

**Auch im Orchester geht es zum Teil**

Eine Bratschistin eines Orchesters (hier: der Bayerischen Staatsoper) darf es nicht verweigert werden, nach ihrer Elternzeit nur noch eine halbe Stelle zu besetzen. Der Wunsch nach Teilzeitarbeit dürfte ihr nur dann ausgeschlagen werden, wenn ein Organisationskonzept vorgelegt würde, nach dem Teilzeitarbeit nicht möglich wäre. In einem Fall vor dem BAG konnte die Staatsoper ein solches Konzept nicht vorweisen.

Quelle: Wolfgang Büser

**Möglichkeit einer rückwirkenden Verringerung der Arbeitszeit; Entgegenstehen von künstlerischen Belangen Dritter; Betriebliche Gründe für die Versagung eines Teilzeitverlangens**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 27.04.2004

**Aktenzeichen:** 9 AZR 522/03

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 19046

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG München - 16.10.2002 - AZ: 33 Ca 3797/02

LAG München - 28.05.2003 - AZ: 10 Sa 1076/02

**Rechtsgrundlagen:**

§ 311a Abs. 1 BGB

§ 8 TzBfG

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

§ 15 Abs. 2 TVK

**Fundstellen:**

BAGE 110, 232 - 243

AfP 2005, 299 (amtl. Leitsatz)

ArbRB 2005, 5 (Volltext mit amtl. LS)

AuA 2005, 53-54 (Volltext mit red. LS)

AuR 2004, 474 (amtl. Leitsatz)

AUR 2004, 474 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2004, 385-388

BB 2004, 2581-2584 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2004, XII Heft 42 (amtl. Leitsatz)

DB 2004, 2700-2701 (Volltext mit amtl. LS)  
EBE/BAG 2004, 2  
EzA-SD 21/2004, 8-9  
FA 2005, 20 (Volltext mit amtl. LS)  
FA 2005, 30 (amtl. Leitsatz)  
FA 2005, 63 (amtl. Leitsatz)  
FAr 2005, 20  
FAr 2005, 30  
FAr 2005, 63  
KommJur 2005, 77  
MDR 2005, 39-40 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2005, 622 (amtl. Leitsatz)  
NJW-Spezial 2005, 36 (Volltext mit amtl. LS)  
NZA 2004, 1225-1229 (Volltext mit red./amtl. LS)  
PersV 2005, 238  
RiA 2005, 174  
schnellbrief 2005, 3  
ZAP EN-Nr. 0/2004  
ZfPR 2005, 46 (amtl. Leitsatz)  
ZTR 2005, 257-260 (Volltext mit amtl. LS)  
ZUM 2004, 936-940 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 27.04.2004 - 9 AZR 522/03**

### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Seit dem Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (vom 26. November 2001 BGBl. I S. 3138) ist ab dem 1. Januar 2002 die Verurteilung zu einer rückwirkenden Verringerung der Arbeitszeit gemäß § 8 TzBfG zulässig.
2. Dem Teilzeitwunsch eines Arbeitnehmers können auch künstlerische Belange entgegenstehen. Die Aufzählung der entgegenstehenden betrieblichen Gründe in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG ist nicht abschließend.
3. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch die künstlerischen Vorstellungen. Es können deshalb auch subjektive künstlerische Gesichtspunkte dem Teilzeitwunsch entgegenstehen. Es dürfen an die Darlegung der Beeinträchtigung der Kunstfreiheit durch die verlangte Verringerung der Arbeitszeit keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Die Gründe müssen jedoch nachvollziehbar sein.

Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat  
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2004  
durch  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell,  
die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Krasshöfer sowie  
den ehrenamtlichen Richter Kranzusch und  
die ehrenamtliche Richterin Pielenz  
für **Recht** erkannt:

**Tenor:**

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 28. Mai 2003 - 10 Sa 1076/02 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

**Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über den Anspruch der Klägerin auf Verringerung der Arbeitszeit.
- 2 Die Klägerin ist seit 1. September 1997 im Staatsorchester der Bayerischen Staatsoper München des Beklagten als Bratscherin (tutti) zu einem monatlichen Entgelt in Höhe von 4.352,07 Euro brutto beschäftigt. Sie wurde als Vollzeitbeschäftigte angestellt. In § 4 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 27./29. November 1996 ist ua. folgendes geregelt:

"§ 3

*Frau W ist zum Spielen des Instrumentes Bratsche verpflichtet. Ihr wird die Tätigkeit einer Bratscherin übertragen.*

§ 4

*Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der jeweils gültigen Fassung und den ihn ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen.*

..."

- 3 Die Parteien sind hinsichtlich des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971, in der Fassung vom 4. Dezember 2002 (TVK), tarifgebunden. Er enthält ua. folgende Bestimmungen:

"§ 3 Begründung des Arbeitsverhältnisses

...

(3)

*Teilzeitarbeit ist nur insoweit zulässig, als im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann, daß der Musiker verpflichtet ist, innerhalb des in § 15 Abs. 2 geregelten Ausgleichszeitraums im Durchschnitt höchstens die Hälfte der Anzahl der dort vorgesehenen Dienste zu leisten. Im Einvernehmen mit dem Orchestervorstand können die Dienste auch abweichend von Satz 1 auf die Spielzeit verteilt werden.*

...

Protokollnotiz zu Absatz 3:

*Von der Gesamtzahl der im Haushaltsplan für die Musiker ausgebrachten Planstellen (§ 22) dürfen nicht mehr als 15 v.H., jeweils auf die volle Zahl aufgerundet, mit Musikern in Teilzeitarbeit besetzt werden. In Instrumentengruppen, für die im Organisations- und Stellenplan des Orchesters elf oder mehr Stellen ausgewiesen sind, dürfen höchstens drei Planstellen ... in Teilzeit besetzt werden.*

...

*Der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit im öffentlichen Dienst vom 5. Mai 1998 kann in seiner jeweils geltenden Fassung im Blockzeitmodell sinngemäß angewandt werden.*

...

#### *§ 15 Dienstliche Inanspruchnahme*

*(1)*

*Dienst ist die Mitwirkung des Musikers in Aufführungen und Proben.*

*(2)*

*Die Anzahl der Dienste des Musikers richtet sich nach der Größe und den Aufgaben des Kulturorchesters. Der Musiker ist verpflichtet, im Durchschnitt von acht Kalenderwochen bzw. bei Konzertorchestern von 16 Kalenderwochen - nachfolgend Ausgleichszeitraum genannt - wöchentlich höchstens acht Dienste zu leisten. Enthält ein Ausgleichszeitraum zahlenmäßig überwiegend Aufführungen von Werken, die nach der Partitur als schwierig zu beurteilen sind, hat der Musiker in diesem Ausgleichszeitraum im Durchschnitt wöchentlich höchstens sieben Dienste zu leisten.*

*Die Ausgleichszeiträume sind aufeinanderfolgende Zeiträume. Der erste Ausgleichszeitraum beginnt mit dem ersten Montag nach dem Ende der Theater- bzw. Konzertferien. An den dem ersten Ausgleichszeitraum vorangehenden Tagen und an den dem letzten Ausgleichszeitraum nachfolgenden Tagen werden die Dienste anteilig berechnet.*

...

#### *§ 16 Dienstfreie Tage*

*(1)*

*Der Musiker hat in jeder Kalenderwoche Anspruch auf einen dienstfreien Tag.*

...

Protokollnotiz zu Absatz 1:

*Im Falle der Vereinbarung von Teilzeitarbeit (§ 3 Abs. 3) hat der Musiker über seinen Anspruch nach Absatz 1 bestehenden Anspruch hinaus in der Spielzeit einen Anspruch auf zwei zusätzliche dienstfreie Tage wöchentlich. Diese zusätzlichen dienstfreien Tage sind dem Musiker vier Wochen im voraus im Dienstplan bekanntzugeben. Sie werden ohne Berücksichtigung des in § 15 Abs. 2 festgelegten Ausgleichszeitraums gewährt.*

...

#### *§ 22*

...

*Protokollnotiz zu den Absätzen 2 und 7:*

...

2.

*Teilzeitarbeit kann nur derart eingerichtet werden, daß auf gemäß § 22 ausgebrachten oder ausgewiesenen vollen Planstellen eine oder zwei Teilzeitkräfte beschäftigt werden."*

- 4 Der Beklagte unterhält das Bayerische Staatsorchester mit 141 Planstellen, davon 16 Planstellen für das Instrument "Bratsche", davon mindestens 11 Planstellen mit der Tätigkeitsqualifikation "tutti". Alle Planstellen sind für Vollzeitbeschäftigte ausgewiesen. Die Höchstzahl von 15 vH Teilzeitstellen von der Gesamtzahl der Planstellen ist nicht ausgeschöpft. Bratschisten waren bisher nicht in Teilzeit tätig.
- 5 Ab 8. Januar 1999 bestand für die Klägerin erstmals ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 2 MuSchG. Nach der Geburt ihres ersten Kindes nahm die Klägerin im Anschluss an die Schutzfrist des § 6 Abs. 1 MuSchG bis zum 7. Juli 2000 Erziehungsurlaub. Ab 8. Juli 2000 war sie erneut im Mutterschutz. Daran anschließend nahm sie Erziehungsurlaub und Elternzeit bis zum 31. Juli 2003.
- 6 Für die Zeit vom 12. Februar 2001 bis zum 31. Juli 2003 vereinbarten die Parteien ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit Vertrag vom 7./11. Juni 2001. Dieser enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

*"§ 1*

*Frau W wird für die Zeit vom 12.02.2001 - 31.07.2003 im Rahmen des § 15 Abs. 4 Bundeserziehungsgeldgesetz vom 01.12.2000 als Musikerin im Bayer. Staatsorchester beschäftigt.*

...

*§ 4*

*Frau W ist zum Spielen des Instrumentes Bratsche verpflichtet. Ihr wird die Tätigkeit einer Bratscherin übertragen.*

...

*§ 9*

*Besondere Vereinbarungen: Frau W übernimmt die Hälfte des Dienstes einer vollbeschäftigten Orchestermusikerin.*

*..."*

- 7 Während dieser Teilzeittätigkeit mussten keine externen Aushilfen eingesetzt werden. Mit Schreiben vom 29. April 2001 beantragte die Klägerin für die Zeit nach Ablauf der Elternzeit Teilzeitbeschäftigung im Umfang einer "halben Stelle". Im Einzelnen heißt es darin:

*"Im Einvernehmen mit meinem Arbeitgeber, der Bayerischen Staatsoper, würde ich den Erziehungsurlaub zum baldmöglichsten Termin beenden und in den festen Orchesterdienst zurückkehren, wenn meiner Forderung nach Teilzeit-Arbeit stattgegeben wird."*

- 8 Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 1. Juni 2001 ab.
- 9 Mit der am 6. März 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin die Zustimmung der Beklagten zur Verringerung ihrer Arbeitszeit geltend gemacht. Ab 8. Januar 2003 befand sie sich erneut im Mutterschutz.
- 10 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihrem Teilzeitwunsch stünden keine betrieblichen und künstlerischen Belange des Beklagten entgegen. Teilzeitbeschäftigung sei auch für Orchestermusiker möglich, wie sich aus der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK ergebe. Auch die Kunstfreiheit werde durch ihre Teilzeitbeschäftigung nicht tangiert. Soweit in der Bratschengruppe Aushilfen eingesetzt werden, handele es sich um junge Musiker im Studium oder auf Stellensuche. Auf eine Ausschreibung der verringerten halben Stelle der Klägerin hätten sich ca. 60 geeignete Bewerber gemeldet.
- 11 Die Klägerin hat beantragt,  
den Beklagten zu verurteilen, einer Verringerung ihrer Arbeitszeit ab dem 1. August 2003 dahingehend zuzustimmen, dass die Arbeitszeit die Hälfte der Dienste eines vollbeschäftigten Orchestermusikers umfasst.
- 12 Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.
- 13 Er hat die Auffassung vertreten, einer Teilzeitbeschäftigung der Klägerin stünde der Tarifvertrag entgegen. Die Tarifbestimmungen seien auf eine vollschichtige Beschäftigung ausgerichtet. § 3 Abs. 3 TVK gelte nur für Altersteilzeit und setze übereinstimmende Willenserklärungen voraus.
- 14 Der Teilzeitbeschäftigung stünden auch betriebliche wie künstlerische Gründe entgegen. Die qualitativ hochwertige Erfüllung des künstlerischen Auftrags werde durch eine Teilzeitbeschäftigung beeinträchtigt. Die Mitwirkung teilzeitbeschäftigter Musiker gefährde die Klangkultur und Homogenität des Orchesters, weil es diesen nicht möglich sei, die erforderliche Harmonie mit vollschichtig tätigen Berufsmusikern beim Spielen ihres Instruments herzustellen. Der Erhalt des künstlerischen Niveaus erfordere kontinuierliches Üben und Spielen. Würde mehreren Teilzeitkräften die Neueinstudierung ermöglicht, wäre das Dienstlimit in der Instrumentengruppe schneller erreicht und Repertoireveranstaltungen müssten von externen Aushilfen wahrgenommen werden, was nicht bezahlbar sei.
- 15 Außerdem seien Teilzeitkräfte wegen der ihnen gem. Protokollnotiz zu § 16 Abs. 1 TVK zu gewährenden zwei zusätzlichen freien Tage pro Woche nur noch bedingt einsetzbar. Unter Berücksichtigung der zukünftigen Teilzeitanträge sei bei mehreren Teilzeitkräften eine Diensteinteilung nach den Vorgaben des § 16 TVK nicht möglich. Ein hochqualifizierter Musiker als Ersatzkraft für die verringerte Arbeitszeit sei nicht zu finden. Im Übrigen lehnten der Orchestervorstand ebenso wie Chefdirigenten Teilzeittätigkeit von Musikern ab.
- 16 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision.

## **Entscheidungsgründe**

- 17 **A.**  
Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Teilzeitverlangen der Klägerin zu Recht stattgegeben.

**18 I.**

Die Klage auf Verringerung der Arbeitszeit ist zulässig. Sie ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO .

**19 1.**

Die Klägerin begehrt die Zustimmung zur Verringerung ihrer Arbeitszeit gem. § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG und damit auf Abgabe einer Willenserklärung (vgl. Senat 19. August 2003 - 9 AZR 542/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 4 = EzA TzBfG § 8 Nr. 4; 18. Februar 2003 - 9 AZR 164/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 2 = EzA TzBfG § 8 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Eine Willenserklärung gilt gemäß § 894 ZPO mit Rechtskraft der Entscheidung als abgegeben. Der Bestimmtheit des Klageantrags steht nicht entgegen, dass sie die Verringerung ihrer Arbeitszeit um die Hälfte der Dienste eines vollbeschäftigten Orchestermusikers begehrt. Damit ist die erstrebte Willenserklärung genau bezeichnet.

**20 2.**

Der Klageantrag ist auch nicht deshalb unbestimmt, weil er keine Angaben zur Verteilung der Arbeitszeit enthält (vgl. Senat 18. März 2003 - 9 AZR 126/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 3 = EzA TzBfG § 4 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Denn die Klägerin überlässt damit die Verteilung der Arbeitszeit dem Beklagten, der sie durch Ausübung seines Weisungsrechts festlegen soll. Dabei hat der Beklagte lediglich die verringerte Höchstgrenze des § 15 Abs. 2 TVK iVm. § 3 Abs. 3 TVK einzuhalten. Die Befugnis des Arbeitgebers, die Verteilung der Arbeitszeit selbst zu bestimmen, ist Kerngegenstand des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts (Mengel in Annuß/Thüsing TzBfG § 8 Rn. 94) nach § 106 GewO und muss deshalb nicht in den Urteilstenor aufgenommen werden.

**21 II.**

Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat nach § 8 TzBfG Anspruch auf Änderung ihres Arbeitsvertrags. Der Beklagte schuldet die Zustimmung zu dem Änderungsverlangen, die Arbeitszeit der Klägerin ab dem 1. August 2003 auf die Hälfte der Dienste eines vollbeschäftigten Orchestermusikers zu verringern.

**22 1.**

Dem steht nicht entgegen, dass eine rückwirkende Vertragsänderung seit dem 1. August 2003 begehrt wird.

**23** Nach § 306 BGB aF war die Verurteilung zur Eingehung eines rückwirkenden Vertragsverhältnisses ausgeschlossen (BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - BAGE 95, 171 [BAG 28.06.2000 - 7 AZR 904/98] ; 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326 [BAG 14.11.2001 - 7 AZR 568/00] ; offen gelassen Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 457/01 - AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 2 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, und 14. Oktober 2003 - 9 AZR 636/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 6). Die Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (vom 26. November 2001 BGBl. I S. 3138) ab dem 1. Januar 2002 geändert. Der Wirksamkeit eines Vertrags steht nicht mehr entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB nF nicht zu leisten braucht, auch wenn das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. Nach § 275 Abs. 1 BGB nF ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Der rückwirkende Abschluss eines Vertrags ist nicht mehr nichtig (vgl. Palandt/Heinrichs 63. Aufl. § 311a BGB Rn. 5). Damit ist auch eine dahingehende Verurteilung möglich. Das Gesetz gilt seit dem 1. Januar 2003 auch in seiner neuen Fassung ( Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB ).

24 2.

Die Voraussetzungen eines wirksamen Antrags auf Zustimmung zur Vertragsänderung nach § 8 TzBfG lagen bei Antragstellung mit Schreiben vom 29. April 2001 vor. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand länger als sechs Monate, der Beklagte beschäftigte in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer ( § 8 Abs. 1 und Abs. 7 TzBfG ). Entgegen der Auffassung des Beklagten zählen alle Arbeitnehmer und nicht nur die, die sich untereinander vertreten können. Es handelt sich um eine § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BErzGG vergleichbare Regelung, die dem Schutz kleinerer Unternehmen dient (BT-Drucks. 14/3553 S. 22). Auch die dreimonatige Ankündigungsfrist nach § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist gewahrt. Die Klägerin beehrte eine Teilzeitbeschäftigung nach Ende ihrer Elternzeit am 31. Juli 2003.

25 3.

Die Klägerin hat Anspruch auf Zustimmung zur Verringerung der Arbeitszeit auf die Hälfte der in § 15 Abs. 2 TVK bestimmten Höchstzahl der Dienste. So ist ihr Klageantrag zu verstehen. Denn mit der Formulierung "Hälfte der Dienste eines vollbeschäftigten Orchestermusikers" hat die Klägerin hinreichend deutlich gemacht, dass sie eine Halbierung der tariflichen Arbeitszeit nach § 15 Abs. 2 TVK verfolgt. Das war für den Beklagten erkennbar, denn er hat in § 9 des Vertrags der Parteien vom 7./11. Juni 2001 zur Festlegung der Arbeitszeit der Klägerin während ihrer Teilzeitarbeit nach § 15 Abs. 4 BErzGG ebenfalls die Formulierung "Hälfte des Dienstes einer vollbeschäftigten Orchestermusikerin" verwendet.

26 Unerheblich ist, dass für die Klägerin als Orchestermusikerin nur eine Höchstarbeitszeit festgelegt ist, die nicht regelmäßig ausgeschöpft wird. § 8 TzBfG räumt einen Anspruch auf Verringerung der regelmäßigen Arbeitszeit auch für die Art der Beschäftigung ein. Der Arbeitnehmer soll eine Verringerung verlangen können, gleich ob für ihn arbeitsvertraglich eine starre oder flexible Festlegung der Wochenarbeitszeit gilt (Senat 30. September 2003 - 9 AZR 665/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 5 = EzA TzBfG § 8 Nr. 5, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Ansonsten würde wegen der Vielfalt der in den Betrieben üblichen Arbeitszeitmodelle der Teilzeitanspruch weitgehend ins Leere laufen und damit dem gesetzgeberischen Zweck der Förderung der Teilzeitarbeit ( § 1 TzBfG ) widersprechen (vgl. Mengel in Annuß/Thüsing TzBfG § 8 Rn. 18 mwN).

27 4.

Dem Arbeitszeitverlangen der Klägerin stehen keine betrieblichen Gründe nach § 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 TzBfG entgegen. Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt der Ablehnung des Arbeitszeitwunsches durch den Arbeitgeber (Senat 18. Februar 2003 - 9 AZR 356/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 1 = EzA TzBfG § 8 Nr. 2, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

28 a)

Ein betrieblicher Grund liegt vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht (Satz 2). Es genügt, dass der Arbeitgeber rational nachvollziehbare Gründe hat. Dringende betriebliche Gründe sind nicht erforderlich. Die Gründe müssen jedoch hinreichend gewichtig sein. Ob solche Gründe zur Ablehnung berechtigen, ist nach einer dreistufigen Prüfungsreihenfolge zu beurteilen (Senat 18. Februar 2003 - 9 AZR 164/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 2 = EzA TzBfG § 8 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

29 In der ersten Stufe ist festzustellen, ob überhaupt und wenn ja welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt. Organisationskonzept ist das Konzept, mit dem die unternehmerische Aufgabenstellung im Betrieb verwirklicht werden soll. Die Darlegungslast dafür, dass das Organisationskonzept die Arbeitszeitregelung bedingt, liegt beim Arbeitgeber. Die Richtigkeit seines Vortrags ist uneingeschränkt überprüfbar. Die dem Organisationskonzept zugrunde liegende



unternehmerische Aufgabenstellung und die daraus abgeleiteten organisatorischen Entscheidungen sind hinzunehmen, soweit sie nicht willkürlich sind. Voll überprüfbar ist dagegen, ob das vorgetragene Konzept auch tatsächlich im Betrieb durchgeführt wird.

- 30** In der zweiten Stufe ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht. Dabei ist auch der Frage nachzugehen, ob durch eine dem Arbeitgeber zumutbare Änderung von betrieblichen Abläufen oder des Personaleinsatzes der betrieblich als erforderlich angesehene Arbeitszeitbedarf unter Wahrung des Organisationskonzepts mit dem individuellen Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers in Einklang gebracht werden kann.
- 31** Ergibt sich, dass das Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers nicht mit dem organisatorischen Konzept und der daraus folgenden Arbeitszeitregelung in Übereinstimmung gebracht werden kann, ist in einer dritten Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen: Werden durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung die in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG genannten besonderen betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die ihm zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt?
- 32** b)
- Der Beklagte hat kein nachvollziehbares betriebliches Organisationskonzept dargelegt, das eine Vollzeitstätigkeit der Klägerin erforderlich macht. Deshalb rügt die Revision auch erfolglos, das Landesarbeitsgericht habe die beantragte Beweiserhebung zum Vortrag der betrieblichen Gründe unterlassen.
- 33** aa)
- Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts verfolgt der Beklagte das "Konzept der Homogenität des Orchesters", mit dem sichergestellt werden soll, dass die vollzeitbeschäftigten Musiker sich in den Proben und Vorstellungen aufeinander einspielen und damit die Klangkultur und den Qualitätsanspruch des Orchesters erhalten. Es ist nicht dargelegt, dass dieses Konzept durch die verlangte Teilzeitarbeit der Klägerin beeinträchtigt wird. Die Klägerin fügte sich während ihrer bisherigen Teilzeittätigkeit problemlos in das Orchester ein, ohne dass die Qualität beeinflusst wurde. An diese von der Revision nicht angegriffenen Feststellung ist das Revisionsgericht gebunden ( § 559 ZPO ). Der Beklagte hat keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen, warum dies bei der künftigen Teilzeittätigkeit der Klägerin anders sein soll.
- 34** Der Vortrag, der Erhalt des künstlerischen Niveaus sei nur durch kontinuierliches Üben möglich, ist einleuchtend, aber substanzlos. Denn die Klägerin kann und wird auch wie bisher als Teilzeitkraft kontinuierlich üben. Der Beklagte hat im Übrigen keine konkrete Angabe dazu gemacht, wie viele Stunden ein Musiker aus der Orchestergruppe Bratsche mit der Qualifikation "tutti" täglich spielen muss, um das für die Bayerische Staatsoper erforderliche künstlerische Niveau zu halten.
- 35** bb)
- Entgegen der Revision gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Repertoiresystem das Teilzeitverlangen der Klägerin beeinträchtigt wird. Der Beklagte kann die Klägerin als Teilzeitkraft so einsetzen, dass sie an allen Neuinszenierungen teilnehmen kann. Dann ist sie ebenso flexibel einsetzbar, weil sie über das gesamte Repertoire verfügt. In der bisherigen Teilzeitbeschäftigung hat die Klägerin ebenfalls an allen Neuproduktionen teilgenommen. Der Beklagte hat keine Angaben dazu gemacht, aus welchen Gründen es für die teilzeitbeschäftigte Klägerin nicht möglich sein soll, an einer ausreichenden Zahl von A- und B-Proben teilzunehmen.
- 36** c)
- Entgegen der Revision greift der gesetzliche Teilzeitanspruch auch nicht in die Kunstfreiheit ( Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ) ein. Grundsätzlich können auch künstlerische Belange Dritter dem

Teilzeitwunsch eines Arbeitnehmers entgegenstehen. Die Aufzählung in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG ist nicht abschließend, sondern beispielhaft ("insbesondere").

**37** Eine Einschränkung der Kunstfreiheit hat der Beklagte nicht dargelegt. Das Grundrecht der Kunstfreiheit schützt die Herstellung des Kunstwerks und damit auch den vorgelagerten schöpferischen Prozess. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG enthält nach Wortlaut und Sinn eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Norm. Zugleich gewährleistet diese Bestimmung jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht (BVerfG 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - BVerfGE 30, 173). Grundrechtsträger ist jeder, der künstlerisch tätig ist oder tätig werden will. Das Grundrecht kann auch dem Beklagten als öffentlich-rechtlichen Träger kunstvermittelnder Medien zugute kommen. Die Kunstfreiheit wird dann von dem jeweils künstlerisch Verantwortlichen wahrgenommen (BVerwG 12. August 2002 - 6 P 17/01 - AP LPVG NW § 72 Nr. 25). Mit dem Hinweis darauf, dass die Klägerin bei verringerter Arbeitszeit dem Orchester nicht mehr im bisherigen zeitlichen Umstand zur Verfügung stehe und mit der pauschalen Behauptung, die Klangharmonie des Orchesters würde dadurch gestört, hat der Beklagte seiner Substantiierungspflicht nicht genügt. Da Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die künstlerischen Vorstellungen schützt und damit auch subjektive Gesichtspunkte maßgebend sein können, sind an die Darlegung der Beeinträchtigung der Kunstfreiheit keine überzogenen Anforderungen zu stellen (BAG 15. August 1984 - 7 AZR 228/82 - BAGE 46, 163). Die Gründe müssen jedoch nachvollziehbar sein. Der Beklagte hat jedoch nicht behauptet, dass wegen des Teilzeitwunsches der Klägerin künstlerische Vorstellungen eines für das Bayerische Staatsorchester Verantwortlichen habe abgewichen werden müssen. Der Vortrag, der Orchestervorstand ebenso wie Chefdirigenten stünden generell einer Teilzeittätigkeit von Musikern ablehnend gegenüber, sagt nichts darüber aus, ob wegen des Teilzeitwunsches der Klägerin künstlerische Vorstellungen nicht verwirklicht werden konnten.

**38** d)

Die Rechtsnormen des TVK stehen dem Verringerungsanspruch der Klägerin nicht entgegen.

**39** aa)

Die Revision meint, der TVK lasse nur eine Vollzeitbeschäftigung zu und schließe eine Teilzeittätigkeit aus. Das ist unzutreffend. Denn in der Protokollnotiz zu den Absätzen 2 und 7 Nr. 2 zu § 22 TVK ist bestimmt, dass Teilzeitarbeit nur so eingerichtet werden darf, dass auf gem. § 22 TVK ausgebrachten oder ausgewiesenen vollen Planstellen eine oder zwei Teilzeitkräfte beschäftigt werden. Weiterhin ist nach § 3 Abs. 3 TVK Teilzeitarbeit insoweit zulässig, als im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann, dass der Musiker verpflichtet ist, innerhalb des in § 15 Abs. 2 TVK geregelten Ausgleichszeitraums im Durchschnitt höchstens die Hälfte der Anzahl der dort vorgesehenen Dienste zu leisten. Der Antrag der Klägerin ist genau hierauf gerichtet. Für die Auffassung des Beklagten, § 3 Abs. 3 TVK sei nur auf Altersteilzeitfälle anzuwenden, sind keine Anhaltspunkte gegeben.

**40** Entgegen der Auffassung des Beklagten steht der TVK dem Verringerungsverlangen der Klägerin auch nicht deshalb entgegen, weil § 3 Abs. 3 TVK übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt. Denn mit der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung wird gem. § 894 ZPO die fehlende Willenserklärung des Arbeitgebers fingiert.

**41** bb)

Dem Teilzeitverlangen der Klägerin steht auch nicht die Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK entgegen. Danach dürfen von der Gesamtzahl der im Haushaltsplan für die Musiker ausgebrachten Planstellen (§ 22 TVK) nicht mehr als 15 vH, jeweils auf die volle Zahl aufgerundet, mit Musikern in Teilzeitarbeit besetzt werden. Eine solche Überforderungsregel kann die Konkretisierung eines entgegenstehenden betrieblichen Grundes nach § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG darstellen (vgl. Mengel in Annuß/Thüsing TzBfG § 8 Rn. 141). Die Gesamtzahl der Musiker in Teilzeit (15 vH) wird mit der Teilzeitarbeit der Klägerin nicht überschritten.

- 42** Die tarifliche Quote ist auch innerhalb der Instrumentengruppe der Klägerin eingehalten. Nach der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK dürfen in Instrumentengruppen, für die im Organisations- und Stellenplan des Orchesters elf oder mehr Stellen ausgewiesen sind, höchstens drei Planstellen in Teilzeit besetzt werden. Für das Instrument "Bratsche" sind 16 Planstellen ausgewiesen. Es kann dahinstehen, ob für die Bratsche "tutti" 11 oder 12 Planstellen ausgewiesen sind. Von den Bratschisten übte bisher keiner seine Tätigkeit dauerhaft in Teilzeit aus.
- 43** cc)
- Dem Teilzeitverlangen steht ferner nicht der tariflich geregelte Anspruch auf zusätzliche dienstfreie Tage entgegen.
- 44** Nach der Protokollnotiz zu § 16 Abs. 1 TVK steht einem teilzeitbeschäftigten Musiker in der Spielzeit ein Anspruch auf zwei zusätzliche dienstfreie Tage wöchentlich zu. Diese zusätzlichen dienstfreien Tage sind dem Musiker vier Wochen im voraus im Dienstplan bekanntzugeben und werden ohne Berücksichtigung des in § 15 Abs. 2 TVK festgelegten Ausgleichszeitraums gewährt. Dieses Maß an Freizeit macht entgegen der Darstellung der Revision Teilzeitarbeit nicht undurchführbar. Der Anspruch kann nämlich auch verteilt über die gesamte Spielzeit gewährt werden. Jedenfalls hat der Beklagte keine Tatsachen vorgetragen, die nach denen die einzuhaltenden "freien" Tage dem konkreten Einsatz der Klägerin entgegenstünden. Dass die Klägerin zu weniger Diensten zur Verfügung steht, geht denkbare mit der Arbeitszeitverringerung einher. Während Vollzeitbeschäftigte an sechs Tagen pro Woche zur Verfügung stehen, ist dies bei Teilzeitbeschäftigten nur an vier Tagen pro Woche der Fall.
- 45** Unerheblich ist das Argument, unter Berücksichtigung von zukünftig zu erwartenden Teilzeitanträgen werde eine Dienstplaneinteilung schlicht undurchführbar. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass bei vermehrter Teilzeittätigkeit diese Befürchtung eintreten kann. Der Beklagte verkennt jedoch, dass in diesem Prozess nur über den Anspruch der Klägerin entschieden wird, die bisher als einzige Musikerin des Beklagten eine Arbeitszeitverringerung nach § 8 Abs. 4 TzBfG verlangt.
- 46** e)
- Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf das derzeitige Nichtvorhandensein einer Ersatzkraft berufen, die für die infolge der Verringerung der Arbeitszeit ausfallenden Dienste der Klägerin einzuspringen hat. Der Beklagte hat sich nämlich nicht um eine Ersatzkraft bemüht. Dazu bedarf es regelmäßig der Nachfrage bei der Agentur für Arbeit und der inner- und/oder außerbetrieblichen Stellenausschreibung (vgl. Meinel/Heyn/Herms TzBfG 2. Aufl. § 8 Rn. 76 mwN). Es hat sich auch nicht herausgestellt, dass ein Bemühen ohnehin erfolglos und damit hier nicht erforderlich gewesen wäre (vgl. Zwanziger in Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 5. Aufl. § 8 TzBfG Rn. 28). Soweit der Beklagte vorträgt, die Musiker bräuchten Jahre um sich einzuspielen, betrifft dies die Frage, ob ein geeigneter Musiker ohne derartige lange Einspielzeit zur Auswahl gestanden hätte. Der Beklagte hätte dann im Bewerbungsfall entscheiden müssen, ob der einzelne Bewerber auf Grund seines persönlichen Repertoires geeignet gewesen wäre.
- 47** f)
- Zutreffend ist, dass die Arbeitszeitverringerung den Beklagten in der flexiblen Einteilung beeinträchtigt, weil die Klägerin durch die Teilnahme an den Neuinszenierungen prozentual weniger für Repertoireveranstaltungen eingesetzt werden kann. Bei zwei Teilzeitkräften statt einer Vollzeitkraft fällt zudem die doppelte Zeit der Einstudierung für die Neuinszenierung an.
- 48** Diese Beeinträchtigung ist aber nicht wesentlich. Die Zeit, die sie deshalb nicht für Repertoireveranstaltungen zur Verfügung steht, muss entweder durch vollzeitbeschäftigte Kollegen oder Aushilfskräfte ausgeglichen werden. Der pauschale Vortrag, dass so das Dienstlimit in der

Instrumentengruppe schneller erreicht würde und Repertoireveranstaltungen dann von teuren Aushilfskräften wahrgenommen werden müssten, reicht nicht aus. Für eine Darlegung des Entstehens unverhältnismäßig höherer Kosten ( § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG ), fehlt jede Konkretisierung. Dieser hätte es schon deswegen bedurft, weil die bisherige vorübergehende Teilzeitbeschäftigung der Klägerin, die sich eine Stelle mit der Musikerin H teilte, unstreitig nicht zum Einsatz von externen Aushilfen geführt hat und der Ausgleich durch vollzeitbeschäftigte Kollegen jeweils im Rahmen des Dienstlimits erfolgt ist.

**49**     **5.**

Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie werden nicht als durchgreifend erachtet ( § 564 ZPO ).

**50**     **B.**

Der Beklagte hat die Kosten der erfolglosen Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

---

Von Rechts wegen!

Verkündet am 27. April 2004

Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.