

Aktenzeichen: 6 AZR 462/88

Bundesarbeitsgericht 6. Senat Urteil vom 26. April 1990
- 6 AZR 462/88 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 25. Februar 1988
- 11 Ca 6461/87 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 1. Juli 1988
- 9 Sa 396/88 -

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

N

Entscheidungsstichwort:

Zulässigkeit einer Sonntagsprobe nach Tarif/Gewerberecht

Gesetz: Normalvertrag zwischen dem Deutschen Bühnenverein und der Genossenschaft Deutscher Bühnen-Angehörigen (NV-Solo) vom 1. Mai 1924, zuletzt geändert am 24. Mai 1984 § 18 Nr. 1; Gewerbeordnung §§ 105 a ff., § 105 i Abs. 1 und 2; ArbGG 1979 § 110

Leitsätze:

1. Sonntagsproben nach § 18 Nr 1 NV-Solo gehören zu den theatralischen Aufführungen im Sinne des § 105 i Abs 1 GewO.
2. Das Bühnenmitglied ist zu einer Sonntagsprobe nur verpflichtet, wenn sie durch besondere Umstände notwendig ist. Der Begriff der Notwendigkeit ist eng auszulegen.
3. Es bleibt unentschieden, ob bei einer Aufhebungsklage nach § 110 Abs 1 Nr 2 ArbGG Verfahrensrügen unmittelbar mit der Klageschrift erhoben werden müssen oder im Laufe des Verfahrens nachgeschoben werden können. Eine Verfahrensrüge, die länger als zwei Monate nach der Zustellung des Schiedsgerichtsspruches erhoben ist, ist jedenfalls nicht rechtzeitig geltend gemacht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 462/88

9 Sa 396/88 Köln

Verkündet am
26. April 1990

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 26. April 1990 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Röhsler, die Richter Prof. Dr. Jobs und Dörner sowie die ehrenamtlichen Richter E. Schmidt und H. Schmidt für Recht erkannt:



- 3 -

1. Die Revision der Kläger gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Köln vom 1. Juli
1988 - 9 Sa 396/88 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kläger tragen je 1/14 der Kosten des
Revisionsverfahrens.

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 die Vergütung einer Sonntagspro-
be.

Die Kläger sind Schauspieler bzw. Souffleuse und Inspizient
beim Theater der Beklagten. Auf die Arbeitsverhältnisse der Par-
teien findet der Normalvertrag zwischen dem Deutschen Bühnenver-
ein und der Genossenschaft Deutscher Bühnen-Angehörigen vom
1. Mai 1924, zuletzt geändert am 24. Mai 1984 (NV-Solo), Anwen-
dung, der u.a. bestimmt:

§ 3 Nr. 1

Dem Mitglied muß ein festes Gehalt gewährt werden.

§ 5 Nr. 1

Art und Umfang der Dienste des Mitgliedes bestimmen
sich im Rahmen der vertragsmäßigen Begrenzung nach
den Anordnungen der Leitung.



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



- 4 -

§ 5 Nr. 3

Glaubt das Mitglied zu der Erfüllung einer ihm zuge-
teilten Aufgabe nicht verpflichtet zu sein, so kann
es das Schiedsgericht anrufen, insbesondere den für
derartige Streitfälle vorgesehenen Vorentscheid herbei-
führen. Bis zur Entscheidung hat das Mitglied die Auf-
gabe durchzuführen, vorbehaltlich aller Ansprüche, die
ihm aus einer unberechtigten Zuteilung einer Aufgabe
gegen den Unternehmer erwachsen.

§ 18 Nr. 1

Das Bühnenmitglied ist nicht verpflichtet, an einem
Sonntag oder gesetzlich anerkannten Feiertag sowie nach
Beschäftigung in einer Abendaufführung an einer Probe
teilzunehmen, wenn nicht besondere Umstände, insbesondere
eine Störung des Spielplanes oder des Betriebs oder ein
Gastspiel es notwendig machen, die Probe zu dieser Zeit
abzuhalten. ...

Die Kläger waren 1985 an der Aufführung des Schauspiels
"AMADEUS" beteiligt, dessen Premiere am 7. März 1985 stattfand.
Die Proben für dieses Stück begannen am 21. Januar 1985 und wur-
den bis zum 19. Februar 1985 planmäßig durchgeführt. Vom 20. Fe-
bruar bis 25. Februar 1985 erkrankte der Kläger zu 7), der Haupt-
darsteller. Daraufhin ordnete der Intendant am ersten Krankheits-
tag des Klägers zu 7) für Sonntag, den 3. März 1985, eine Probe
an. Danach gestaltete sich der Probenablauf bis zur Premiere fol-
gendermaßen:

Mittwoch 20. Februar	10.00 Bühne	ohne K
Donnerstag 21.	10.00 Bühne 19.00 Probebühne	ohne K
Freitag 22.	10.00 Bühne	ohne K
Samstag 23.	10.00 Bühne	ohne K



- 5 -

Montag 25.	12.00 Bühne	mit K	- aber
	20.00 Probebühne		mit Schonung! (Krank-
			meldung einschließ-
			lich 25.2.)
Dienstag 26.	8.00 Bühne - Techn. Einrichtung		
	10.00 Probebühne	mit K	
Mittwoch 27.	16.00 Bühne - Techn. Einrichtung		
	10.00 Probebühne	mit K	
	19.00		
Donnerstag 28.	10.00 Probebühne	mit K	
	19.00 Probebühne		
Freitag 1. März	10.00 Bühne	mit K	
Samstag 02.	10.00 Dekoration/ Beleuchtung Bühne		
Sonntag 03.	11.00 Bühne!	mit K	
Montag 04.	11.00 ganzes Stück mit Allem		
Dienstag 05.	11.00 Hauptprobe	mit K	
Mittwoch 06.	11.00 Generalprobe	mit K	

Die Kläger haben vor dem Bezirksbühnenschiedsgericht Zahlungsklage auf 1/3 Tagesgage erhoben und gemeint, sie hätten Anspruch auf ein Sonderhonorar, weil die Sonntagsprobe zu Unrecht angeordnet worden sei. Die Voraussetzungen des § 18 Nr. 1 NV-Solo seien nicht gegeben. Die Sonntagsprobe verstoße gegen § 105 a GewO.



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 6 -

Die Beklagte hat Abweisung der Schiedsklage beantragt und gemeint, die Sonntagsprobe sei wegen der Erkrankung des Hauptdarstellers notwendig gewesen. Die Entscheidung des Intendanten sei künstlerisch bedingt und deshalb ohne weitere Prüfung hinzunehmen. Die Teilnahme an der Sonntagsprobe sei mit der Gage abgegolten.

Das Bezirksbühnenschiedsgericht hat den Klageanträgen durch Schiedsspruch entsprochen. Das Bühnenoberschiedsgericht hat diesen Schiedsspruch abgeändert und die Klage abgewiesen.

Hiergegen haben sich die Kläger mit der vorliegenden Aufhebungsklage gewandt und beantragt,

den Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts
Hamburg OSch 21/86 vom 25.3.1987 aufzuheben.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und den Schiedsspruch verteidigt.

Das Arbeitsgericht hat die Aufhebungsklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Kläger das Ziel der Aufhebung der gerichtlichen Urteile und der Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts sowie die Verurteilung der Beklagten nach den beim Bühnenschiedsgericht gestellten Anträgen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, die Bühnenleitung sei befugt gewesen, die Sonntagsprobe vom 3. März 1985 anzuordnen, weil die Voraussetzungen des § 18 Nr. 1 NV-Solo gegeben gewesen seien. Die Notwendigkeit einer Sonntagsprobe sei nur dann zu bejahen, wenn zuvor alle Möglichkeiten ausgeschöpft worden seien, um eine zusätzliche erforderlich werdende Probe an einem Sonntag oder gesetzlich anerkannten Feiertag zu vermeiden. Vom Theaterveranstalter werde verlangt, alle in Betracht kommenden organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um die Proben, auch zusätzlich erforderlich werdende Proben, an einem Werktag zu ermöglichen. Insoweit seien auch Umdispositionen bei anderen Proben oder Veranstaltungen vorzunehmen. Es gelte ein strenger Maßstab, weil § 18 Nr. 1 NV-Solo ersichtlich Sonntagsproben vermeiden wolle. Diese Voraussetzungen seien entgegen der Ansicht der Kläger jedoch nicht nur dann erfüllt, wenn die besonderen Umstände, die eine Störung für den Spielplan oder den Betrieb bedeuteten, höchstens drei Tage vor der Aufführung entstünden. Eine solche zeitliche Begrenzung ergebe sich aus § 18 Nr. 1 NV-Solo nicht. Danach sei unerheblich, wann die besonderen Umstände aufgetreten seien. Entscheidend sei allein, daß sie eine Probe am Sonntag unausweichlich machten und diese auch nicht bei pflichtgemäßer, rechtzeitiger Disposition unter Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Mittel habe vermieden werden können. Durch die Erkrankung des Klägers zu 7) hätten besondere Umstände vorgelegen, die eine Probe an einem Sonntag abzuhalten. Ob die Sonntagsprobe im übrigen nach



der Gewerbeordnung, insbesondere nach § 105 i GewO zulässig sei oder nicht, bedürfe keiner Erörterung. Denn im Streitfall gehe es allein um die Verpflichtung der Beklagten, eine Sondervergütung zu zahlen. Mit diesem Themenkreis befasse sich die Gewerbeordnung nicht. Das sei allein im NV-Solo geregelt.

II. Dieser Auffassung des Landesarbeitsgericht stimmt der Senat im Ergebnis zu.

Die Aufhebungsklage ist unbegründet, weil der Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts keine Rechtsverletzung enthält (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG) und dem Landesarbeitsgericht keine entscheidungserheblichen Verfahrensfehler unterlaufen sind.

1. Die Schiedsgerichte und die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, daß die Kläger einen Zahlungsanspruch schlüssig vorgetragen haben. Es kann aber angesichts des Tarifwortlauts daran gezweifelt werden, ob die Kläger für den Fall einer rechtswidrig angeordneten Sonntagsprobe einen Anspruch auf eine Sondervergütung haben, oder ob eine tarif- oder gesetzeswidrige Anordnung einer Probe durch die Intendanz lediglich zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt. Denn der NV-Solo bestimmt die von den Klägern gewünschte Rechtsfolge nicht. Auch die von den Vorinstanzen und der Schiedsgerichtsbarkeit unbesehene Übernahme der Rechtsfolgen des § 612 Abs. 1 BGB ist nicht zwingend. Diese Vorschrift hat der Senat zwar angewandt, als von einem Opernchorsänger tariflich nicht zulässige Probezeiten (Überstunden bei Proben) verlangt worden sind (Senatsurteil vom 17. September 1987

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



- 9 -

- 6 AZR 560/84 - AP Nr. 32 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag; vgl. auch BAGE 38, 383 = AP Nr. 20 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag). Der vorliegende Fall unterscheidet sich aber von den angegebenen Sachverhalten, weil von den Klägern keine unzulässige Mehrarbeit verlangt worden ist, sondern eine Probe an einem an sich probenfreien Tag. Wenn Parteien aber nicht um die Menge der Arbeit streiten, sondern um deren Lage, könnte es fraglich sein, ob der Sachverhalt vergütungsmäßig wie der unzulässiger Mehrarbeit zu behandeln ist. Dieselben Erwägungen gelten bei Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung und Bereicherung, weil Schaden und rechtsgrundlose Leistung zweifelhaft sein könnten.

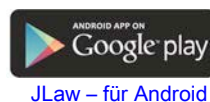
2. Die Frage nach der Schlüssigkeit der Schiedsklage kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Anordnung der Beklagten, am 3. März 1985 eine Sonntagsprobe abzuhalten, weder gegen ein Gesetz verstößt noch tarifwidrig ist.

a) Zu Recht rügt die Revision allerdings, das Landesarbeitsgericht habe es unterlassen, die Sonntagsprobe auf ihre Vereinbarkeit mit § 105 a GewO zu überprüfen. Soweit das Landesarbeitsgericht gemeint hat, das bedürfe keiner Erörterung, verkennet es, daß der Rechtsstreit nicht nur um die Bezahlung der Sonntagsarbeit, sondern um die Frage der Bezahlung rechtswidrig angeordneter Sonntagsarbeit geführt wird. Insoweit hätte es der Erörterung bedurft, ob die Sonntagsprobe mit dem Gewerberecht vereinbar war. Auf diesem Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts beruht seine Entscheidung aber nicht, weil die Sonntagsprobe nicht gegen

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



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



10 -

§ 105 a GewO verstieß. Denn diese Vorschrift sowie die §§ 105 b 105 g GewO finden keine Anwendung, weil es sich entgegen der Auffassung der Kläger bei den Proben um theatralische Vorstellungen im Sinne des § 105 i Abs. 1 GewO handelt. Zwar unterscheidet § 105 i GewO in seinem Absatz 1 zwischen dem Gaststättengewerbe und dem Verkehrsgewerbe einerseits und Musikaufführungen, Schausstellungen, theatralischen Vorstellungen und sonstigen Lustbarkeiten andererseits. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden im Bereich der "Lustbarkeiten" seien nur die unmittelbaren Darstellungen vom Sonntagsverbot ausgenommen, nicht aber die dazugehörenden Vorbereitungen des Gewerbes. Der Wortlaut des § 105 i Abs. 1 GewO könnte zwar isoliert betrachtet für diese Auffassung der Kläger sprechen. Das wird aber weder dem Sinn und Zweck der Vorschrift gerecht noch dem Wortlaut der arbeitsrechtlichen Vorschrift des § 105 i Abs. 2 GewO, der die Aufzählungen in Absatz mit "diese Gewerbe" umfassend bezeichnet. Wenn auch die Ausnahme vom öffentlich-rechtlichen Verbot der Sonntagsarbeit eng auszulegen sind, darf das nicht dazu führen, den Erfolg der sonntags erlaubten Arbeit zu gefährden. Das wäre der Fall, wenn die für Musikaufführungen, Schausstellungen und theatralischen Vorstellungen häufig unmittelbar vor der Aufführung notwendigen Vorbereitungen wie Generalproben, Stellproben, Lichtproben, insbesondere bei auswärtigen Gastspielen in fremder Umgebung, nur mit Genehmigung der Gewerbeaufsicht statthaft wären. So hat der Fünfte Senat mit Urteil vom 5. Februar 1986 - 5 AZR 564/84 - (AP Nr. 12 zu § 339 BGB) zutreffend entschieden, daß Sportveranstaltungen und auch das Training hierfür von § 105 i Abs. 1 GewO erfaßt werden (zustimmend Stahlhacke/Bleistein, GewO - Arbeitsrechtlicher Teil).

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



Stand Juli 1989, § 105 i Rz 17; auch Neumann in Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, Stand 1. Oktober 1989, § 105 i Rz 16 spricht vom "Lustbarkeitsgewerbe"). Von dieser Auslegung des öffentlich-rechtlichen Teils des Gesetzes bleibt die arbeitsrechtliche Frage unberührt, inwieweit im konkreten Einzelfall die Verpflichtung oder Anordnung für Sonntagsarbeit statthaft ist. Sie entscheidet sich nach Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder der gesetzlichen Bestimmung des § 105 i Abs. 2 GewO.

b) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht wie auch die Instanzen der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit davon ausgegangen, die Notwendigkeit einer Sonntagsprobe im Sinne des § 18 Nr. 1 NV-Solo sei nur dann zu bejahen, wenn zuvor alle Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, um eine zusätzlich erforderlich werdende Probe an einem Sonntag zu vermeiden. Diese Auslegung der Tarifvorschrift ist allein gesetzeskonform zu § 105 i Abs. 2 GewO.

Diesen rechtlichen Maßstab hat das Landesarbeitsgericht bei der Subsumtion des Sachvortrags der Parteien jedenfalls insoweit nicht mißachtet, als es davon ausgegangen ist, die Anordnung einer Sonntagsprobe sei nicht nur bei einer Störung drei Tage vor der Aufführung rechtmäßig. Eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus dem Tarifvertrag noch aus dem Gesetz. Der Tarifvertrag spricht ohne weitere Einschränkung lediglich von notwendigen besonderen Umständen. Weiterhin hat das Landesarbeitsgericht die Bewertungen des Bühnenschiedsgerichts zu den Ausweichmöglichkeiten für die Probe am 26. Februar 1985 und am 1. und 2. März 1985 in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gewür-



digst. Zu Recht rügt die Revision allerdings, das Landesarbeitsgericht habe ihren Vortrag zu den Problemöglichkeiten am 4., 5., 6. und 7. März 1985 übergangen und damit den Tarifbegriff der Notwendigkeit falsch ausgelegt. Damit haben die Kläger eine Verfahrensrüge nach § 286 ZPO erhoben, nämlich die Nichtberücksichtigung wesentlicher von einer Partei vorgetragener Tatsachen, die gerade nach dem vom Gericht aufgestellten Rechtssatz entscheidungserheblich seien. Dieser Verfahrensfehler des Landesarbeitsgerichts ist jedoch unerheblich, weil das Urteil darauf nicht beruht. Die Kläger haben nämlich die Verfahrensrüge nicht ordnungsgemäß erhoben. Die Aufhebungsklage vor dem Arbeitsgericht eröffnet nicht erneut die Tatsacheninstanzen, sondern ermöglicht lediglich die Rechtskontrolle (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG). Es handelt sich bei der Aufhebungsklage in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit um ein revisionsähnliches Verfahren. Das hat zur Folge, daß der Aufhebungskläger die Tatsachen, die den Verfahrensmangel ergeben sollen, in der durch § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO gebotenen Form und Frist vorzutragen hat. Durch die weitere Vorschrift des § 110 Abs. 3 ArbGG, wonach die Aufhebungsklage binnen einer Notfrist von zwei Wochen zu erheben ist, ist der Aufhebungskläger genötigt, Verfahrensfehler in der Aufhebungsklage selbst binnen zwei Wochen zu rügen.

Im Streitfall kann dahingestellt bleiben, ob der Verfahrensmangel nach § 286 ZPO durch den Aufhebungskläger in der nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO gebotenen Form erhoben hat (vgl. insoweit die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - BAGE 51, 374 = AP Nr. 27 zu § 611 BGB Buh-



nenengagementsvertrag). Sie ist jedenfalls nicht rechtzeitig erhoben. Der Senat muß für diese Feststellung nicht entscheiden, ob die Verfahrensrüge in der Aufhebungsklage selbst erhoben werden muß (BAG Urteil vom 27. Mai 1970 - 5 AZR 425/69 - BAGE 22, 356 = AP Nr. 1 zu § 110 ArbGG 1953) oder gegenüber dieser Rechtsprechung Bedenken zu erheben sind (BAG Urteil vom 18. April 1986, aaO; ablehnend hierzu Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 1990, § 110 Rz 9). Denn auch wenn angesichts der kurzen Zwei-Wochen-Frist des § 110 Abs. 3 ArbGG der § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO nicht uneingeschränkt angewendet werden könnte, gebietet die Gestaltung des Aufhebungsverfahrens als revisionsähnliches Verfahren jedenfalls ein unverzügliches Rügen des Verfahrensmangels nach Erhebung der Aufhebungsklage, hilfsweise mindestens innerhalb der Revisionsfrist von einem Monat gemäß § 74 ArbGG. Im Streitfall hätten die Kläger die Verfahrensrüge spätestens im Oktober 1987 erheben müssen, nachdem der Schiedsspruch im September 1987 zugestellt worden ist. Das haben die Kläger versäumt. Erstmals der Schriftsatz vom 30./31. Dezember 1987 enthält - wenn überhaupt - eine Verfahrensrüge. In der Aufhebungsklage vom 3./4. September 1987 findet sich lediglich der Satz, die Generalprobe hätte auch am Vormittag des Premierentages stattfinden können. Diese Bemerkung genügt nicht den Anforderungen an eine Verfahrensrüge nach § 286 ZPO.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO.

Dr. Röhsler

Dr. Jobs

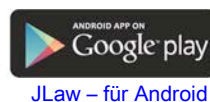
Dörner

E. Schmidt

H. Schmidt



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)