

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 5. März 2024
- 9 AZR 47/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:050324.U.9AZR47.23.0

I. Arbeitsgericht Magdeburg

Urteil vom 29. Juni 2021
- 1 Ca 2846/20 HBS -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 25. August 2022
- 3 Sa 553/21 -

Entscheidungsstichwort:

Urlaubsfestlegung für Musiker in Kulturorchestern

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 9 AZR 46/23 -

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 47/23

3 Sa 553/21

Landesarbeitsgericht

Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

5. März 2024

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. März 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, den Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Darsow-Faller sowie die ehrenamtlichen Richter Gell und Dr. Thau für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 25. August 2022 - 3 Sa 553/21 - in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als es das Urteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 29. Juni 2021 - 1 Ca 2846/20 HBS - teilweise abgeändert und festgestellt hat, dass dem Kläger gegen die Beklagte aus dem Kalenderjahr 2020 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 13 Kalendertagen zusteht.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 29. Juni 2021 - 1 Ca 2846/20 HBS - wird auch insoweit zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger aus dem Jahr 2020 noch Erholungsurlaub im Umfang von 13 Kalendertagen zusteht. 1

Die Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die einen Bühnenbetrieb mit Orchester, Schauspiel, Musiktheater und Ballett unterhält und regelmäßig Bühnen in H, Q und T bespielt. Das Orchester umfasst 35 Musiker, dem Chor gehören 18 Sänger an, das Schauspiel- und Ballettensemble besteht aus zehn Tänzern und acht Schauspielern. Außerdem beschäftigt die Beklagte 17 Solisten. Die Dienstplanung sieht einen gleichzeitigen Einsatz aller Musiker nicht vor. Neben dem festangestellten Ensemble kommen Aushilfen zum Einsatz. Die Beklagte ist Mitglied im Deutschen Bühnenverein Bundesverband der Theater und Orchester. 2

Der Kläger ist seit dem 1. März 2001 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger als erster Flötist beschäftigt und Mitglied in der Deutschen Orchestervereinigung e.V. Nach § 4 des Arbeitsvertrags vom 17. Januar 2001 3

bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem zwischen dem Deutschen Bühnenverein Bundesverband der Theater und Orchester und der Deutschen Orchestervereinigung e.V. geschlossenen Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern in der jeweils gültigen Fassung, der am 1. Oktober 2019 durch den Tarifvertrag für die Musiker in Konzert- und Theaterorchestern (TVK) ersetzt wurde. In der für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgebenden Fassung des TVK heißt es auszugweise:

„§ 37

Erholungsurlaub

- (1) Der Musiker erhält in jedem Urlaubsjahr Erholungsurlaub unter Fortzahlung der Vergütung (§ 16). Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.
- (2) ...
- (3) Der Urlaub beträgt 45 Kalendertage. Er wird grundsätzlich während der Theater- bzw. Konzertferien gewährt.

Ruht das Arbeitsverhältnis, so vermindert sich die Dauer des Erholungsurlaubs, soweit dieser den Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz einschließlich eines etwaigen Zusatzurlaubs überschreitet, für jeden vollen Kalendermonat um ein Zwölftel. Soweit das Arbeitsverhältnis wegen Gewährung von Sonderurlaub nach § 41 ruht, entsteht kein Urlaubsanspruch.

Aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen kann der Urlaub in zwei Teilen gewährt werden; dabei soll jedoch der auf die Theater- bzw. Konzertferien entfallende Urlaubsteil mindestens 32 Kalendertage betragen. Der kleinere Urlaubsteil ist möglichst unter Berücksichtigung der Interessen des Musikers spätestens sechs Wochen vor Antritt festzulegen.

14 Kalendertage des Urlaubs sollen zusammenhängend während der Schulferien des jeweiligen Bundeslandes gewährt werden.

...

§ 41

Sonderurlaub

Der Musiker kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf die Vergütung Sonderurlaub erhalten, wenn die dienstlichen oder betrieblichen Ver-

hältnisse es gestatten. Die Zeit des Sonderurlaubs gilt nicht als Dienstzeit (§ 15), es sei denn, dass der Arbeitgeber vor Antritt des Sonderurlaubs ein dienstliches oder betriebliches Interesse an der Beurlaubung schriftlich anerkannt hat.“

Seit mehr als 15 Jahren legt die Beklagte den Jahresurlaub für die Orchestermusiker unter Berufung auf § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK in Abstimmung mit dem Personalrat in zwei Teilen fest. Den größeren Teil des Jahresurlaubs erteilt sie im Sommer zwischen den Spielzeiten in einem Umfang von mindestens 32 Kalendertagen und den kleineren Teil im Januar des Folgejahres nach Abschluss der Neujahrskonzerte. Die Spielzeit 2019/2020 lief vom 24. Juli 2019 bis zum 1. Juli 2020 und die Spielzeit 2020/2021 vom 1. August 2020 bis zum 9. Juli 2021. Die Spielzeit 2021/2022 begann am 11. August 2021. 4

Im Jahr 2020 wurde der Jahresurlaub nicht vollständig durch den Sommerurlaub erfüllt. Mit Schreiben vom 16. September 2020 beantragte der Kläger, ihm restlichen Urlaub im Umfang von 13 Tagen zwischen den Spielzeiten vom 19. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2020 zu gewähren. Für den Fall der Ablehnung dieses Urlaubsbegehrens nannte er zehn - jeweils im Eventualverhältnis zueinanderstehende - Ersatzzeiträume bis Ende des Jahres 2021. 5

Mit Aushang vom 8. Oktober 2020 legte die Beklagte den „Winterurlaub 2020/2021“ für das Orchester auf den Zeitraum vom 6. Januar bis zum 18. Januar 2021 und den „Sommerurlaub 2021“ auf den Zeitraum vom 10. Juli bis zum 10. August 2021 fest. Den Urlaubsantrag des Klägers vom 16. September 2020 lehnte sie mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 ab. Der Anordnung des Winterurlaubs widersprach der Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 14. Oktober 2020. 6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stünden noch 13 Kalendertage aus dem Jahr 2020 Urlaub zu. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den „Winterurlaub 2020/2021“ für das Orchester einseitig zu bestimmen, sodass insoweit keine Erfüllung eingetreten sei. Aus § 37 Abs. 3 Unterabs. 1 und 3 TVK folge nur die Befugnis des Arbeitgebers, den auf die Konzertferien entfallenden großen Teil des Urlaubs im Umfang von mindestens 32 Kalendertagen einseitig 7

festzulegen. Nach § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 2 TVK, dem zufolge Urlaub möglichst unter Berücksichtigung der Interessen des Musikers festzulegen sei, hätten Orchestermusiker einen Anspruch darauf, dass die zeitliche Lage des kleineren Urlaubsteils - soweit nicht objektiv unmöglich - nach ihren individuellen Wünschen bestimmt werde.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt 8
festzustellen, dass ihm gegen die Beklagte aus dem Kalenderjahr 2020 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 13 Kalendertagen zusteht.

Die Beklagte hat den Klageabweisungsantrag darauf gestützt, § 37 9
Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 2 TVK berechtere sie dazu, auch die zeitliche Lage des kleineren Urlaubsteils einseitig festzulegen. Die Tarifnorm räume den Erfordernissen des Spielplans bei einer Gewährung von Urlaub in zwei Teilen grundsätzlich Vorrang vor den individuellen Urlaubswünschen der Musiker ein. Sie habe aus dienstlichen bzw. betrieblichen Gründen zwei Spielpausen festgelegt, in denen sie die Musiker nicht sinnvoll beschäftigen können, und deshalb nach Maßgabe des Tarifvertrags Urlaub angeordnet. Bei einer - zeitlich versetzten - individuellen Urlaubsgewährung würde die Klangqualität des Orchesters und die persönliche Harmonie unter den Musikern beeinträchtigt. Die zusätzliche Verpflichtung wechselnder Aushilfsmusiker verursachte weitere Kosten und könnte zu nicht hinzunehmenden künstlerischen Einbußen führen. Auf Konzerte müsste verzichtet werden, wenn qualitativ geeignete Aushilfsmusiker nicht in ausreichender Anzahl gewonnen werden könnten.

Der Kläger hat mit dem erstinstanzlichen Hauptantrag und neun Hilfsanträgen die Bewilligung von Urlaub für näher bezeichnete Zeiträume bis Ende 2021 verlangt und als zehnten Hilfsantrag den noch in der Revision streitgegenständlichen Feststellungsantrag gestellt. Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht am 29. Juni 2021 haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des ursprünglichen Hauptantrags sowie der ersten fünf Hilfsanträge wegen Zeitablaufs übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Mit seiner Berufung 10

hat der Kläger die zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgt und die Klage um fünf weitere Hilfsanträge erweitert, mit denen er die Bewilligung von Urlaub für näher bezeichnete Zeiträume in der Zeitspanne vom 22. Dezember 2021 bis zum 2. Januar 2023 begehrt hat. Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für teilweise erledigt erklärt. Das Landesarbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Kosten des gesamten Rechtsstreits hat es gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO iVm. § 91a ZPO gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist der Beklagten am 20. Januar 2023 zugestellt worden. Diese hat dagegen am 10. Februar 2023 beim Bundesarbeitsgericht Revision eingelegt. Auf ihren Antrag vom 17. März 2023 ist die Revisionsbegründungsfrist am 20. März 2023 bis zum 20. April 2023 verlängert worden. Am 20. April 2023 war der Empfang über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften der Länder Nordrhein-Westfalen und Saarland sowie den Bundesgerichten und den Registergerichten in Baden-Württemberg aufgrund einer technischen Störung des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs (EGVP) vom 18. bis mindestens 21. April 2023 nicht möglich. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat vergeblich versucht, die Revisionsbegründung am 20. April 2023 per beA einzureichen. Das Sendeprotokoll wies aus: „Die Nachricht konnte nicht an den Intermediär des Empfängers übermittelt werden.“ Der Beklagtenvertreter hat deshalb die Revisionsbegründung am 20. April 2023 per Telefax eingereicht und unter Beifügung des Fehlerprotokolls darauf hingewiesen, dass eine Einreichung per beA aus technischen Gründen nicht möglich sei. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte, die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts insgesamt zurückzuweisen.

11

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Beklagten ist begründet. 12
- A. Die Revision ist zulässig. Sie wurde fristgerecht eingelegt und begründet. 13
Die zweimonatige Frist des § 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG zur Begründung der Revision wurde entgegen der Auffassung des Klägers durch die per Telefax beim Bundesarbeitsgericht am 20. April 2023 eingereichte Revisionsbegründung gewahrt.
- I. Gemäß § 46g Satz 1 ArbGG sind vorbereitende Schriftsätze und deren 14
Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig (§ 46g Satz 3 ArbGG). Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen (§ 46g Satz 4 ArbGG).
- II. Die Beklagte war aufgrund einer vorübergehenden technischen Störung 15
außerstande, die Revisionsbegründung am 20. April 2023 - dem letzten Tag der auf Antrag der Beklagten verlängerten Revisionsbegründungsfrist - per beA beim Bundesarbeitsgericht einzureichen.
1. Aufgrund einer Störung des EGVP konnten am 20. April 2023 ganztägig 16
keine Schriftsätze über das beA beim Bundesarbeitsgericht eingereicht werden. Der Beklagten war es deshalb gestattet, eine Ersatzeinreichung vorzunehmen und die Revisionsbegründung per Telefax zu übermitteln, nachdem sie zuvor vergeblich versucht hatte, die Revisionsbegründung per beA einzureichen.
2. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte die Revisionsbegründung 17
nicht an das vom Bundesarbeitsgericht empfohlene allgemeine Postfach, sondern an das Postfach des Neunten Senats gerichtet hat. Die an die Parteien gerichtete „Bitte“, die EGVP-Postfächer der einzelnen Senate nicht mehr zu ver-

wenden, weil diese nur noch für eine Übergangszeit zur Verfügung stehen, hat diese nicht von der Nutzung für den elektronischen Rechtsverkehr ausgeschlossen.

3. Entgegen der Auffassung des Klägers oblag es der Beklagten nicht, weitere Zustellversuche über das beA zu unternehmen. § 46g Satz 3 ArbGG stellt auf die vorübergehende technische Unmöglichkeit im Zeitpunkt der beabsichtigten Übermittlung des elektronisch einzureichenden Dokuments ab. Der Prozessbevollmächtigte, der aus technischen Gründen gehindert ist, einen fristwahren Schriftsatz elektronisch einzureichen, ist, nachdem er die zulässige Ersatzeinreichung veranlasst hat, nicht mehr gehalten, sich vor Fristablauf weiter um eine elektronische Übermittlung zu bemühen. Ein elektronisches Dokument ist nach § 46g Satz 4 Halbsatz 2 ArbGG bei ausreichender Ersatzeinreichung zusätzlich nur auf gerichtliche Anforderung nachzureichen (*vgl. BGH 25. Mai 2023 - V ZR 134/22 - Rn. 10*).

III. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat die vorübergehende technische Unmöglichkeit einer Übermittlung des Schriftsatzes auf elektronischem Wege gemäß § 46g Satz 4 Halbsatz 1 ArbGG rechtzeitig glaubhaft gemacht. Er hat bereits mit der Übersendung der Revisionsbegründung auf seinem Anwaltsbriefbogen und als „Rechtsanwalt“ zeichnend ausdrücklich erklärt, eine Übersendung per beA sei „aufgrund technischer Probleme seitens des beA“ nicht möglich, und diesen Vortrag durch Einreichung des Übersendungsprotokolls belegt. Damit hat er die Richtigkeit seiner Angaben unter Bezugnahme auf seine Standespflichten anwaltlich versichert (*vgl. BAG 25. April 2022 - 3 AZB 2/22 - Rn. 49, BAGE 177, 284*). Das eingereichte Übersendungsprotokoll, dem zufolge die Nachricht nicht an den Intermediär des Empfängers übermittelt werden konnte, stimmt mit der Störungsdokumentation des Bundesarbeitsgerichts über den gerichtsbekanntem ganztägigen Ausfall der EGVP-Infrastruktur des Bundes am 20. April 2023 überein. Gemeinsam mit der abgegebenen Erklärung sind damit die Anforderungen des § 46g Satz 4 Halbsatz 1 ArbGG erfüllt (*vgl. BGH 10. Oktober 2023 - XI ZB 1/23 - Rn. 18; vgl. auch BGH 19. Mai 2023 - V ZR 14/23 - Rn. 1*).

- B. Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil zu Unrecht teilweise stattgegeben. Der zulässige Feststellungsantrag ist unbegründet. 20
- I. Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig. Feststellungsklagen müssen sich nicht auf das Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen, sondern können einzelne daraus entstehende Rechte, Pflichten oder Folgen - wie hier das gegenwärtige Bestehen eines Urlaubsanspruchs aus einem bestimmten Kalenderjahr - zum Gegenstand haben. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Wegen etwaiger Ansprüche auf Urlaubsentgelt hat der Kläger sowohl ein rechtliches als auch ein wirtschaftliches Interesse daran, das Bestehen und den Umfang des aus dem Jahr 2020 resultierenden Urlaubs gerichtlich feststellen zu lassen. Der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage steht der Zulässigkeit einer Klage, mit der ein Arbeitnehmer Urlaubsansprüche gerichtlich festgestellt wissen will, dabei nicht entgegen (*vgl. BAG 25. Juli 2023 - 9 AZR 285/22 - Rn. 9; 9. März 2021 - 9 AZR 310/20 - Rn. 10 mwN*). 21
- II. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger kann nicht die Feststellung verlangen, dass ihm gegen die Beklagte aus dem Kalenderjahr 2020 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 13 Kalendertagen zusteht. Der streitgegenständliche Urlaubsanspruch ist durch die bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht im Zeitraum vom 6. Januar bis zum 18. Januar 2021 durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte durch den Aushang vom 8. Oktober 2020 den „Winterurlaub 2020/2021“ für das Orchester wirksam festgelegt. 22
1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Regelung in § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK berechtigte den Arbeitgeber bei der Gewährung von Urlaub in zwei Teilen nicht dazu, auch den kleineren Teil des Urlaubs gegen den ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers einseitig festzulegen. Der Arbeitgeber könne sich im Rahmen der Urlaubsplanung nicht auf den Vorrang des Spielplans berufen, sondern müsse die Individualinteressen sämtlicher Orchestermitglieder berücksichtigen. Diese müssten nur dann zurückstehen, wenn zu viele Musiker 23

gleichzeitig Urlaub beehrten oder die Mitwirkung des Musikers aus besonderen Gründen unabdingbar sei und er nicht durch eine Aushilfe ersetzt werden könne.

2. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Wird der Urlaub aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen in zwei Teilen gewährt, ist gemäß § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK (auch) der kleinere - außerhalb der Theater- bzw. Konzertferien liegende - Urlaubsteil durch den Arbeitgeber mit einer Ankündigungsfrist von mindestens sechs Wochen festzulegen. Dabei genießen die Erfordernisse des Spielplans Vorrang. Von einem einzelnen Musiker reklamierte Interessen an einer davon abweichenden Urlaubsgewährung müssen vom Arbeitgeber nur berücksichtigt werden, soweit sie sich mit den Vorgaben des Spielplans und den dienstlichen oder betrieblichen Gründen, die die Gewährung des Urlaubs in zwei Teilen bedingen, vereinbaren lassen. Ist der Arbeitgeber danach verpflichtet, den Interessen des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen, erhält der Arbeitnehmer seinen individuell festgelegten Urlaub nur anstelle des kollektiv angeordneten Urlaubs, nicht zusätzlich dazu. Dies ergibt die Auslegung des § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK. 24

a) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags, die in der Revisionsinstanz in vollem Umfang überprüfbar ist, folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Auszugehen ist zunächst vom Tarifwortlaut. Zu erforschen ist der maßgebliche Sinn der Erklärung, ohne am Buchstaben zu haften. Dabei sind der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und damit der von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm mit zu berücksichtigen, soweit sie in den tariflichen Normen ihren Niederschlag gefunden haben. Auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang ist abzustellen. Verbleiben noch Zweifel, können weitere Kriterien berücksichtigt werden. Im Zweifel ist die Tarifauslegung zu wählen, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Lösung führt (*vgl. zu den Grundsätzen der Tarifauslegung die st. Rspr., zB BAG 20. Juli 2022 - 7 AZR 247/21 - Rn. 20; 13. Oktober 2021 - 4 AZR 365/20 - Rn. 21 mwN*). 25

b) Das Recht des Arbeitgebers, die zeitliche Lage des kleineren Urlaubsteils festzulegen und zugunsten einzelner Musiker nur davon abweichen zu müssen, soweit diese ein berechtigtes Interesse geltend machen, dessen Realisierung mit der vertraglichen Pflicht zur Teilnahme an Proben und Aufführungen im Einklang steht, ist bereits im Tarifwortlaut angelegt und wird durch die Systematik sowie den Zweck der tariflichen Regelung bestätigt. 26

aa) Nach § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 2 TVK ist der kleinere Urlaubsteil möglichst unter Berücksichtigung der Interessen des Musikers spätestens sechs Wochen vor Antritt festzulegen. Die Tarifbestimmung regelt damit die Voraussetzungen der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub gegenüber der gesetzlichen Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG eigenständig. Anders als die gesetzliche Regelung stellt sie weder darauf ab, dass der Arbeitnehmer zur Realisierung seines Urlaubsanspruchs einen - fristgebundenen - Urlaubsantrag stellen kann, noch ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat, soweit betriebliche Belange oder vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer nicht entgegenstehen. Die Tarifbestimmung befugt den Arbeitgeber vielmehr ausdrücklich dazu, auch den kleineren Urlaubsteil einseitig festzulegen, wenn er den Urlaub nicht in einem Teil, sondern nach § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 1 TVK aus dienstlichen und betrieblichen Gründen in zwei Teilen gewährt. Eine Aufspaltung des Urlaubs durch einseitige Anordnung des Arbeitgebers in weitere Urlaubsteile ist nach dem Wortlaut ausgeschlossen. 27

bb) Kein anderes Verständnis ergibt sich daraus, dass der Urlaub „möglichst“ unter Berücksichtigung der Interessen „des“ Musikers festzulegen ist. Die Wortwahl der Tarifvertragsparteien verdeutlicht, dass dem Interesse eines einzelnen Musikers, ihm seinen Urlaub abweichend von dem arbeitgeberseitig festgelegten kleineren Urlaubsteil zu wahren, nur dann nachzukommen ist, wenn dies möglich ist. Die Möglichkeit wird in erster Linie durch den Spielplan bestimmt. Eine im Interesse einzelner Musiker liegende Urlaubsgewährung, die ganz oder teilweise von dem festgelegten kleineren Urlaubsteil abweicht, wird regelmäßig nur an Tagen in Betracht kommen, an denen keine Konzerte, Aufführungen oder Proben 28

des Orchesters bzw. Ensembles angesetzt sind. Die unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen individuell festgelegte Urlaubszeit führt nicht zur Erhöhung des Urlaubsanspruchs. Sie tritt an die Stelle des grundsätzlich für alle Musiker festgelegten Urlaubszeitraums. Während dieses Zeitraums ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (zB Notentstudium, Einzelproben etc.).

c) Auch Tarifsystematik und Tarifzweck rechtfertigen nicht die Annahme, dass die Tarifvertragsparteien den Vorrang des Spielplans bei der Gewährung des kleineren Urlaubsteils zugunsten individueller Urlaubswünsche zurückstellen wollten. Vielmehr würde dies dem Zweck der Tarifnorm entgegenwirken. 29

aa) § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 1 TVK räumt dem Arbeitgeber das Recht zur Festlegung des zusammenhängenden Tarifurlaubs ein. Bei der Ausübung dieses Rechts hat er Vorgaben zu beachten, die an den typischen Bedürfnissen des Bühnenbetriebs ausgerichtet sind. Der 45 Kalendertage umfassende Tarifurlaub ist - vom Arbeitgeber - gemäß § 37 Abs. 3 Unterabs. 1 TVK grundsätzlich während der Theater- bzw. Konzertferien zu gewähren. Davon sollen 14 Kalendertage zusammenhängend in den Schulferien des jeweiligen Bundeslandes liegen. Dies dient erkennbar dem Zweck, dass alle Musiker eines Konzert- und Theaterorchesters ihren gesamten Urlaub gleichzeitig antreten. Die grundsätzliche Berechtigung, die Theater- bzw. Konzertferien einseitig festzulegen, trägt dem Interesse des Orchesterträgers Rechnung, die Spielzeit nach Maßgabe des Spielplans mit seinem Orchester zu bestreiten und dabei seine künstlerischen Vorstellungen zu realisieren. Zu diesem Zweck wird das Orchester aus den dazu angestellten Musikern gebildet. Als größeres Ensemble aus Instrumentalisten, das unter der Leitung eines Dirigenten spielt (*BAG 16. März 2023 - 6 AZR 124/22 - Rn. 26*), bildet es einen Klangkörper, der auf das Zusammenwirken sämtlicher Einzelstimmen angelegt ist. Mit der Regelung, dass Urlaub grundsätzlich nur während der Theater- bzw. Konzertferien zu gewähren ist, wird gewährleistet, dass dem Orchesterträger sämtliche Musiker seines Orchesters während der gesamten Spielzeit durchgehend zur Verfügung stehen. 30

bb) Mit dieser tariflichen Regelung stellen die Tarifvertragsparteien zugleich 31
einen Ausgleich zwischen dem reibungslosen Spielbetrieb und dem Bedürfnis
der Arbeitnehmer her, sich von der Arbeit zu erholen und über einen von den
Belastungen des Arbeitsverhältnisses und dem Einfluss des Arbeitgebers unbe-
einträchtigten Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (*vgl. zum
Urlaubsbegriff BAG 16. August 2022 - 9 AZR 76/22 (A) - Rn. 16, BAGE 178,
309*). Die Tarifbestimmung des § 37 Abs. 3 Unterabs. 1 TVK trägt den Belangen
der Musiker dadurch Rechnung, dass der Urlaub - wie es auch § 7 Abs. 2 BUrlG
für den gesetzlichen Mindesturlaub vorsieht - im Erholungsinteresse grundsätz-
lich zusammenhängend gewährt wird. Soweit außerdem festgelegt ist, dass sich
der Urlaubszeitraum im Umfang von mindestens 14 Tagen mit den Schulferien
überschneiden muss, haben die Tarifvertragsparteien eine praktische Konkor-
danz zwischen der Kunstfreiheit der Orchesterleitung aus Art. 5 Abs. 3 GG und
dem Schutz von Ehe und Familie des einzelnen Musikers aus Art. 6 Abs. 1 GG
hergestellt, um Musikern, deren Freizeitgestaltung aufgrund schulpflichtiger
Kinder oder im Schulbetrieb beschäftigter Partner an den Schulferien hängt, ei-
nen gemeinsamen Urlaub zu ermöglichen. Der Orchesterträger muss die Spiel-
zeiten so zuschneiden, dass mindestens zwei Wochen der dazwischenliegenden
Theater- bzw. Konzertferien in den Schulferien liegen.

cc) Lediglich aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen muss der Urlaub 32
nicht zusammenhängend, sondern darf in zwei Teilen gewährt werden. Dabei
darf der kleinere Teil des Urlaubs, der auch außerhalb der Theater- bzw. Kon-
zertferien liegen kann, 13 Kalendertage nicht übersteigen. Die Interessenlage
des Orchesterträgers, die Orchestermusiker innerhalb des Spielplans möglichst
unabhängig vom Einsatz von Aushilfsmusikern einsetzen zu können, ändert sich
in diesem Fall nicht. Soweit § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK vorgibt, dass der klei-
nere Urlaubsteil „möglichst“ unter Berücksichtigung der Interessen des Musikers
spätestens sechs Wochen vor Antritt festzulegen ist, wird der Bereich des Mögli-
chen durch die Erfordernisse des Spielplans und die dienstlichen bzw. betriebli-
chen Gründe, die zur Urlaubsteilung geführt haben, begrenzt. Nur soweit diese
eine abweichende Festlegung des kleineren Urlaubsteils zulassen, besteht die
Möglichkeit, die Interessen eines einzelnen Musikers zu berücksichtigen. Dem-

entsprechend haben die Tarifvertragsparteien konsequent darauf verzichtet, § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK um eine Bestimmung wie § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zu ergänzen und das Aufeinandertreffen gegenläufiger betrieblicher oder individueller Belange ausdrücklich zu regeln. Dass dies bewusst geschehen ist, zeigt die Kollisionsregelung in § 41 Satz 1 TVK. Diese bestimmt, dass der Musiker bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf die Vergütung Sonderurlaub erhält, wenn die dienstlichen oder betrieblichen Verhältnisse es gestatten.

dd) Das Auslegungsergebnis wird durch die allgemeine Öffnungsklausel für Tarifverträge in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG getragen. Danach können die Tarifvertragsparteien von den Bestimmungen des BUrlG auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer abweichen. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Bestimmungen der §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG. Die Tarifvertragsparteien haben vorliegend von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht und eine von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG abweichende Regelung getroffen, der zufolge sich die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs den Erfordernissen des Spielplans unterzuordnen haben, ohne dass der Regelungsbereich der zwingenden Vorschriften §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG berührt wäre. Die Tarifvertragsparteien können auch eine von § 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG abweichende Teilung des Urlaubs zulassen, wenn dringende betriebliche Gründe iSd. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG dies erforderlich machen (*vgl. auch BAG 13. Februar 1996 - 9 AZR 79/95 - zu I 1 der Gründe, BAGE 82, 161; ErfK/Gallner 23. Aufl. BUrlG § 13 Rn. 12*). 33

3. Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Beklagte durch den Aushang vom 8. Oktober 2020 wirksam den Urlaub für das gesamte Orchester auf die Zeit vom 6. Januar bis zum 18. Januar 2021 festgelegt. Interessen des Klägers, ihm - im Einklang mit den Anforderungen des Spielplans - einen davon abweichenden Urlaub zu gewähren, sind weder festgestellt noch dargelegt. 34

a) Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass die Beklagte den Urlaub iSv. § 37 Abs. 3 Unterabs. 3 Satz 1 TVK aus dem Jahr 2020 aus dienstlichen bzw. betrieblichen Gründen in zwei Teilen festlegen durfte. Die von der Beklagten aufgezeigte Notwendigkeit einer Spielpause, um eine im laufenden Spielbetrieb nicht mögliche Wartung und Reparatur technischer Anlagen durchzuführen 35

ren, stellt einen hinreichenden Grund für die Teilung des Urlaubs dar. Es erscheint auch nachvollziehbar, den kleineren Teil des Urlaubs im Anschluss an die Vielzahl der über Weihnachten und zum Jahresende stattfindenden Aufführungen und Proben zu gewähren, damit sich die Orchestermusiker zeitnah von den Strapazen dieser intensiven Phase der Spielzeit erholen können.

b) Der Kläger hat sich nicht hinreichend konkret auf die Interessen berufen, aufgrund derer ihm anstatt zu dem grundsätzlich für alle Musiker festgelegten Zeitraum ein davon abweichender hätte gewährt werden müssen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere nicht dargelegt, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, ihm innerhalb der Spielzeit Urlaub zu gewähren, ohne dass an diesen Tagen eine Teilnahme an Konzerten oder Orchesterproben vorgesehen gewesen wäre. 36

C. Der Kläger hat die Kosten des gesamten Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1, § 91a Abs. 1 ZPO). 37

Kiel

Darsow-Faller

Zimmermann

Gell

Thau