, daß es sich bei der langjährigen gleichartigen Übung der Berücksichtigung von Reisen bei der dienstlichen Inanspruchnahme um etwas anderes als Normenvollzug handele.

B. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Vergütung wegen übermäßiger Belastung.

I. Der Kläger hat keinen arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Anspruch auf Zahlung etwaiger überobligationsmäßig geleisteter Dienste. Weder sein Arbeitsvertrag mit der Beklagten noch der Tarifvertrag für die Kulturorchester noch der Tarifvertrag für die Münchner Philharmoniker sehen eine Vergütungspflicht für den Fall der übermäßigen Belastung vor.

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



II. Der Kläger hat auch keinen gesetzlich geregelten Anspruch aus § 612 BGB analog i.V. mit § 15 TVK und § 8 TV-MPh. Denn der Kläger hat nicht in schlüssiger Weise dargelegt, über das vertraglich geschuldete Maß hinaus Arbeitsleistungen erbracht zu haben, die mit der vertraglich vereinbarten Vergütung nicht abgegolten seien (BAGE 19, 126 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Leitende Angestellte; BAG Urteil vom 24. Juni 1965 - 5 AZR 443/64 - AP Nr. 23 zu § 612 BGB).

1. Die Darstellung und Aufzählung der Dienste in einem vom Kläger gewählten Zeitraum vom 10. September 1985 bis zum 30. Dezember 1985 (16-Wochen-Zeitraum gemäß der Vereinbarung der Tarifvertragsparteien zu § 8 TV-MPh) genügt den Anforderungen nicht, die an einen schlüssigen Vortrag zu stellen sind. Die Tarifvertragsparteien und die Arbeitsvertragsparteien haben weder in ihrem Arbeitsvertrag noch in § 15 TVK nebst seiner Protokollnotiz Nr. 1 noch in § 8 TV-MPh mit der dazugehörigen Vereinbarung bestimmt, wie der 8-Wochen-, 12-Wochen- oder 16-Wochen-Zeitraum zu bestimmen ist. Es fehlt in allen Bestimmungen eine Angabe darüber, wann einer der Zeiträume beginnt oder endet. Eine solche Regelung findet sich erstmals in dem durch den Änderungstarifvertrag vom 5. Oktober 1988 geänderten § 15 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 und 2 TVK. Dort ist nunmehr bestimmt, daß Ausgleichszeiträume aufeinanderfolgende Zeiträume sind und der erste Ausgleichszeitraum mit dem ersten Montag nach dem Ende der Theater- bzw. Konzertferien beginnt.

2. Wird keine Regelung über den Beginn des Rechnungszeitraumes



bzw. Ausgleichszeitraums getroffen, wie in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung des § 15 TVK, so bedeutet dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vorschrift des § 15 BAT über die regelmäßige durchschnittliche Arbeitszeit (BAG Urteil vom 15. Oktober 1987 - 6 AZR 530/85 -, ZTR 1988, 300) und zur gleichlautenden Vorschrift in den Arbeitsvertragsrichtlinien der Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (BAG Urteil vom 10. Juni 1987 - 4 AZR 68/87 -, n.v.), daß in jeder Woche, bezogen auf einen Zeitraum von acht Wochen, die durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit 40 Stunden nicht übersteigen darf. Das macht es erforderlich, bei jeder Woche, in der Mehrarbeit geleistet wird, sowohl die Arbeitsleistung der vorangegangenen sieben Wochen als auch die der darauffolgenden sieben Wochen einzubeziehen. Ist in den vorangegangenen sieben Wochen die Arbeitszeit entsprechend verkürzt worden, ist durch die Mehrarbeit in der achten Woche die regelmäßige durchschnittliche Arbeitszeit nicht überschritten. War hingegen in den vorangegangenen sieben Wochen die Arbeitszeit nicht entsprechend der Mehrarbeit in der achten Woche verkürzt worden, sind die folgenden sieben Wochen einzubeziehen. Stellt sich nach Ablauf dieser sieben Wochen heraus, daß die Arbeitszeit entsprechend der Mehrarbeit in der ersten Woche verkürzt wurde, ist die regelmäßige durchschnittliche Arbeitszeit für den Ausgleichszeitraum von acht Wochen nicht überschritten. Nur wenn die Arbeit in diesen an die Mehrarbeitswoche anschließenden sieben Wochen nicht entsprechend verkürzt wird, kommen Überstunden in Betracht.

3. Dieses Berechnungsprinzip findet für den streitigen Zeitraum



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

auch auf die Feststellung Anwendung, ob ein Mitglied der Münchner Philharmoniker übermäßig belastet ist. Dabei sind anstelle des Acht-Wochen-Zeitraums 16 Wochen zugrunde zu legen und die Anzahl der Dienste anstatt 40 Arbeitsstunden zu zählen. Hat ein Musiker der Münchner Philharmoniker in einer Woche mehr als sieben Dienste absolviert, so ist zu prüfen, ob die Dienste in den vorangegangenen 15 Wochen entsprechend gekürzt waren. War das nicht der Fall, so sind die folgenden 15 Wochen einzubeziehen. Erst dann ist eine Entscheidung über die übermäßige Belastung (Mehrarbeit) zu treffen. Keinesfalls genügt die Bezeichnung eines statischen, von einer Partei gewählten 16-Wochen-Zeitraums, um eine übermäßige Belastung schlüssig darzulegen. Da das Vorbringen des Klägers einen entsprechenden Vortrag vermissen läßt, konnte seine Klage bereits deswegen keinen Erfolg haben.

III. Darüber hinaus ist die Klage jedoch auch unbegründet, wenn allein die Dienste des vom Kläger gewählten Zeitraums zu beurteilen wären.

1. Entgegen der Auffassung der Revision ist das Landesarbeitsgericht zu Recht von 126 Diensten inclusive der Reisen ausgegangen und nicht von 128 Diensten. Diese Zahl ist unstreitig unter den Parteien, nachdem der Kläger auf entsprechenden Hinweis der Beklagten im Schriftsatz vom 23. Oktober 1987 mit seinem Schriftsatz vom 6. November 1987 zugestanden hatte, unzutreffend gezählt zu haben. Da der Kläger in diesem Zusammenhang zu Unrecht einen Verspätungseinwand nach § 528 ZPO erhoben hatte, mußte das Landesarbeitsgericht von der berechtigten Ausgangszahl ausgehen.

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



Die Zahl 126 ist um die angegebenen 13 Reisen zu berichtigen. Denn Reisen sind keine Dienste im Sinne der tariflichen Bestimmungen. Zwar definiert der Tarifvertrag für die Münchner Philharmoniker nicht, welche Arbeitsleistungen als Dienste im Sinne des § 8 TV-MPh i.V. mit der dazu ergangenen Vereinbarung anzusehen sind. Doch findet sich in der Protokollnotiz Nr. 1 Satz 3 zu § 15 TVK der Hinweis, daß unter Diensten im Sinne der tariflichen Vorschriften des TVK Aufführungen und Proben zu verstehen sind (Crisolli/Tiedtke/Ramdohr, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, Stand August 1989, § 15 TVK Erl. 5). Diese Regelung des TVK findet aufgrund § 2 Abs. 1 TV-MPh unmittelbare Anwendung. Dieses Verständnis des Tarifbegriffs "Dienst" für die im Streitfall zu beurteilende Fassung des TVK bestätigten die Tarifvertragsparteien zwischenzeitlich in der Neufassung des § 15 Abs. 1 TVK. Dort ist seit dem Änderungsarbeitsvertrag vom 5. Oktober 1988 ausdrücklich geregelt: "Dienst ist die Mitwirkung des Musikers an Aufführungen und Proben".

2. Der Kläger kann auch nicht verlangen, daß die Reisen des von ihm genannten Berechnungszeitraums aufgrund betrieblicher Übung wie Dienste behandelt werden.

a) Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Aufgrund einer Willenserklärung, die von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf



die üblich gewordenen Vergünstigungen (BAGE 40, 126, 133 = AP Nr. 1 zu § 3 TV Arb Bundespost; BAGE 49, 299 = AP Nr. 1 zu § 1 BUrlG Treueurlaub; BAG Urteil vom 13. November 1986 - 6 AZR 567/83 - AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; Senatsurteil vom 12. November 1987 - 6 AZR 173/85 -, unveröffentlicht; BAG Urteil vom 23. Juni 1988 - 6 AZR 137/86 - AP Nr. 33 zu § 242 BGB Betriebliche Übung). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 23, 213, 220 = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAGE 39, 271, 276 = AP Nr. 12 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAGE 40, 126, 133 = AP Nr. 1 zu § 3 TV Arb Bundespost; BAGE 49, 290 = AP Nr. 22 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAGE 51, 113 = AP Nr. 21 zu § 242 BGB Betriebliche Übung und Senatsurteile vom 13. November 1986 - 6 AZR 567/83 - und vom 23. Juni 1988 - 6 AZR 137/86 -, aaO) kommt es dabei für die Begründung eines Anspruchs durch betriebliche Übung nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit Verpflichtungswillen gehandelt hat oder nicht. Denn die Wirkung einer Willenserklärung oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr nicht deshalb ein, weil der Erklärende einen bestimmten Willen hegt, sondern weil er einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen dem Erklärungsempfänger gegenüber geäußert hat. Ob sich der Arbeitgeber binden wollte, beurteilt sich danach, ob der Arbeitnehmer aus dem Erklärungsverhalten des Arbeitgebers auf diesen Willen schließen durfte. Für die Bindungswirkung der betrieblichen Übung entscheidend ist daher die Frage, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen durfte (§§ 133, 157 BGB). In Arbeitsverhältnissen des öffentlichen Dienstes gelten die Grund-

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



sätze allerdings nach inzwischen ebenfalls gefestigter Rechtsprechung nicht uneingeschränkt. Denn die an Weisungen vorgesetzter Dienststellen, Verwaltungsrichtlinien, Verordnungen und gesetzliche Regelungen, vor allem aber durch die Festlegungen des Haushalts gebundenen öffentlichen Arbeitgeber sind viel stärker als private Arbeitgeber gehalten, die Mindestbedingungen des Tarifrechts bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zu beachten.

Im Zweifel gilt Normvollzug (BAG Urteil vom 16. Januar 1985 - 7 AZR 270/82 - AP Nr. 9 zu § 44 BAT; BAGE 49, 31 = AP Nr. 19 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; Senatsurteile vom 13. November 1986 - 6 AZR 567/83 - und vom 23. Juni 1988 - 6 AZR 137/86 -, aaO).

Unter diesen Umständen kann ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes selbst bei langjährigen Leistungen nicht ohne zusätzliche konkrete Anhaltspunkte annehmen, ein gezahltes übertarifliches Entgelt oder die Gewährung sonstiger Vergünstigungen seien Vertragsbestandteil geworden und werden auf Dauer weitergewährt.

b) Im Streitfall besteht die gewährte Vergünstigung nach Auffassung des Klägers darin, daß die Beklagte wenigstens seit 1972 die Reisezeiten in die Vergütungsberechnung miteinbezogen und sie so wie Arbeitszeit bewertet und vergütet habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Übung der Beklagten diesen Inhalt gehabt hat oder ob die Beklagte in der Vergangenheit während der Reisen nur das tariflich statthafte Höchstmaß von 112 Diensten in 16 Wochen nicht verlangt hat. Denn der Kläger durfte auch angesichts eines langjährigen tarifwidrigen Verhaltens der Beklagten nicht annehmen, diese wolle sich ungeachtet der bestehenden Tarifnormen auf Dauer binden, die Reisezeiten stets als Dienste anzurechnen.

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



Mangels weiterer Gesichtspunkte mußte er vielmehr damit rechnen, daß die Beklagte ihre Übung eines Tages als rechtswidrig erkennen und einstellen werde.

c) Letztlich scheitert der Anspruch des Klägers aufgrund betrieblicher Übung daran, daß die von § 3 TVK verlangte, konstitutive Schriftform der Vereinbarung der Parteien fehlt.

3. Der Kläger hat im fraglichen Zeitraum allenfalls einen Dienst mehr abgeleistet, als der Tarifvertrag der Münchner Philharmoniker vorsieht. Darin ist keine vergütungspflichtige übermäßige Belastung zu sehen, sondern eine geringfügige Belastung, die auszugleichen war. Das ist in der Woche nach dem vom Kläger beschriebenen Zeitraum unstreitig geschehen. Der Kläger hat somit aus den letzten 16 Wochen des Jahres 1985 keinen bisher nicht ausgeglichenen Anspruch gegen die Beklagte.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Röhsler

Schneider

Dörner

Ramdohr

Möller-Lücking



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)