

Titel:

Anrechnung von Dienstzeiten iSv § 15 Abs. 1 TVK – Tarifauflegung

Normenkette:

BGB § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286, § 287 S. 1

ESTG § 11 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 2 S. 2, § 38a Abs. 1

AEUV Art. 45

Freizügigkeits-VO Art. 7 Abs. 1, Abs. 4

Tarifvertrag für die Musiker in Konzert- und Theaterorchestern (TVK) idF v. 1.10.2009

Leitsatz:

Die in § 15 Abs. 1 des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) enthaltene Anrechnung von Dienstzeiten als Musiker ist jedenfalls bei der Einstellung von Wanderarbeitnehmern nicht auf Dienstzeiten bei Konzert- und Theaterorchestern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber ein Unternehmensmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist, beschränkt. (Rn. 41 – 53) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagnörter:

Tarifauflegung, Dienstzeiten, Anrechnung, Musiker, Wanderarbeitnehmer, Annahmeverzugslohn, Steuerschaden, VO (EU) 492/2011

Rechtsmittelinstanzen:

LArbG München, Urteil vom 17.02.2022 – 3 Sa 613/21

BAG, Urteil vom 16.03.2023 – 6 AZR 124/22

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass die von der Klägerin im F. Orchester im Zeitraum vom 3. September 2007 bis 21. Dezember 2007 sowie im Zeitraum vom 1. September 2008 bis zum 3. Juni 2009 zurückgelegten Dienstzeiten zu ihrer Dienstzeit gemäß § 15 Abs. 1 des Tarifvertrags für die Musiker in Konzert- und Theaterorchestern gehören.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 7/8 und die Beklagte zu 1/8.
4. Der Streitwert wird auf 15.883,00 € festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Vergütungszahlung sowie über die Anrechnung von Dienstzeiten der Klägerin, die diese als Musikerin im F-Orchester erbracht hat.

2

Die 1969 geborene Klägerin war als Tutistin der 1. Violine seit 1. Oktober 2013 beim GTheater in B-Stadt, dessen Rechtsträger der Beklagte war, beschäftigt. Zuvor war die Klägerin unter anderem im Zeitraum vom 3. September 2007 bis 21. Dezember 2007 sowie vom 1. September 2008 bis zum 3. Juni 2009 im F-Orchester in Norwegen tätig.

3

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der Tarifvertrag für die Musiker in Konzert- und Theaterorchestern (TVK) vom 1. Oktober 2009 aufgrund der Verweisungsklausel in § 4 des Arbeitsvertrages (Anlage K 1, Blatt 30/31 der Akte) Anwendung.

4

§ 1 und 15 des TVK lautete:

„§ 1 Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt für die Musiker in Konzert- und Theaterorchestern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber ein Unternehmermitglied des Deutschen Bühnenvereins ist.

(...)

§ 15 Dienstzeit

(1) Die Dienstzeit umfasst die bei Konzert- und Theaterorchestern als Musiker zurückgelegten und die nach den Absätzen 2 und 3 anzurechnenden Zeiten.

(2) Zeiten einer Tätigkeit als Musiker in anderen als Konzert- und Theaterorchestern sowie Zeiten einer sonstigen musikalischkünstlerischen oder einer musikpädagogischen Tätigkeit können auf die Dienstzeit angerechnet werden.

(3) (...)

(4) Der Musiker hat die anrechnungsfähigen Zeiten innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach Aufforderung durch den Arbeitgeber nachzuweisen. Zeiten, für die der Nachweis nicht fristgemäß erbracht wird, werden nicht angerechnet.

Kann der Nachweis aus einem vom Musiker nicht zu vertretenden Grund innerhalb der Ausschlussfrist nicht erbracht werden, ist die Frist auf einen vor Ablauf der Ausschlussfrist zu stellenden Antrag angemessen zu verlängern.“

5

Das Arbeitsverhältnis war zunächst vertraglich befristet bis zum 30. September 2014. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit einer Entfristungsklage vom 20. Oktober 2014.

6

Das Arbeitsgericht München stellte mit Urteil vom 15. April 2015 (35 Ca 11866/14) fest, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristungsabrede vom 10. Juli 2013 mit Ablauf des 30. September 2014 beendet ist. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das Landesarbeitsgericht München mit Urteil vom 22. Oktober 2015 (4 Sa 370/15) zurück. Mit Urteil vom 25. Oktober 2017 (7 AZR 712/15) wies das Bundesarbeitsgericht die Revision des Beklagten zurück.

7

Nach Verkündung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nahm die Klägerin ihre Tätigkeit bei der Beklagten wieder auf.

8

Mit Klage vom 18. Dezember 2018 machte die Klägerin Annahmeverzugslohn für den Zeitraum von Oktober 2014 bis Oktober 2017 in Höhe von € 156.492,92 brutto zuzüglich Zinsen geltend. In der mündlichen Verhandlung am 8. Oktober 2019 schlossen die Parteien vor dem Arbeitsgericht München hinsichtlich des Annahmeverzugslohnes folgenden Vergleich (vgl. Anlage K 3, Blatt 33/34 der Akte):

1. Die Beklagte zahlt an die Klägerin zur Abgeltung der streitgegenständlichen Vergütungsforderungen € 130.000,00 (i.W.: einhundertdreißigtausend Euro) brutto sowie als Zinsen weitere € 12.000,00 (i.W. zwölftausend Euro).

Die Zahlungen werden mit dem Gehaltslauf Dezember 2019 fällig.

2. (...)

9

Die Beklagte zahlte die vereinbarte Vergütung in Höhe von € 130.000,00 im Dezember 2019 an die Klägerin aus. Mit Schreiben vom 30. Juni 2020 (Anlage K 5, Blatt 37/38 der Akte) sowie vom 31. August 2020 (Anlage K 6, Blatt 39/40 der Akte) machten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin den Steuerschaden bei der Beklagten geltend. Die Beklagte lehnte die geltend gemachten Ansprüche mit Schreiben vom 15. September 2020 (Anlage K 7, Blatt 42 der Akte) ab.

10

Mit Schreiben vom 18. November 2020 (Anlage K 13, Blatt 256/257 der Akte) machten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Anrechnung von Vordienstzeiten in Bezug auf die Tätigkeit der Klägerin im F-Orchester geltend.

11

Mit Klageschrift vom 29. Dezember 2020 macht die Klägerin den Ersatz des Steuerprogressionsschadens sowie im Wege der Klageerweiterung vom 27. April 2021 sowie vom 20. Juli 2021 die Feststellung der Anrechnung ihrer Dienstzeiten im FOrchester nach § 15 TVK sowie die Neuberechnung der Dienstzeiten geltend.

12

Die Klägerin ist der Ansicht, ihr sei aufgrund des erst im Dezember 2019 gezahlten Annahmeverzugslohnes für den Zeitraum Oktober 2014 bis Oktober 2017 ein Steuerprogressionsschaden in Höhe von € 10.883,00 zuzüglich Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% sowie Steuerberatungskosten in Höhe von € 371,20 entstanden.

13

Der Annahmeverzugslohn sei während der Entfristungsklage unbedingt entstanden und sei zu dem Zeitpunkt fällig geworden, an dem der Dienst wirklich geleistet worden wäre. Es habe insbesondere keiner Mahnung der Klägerin bedurft, da die Zahlungen nach dem Kalender bestimmt waren, § 286 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 614 Satz 2 BGB.

14

Der Beklagte sei mit der Leistung der Arbeitsvergütung in Verzug geraten, denn er habe diese nicht geleistet, obwohl er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses unwirksam war. Er habe nicht auf die Wirksamkeit der Befristung vertrauen dürfen. Spätestens zum Zeitpunkt des Urteils des Arbeitsgerichts München vom 15. April 2016 hätte der Beklagte die Vergütungszahlungen an die Klägerin vornehmen müssen.

15

Da die Beklagte mit den Lohnzahlungen an die Klägerin für die Zeit von Oktober 2014 bis Oktober 2017 in Verzug geraten sei, habe dieser den durch die verspätete Zahlung entstandenen Steuerschaden zu ersetzen, § 280 Abs. 1 BGB. Ein solcher sei der Klägerin entstanden, da sie für das Jahr 2019 mehr Steuern entrichten musste als sie nach dem Zuflussprinzip Steuern hätte zahlen müssen, wenn der Beklagte die Vergütung für die Monate Oktober 2014 bis Oktober 2018 fristgerecht in den Jahren 2014 bis 2017 und nicht erst insgesamt im Jahr 2019 gezahlt hätte.

16

Die steuerliche Ist-Situation der Klägerin stelle sich wie folgt dar:

	Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit	Einkünfte aus selbstständiger Arbeit	Einkommenssteuer
2014	35.503,00	5.514,00	6.471,00
2015		20.536,00	1.068,00
2016		23.838,00	1.462,00
2017	4.257,00	22.261,00	3.017,00
2018	49.983,00	7.408,00	10.697,00
2019	59.316,00	19.850,00	73.650,00
	130.000,00		

17

Wenn der Betrag von € 130.000,00 gleichmäßig auf die Jahre 2015 bis 2017 verteilt worden wäre, hätte die Klägerin folgende fiktive Einkommensteuerlast tragen müssen:

	Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit	Einkünfte aus selbstständiger Arbeit	Einkommenssteuer
2015	39.207,00	20.536,00	15.006,00
2016	41.500,00	23.838,00	15.708,00
2017	45.757,00	22.621,00	18.550,00

18

Bei der Berechnung der fiktiven Steuerlast seien alle Werte der eingereichten Steuererklärungen belassen worden. Der Arbeitslohn laut Anlage N sei um € 43.300,00 pro Jahr erhöht und um die Höhe der üblichen

Werbungskosten laut den Steuererklärungen aus den Jahren vor 2015 gekürzt (€ 1.800,00) worden. Die Einkünfte der selbstständigen Tätigkeit seien ungekürzt angesetzt worden.

19

Nach alledem errechne sich eine fiktive Steuerlast für die Jahre 2015 bis 2017 in Höhe von € 49.264,00. Abzüglich der bereits gezahlten Steuer in Höhe von € 5.547,00 ergebe sich eine Differenz von € 43.717,00.

20

Diesem Differenzbetrag sei die Mehrsteuer gegenüberzustellen, die sich für den Veranlagungszeitraum 2019 durch die Einmalzahlung von € 130.000,00 ergeben habe:

21

Einkommenssteuer 2019 € 75.659,00 Fiktive Einkommenssteuer 2019 € 21.059,00 Mehrsteuer aufgrund Einmalzahlung (€ 130.000,00) € 54.600,00 Somit ergebe sich eine Abweichung von € 10.883,00 (€ 54.500,00 ./. € 43.717,00) zuzüglich den Solidaritätszuschlag von 5,5%.

22

Darüber hinaus habe die Klägerin Anspruch gegenüber der Beklagten auf Erstattung der Kosten für die Einschaltung der Steuerberatungsgesellschaft. Insoweit handle es sich um notwendige Rechtsverfolgungskosten, welche zur Schadensabwendung vernünftig und zweckmäßig wären und deshalb von der Beklagten zu ersetzen seien. Die Kosten beliefen sich auf € 371,20 (Anlage K 4, Blatt 36 der Akte).

23

Weiter trägt die Klägerin vor, durch den Neuabschluss des TVK zum 1. Oktober 2019 seien nun auch Dienstzeiten in ausländischen Konzert- und Theaterorchestern und somit auch die von der Klägerin erbrachten Dienstzeiten im F-Orchester zu berücksichtigen. Diese Dienstzeiten habe die Klägerin der Personalabteilung der Beklagten auch mitgeteilt und entsprechende Nachweise vorgelegt. Die Auslegung des TVK ergebe, dass auch Dienstzeiten, die die Musiker nicht bei Orchestern erbringen, die ihren Sitz innerhalb der Bundesrepublik Deutschland haben und deren Arbeitgeberin ein Unternehmensmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist, als Dienstzeiten im Sinne des § 15 Abs. 1 TVK anzuerkennen seien. Im Gegensatz zur früheren Fassung enthalte § 1 TVK keine Definition des Begriffs Kulturorchesters, sondern regle allein den betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags. Sinn und Zweck der Anrechnung von Dienstzeiten sei die größere Erfahrung eines Musikers, welche entsprechend honoriert werde. Eine andere Auslegung des Tarifvertrages über die Anrechnung von Dienstzeiten würde zudem gegen Art. 45 Abs. 1 AEUV verstoßen. Denn eine nationale Regelung, die nicht alle in einem anderen als dem Herkunftsmitgliedstaat des Arbeitnehmers zurückgelegten gleichwertigen Vordienstzeiten anrechnet, sei geeignet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beschränken.

24

Nach teilweiser Klagerücknahme beantragt die Klägerin zuletzt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 10.883,00 € zzgl. Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 371,20 € netto zu zahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die von der Klägerin im F-Orchester im Zeitraum vom 03.09.2007 bis zum 21.12.2007 sowie im Zeitraum vom 01.09.2008 bis zum 03.06.2009 zurückgelegten Dienstzeiten zu ihrer Dienstzeit gemäß § 15 Abs. 1 des Tarifvertrags für die Musiker in Konzert- und Theaterorchester gehören.
4. Die Beklagte wird verurteilt, die Dienstzeiten ab dem Datum der Festanstellung bei der Beklagten, dem 01.10.2013, neu zu berechnen.

25

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

26

Der Beklagte trägt vor, die Klägerin habe schon deshalb keinen Anspruch auf Verzugsschaden, weil sich der Beklagte mit der Zahlung des Annahmeverzugslohnes nicht in Verzug befunden habe. Die Vergütung in Höhe von € 130.000,00 brutto sowie Zinsen in Höhe von € 12.000,00 seien erst mit dem Gehaltslauf im

Dezember 2019 fällig geworden. Der Beklagte habe diese Leistungen zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt erbracht. Zuvor sei zwischen den Parteien die Höhe des Annahmeverzug, insbesondere die Höhe des anzurechnenden Zwischenverdienstes der Klägerin, streitig gewesen. Der Beklagte habe von der Klägerin Auskunft über die Höhe des Zwischenverdienstes verlangt und sich bis zur vollständigen Erteilung der Auskunft auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen.

27

Auch seien die Zahlungen der Vergütung für den Zeitraum von Oktober 2014 bis Oktober 2017 infolge eines Umstands unterblieben, den der Beklagte nicht zu vertreten habe. Zwischen den Parteien sei bis zur letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25. Oktober 2017 streitig gewesen, ob die mit Arbeitsvertrag vom 10. Juli 0213 vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses durch den Sachgrund der Erprobung gerechtfertigt gewesen sei. Der Beklagte habe auf die Wirksamkeit der Befristungsabrede vertrauen dürfen, da diese nicht offensichtlich unwirksam gewesen sei. Der Beklagte habe in dem Rechtsstreit über die Befristungsabrede einen vertretbaren Standpunkt eingenommen. Dies bestätige auch der Umstand, dass das Landesarbeitsgericht München die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der rechtssage zugelassen habe.

28

Zudem habe die Klägerin die Höhe ihres Schadens nicht schlüssig dargelegt. Die Berechnung des geltend gemachten Steuerschadens sei in keiner Weise nachvollziehbar. Ob rechnerisch ein Vermögensschaden eingetreten sei, bemesse sich nach der Differenzhypothese durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne dieses Ereignis bestanden hätte. Die Klägerin hätte daher darlegen und nachweisen müssen, wie ihre tatsächliche Steuerbelastung in den maßgeblichen Jahren unter Berücksichtigung der nach dem Zuflussprinzip versteuerten Nachzahlung ausgesehen hätte. Auch müsse die Klägerin fiktiv ihre Steuerlast für die maßgeblichen Jahre für den Fall darstellen, dass die Vergütung ihr vertragsgemäß monatlich ausgezahlt worden und sie daher in dem jeweiligen Jahr der Auszahlung zu versteuern gewesen wäre.

29

Schließlich seien die geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten zur Schadensabwendung weder vernünftig noch zweckmäßig gewesen.

30

Vorsorglich erhebt der Beklagte die Einrede der Verjährung und beruft sich auf den Verfall der geltend gemachten Forderung, § 61 TVK.

31

Weiter trägt der Beklagte vor, die Anrechnung der Vordienstzeiten scheide aus, weil die grundlegenden tatbestandlichen Voraussetzungen für berücksichtigungsfähigen Vordienstzeiten nicht gegeben seien. Ein in Norwegen gelegenes Orchester sei weder Mitglied im Deutschen Bühnenverein noch sei es in der Bundesrepublik Deutschland gelegen. Die bloße Namensänderung des TVK begründe keinen Anspruch auf Anrechnung von Dienstzeiten bei ausländischen Orchestern losgelöst vom Geltungsbereich und Inhalt des Tarifvertragswerks. Die Verwendung des Begriffs „Konzert- und Theaterorchester“ baue inhaltlich und systematisch auf die Vorschrift des § 1 TVK auf. Damit gelte der Tarifvertrag und somit auch § 15 TVK allein für Musiker in Konzert- und Theaterorchestern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber ein Unternehmerrmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist. Auch systematische Erwägungen mit Blick auf § 15 Abs. 2 TVK führten zu diesem Ergebnis. Nach § 15 Abs. 2 TVK könne eine Anrechnung von Tätigkeiten in anderen als Konzert- und Theaterorchestern erfolgen. Damit seien Konzert- und Theaterorchester außerhalb der Bundesrepublik Deutschlands gemeint, deren Arbeitgeber nicht Unternehmerrmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist. Auch diene die Vorschrift des § 15 Abs. 1 TVK die Treue zu verbandsangehörigen Theatern und Konzertorchestern und den dort erworbenen bisherigen sozialen Besitzstand zu sichern und zusätzlich die dort erworbenen Fähigkeiten zu berücksichtigen. Liege „nur“ Berufserfahrung vor, greife § 15 Abs. 2 TVK. Diese Unterscheidung sei aufgrund der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich gesicherten Tarifautonomie zulässig. Den Tarifvertragsparteien komme ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Selbst wenn die Tätigkeiten identisch seien, dürfe diese Differenzierung getroffen werden.

32

Ein Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 AEUV liege nicht vor. Der Schutzbereich dieser Grundfreiheit sei nicht eröffnet, da die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV einschlägig sei. Die Klägerin sei in der öffentlichen Verwaltung, in einem Orchester des C. beschäftigt, und sei als Mitglied des Orchesters des Beklagten hoheitlich tätig. Auch liege kein grenzüberschreitender Diskriminierungstatbestand vor. § 15 Abs. 1 TVK führe schließlich zu keiner Ungleichbehandlung, die an die Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers anknüpfe. Zudem begründe diese Vorschrift keine Diskriminierung.

33

Schließlich stünde dem geltend gemachten Anspruch auch §§ 15 Abs. 4, 61 TVK entgegen. Die Klägerin habe die vorliegend geltend gemachten Zeiten, die sie für anrechnungsfähig halte, nicht innerhalb der dortigen Ausschlussfrist von drei Monaten nachgewiesen.

34

Zum Vorbringen der Parteien wird im Übrigen auf die jeweils gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen

Entscheidungsgründe

35

Die teils zulässige Klage ist nur teilweise begründet.

I.

36

Die Klage ist teilweise zulässig.

37

1. Das für den Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Der Vorrang der Leistungsklage steht ihm nicht entgegen. Dieser Rechtsgedanke ist kein Selbstzweck, sondern dient dazu, Rechtsstreitigkeiten prozesswirtschaftlich sinnvoll zu erledigen. Für eine Feststellungsklage kann trotz der Möglichkeit einer vorrangigen Leistungsklage ein Feststellungsinteresse bestehen, wenn durch sie der Streit insgesamt beseitigt und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (BAG Urteil vom 18. Februar 2021 - 6 AZR 205/20).

38

Das ist vorliegend der Fall. Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob die Tätigkeit der Klägerin im F-Orchester im Zeitraum vom 3. September 2007 bis zum 21. Dezember 2007 sowie im Zeitraum vom 1. September 2008 bis zum 3. Juni 2009 im Rahmen des § 15 Abs. 1 TVK anzurechnen sind. Bereits das von der Klägerin erstrebte, der Vollstreckung nicht zugängliche Feststellungsurteil ist geeignet, den rechtlichen Konflikt der Parteien endgültig zu lösen und weitere Prozesse zu vermeiden.

39

2. Der Antrag der Klägerin, die Dienstzeiten ab dem Datum der Festanstellung bei der Beklagten, dem 01.10.2013, neu zu berechnen, ist unzulässig, da nicht hinreichend bestimmt. Trotz Nachfrage in der mündlichen Verhandlung am 28. Juli 2021 blieb unklar, welche Berechnung der Beklagte nach Ansicht der Klägerin vorzunehmen hat.

II.

40

Die Klage ist nur teilweise begründet. Die Dienstzeiten, die die Klägerin im F-Orchester erbracht hat, sind als Dienstzeiten im Sinn des § 15 TVK anzurechnen. Im Übrigen ist die Klage unbegründet. Die Klägerin hat weder Anspruch gegen die Beklagte wegen Schuldnerverzugs aus §§ 280 Abs. 2, 286, 287 BGB auf Ersatz eines ihr entstandenen Steuerprogressionsschadens in Höhe von € 10.883,00 € Euro noch auf Ersatz der Steuerberatungskosten in Höhe von € 371,20.

41

1. Die Dienstzeiten der Klägerin, die diese im F-Orchester als Musikerin erbracht hat, sind nach § 15 Abs. 1 TVK zu berücksichtigen. Die in dieser Tarifnorm enthaltene Anrechnung von Dienstzeiten als Musiker ist entgegen der Ansicht der Beklagten jedenfalls bei der Einstellung von Wanderarbeitnehmer nicht auf

Dienstzeiten bei Konzert- und Theaterorchestern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber ein Unternehmensmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist, beschränkt.

42

1.1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme der Orchester-Tarifvertrag vom 1. Oktober 2019 Anwendung. Nach § 15 Abs. 1 TVK umfasst die Dienstzeit die bei Konzert- und Theaterorchestern als Musiker zurückgelegten und die nach den Absätzen 2 und 3 anzurechnenden Zeiten. Die von der Klägerin in Norwegen als Musikerin erworbenen Dienstzeiten im F-Orchester sind solche eines Konzert- und Theaterorchesters und daher nach § 15 Abs. 1 TVK zu berücksichtigen.

43

1.2. Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages erfolgt nach den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Zunächst ist vom Tarifwortlaut auszugehen. Zu ermitteln ist der maßgebliche Sinn der Erklärung, ohne an den Buchstaben zu haften. Über den reinen Wortlaut hinaus ist jedoch der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und der damit von ihnen beabsichtigte Zweck der Tarifnormen zu berücksichtigen, sofern und soweit dieser Wille in den Tarifnormen seinen Niederschlag gefunden hat. Hierzu ist auch auf den tariflichen Gesamtzusammenhang abzustellen, weil häufig nur aus ihm und nicht aus der einzelnen Tarifnorm auf den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien geschlossen und nur bei Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Sinn und Zweck zutreffend ermittelt werden kann. Noch verbleibende Zweifel können ohne Bindung an eine Reihenfolge mittels weiterer Kriterien wie der Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags, ggf. auch der praktischen Tarifübung geklärt werden. Im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (BAG Urteil vom 5. Oktober 1999 - 4 AZT 578/98).

44

1.3. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 TVK umfasst die Dienstzeit die als Musiker bei Konzert- und Theaterorchestern zurückgelegten Zeiten. Mit der Neuregelung des Tarifvertrags zum 1. Oktober 2019 ersetzten die Tarifvertragsparteien unter anderem den Begriff des Kulturorchesters durch den Begriff des Konzert- und Theaterorchesters. Infolge dessen entfiel auch § 1 Abs. 2 des KulturorchesterTarifvertrags vom 1. Januar 2010, welcher eine Definition des Kulturorchesters enthielt. Anders als die Vorgängerregelung enthält somit § 15 TVK keinen Verweis mehr auf den in § 1 geregelten Geltungsbereich des Tarifvertrages.

45

Zwar weist der Beklagte zu Recht darauf hin, dass Absatz 1 des § 15 TVK im Zusammenhang mit Absatz 2 nur Sinn macht, wenn im ersten Absatz des § 15 TVK allein die Zeiten einer Tätigkeit in Konzert- und Theaterorchestern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber ein Unternehmerrmitglied des Deutschen Bühnenvereins ist, gemeint ist. Denn nach Absatz 2 des § 15 TVK können Zeiten einer Tätigkeit als Musiker in anderen als Konzert- und Theaterorchestern auf die Dienstzeit angerechnet werden. Eine solche Begrenzung des Absatzes 1 des § 15 TVK ist jedoch bei der Einstellung von Arbeitnehmern, die sich auf die unionsrechtliche Gewährleistung der Freizügigkeit (Art. 45 AEUV, Art. 7 Abs. 1, Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011) berufen können (Wanderarbeitnehmer), unanwendbar.

46

1.4. Zwar folgt dies vorliegend nicht aus Art. 7 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011, denn es liegt keine auf der Staatsangehörigkeit der Klägerin beruhende Diskriminierung iSd. Art. 45 Abs. 2 AEUV, Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 vor. Jedoch hat sich die Klägerin vor ihrer Einstellung bei dem Beklagten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat, in Norwegen, aufgehalten und war dort im F-Orchester als Musikerin tätig. Auch wenn sie nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anders behandelt wird, schränkt die Anrechnung von Dienstzeiten in ausländischen Konzert- und Theaterorchestern die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Abs. 1 AEUV ungerechtfertigt ein, denn sie ist lediglich als Kann-Regelung vorgesehen. Eine nationale Regelung, die nicht alle in einem anderen als dem Herkunftsmitgliedstaat des Wanderarbeitnehmers zurückgelegten gleichwertigen Vordienstzeiten anrechnet, ist geeignet, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unter Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 AEUV weniger attraktiv zu machen (vgl. EuGH Urteil vom 23. April 2020 - C-710/18).

47

1.5. Vorliegend sind die Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Klägerin persönlich und sachlich anwendbar. Der erforderliche Unionsbezug ist gegeben. Die Klägerin ist Arbeitnehmerin im Sinne des nicht eng auszulegenden Arbeitnehmerbegriffs in Art. 45 AEUV. Als angestellte Musikerin erbringt sie während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

48

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klägerin nicht in der öffentlichen Verwaltung im Sinne der eng auszulegenden Ausnahmeregelung des Art. 45 Abs. 4 AEUV beschäftigt. Der EuGH legt den Begriff tätigkeitsbezogen aus und verlangt die Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind. Dies ist vorliegend - bei der Tätigkeit der Klägerin als Musikerin - nicht der Fall.

49

Auch ist der erforderliche Unionsbezug gegeben. Die Klägerin hat Berufserfahrung in einem anderen EWR-Mitgliedstaat erworben. Sie hat mehrere Monate in Norwegen als Musikerin gearbeitet.

50

1.6. Zwar erfordert die Gewährleistung der Freizügigkeit weder die vollständige Anrechnung aller in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Zeiten einschlägiger Berufserfahrung noch steht sie einem Entgeltsystem, welches den Zuwachs an Berufserfahrung ein höheres Entgelt honoriert, grundsätzlich entgegen. Ein solches System darf aber nicht zur Diskriminierung von Arbeitnehmern, die die Freizügigkeit in Anspruch nehmen, führen. Darum ist nach der Auslegung des EuGHs jegliche Differenzierung zwischen Zeiten einschlägiger (gleichwertiger) Berufserfahrung danach, ob sie im Inland bei demselben Arbeitgeber oder im Ausland bei einem anderen Arbeitgeber erworben worden sind, ausgeschlossen (vgl. BAG, Urteil vom 29. April 2021 - 6 AZR 232/17).

51

Die in § 15 Abs. 1 und Abs. 2 TVK geregelte Anrechnung von Dienstzeiten ist geeignet, die Inanspruchnahme der Grundfreiheit unter Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 AEUV weniger attraktiv zu machen, weil Dienstzeiten in Konzert- und Theaterorchestern in einem anderen Mitgliedstaat als dem Herkunftsmitgliedstaat eines Wanderarbeitnehmers nach § 15 Abs. 2 TVK - anders als in § 15 Abs. 1 TVK - nicht zwingend anzurechnen sind, sondern lediglich angerechnet werden können. Insbesondere ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die in Konzert- und Theaterorchestern in einem anderen Mitgliedsaat erworbenen Erfahrungen eines Musikers nicht im Wesentlichen gleichwertig sind mit den Erfahrungen eines Musikers in Konzert- und Theaterorchestern in der Bundesrepublik Deutschland, deren Arbeitgeber Unternehmerrmitglied des Deutschen Bühnenvereins.

52

Eine solche Maßnahme wäre deswegen nur dann zulässig, wenn mit ihr eines der im AEU-Vertrag genannten legitimen Ziele verfolgt wird oder wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Darüber hinaus muss in einem derartigen Fall ihre Anwendung geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Ziels zu gewährleisten und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 - C 703/17). Vorliegend sind Rechtfertigungsgründe für die Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Abs. 1 AEUV weder ersichtlich noch vorgetragen.

53

1.7. Die nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die in § 15 Abs. 1 TVK enthaltenen Ausschluss der Anrechnung von Dienstzeiten hat, soweit sie im Geltungsbereich dieser Grundfreiheit erfolgt, zur Folge, dass der Ausschluss aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar ist. Das gilt im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch für Tarifverträge. Die Artikel des Vertrags über den freien Warenverkehr, die Freizügigkeit sowie den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr stellen grundlegende Bestimmungen für die Union dar. Jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein, ist verboten. Darauf kann sich die Klägerin unmittelbar berufen (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 29. April 2021 - 6 AZR 232/17).

54

1.8. Die Geltendmachung der Dienstzeiten, die die Klägerin im F-Orchester erbracht hat, ist nicht nach § 15 Abs. 4 TVK verfallen, denn die Beklagte hat die Klägerin nicht aufgefordert, die anrechnungsfähigen Zeiten nachzuweisen.

55

2. Die Klägerin hat nach § 280 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 286, 287 Satz 1 BGB keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Ersatz der steuerlichen Nachteile, die ihr dadurch entstanden sind, dass die Beklagte den Annahmeverzugslohn für die Zeit von 1. Oktober 2014 bis 31. Oktober 2017 verspätet, nämlich erst im Dezember 2019 zahlte.

56

2.1. Zwar ist zutreffend, dass der nach § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzende Verzugsschaden auch den durch die verspätete Zahlung entstandenen Steuerschaden erfasst, wenn der Arbeitgeber mit Lohnzahlungen in Verzug geraten ist. Nach dem im Steuerrecht geltenden „Zuflussprinzip“ (§ 11 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Satz 2, § 38 a Abs. 1 EStG) sind Arbeitsvergütungen grundsätzlich im Steuerjahr des Zuflusses zu versteuern. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitsvergütung für eine dem Steuerjahr vorangegangene Beschäftigungszeit an den Arbeitnehmer nachgezahlt wird. Kommt es danach - wie im Streitfall - zu Nachzahlungen aus dem Vorjahr, so kann die einmalige Zahlung zusammen mit der Zahlung der laufenden Arbeitsvergütung im Steuerjahr zu einer „progressionsbedingten“ erhöhten Steuerbelastung führen.

57

2.2. Vorliegend kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Beklagte sich mit der Zahlung des Annahmeverzugslohns in Verzug befand, denn der Klägerin ist es nicht gelungen, die Höhe des Steuerschadens schlüssig darzulegen. Hierzu hätte die Klägerin nachvollziehbar darlegen müssen, dass sie mehr Steuern entrichten musste, als sie Steuern hätte zahlen müssen, wenn der Beklagte den Annahmeverzugslohn fristgerecht bei Fälligkeit jeweils in den Jahren 2014 bis 2017 und nicht erst insgesamt im Jahr 2019 gezahlt hätte. Denn es ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin auf Grund der ausgebliebenen Lohnzahlungen in den Jahren 2014 bis 2017 eine geringere Steuerbelastung hatte. Die steuerlichen Nachteile sind das spiegelbildliche Gegenstück für die Anrechnung von steuerlichen Vorteilen im Wege des Vorteilsausgleichs. Im Einzelnen:

58

2.2.1. Zunächst ist nicht plausibel, dass die Klägerin lediglich eine fiktive Steuerbelastung für die Jahre 2015 bis 2017 darlegt. Anspruch auf Annahmeverzugslohn bestand für die Monate Oktober 2014 bis Dezember 2017. Die Klägerin hätte daher auch das Jahr 2014 in ihre Berechnung einbeziehen müssen.

59

2.2.2. Zudem legt die Klägerin ihrer Berechnung nicht den tatsächlichen Annahmeverzugslohn zugrunde, sondern teilt den zwischen den Parteien vereinbarten Abgeltungsbetrag von € 130.000,00 gleichmäßig auf die Jahre 2015 bis 2017 auf. Zur Berechnung der Steuerbelastung ist jedoch nicht entscheidend, auf welchen Betrag die Parteien sich geeinigt haben, sondern der durch den Verzug entstandene Schaden ist konkret darzulegen. Die Klägerin hätte daher vortragen müssen, welche Gesamteinkünfte in den Steuerjahren 2014 bis 2017 sie erzielt hätte, wenn ihr die Vergütung für die Zeit vom 1. Oktober 2014 bis 31. Oktober 2017 in dem jeweiligen Jahr zugeflossen wäre. Im Übrigen haben die Parteien bezüglich des Abgeltungsbetrages von € 130.000,00 eine Fälligkeit - Dezember 2019 - vereinbart. Die Beklagte hat den Abgeltungsbetrag somit nicht verspätet gezahlt.

60

2.2.3. Weiter ist festzustellen, dass die seitens der Beklagten als Anlage vorgelegten Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2014 bis 2019 teilweise nicht die in der Tabelle des Schriftsatzes vom 14. April 2021 aufgeführten Beträge (Seite 4/5 des Schriftsatzes, Blatt 119/120 der Akte) ausweisen. Auch die steuerlichen Parameter, die für die Berechnung der Steuerlast erforderlich sind, stellt die Klägerin in ihren Schriftsätzen widersprüchlich dar. So erläutert die Klägerin, dass sie ihren Einkommen in den Jahren 2015 bis 2017 einen Betrag von € 1.800,00 in Abzug bringt. Im Jahr 2015 zieht sie jedoch entgegen diesem Vortrag und ohne weitere Erläuterung einen Betrag von € 4.093,00 ab.

61

3. Die Klägerin hat darüber hinaus keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Erstattung der Kosten in Höhe von € 371,20 für die Einschaltung eines Steuerberaters. Insoweit handelt es sich nicht um notwendige

Rechtsverfolgungskosten, die dem geschädigten Vertragspartner zu ersetzen sind, weil sie bei der gegebenen Sachlage zur Schadensabwendung vernünftig und zweckmäßig waren. Wie bereits ausgeführt sind die vom Steuerberater vorgenommenen Berechnungen nicht nachvollziehbar.

III.

62

1. Die Kosten des Rechtsstreits sind verhältnismäßig zu teilen, § 46 Abs. 2 ArbGG i. V.

m. § 92 Abs. 1 ZPO. Im Hinblick auf die teilweise Klagerücknahme sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen, § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 269 Abs. 3 ZPO.

63

2. Der Streitwert ist gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG festzusetzen. Dabei sind die Zahlungsanträge in Höhe ihres jeweiligen Nennwertes (€ 10.883,00 + € 371,20), der Feststellungsantrag mit € 4.000,00 sowie der Antrag auf Neuberechnung der Dienstzeiten mit € 1.000,00 zu berücksichtigen.

IV.

64

Die Klägerin und der Beklagte können gegen diese Entscheidung das Rechtsmittel der Berufung zum Landesarbeitsgericht München einlegen, § 64 Abs. 2b ArbGG. Im Einzelnen gilt das Folgende: