

Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb: Welche Rolle spielt das Recht?

Eine Annäherung durch Fälle vor Gericht: Rechtsprechungsübersicht und
Kontextualisierung

14. Zyklus

Working Paper #34

2024

Luna Mono
Merlit Vetter

Diese Ausarbeitung ist Ergebnis der Projektarbeit der Autor*innen Merlit Vetter und Luna Mono im 14. Zyklus der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (GrundrechteClinic) im Wintersemester 2023/24 und Sommersemester 2024.

Die hier vertretenen Positionen sind die der Autor*innen und nicht zwingend die der Clinic oder der Kooperationsorganisationen.

Die Arbeit wurde in Kooperation mit Diversity Arts Culture erarbeitet und wurde dort betreut von Julia Tonndorf und Carolin Huth.

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Geschlechterstudien
Unter den Linden 9, 10099 Berlin
www.hlcmr.de

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
Ausprägungen von Machtmissbrauch	4
Erfahrungen von Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb	6
Prekäre Ausbildungs- und Arbeitsbedingungen	6
Gebündelte Macht und steile Machthierarchien	7
Interpersonelle Abhängigkeiten.....	8
Rechtsmobilisierung	9
Materielles Recht	9
Rechtskenntnis	10
Rechtsdurchsetzung vor Gericht	10
Filtereffekte	11
Erkenntnisse aus der Rechtsprechungsübersicht.....	11
Fazit und Ausblick	12
Rechtsprechungsübersicht	14
I. Prekäre Arbeitsbedingungen.....	19
II. Einschränkungen und Umgehung betrieblicher Mitbestimmungsrechte	84
III. Diskriminierung.....	109
IV. Sexualisierte Grenzverletzungen und Gewalt	117
V. Mobbing und Missmanagement	135
Quellenverzeichnis.....	144

Ein detailliertes Inhaltsverzeichnis zur Rechtsprechungsübersicht findet sich dort.

Einleitung

Der Kunst- und Kulturbetrieb nimmt eine zentrale Rolle in und für Gesellschaft ein. Gesellschaftliche Probleme werden künstlerisch aufgearbeitet und auf Bühnen und Leinwänden verhandelt; aber sie finden sich auch in der Branche selbst wieder: Das gilt auch für das Thema Machtmissbrauch. Eine zunehmende mediale Thematisierung wurde vor allem durch die 2017 in den USA beginnende #MeToo-Bewegung angestoßen. Seitdem sind auch in Deutschland zahlreiche Fälle des Machtmissbrauchs bekannt geworden. Viele Kunst- und Kulturschaffende erfahren Machtmissbrauch. So gaben über 60 % der Beschäftigten in einer Studie zu Macht im Theater aus dem Jahr 2018 an, schon einmal unmittelbar Machtmissbrauch an ihrem Arbeitsort erlebt zu haben.¹ In einer Studie des rbb von 2023 gaben sogar 90 % der Teilnehmenden an, persönlich mit mindestens einer Form des Machtmissbrauchs konfrontiert gewesen zu sein.² Die bekannten Erfahrungsberichte dürften nur einen Bruchteil des tatsächlich erlebten Machtmissbrauchs abbilden. Die Umfrageergebnisse sowie die Erfahrung von Beratungsstellen verweisen auf ein hohes Dunkelfeld von erfahrenem, aber nicht öffentlich thematisiert bzw. gemeldetem Machtmissbrauch.

Machtmissbrauch wird nicht einheitlich definiert.³ Jedenfalls gibt es verschiedene Erscheinungsformen. Diese reichen von der Ausnutzung arbeitsrechtlicher und persönlicher Abhängigkeitsverhältnisse über verbale und psychische Gewalt bis hin zu körperlichen Übergriffen und sexualisierter Gewalt. Gerade im Kunst- und Kulturbetrieb häufen sich Berichte von Willkürentscheidungen, Beleidigungen, Demütigungen, Mobbing, psychischer und physischer Gewalt, Diskriminierungen und sexualisierten Übergriffen. Dabei handelt es sich nicht um isolierte und nur ausnahmsweise auftretende Einzelfälle. Machtmissbrauch wird durch strukturelle, verfestigte Machtstrukturen und den fehlenden Schutz vor deren Missbrauch ermöglicht. Auf mediale „Skandale“ folgten dennoch bislang

¹ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019. In der Studie wurde eine repräsentative Befragung von knapp 2000 Theater-Mitarbeiter*innen durchgeführt.

² Die nicht-repräsentative rbb-Umfrage mit 750 Bühnenschaffenden wurde für das ARD-Mittagsmagazin durchgeführt, „Medienschau: rbb-Umfrage zu Machtmissbrauch an Theatern. Neun von zehn Befragten von Machtmissbrauch betroffen“, Nachtkritik, 29.06./01.07.2023, online abrufbar unter: <https://nachtkritik.de/medienschau/medienschau-rbb-neue-zahlen-zu-machtmissbrauch-an-theatern#:~:text=Juni%20%2F%201.%20Juli%202023.,rbb%2DReportage%20weiterhin%20nicht%20gut> (letzter Zugriff: 19.09.2024).

³ Siehe zB die folgenden Begriffsbestimmungen mit Bezug zum Kunst- und Kulturbetrieb, die gemeinsame Kriterien beinhalten, aber sich in der Formulierung zum Teil unterscheiden: Infopapier Machtmissbrauch, UFA, 2023; online abrufbar unter: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/praxisbeispiele/praxisbeispiel-ufa-handl-leitfaden-machtmissbrauch.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (letzter Zugriff 19.09.2024). Muster Dienstvereinbarung/Betriebsvereinbarung zur Prävention von Machtmissbrauch, Diskriminierung, Rassismus und Sexismus für die Tanzsparte am Theater, Dachverband Tanz; online abrufbar unter: https://www.dachverband-tanz.de/fileadmin/dateien_DTD/Muster_DV_BV_01.04.2023___Dokument_mit_allen_Anhängen_.pdf (letzter Zugriff: 19.09.2024). Betriebsvereinbarung zur Prävention von Sexismus, Rassismus, Diskriminierung und Machtmissbrauch am Theater Bremen – Verhaltenskodex; online abrufbar unter: <http://cb.heimat.de/tm/notiz/download.php?id=120025> (letzter Zugriff: 19.09.2024). Weniger spezifisch die Begriffsbedeutung im Duden; online abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Machtmissbrauch> (letzter Zugriff: 19.09.2024).

durch die verantwortlichen Stellen häufig lediglich Beschwichtigungen und Symbolpolitiken. Der Bedarf nach Veränderungen und Reformen ist damit offenkundig und dringend.⁴

Machtmissbrauch betrifft mit seiner strukturellen Dimension alle im Betrieb tätigen Personen. Wir verwenden daher den Begriff „Betroffene“, um all jene Personen zu bezeichnen, die Machtmissbrauch direkt oder mittelbar erleben. Als „Getroffene“ werden die Personen benannt, die die negativen Folgen von Machtmissbrauch treffen. Diese Unterscheidung soll zeigen: Machtmissbrauch betrifft alle; trifft aber nicht alle gleichermaßen.

Gerade für Getroffene bedarf es einer Veränderung. Dies umfasst sowohl individuelle Handlungsmöglichkeiten als auch eine institutionelle Verantwortungsübernahme für bestehende Probleme und eine Veränderung der missbrauchsbegünstigenden Strukturen. An einigen Stellen gibt es bereits Ansätze der Veränderung.⁵ Im Zuge der gesellschaftlichen Verhandlung von Machtmissbrauch wird dabei auch das Recht befragt. Insbesondere gibt es das Bedürfnis nach klaren Konsequenzen für machtmisbräuchliches Verhalten, die im Recht gesucht werden.⁶

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit (auch) das Recht Teil einer Veränderung sein kann. Inwiefern ist Machtmissbrauch rechtlich adressiert? Welche Handlungsmöglichkeiten bietet das Recht wem, um auf Machtmissbrauch zu reagieren? Wo gibt es Lücken, welche Formen von Machtmissbrauch sind bislang nicht justiziabel? Wo stößt das Recht und/oder die Rechtsdurchsetzung an Grenzen?

Um emanzipatorische Wirkweisen und Möglichkeiten des Rechtsgebrauchs gegen Machtmissbrauch zu ergründen, bedarf es eines umfassenden Überblicks dazu, welche Rolle das Recht für den Missbrauch von Macht spielt und wie Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb bisher im Recht verhandelt wird.

Das Recht kennt Machtmissbrauch als eigenständiges Konzept nicht. Es gibt weder eine rechtliche Definition von Machtmissbrauch noch eine tatbestandliche Entsprechung. Wegen der fehlenden expliziten Regulierung von Machtmissbrauch als solchem fehlt Klarheit darüber, welche Formen des Machtmissbrauchs implizit rechtlich reguliert sind und welche nicht. Darüber Klarheit zu schaffen ist wichtig und ein Anliegen dieser Arbeit. Hier kann wegen der Vielzahl betroffener Rechtsgebiete und der Komplexität der Kontextfaktoren keineswegs umfassend oder abschließend geklärt werden, wie Einzelfälle rechtlich zu bewerten sind. Es sollen aber Anknüpfungspunkte geschaffen und

⁴ Diesselhorst, Hütter, Römer, Vorwort, in: Theater und Macht. Beobachtungen am Übergang, Heinrich Böll Stiftung und nachtkritik.de (Hrsg.), Bd. 15, 2021, S. 7.

⁵ An vielen Stellen gibt es bereits Ansätze zur Veränderung, s. zusammenfassend Diesselhorst, Hütter, Römer, Christian, Vorwort, in: Theater und Macht. Beobachtungen am Übergang, Heinrich Böll Stiftung und nachtkritik.de (Hrsg.), Bd. 15, 2021, S. 7. Kollektive Lösungen werden z.B. seit Ende 2023 in einer Arbeitsgruppe gegen Machtmissbrauch an Theatern und Bühnen bei verdi gesucht.

⁶ S. auch Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Interviewstudie, 2020, S. 36 ff.

Möglichkeiten zur Adressierung von Machtmissbrauch im Kunst und Kultur aufgezeigt werden.

Das Recht ist ein wichtiger Faktor im gesellschaftlichen Diskurs und kann auch Mittel zur Veränderung sein. Gerade für Menschen mit Unrechtserfahrungen gilt es, rechtliche Potentiale zu entfalten. Dafür ist es notwendig, herauszuarbeiten, welche Rechte bestehen und inwiefern deren Durchsetzung als eine Erfahrung der Selbstwirksamkeit bestärkend wirkt, also „empowernd“ sein kann.⁷ Dabei sind wir uns sowohl der Beschränkungen der emanzipatorischen Wirkung des Rechts selbst als auch der beschränkten Funktion des Rechts in Gesellschaft bewusst.⁸

Eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen Fragen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ist bisher nicht erfolgt.⁹ Auch die vorliegende Arbeit stößt hier an Grenzen. Es fehlen Beiträge dazu, was genau Machtmissbrauch aus juristischer Sicht ist, welche Phänomene von Machtmissbrauch bisher im Recht verhandelt werden, welche Rolle das Recht hier spielt und spielen kann. Erst ausgehend von dieser Bestandsaufnahme ist eine weiterführende Erforschung der möglichen Potentiale im Recht möglich. Unseren Beitrag verstehen wir daher als einen (ersten) Aufschlag in einem komplexen, noch unbestellten Feld. Unsere Rechtsprechungsübersicht soll Interessierten, Betroffenen und Getroffenen einen Überblick über das Feld vermitteln und die Möglichkeit zur Identifikation von Handlungsfeldern bieten. Ferner hoffen wir, Forschenden eine Grundlage zur – dringend notwendigen – weiteren Auseinandersetzung mit einzelnen Dimensionen des Machtmissbrauchs im Kunst- und Kulturbetrieb und der Rolle des Rechts zu bieten. Wir freuen uns, wenn unsere Übersicht die wichtige Arbeit von rechtsberatenden und prozessführenden Personen für von Machtmissbrauch Getroffene erleichtert.

Ausgangspunkt dieser Arbeit waren die **Erfahrungsberichte** von Kunst- und Kulturschaffenden aus medialer Berichterstattung, der Arbeit von Diversity Arts Culture, wissenschaftlicher Literatur und persönlichen Gesprächen. Rechtswissenschaftliche Perspektiven auf den Umgang mit Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb lagen uns nicht vor. Die Schilderungen von Erfahrungen des Machtmissbrauchs sind eingebettet in die spezifischen Strukturen des Kunst- und Kulturbetriebs. Auf dieser Grundlage entwickeln wir ein Verständnis von Machtmissbrauch und eine Typologisierung der Erfahrungsformen von Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb. In der Rechtsprechungsübersicht zeigen wir auf, welche Rolle das Recht bei Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb

⁷ Es geht uns darum, Rechte im Recht im Sinne von Patricia Williams als „islands of empowerment“ zu mobilisieren, s. Williams, *The alchemy of race and rights*. Harvard University Press, Cambridge; Bild genutzt von Liebscher: „Islands of Empowerment“ – Recht als Instrument der Selbstermächtigung gegen rassistische und sexistische Diskriminierung, in: Pantelmann/Blackmore (Hrsg.) *Sexualisierte Belästigung, Diskriminierung und Gewalt im Hochschulkontext*, 2023.

⁸ Gerade in der Auseinandersetzung um rechtlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung von Machtmissbrauch stellt sich die Frage, welche Bereiche des sozialen Miteinanders wir als Gesellschaft rechtlich regulieren können und wollen. Für eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den Ambivalenzen des Rechts, die neben den Potentialen auch die hierarchisierende, exkludierende und normierende Wirkung umfassen, s. Holzleithner, *Emanzipation durch Recht?* In: *Kritische Justiz* 41(3), 2008, S. 250-256.

⁹ Eine Ausnahme stellt die Auseinandersetzung von Laaser und Auerbach in Bezug auf das Antidiskriminierungsrecht dar. Laaser, Auerbach, *Antidiskriminierungsrecht und Kulturpolitik*, in: Crückeberg et. al. (Hrsg.) *Handbuch Kulturpolitik*, 2022.

spielt: als Gestaltungsinstrument, das den Rahmen schafft in dem Machtmissbrauch stattfindet, als Grenzsetzung und als mögliches Sanktionsinstrument gegenüber Verantwortlichen. Ersteres scheint uns besonders relevant: Auf der Suche nach Rechtsgrundlagen, die gegen Machtmissbrauch mobilisiert werden können, sind wir vor allem auf Regelungsbereiche gestoßen, in denen Recht Machtmissbrauch begünstigt. Daraus folgt, dass Recht einen relevanten Einfluss auf die Voraussetzungen für Machtmissbrauch nimmt; somit kann es diesen auch umgekehrt begrenzen. Wir versuchen zu zeigen, welche Stellschrauben, vor allem im Individual- und Kollektivarbeitsrecht, hierfür relevant sind.

Ausprägungen von Machtmissbrauch

Um der Frage nachzugehen, inwiefern Machtmissbrauch im Recht verhandelt wird, muss konkretisiert werden, woran überhaupt tatbestandlich angeknüpft werden könnte. Dies betrifft den Anwendungsbereich von Recht: Dazu grenzen wir zunächst den Kunst- und Kulturbetrieb ein. Sodann betrifft es den Tatbestand: Dazu erläutern wir unser Verständnis von Machtmissbrauch und die Besonderheiten des Kunst- und Kulturbetriebes, die die Erfahrungen von Machtmissbrauch bedingen. Schließlich betrifft es neben der Prävention auch etwaige Sanktionen.

Wenn wir auf den **Kunst- und Kulturbetrieb** Bezug nehmen, meinen wir alle Einrichtungen und Projekte in den Bereichen Musik, bildende Kunst, Literatur, Tanz, Theater und Film, die Güter und Dienstleistungen in verschiedenster künstlerischer Form hervorbringen und einem Publikum zur Verfügung stellen, sowie die darin Beschäftigten.¹⁰ Der Kunst- und Kulturbetrieb ist als institutionelle Form des kulturellen Lebens geeint, jedoch in sich sehr heterogen.¹¹ Unsere Arbeit stützt sich vor allem auf wissenschaftliche Untersuchungen in den Sparten Theater¹², Film¹³ und Kunst-, bzw. Musikhochschulen¹⁴. Weitere Untersuchungen, inwiefern sich Erfahrungen und davon ausgehend rechtliche Möglichkeiten in anderen Sparten oder Untermilieus von Sparten überschneiden oder unterscheiden, sind notwendig und wünschenswert.

Unter **Machtmissbrauch** verstehen wir den Missbrauch einer hierarchisch übergeordneten Machtposition, die der hierarchisch untergeordneten Person schadet, sie schikaniert oder sonst benachteiligt, oder die sich selbst oder bevorzugten Menschen persönliche und/oder berufliche Vorteile auf Kosten dieser Person verschafft. Auch passives Verhalten wie etwa

¹⁰ Vgl. Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, Kunstsparten; online abrufbar unter: https://www.kulturstatsministerin.de/DE/kunst-und-kulturfoerderung/kunstsparten/kunstsparten_node.html (letzter Zugriff: 19.9.2024).

¹¹ Heinrichs, Der Kulturbetrieb, 2015, S. 9.

¹² Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019; Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Interviewstudie, 2020.

¹³ Stiftung für Kulturelle Weiterbildung und Kulturberatung und Citizens For Europe: Vielfalt in Kultureinrichtungen – VINK: Ein Ergebnisbericht von Vielfalt entscheidet – Diversity in Leadership für Diversity Arts Culture. 2019.

¹⁴ Pantelmann, Blackmore, Sexualisierte Belästigung, Diskriminierung und Gewalt im Hochschulkontext, 2023; Kortendiek et al.: Gender Pay Gap und Geschlechter(un)gleichheiten an Hochschulen, 2021.

das Versäumnis einer notwendigen Schutzmaßnahme kann Machtmissbrauch darstellen.¹⁵ Im Gegensatz zum sonstigen *Machtgebrauch* wird die einer Person übertragene Macht hier also destruktiv statt produktiv ausgeübt.

Der Missbrauch von Macht kann sich in einer Vielzahl von Verhaltensweisen zeigen. Der Theatermanager und Hochschullehrer Thomas Schmidt, dessen Untersuchungen zu Machtmissbrauch an Theater eine wichtige Grundlage für unsere Arbeit waren, typologisiert die Erfahrungen von Machtmissbrauch an Theatern in folgende sieben Kategorien.¹⁶

- Psychoterror, Verleumdung, Mobbing, Drohung
- Missmanagement der Intendanz
- Manipulation und Instrumentalisierung
- Rechtsbeugung und Willkür
- Diskriminierung von Frauen und Minderheiten
- Physische Gewalt
- Sexuelle Übergriffe

Diese Typologie bietet einen ersten Ansatz, um zu verstehen, wie Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbereich erlebt wird, lässt sich aber für eine juristische Betrachtung nur beschränkt übertragen. So beschreiben die Begriffe zum Teil rechtliche Straftatbestände mit je spezifischen Voraussetzungen wie z.B. Drohung, Verleumdung oder Rechtsbeugung. Physische Gewalt hingegen wird im Strafrecht durch unterschiedliche Körperverletzungsdelikte erfasst, jedoch nur bei Überschreiten einer gewissen Erheblichkeitsschwelle. Für Psychoterror, Mobbing und Missmanagement gibt es im Recht kein entsprechendes Konzept. Der Willkürbegriff ist im Recht aus der Prüfung einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, also Diskriminierung, bekannt.

Diskriminierung – also die ungerechtfertigte Benachteiligung in Bezug auf ein typischerweise nachteiliges (daher durch die Rechtsordnung besonders geschütztes) Merkmal – ist damit eine Form des Machtmissbrauchs. Dazu gehören auch sexualisierte¹⁷ Belästigung und Gewalt. Das Verhältnis von Diskriminierung und Machtmissbrauch ist komplex. Einerseits schaffen Diskriminierungsstrukturen Machtpositionen und andererseits begünstigen Machtstrukturen Diskriminierung. Formale Machthierarchien verlaufen oft parallel zu diskriminierenden Hierarchisierungen.¹⁸ So sind weibliche

¹⁵ Ethik-Kommission des Dachverband Tanz, Muster Dienstvereinbarung/Betriebsvereinbarung; online abrufbar unter: https://www.dachverband-tanz.de/fileadmin/dateien_DTD/Muster_DV_BV_01.04.2023____Dokument_mit_allen_Anha%CC%88ngen_.pdf, S. 3 (letzter Zugriff 19.09.2024).

¹⁶ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019, S. 185.

¹⁷ Wir nutzen die Begrifflichkeit „sexualisierte“ Belästigung und Gewalt, um zu verdeutlichen, dass es um die Ausübung von Macht und deren Missbrauch geht und sexuelle Handlungen lediglich funktionalisiert werden, aber nicht im Vordergrund stehen, vgl. Kortendiek et al., Gender, 2021, S. 201. Im Recht sind etwaige Verhaltensweisen als „sexuelle“ Belästigung begrifflich gefasst, weswegen wir in den rechtlichen Ausführungen auch diese Begrifflichkeit verwenden.

¹⁸ Wir beziehen uns auf ein Verständnis von Diskriminierung als Hierarchisierung, welches unter anderem von MacKinnon entwickelt wurde, Sex Equality; On Difference and Dominance, in: Toward a Feminist Theorie of the State, 1989, S. 215 ff. Vergleiche dazu im deutschsprachigen Raum: Baer, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung

Arbeitnehmerinnen besonders gefährdet sexualisierte Belästigung und Gewalt durch Vorgesetzte, die typischerweise männlich sind, zu erleben. Andererseits schützt die formale Machtposition eine weibliche Führungskraft nicht vor sexistischer Behandlung durch ihr unterstellte Mitarbeitende. Personen, die Diskriminierung erleben, nehmen deutlich seltener formale Machtpositionen ein – gerade das ist ein Ergebnis von Diskriminierung. Besonders gilt dies für Personen, die in verschiedenen Dimensionen Diskriminierung erfahren.

Diskriminierungsverbote finden sich in Grund- und Menschenrechtskatalogen, im Grundgesetz vor allen in Art. 3. Einfachgesetzlich ist das Antidiskriminierungsrecht in Deutschland im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geregelt, sowie in Berlin ergänzend für öffentliche Stellen durch das Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG Berlin). Diskriminierungsverbote stellen nicht auf eine böse Absicht der diskriminierenden Person ab, sondern nehmen die diskriminierte Person und die erlittenen Verletzungen in den Blick. Es kommt also auf die Wirkung und nicht auf den Vorsatz an.

Machtmissbrauch wird von rechtlichen Diskriminierungsverboten nicht erfasst, wenn machtmisbräuchliches Verhalten keinen Bezug zu einem geschützten Merkmal aufweist. Ein Beispiel hierfür wäre der Ausschluss von Personen, weil diese einer Kleidergrößennorm nicht entsprechen. Das Merkmal „Gewicht bzw. Körpergröße“ wird weder im AGG noch im LADG geschützt. Ein anderes Beispiel: Eine Theaterintendantin, die einen Nachwuchsschauspieler bei einem Vorsprechen in dem Wissen herabwürdigt, dass dieser sich nicht wehren oder das Verhalten öffentlich kritisieren wird, missbraucht ihre Macht, aber diskriminiert dadurch nicht automatisch.¹⁹

Erfahrungen von Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb

Erfahrungen und Formen von Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb sind maßgeblich von deren Kontext geprägt. Im Kunst- und Kulturbetrieb gibt es insbesondere drei Spezifika, die Machtmissbrauch begünstigen:

1. Prekäre Ausbildungs- und Arbeitsbedingungen,
2. Machtbündelungen und steile Machthierarchien und
3. Interpersonelle Abhängigkeiten.

Prekäre Ausbildungs- und Arbeitsbedingungen

Im Kunst- und Kulturbetrieb sind Ausbildungsplätze häufig sehr begrenzt. Daraus folgt, dass diejenigen, die in den Institutionen entscheiden, die Auswahl zwischen einer Vielzahl

Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 1995. Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1996.

¹⁹ Beispiel aus: Laaser, Auerbach, Antidiskriminierungsrecht und Kulturpolitik, in: Crückeberg et al. (Hrsg.) Handbuch Kulturpolitik, 2022, S. 2.

interessierter Bewerbenden haben. Regelmäßig stellt der gewünschte Ausbildungsplatz für die Bewerbenden scheinbar den einzigen Zugang zur ersehnten Karriere und damit nicht selten einen Lebenstraum dar. Im Vergleich zu anderen Ausbildungsgruppen besteht im Kunst- und Kulturbetrieb daher sowohl die Bereitschaft als auch die Erwartung, für einen Platz an der gewünschten Institution viel oder sogar alles zu geben. Auswahlkommissionen bzw. Einzelpersonen kommt zudem aufgrund intransparenter Verfahren ohne klare Auswahlkriterien eine besondere Macht zu.

In den kleinen Ausbildungsgruppen besteht dann ein hoher Konkurrenz- und Leistungsdruck. Zu den Anforderungen der Ausbildung und der späteren Berufsausübung zählt auch die Bereitschaft, gesellschaftliche und eigene Grenzen im Sinne des Künstlerischen zu streifen, zu verschieben und zu überschreiten.²⁰

Auch Anstellungsverhältnisse sind begrenzt, oft nur befristet und unregelmäßig.²¹ Das führt zu mangelnder sozialer Absicherung von Kunst- und Kulturschaffenden.²² So gab mehr als die Hälfte der Befragten in einer Studie zu Macht im Theater an, so wenig zu verdienen, dass von prekären Verhältnissen zu sprechen sei.²³ Viele Projekte stehen zudem unter zeitlichem Druck und erfordern zugleich eine sehr intensive Zusammenarbeit.²⁴ Dies befördert das Verschwimmen und die Nichteinhaltung der Grenzen von Arbeitszeiten und auch von Arbeitsbeziehungen. Wegen der oft körperlichen Komponente in der Arbeit gilt dies auch für körperliche Grenzen.²⁵

Gebündelte Macht und steile Machthierarchien

Im Kunst- und Kulturbetrieb bestehen starke Machtgefälle zwischen Positionen und Arbeitsbereichen, die traditionell stark vergeschlechtlicht sind.²⁶ Die Figur der

²⁰ Kirschning, Kunst braucht Nähe. Nähe braucht Regeln. Vom professionellen Umgang mit Grenzen in der musikalischen Ausbildung an Musikhochschulen, 2023; Kortendiek et al.: Gender Pay Gap und Geschlechter(un)gleichheiten an Hochschulen, 2023, S. 198 ff.

²¹ Rendl, Machtlosigkeit und Machtstrukturen. Vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, S. 138.

²² BKM und BMWK, Studie zur wirtschaftlichen sozialen Lage von Soloselbstständigen und hybrid Erwerbstätigen in der Kultur- und Kreativwirtschaft, dem öffentlichen Kulturbetrieb und Kulturberufen in Deutschland. 2024. Die endgültigen Ergebnisse werden im Herbst 2024 erwartet, einige Daten wurden bereits veröffentlicht, FAZ: Eine Studie verweist auf die prekären Arbeitsverhältnisse an deutschen Theatern; online abrufbar unter: <https://zeitung.faz.net/faz/feuilleton/2024-04-03/sie-rufen-als-erstes-ganz-laut-ich/1011565.html> (letzter Zugriff 19.09.2024)

²³ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019.

²⁴ Rendl, Machtlosigkeit und Machtstrukturen. Vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, S. 138.

²⁵ Kirschning, Kunst braucht Nähe. Nähe braucht Regeln. Vom professionellen Umgang mit Grenzen in der musikalischen Ausbildung an Musikhochschulen, 2023, S. 84.

²⁶ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019; Norz, Faire Arbeitsbedingungen in den Darstellenden Künsten und der Musik?! Studie der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 319, 2016; Rendl, Machtlosigkeit und Machtstrukturen. Vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, S. 138; Insb. zu Geschlechterungleichheiten: Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie, 2020, S. 5, 9; Kassa et al., Medienindustrie und Geschlecht: Ökonomische und machtpolitische Aspekte globaler Medienproduktion, 2019.

künstlerischen Freiheit sowie ein Narrativ der Genialität einzelner künstlerischer Köpfe verfestigt erhöhte – traditionell männliche – Machtpositionen und normalisiert diese.²⁷ Darüber werden Abhängigkeitsverhältnisse gerechtfertigt, können aber auch sukzessive ausgenutzt werden.²⁸ So fällt die Bündelung von Macht oft mit der Idee des künstlerischen Kopfes hinter einer Inszenierung, einer Orchestrierung, einer Interpretation zusammen. Ein Paradebeispiel ist dafür die Rolle der Intendanz im Theater, die meist durch weitreichende Machtbefugnisse ausgestaltet ist. So liegt nicht selten das Hausrecht, die Verfügungsgewalt über Ressourcen und die Personalverantwortung in einer Person.²⁹

Interpersonelle Abhängigkeiten

Interpersonelle Abhängigkeiten ergeben sich im Kunst- und Kulturbetrieb insbesondere aus dem hohen Einfluss einzelner Personen auf die Verteilung der begrenzten Ausbildungs- und Anstellungsmöglichkeiten.³⁰ Dadurch ist es oft von der Qualität sozialer Beziehungen abhängig, ob Zugänge und Netzwerke in der Berufswelt erweitert oder versperrt werden.³¹ Vor diesem Hintergrund kann jedes Entstehen für die eigenen Grenzen, jedes Widersprechen oder anderes „unliebsam machen“, zu einem existenziellen Risiko für Kunst- und Kulturschaffende werden.³² Das kann nicht nur ein Einfallstor des Machtmissbrauchs sein. Im Sinne eines „wer spricht, ist raus“ begrenzt dies auch die Möglichkeiten, gegen Grenzüberschreitungen und Gewalt vorzugehen. Es versperrt in diesem Sinne auch das Tor für die Wehr gegen erlebten Machtmissbrauch. Häufig ist in diesem Zusammenhang von einer Atmosphäre der Angst die Rede.³³ Thomas Schmidt formulierte dies in Bezug auf Strukturen am Theater wie folgt: „*Macht wird so zu einem regulären Management-Instrument.*“³⁴ Dies führt dazu, dass Getroffene Räume meiden

²⁷ S. auch Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie, 2020, S. 29; Rendl, Machtlosigkeit und Machtstrukturen. Vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, S. 138.

²⁸ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019, S. 15.

²⁹ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019, S. 7 ff.

³⁰ Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie, 2020, S. 5, S. 9; Norz, Faire Arbeitsbedingungen in den Darstellenden Künsten und der Musik?! Studie der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 319, 2016; Schmidt, Theater, Krise und Reform. Eine Kritik des deutschen Theatersystems, 2016.

³¹ Kirschning, Kunst braucht Nähe. Nähe braucht Regeln. Vom professionellen Umgang mit Grenzen in der musikalischen Ausbildung an Musikhochschulen, 2023, S. 83.

³² Rendl, Machtlosigkeit und Machtstrukturen. Vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, S. 138.

³³ Schmidt, Macht und Strukturen im Theater. Asymmetrien der Macht, 2019, S. 10; Nachtkritik: <https://nachtkritik.de/medienschau/medienschau-rbb-neue-zahlen-zu-machtmissbrauch-an-theatern#:~:text=Juni%20%2F%201.%20Juli%202023,.rbb%2DReportage%20weiterhin%20nicht%20gut> (letzter Zugriff: 19.09.2024).

³⁴ Schmidt, Interview mit Thomas Schmidt über seine Studie zu Macht und Machtmissbrauch an deutschen Theatern, nachtkritik.de; online abrufbar unter: <https://nachtkritik.de/recherche-debatte/interview-mit-thomas-schmidt-ueber-seine-studie-zu-macht-und-machtmissbrauch-an-deutschen-theatern> (letzter Zugriff: 19.09.2024).

oder gar ganz die Branche verlassen, während die machtausübenden Personen weiter in ihren Positionen verbleiben.³⁵

Durch projektbasierte Arbeit entsteht zudem häufig ein Spannungsfeld zwischen hierarchischen und zugleich scheinbar familiär-persönlichen Strukturen.³⁶ Dies fördert diffuse Machtstrukturen und Machtdynamiken und ist ebenfalls ein Einfallstor für den Missbrauch von Macht.³⁷

Weiterhin wird der Kunst- und Kulturbetrieb von vielen Personen als „exklusiv“ wahrgenommen. In Kunst- und Kulturinstitutionen, die vor allem die Mehrheitsgesellschaft adressieren und repräsentieren, sind Menschen mit Diskriminierungserfahrungen weiterhin unterrepräsentiert.³⁸ Auch in dieser Exklusion und der damit häufig verbundenen staatlichen Subventionierung von sich reproduzierenden privilegierten Perspektiven liegt ein ausschließender und häufig spezifisch diskriminierender Gebrauch von Macht.

Rechtsmobilisierung

Die folgende Rechtsprechungsübersicht zeigt eine Diskrepanz zwischen den Erfahrungsberichten über Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb und den vor Gericht verhandelten Fällen. Dies betrifft sowohl die schlichte Zahl an Fällen als auch Ausprägungen von Machtmissbrauch. Ein Erklärungsansatz hierfür bietet die Auseinandersetzung mit Rechtsmobilisierungshürden. Rechtsmobilisierung setzt erstens voraus, dass es Recht gibt, welches die eigenen Unrechtserfahrungen erfasst, zweitens das Wissen über die eigenen Rechte und drittens die Möglichkeit, diese Rechte auch im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Das ist in Fällen von Machtmissbrauch soweit ersichtlich nur in sehr beschränktem Umfang möglich.

Materielles Recht

Wie bereits dargelegt stellt „Machtmissbrauch“ selbst keinen rechtlichen Tatbestand dar. Es gibt Formen des Machtmissbrauches die rechtlich überhaupt nicht erfasst sind und gegen die kein Recht mobilisiert werden kann. Dazu gehören insbesondere Verhaltensweisen, die im Vorfeld von verbalen und/oder körperlichen Übergriffen liegen

³⁵ Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie 2020, S. 20, 25, 29; Shah, Fürsorge als Waffe – Wie Kunst- und Kulturinstitutionen ihre Machtstrukturen demonstrieren, in: Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.) Theater und Macht. Beobachtungen am Übergang, S. 62.

³⁶ Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie 2020, S. 11, 42.

³⁷ UFA GmbH, Filmunternehmen, Infopapier Machtmissbrauch, 02/2023, S. 1; Stiftung für Kulturelle Weiterbildung und Kulturberatung und Citizens For Europe: Vielfalt in Kultureinrichtungen – VINK: Ein Ergebnisbericht von Vielfalt entscheidet – Diversity in Leadership für Diversity Arts Culture. 2019: 43% der Befragten gaben an, Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts oder Alters zu erleben; Jäger, Diversität als Notwendigkeit. Kunsthochschulen müssen sich machtkritisch umstrukturieren – oder sie bleiben Teil des Problems, in: kritische Berichte, 2023.

³⁸ Jäger, Diversität als Notwendigkeit. Kunsthochschulen müssen sich machtkritisch umstrukturieren – oder sie bleiben Teil des Problems, in: kritische Berichte, 2023.

und dazu beitragen ein „Klima der Angst“ zu erzeugen, in dem Personen sich nicht sicher oder unwohl fühlen und den Druck verspüren, persönliche Grenzen zu überschreiten. Machtmissbräuchliches Verhalten kann aber auch strafrechtliche Tatbestände erfüllen, z.B. Nötigung, Bedrohung, Beleidigung, üble Nachrede, Körperverletzung oder sexuelle Belästigung. Daneben kommt ein Verstoß gegen Diskriminierungsverbote des AGG (bei privaten Institutionen) und des LADG Berlin (bei öffentlichen Institutionen) in Betracht. Im zivilrechtlichen Bereich kommen Schadensersatzansprüche wegen aktiver Verletzungshandlungen oder dem Verstoß gegen Schutzpflichten in Betracht. Vor allem Arbeitgebende treffen besondere Sorgfaltspflichten gegenüber ihren Mitarbeitenden. Das Kollektivarbeitsrecht sichert Mitbestimmungsrechte, deren Umgehung ein Ausdruck von Machtmissbrauch sein kann. Somit liefert das materielle Recht Anknüpfungspunkte für ein gerichtliches Vorgehen gegen Machtmissbrauch, aber es werden bereits auf dieser ersten Ebene nicht alle Unrechtserfahrungen erfasst.

Rechtskenntnis

Der Umstand, dass selbst unter juristisch ausgebildeten Personen große Unsicherheit darüber herrscht, ob und in welchen Form Machtmissbrauch rechtlich erfasst ist, verdeutlicht mit welchen Unklarheiten Betroffene auf diesem Gebiet konfrontiert sind. Studien zu Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb in Form sexualisierter Belästigung und Gewalt oder Diskriminierung zeigen, dass bei Betroffenen oft große Unsicherheiten darüber bestehen, wie als unangemessen erlebte Verhaltensweisen juristisch einzuschätzen sind.³⁹ Die Frage, wer die Möglichkeit hat dieses Wissen zu beschaffen, ist vor allem eine Frage ungleich verteilter Ressourcen. Zudem verhindern gerade in den Bereichen Diskriminierung, sexualisierte Belästigung und Gewalt Tabuisierung und Scham einen offenen Diskurs und wirken sich negativ auf die Rechtskenntnis von Betroffenen aus.

Rechtsdurchsetzung vor Gericht

Ein Gerichtsverfahren ist persönlich, karrierebezogen und finanziell belastend. Denn Gerichtsverfahren dauern oft lange, kosten viel Geld und können sich negativ auf aktuelle und zukünftige Beschäftigung auswirken. Dies führt dazu, dass viele rechtlich relevante Fälle nie vor Gericht gebracht werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die geschwächte sozio-ökonomische Position von Personen mit Diskriminierungserfahrungen. Bestehende Machtasymmetrien und Abhängigkeitsverhältnisse erschweren strukturell die Rechtsdurchsetzung, beispielsweise im Arbeitsrecht. Dies gilt für den Kunst- und Kulturbetrieb insbesondere im Hinblick auf die untergeordnete Rolle von Gewerkschaften, denen sonst eine wichtige Rolle für die Mobilisierung von Arbeitnehmendenrechten zukommt.⁴⁰

³⁹ Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie, 2020, S. 42; Stiftung für Kulturelle Weiterbildung und Kulturberatung und Citizens For Europe: Vielfalt in Kultureinrichtungen – VINK: Ein Ergebnisbericht von Vielfalt entscheidet – Diversity in Leadership für Diversity Arts Culture. 2019, S. 16.

⁴⁰ Zahlen zur Mitgliedschaft in Gewerkschaften im Kunst- Kulturbetrieb fehlen bislang.

Die Tarifverträge für Beschäftigte im Kunst- und Kulturbetrieb sehen in der Regel die ausschließliche Zuständigkeit von Schiedsgerichten in Streitfragen vor. Die Verfahren können dann nur im Rahmen einer Aufhebungsklage vor die staatlichen Gerichte gelangen. Die Vereinbarung von Schiedsgerichtsbarkeiten ist ein relevanter Faktor im Zusammenhang mit Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb, denn Entscheidungen der Schiedsgerichte werden nicht veröffentlicht; dass Machtasymmetrien in den Schiedsverfahren fortwirken, ist zumindest wahrscheinlich. Dadurch bleiben Vorgänge verdeckt und eine öffentliche (auch rechtliche) Debatte über Fälle von Machtmissbrauch wird verhindert.

Die Rechtsdurchsetzung vor Gericht hängt auch von prozessualen Vorschriften zum Verfahren ab. Eine relevante Frage, ist zum Beispiel, wen die Beweislast in einem Prozess trifft. Die Beweiserleichterung im Antidiskriminierungsrecht zugunsten Geschädigter wirkt sich daher positiv auf die Rechtsdurchsetzung vor Gericht in Diskriminierungsfällen aus.

Filtereffekte

Bei der Lektüre der Rechtsprechungsübersicht gilt es folgende dem Recht inhärente Filtereffekte zu berücksichtigen und im Hinterkopf zu behalten: Wenn lebensweltliche Konflikte in das Recht übersetzt werden, filtert das Recht bestimmte Informationen heraus. So entsprechen Sachverhaltsangaben in gerichtlichen Entscheidungen nicht ohne weiteres den Erfahrungen und Erlebnissen von Personen und blenden unter Umständen auch die Situierung der Beteiligten und ihr Verhältnis zueinander aus. Das Recht nutzt zudem nicht immer die Sprache, um das Erlebte adäquat wiederzugeben. Wenn Machtmissbrauch in rechtliche Einzelteile aufgespaltet wird, weil eben nur einzelne Dimensionen des Erfahrenen rechtlich erfasst sind, werden zudem Zusammenhänge nicht sichtbar und das Ausmaß des Machtmissbrauchs nicht adäquat erfasst. Das zeigt sich auch in der Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten – etwa für straf- und zivilrechtliche Fragen – und der Aufspaltung des Themenkomplexes in einzelne rechtliche Fragestellungen, die für sich genommen stets nur einen kleinen Anteil einer größeren Dynamik ausmachen.

Erkenntnisse aus der Rechtsprechungsübersicht

In der Rechtsprechung finden sich durchaus Fälle zum Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb. Allerdings muss beachtet werden, dass nicht alle Entscheidungen veröffentlicht werden und insbesondere alles fehlt, was in den meist verpflichtenden Schiedsverfahren entschieden wird. Damit sind die Erkenntnisse hier begrenzt. Es gibt eine quantitative und qualitative Differenz zwischen den erlebten Fällen von Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb und solchen, die gerichtlich verhandelt werden. Erklärungsansätze bieten die Ausführungen zur Rechtsdurchsetzung.

Die meisten von Gerichten entschiedenen Fälle beschäftigen sich mit den prekären Arbeitsbedingungen im Kunst- und Kulturbetrieb. Relevant sind hier vor allem die Befristung von Beschäftigungsverhältnissen, die Beendigung von

Beschäftigungsverhältnissen durch Nichtverlängerungsmitteilungen, der rechtliche Arbeitnehmendenstatus und die daran geknüpften Arbeitnehmendenrechte und Sozialversicherungen, sowie Konflikte um Bezahlung und Urlaubsansprüche. Von besonderer Bedeutung sind daneben Konflikte um die Einschränkung und Umgehung betrieblicher Mitbestimmungsrechte. Mit Verweis auf die Kunstfreiheit werden Arbeitnehmendenrechte und Mitbestimmungsrechte durch tarifvertragliche Regelungen weitgehend eingeschränkt. Das – allerdings von den Tarifvertragsparteien vereinbarte und damit auch änderbare – Recht manifestiert hier Machtmissbrauch begünstigende Strukturen. Dort wo Recht Machtstrukturen aufrechterhält, kann es diese auch potentiell verändern.

Weitere gerichtliche Entscheidungen beschäftigen sich mit Diskriminierung wie sexualisierten Grenzverletzungen und Gewalt, sowie mit Mobbing und Missmanagement. Fälle sexualisierter Grenzüberschreitungen, Mobbing oder Missmanagement beschäftigen die Gerichte auch im Kunst- und Kulturbetrieb vor allem mittelbar, wenn sich grenzüberschreitende bzw. gewaltausübende Personen gerichtlich gegen die arbeitsrechtlichen Konsequenzen für ihr Fehlverhalten, z.B. eine Kündigung, wenden. Es sind also auch hier nicht selten Personen, die Machtmissbrauch ausüben, die das Recht mobilisieren.

Gerichtlich bisher nicht adressiert werden Verhaltensweisen, die in der Kumulation eine Atmosphäre schaffen, die wegbereitend für Machtmissbrauch sind. Jedenfalls gibt es eine Diskrepanz zwischen den vielen Erfahrungsberichten zu Psychoterror, Bedrohungen, Manipulation und Instrumentalisierung und der Lücke gerichtlicher Entscheidungen zu ebensolchem Verhalten. Zu den Ursachen dieses Befundes bedarf es weiterer Untersuchungen.

Fazit und Ausblick

Die Durchsicht der Rechtsprechung zeigt, dass Recht ein relevanter Faktor für den Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb ist. Das gilt insbesondere mit Blick auf die prekären Beschäftigungsverhältnisse, die Machtmissbrauch begünstigen. So sind die rechtlich abgesicherte Regelbefristung von Beschäftigten, die künstlerische Freiheit der Intendanz für Personalentscheidungen und die Einschränkung von betrieblichen Mitbestimmungsrechten wichtige Erklärungsansätze für die zahlreichen Berichte über Machtmissbrauch in der Branche.

Eine entscheidende Frage ist damit, wie das soziale Miteinander in der Branche solidarischer und damit resilienter für Machtmissbrauch werden kann. Das Recht kann hier mit Blick auf betriebliche Mitbestimmungsrechte und der Schaffung besser abgesicherter Beschäftigungsverhältnisse einen wichtigen Beitrag leisten.

Es müssen also strukturelle Ansätze erkundet werden, um Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass sie machtmisbräuchliches Verhalten nicht begünstigen. Eine besondere Verantwortung tragen dafür die Institutionen des Kunst- und Kulturbetriebes, die sonst Voraussetzungen schaffen oder dulden, die machtmisbräuchlich genutzt werden. Eine Studie von Themis zeigt, dass Betroffene sich schnelle Handlungsoptionen für den Akutfall

und eine übergeordnete Bewertungs- und Ermittlungsinstanz, die mit den Spezifika der Branche vertraut ist, wünschen.⁴¹ Weitere zu erforschende Ansatzpunkte sind die Neukonzeptionierung der Rolle der Intendanz an Theatern und eine Neufassung der tarifvertraglichen Regelungen zu Berufen im Kunst- und Kulturbetrieb (NV Bühne, NV Solo, NV Chor), die die prekären Abhängigkeitsverhältnisse verbessert. Die Begünstigung von Machtmissbrauch sollte eine Grenze der tarifvertragsrechtlichen Gestaltungsfreiheit sein.

Darüber hinaus gilt es Wege zu finden, wie kollektiv und individuell innerhalb der Strukturen sowohl präventiv wie reaktiv gegen Fälle von Machtmissbrauch vorgegangen werden kann. Präventionsmaßnahmen müssen ausgebaut und vorhandene Interventionsmaßnahmen verbessert werden. In den letzten Jahren haben bereits viele Verbände und Institutionen Verhaltenskodexe formuliert. Ansätze dazu finden sich in aktuell in der AG Machtmissbrauch von ver.di und im Dialogprozess des Deutschen Kulturrats zu „Respektvoll Arbeiten in Kunst, Kultur und Medien“, der mit dem Ziel eines gemeinsamen Verhaltenskodex für den gesamten Kulturbereich im Jahr 2023 seine Arbeit aufgenommen hat. Auch hier entsteht Recht, verstanden als die Vielzahl von Regeln, die das Verhalten von Personen beeinflussen. Für die Frage, wie Recht gegen Machtmissbrauch und für einen solidarischen und inklusiven Kunst- und Kulturbetrieb wirksam werden kann, ist es unerlässlich materielle und prozessrechtliche Regelungen zusammenzudenken. Also nicht nur zu Fragen: Welche Grenzen setzt das Recht? Sondern auch: Was passiert, wenn diese Grenzen überschritten werden? Wer trägt die Verantwortung dafür, die Einhaltung von Grenzen zu kontrollieren und deren Überschreitung ggf. zu sanktionieren? Damit das gelingen kann, ist es unerlässlich die Perspektive von Betroffenen, deren Verletzungen und Bedürfnisse als Ausgangspunkt zu nehmen. Eine an das Strafrecht angelegte Gegenüberstellung von Tätern und Opfern, würde den strukturellen Dimensionen von Machtmissbrauch nicht gerecht werden und verspricht daher keinen Erfolg. Vielmehr braucht es ein komplexeres Verständnis von Machtsystemen und den gleichzeitigen Ge- und Betroffenheiten sowie Verantwortlichkeiten, das auch im Recht widergespiegelt wird.

Recht entsteht in Verhandlungsprozessen zwischen unterschiedlichen Akteur*innen. Es kommt entscheidend darauf an, wessen Perspektive in diesen Prozessen Berücksichtigung findet.

⁴¹ Themis, Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie, 2020, S. 39.

Rechtsprechungsübersicht

Die Rechtsprechungsübersicht umfasst alle Entscheidungen aus einer **systematischen Recherche** in der Rechtsprechungsdatenbank juris mit der dargestellten Definition des Kunst- und Kulturbetriebs und den genannten Dimensionen von Machtmissbrauch. Die Suche wurde 2024 durchgeführt und war nicht zeitlich eingeschränkt. Teils sind Rechtsgrundlagen daher nicht mehr in Kraft, doch scheinen uns die gerichtlichen Erwägungen und die Herleitung von Ausnahmeregelungen für den Kunst- und Kulturbetrieb erscheinen uns für ein umfassenden Verständnis der Frage der rechtlichen Verhandlung von Machtmissbrauch weiterhin wichtig.

Die Sortierung erfolgt entlang der identifizierten Schwerpunktbereiche:

- I. Prekäre Arbeitsbedingungen,
- II. Einschränkungen und Umgehung betrieblicher Mitbestimmungsrechte,
- III. Diskriminierung,
- IV. Sexualisierter Grenzverletzungen und Gewalt und
- V. Mobbing und Missmanagement

Im Inhaltsverzeichnis der Rechtsprechungsübersicht finden sich Schlagworte bzw. Überschriften zu den Entscheidungen, um eine gezielte Suche zu erleichtern. Innerhalb der Schwerpunktbereiche wird teils weiter untergliedert. Die Rechtsprechung ist ansonsten nach der Gerichtshierarchie **geordnet**, d.h. höhere vor niedrigeren Gerichtsbarkeiten; auf den Ebenen wird historisch von neuester zu ältester Entscheidung geordnet.

Die **Darstellung der einzelnen Gerichtsentscheidungen** umfasst die Entscheidung, Schlagworte zur schnellen Suche, Eckdaten (Prozessbeteiligte, Betrieb, Anstellungsverhältnis, Entscheidung, relevante Normen, Gerichtsbarkeit und vor-, bzw. nachgehende Gerichtsentscheidungen), Leit- bzw. Orientierungssätze sowie teils Auszüge aus den Gründen.

Die Leitsätze sind die der Gerichtsentscheidungen, Orientierungssätze aus der Darstellung bei juris. Auszüge aus den Gründen haben wir übernommen, sofern diese sich ausführlicher mit oftmals streitigen Fragen und/oder sich implizit oder sogar explizit mit den zugrundeliegenden Fragen bestehender Machtdimensionen im Kunst- und Kulturbetrieb auseinandersetzen.

Schließlich ordnen **Kommentierungen** die Abschnitte den Machtmissbrauchsdimensionen des Themenkomplexes zu. Dazu gehören in einem pinken Kasten vor allem kritische **Anmerkungen**. Mit einem **Justitia Symbol** sind Entscheidungen markiert, wo es aus unserer Sicht dem Gericht gelingt, Erfahrungen in größere Kontexte von Macht zu setzen und diese bei der Anwendung des Rechts zu würdigen.



Die jeweils angegebenen Normen entsprechen den Angaben der Rechtsprechungsdatenbank juris. Alle Urteile sind unter Angabe des Gerichts mit Aktenzeichen auf juris verfügbar.

Suchanfragen Juris		
Schlagworte	Treffer	Stand
Theater + Missbrauch	588	19.6.2024
Machtmissbrauch + Kunst	26	20.6.2024
Machtmissbrauch + Künstler	19	3.7.2024
Machtmissbrauch + Tanz	7	3.7.2024
Machtmissbrauch + Konzert	4	3.7.2024
Machtmissbrauch + Orchester	1	3.7.2024
Psychoterror + Kunst	7	3.7.2024
Psychoterror + Kultur	18	3.7.2024
Psychoterror + Theater	10	3.7.2024
Verleumdung + Theater	61	3.7.2024
Mobbing + Theater	36	3.7.2024
Drohung + Theaterbetrieb	33	3.7.2024
Missmanagement + Intendant	0	3.7.2024
Missmanagement + Theater	4	3.7.2024
Theater + AGG	35	3.7.2024
LADG Berlin	14	13.7.2024

<i>Rechtsprechungsübersicht</i>	14
<i>I. Prekäre Arbeitsbedingungen</i>	19
1. Befristungen	19
<i>BAG, Urteil vom 15. Dezember 2021 – 7 AZR 422/20 –</i>	20
<i>BAG, Urteil vom 21. Februar 2018 – 7 AZR 696/16 –</i>	21
<i>BAG, Urteil vom 13. Dezember 2017 – 7 AZR 369/16 –</i>	22
<i>BAG, Urteil vom 30. August 2017 – 7 AZR 864/15 –</i>	23
<i>BAG, Urteil vom 2. August 2017 – 7 AZR 601/15 –</i>	25
<i>BAG, Urteil vom 7. Oktober 2015 – 7 AZR 945/13 –</i>	26
<i>BAG, Urteil vom 27. September 2001 – 6 AZR 140/00 –</i>	28
<i>BAG, Urteil vom 24. September 1986 – 7 AZR 663/84 –</i>	29
<i>BAG, Urteil vom 21. Mai 1981 – 2 AZR 1117/78 –</i>	29
<i>BAG, Urteil vom 29. Juli 1976 – 3 AZR 7/75 –</i>	31
<i>BAG, Urteil vom 30. September 1971 – 5 AZR 146/71 –</i>	31
<i>LAG BW, Urteil vom 28. November 2022 – 1 Sa 6/22 –</i>	33
<i>LAG BW, Urteil vom 11. Juli 2022 – 1 Sa 39/21 –</i>	34
<i>LAG Köln, Urteil vom 10. Dezember 2020 – 3 Sa 420/20 –</i>	35
<i>LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 19. Januar 2012 – 17 Sa 1208/11 –</i>	37
2. Beendigungen	39
a. Nichtverlängerungsmittelungen	39
<i>BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 128/14 –</i>	39
<i>BAG, Urteil vom 20. März 2019 – 7 AZR 237/17 –</i>	41
<i>BAG, Urteil vom 12. Januar 2000 – 7 AZR 925/98 –</i>	43
<i>BAG, Urteil vom 3. November 1999 – 7 AZR 898/98 –</i>	44
<i>BAG, Urteil vom 26. August 1998 – 7 AZR 263/97 –</i>	45
<i>BAG, Urteil vom 15. März 1989 – 7 AZR 316/88 –</i>	46
<i>LAG Köln, Urteil vom 19. April 2023 – 11 Sa 595/22 –</i>	47
<i>LAG Köln, Urteil vom 10. September 2014 – 11 Sa 786/13 –</i>	51
<i>LAG Köln, Urteil vom 13. Februar 2014 – 7 Sa 641/13 –</i>	52
<i>LAG Nürnberg, Urteil vom 24. Oktober 2012 – 2 Sa 131/12 –</i>	52
b. Kündigungen	53
<i>BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 2 AZR 9/10 –</i>	53
<i>LAG Köln, Urteil vom 17. August 2010 – 12 Sa 164/10 –</i>	55
<i>BAG, Urteil vom 13. April 2000 – 2 AZR 259/99 –</i>	57
<i>BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 228/82 –</i>	59
c. Widerruf der Tätigkeit	60
<i>BAG, Urteil vom 9. Februar 2005 – 5 AZR 209/04 –</i>	60
d. Auflösende Bedingung	62
<i>BAG, Urteil vom 2. Juli 2003 – 7 AZR 612/02 –</i>	62
3. Arbeitnehmendeneigenschaft	63
<i>BAG, Urteil vom 27. Juni 2017 – 9 AZR 133/16 –</i>	64
<i>BAG, Urteil vom 14. September 1988 – 5 AZR 642/87 –</i>	66

<i>BAG, Urteil vom 24. Juni 1981 – 12 RK 35/80 –</i>	67
<i>LSG BE-BB, Urteil vom 25. Juni 2021 – L 28 BA 110/18 –</i>	68
<i>LSG BW, Urteil vom 2. Juni 2021 – L 5 BA 142/20 –</i>	69
<i>LAG München, Urteil vom 11. Juni 2010 – 5 Sa 582/09 –</i>	70
<i>LSG BB, Urteil vom 17. Januar 2002 – L 8 AL 2/00 –</i>	74
<i>SG Düsseldorf, Urteil vom 25. März 2010 – S 26 R 281/06 –</i>	75
4. Bezahlung	75
<i>BAG, Urteil vom 20. September 2017 – 6 AZR 474/16 –</i>	75
<i>BAG, Urteil vom 3. Dezember 2003 – 10 AZR 124/03 –</i>	77
<i>LAG RP, Urteil vom 13. November 2018 – 8 Sa 62/18 –</i>	78
<i>LAG ST, Urteil vom 10. Mai 2016 – 7 Sa 202/14 –</i>	79
<i>LAG RP, Urteil vom 21. Juni 2001 – 4 Sa 1612/00 –</i>	80
<i>LAG Düsseldorf, Urteil vom 4. Oktober 1996 – 9 Sa 951/96 –</i>	80
5. Urlaubsanspruch	81
<i>BAG, Urteil vom 5. März 2024 – 9 AZR 46/23 –</i>	81
II. Einschränkungen und Umgehung betrieblicher Mitbestimmungsrechte	84
1. Personalrat	84
<i>BVerwG, Beschluss vom 28. Juni 2013 – 6 PB 8/13 –</i>	84
<i>BVerwG, Beschluss vom 7. Oktober 2003 – 6 P 4/03 –</i>	85
<i>BVerwG, Beschluss vom 7. Dezember 1994 – 6 P 29/92 = BVerwGE 97, 159-166...</i>	87
<i>BVerwG, Beschluss vom 18. März 1981 – 6 P 27/79 = BVerwGE 62, 55-64...</i>	89
<i>OVG SN, Beschluss vom 28. November 2018 – 9 A 250/18.PL –</i>	91
<i>OVG NI, Beschluss vom 10. Januar 2018 – 18 LP 2/1 –</i>	92
<i>VGH BY, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 17 P 09.144 –</i>	92
<i>OVG NRW, Beschluss vom 27. Oktober 2006 – 1 A 464/05.PVL –</i>	94
<i>OVG NRW, Beschluss vom 9. Juni 2004 – 1L A 2774/02.PVL –</i>	95
<i>OVG NRW, Beschluss vom 18. Dezember 2002 – 1L A 600/98.PVL –</i>	96
<i>OVG ST, Beschluss vom 22. November 2000 – A 5 S 13/99 –</i>	96
<i>VGH HE, Beschluss vom 20. Februar 1997 – 22 TL 569/96 –</i>	97
<i>VG Ansbach, Beschluss vom 25. September 2023 – AN 8 P 22.02641 –</i>	99
2. Betriebsrat	99
<i>BAG, Beschluss vom 13. Februar 2007 – 1 ABR 14/06 –</i>	100
<i>BAG, Beschluss vom 30. Mai 2006 – 1 ABR 17/05 –</i>	102
<i>BAG, Beschluss vom 4. August 1981 – 1 ABR 106/79 –</i>	104
<i>LAG NI, Beschluss vom 5. Dezember 2005 – 11 TaBV 2/05 –</i>	105
<i>LAG Köln, Urteil vom 10. Juli 2002 – 8 Sa 278/02 –</i>	106
<i>ArbG Hamburg, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 27 BVGa 5/14 –</i>	106
<i>ArbG Hamburg, Beschluss vom 20. Juni 2008 – 27 BV 5/08 –</i>	107
III. Diskriminierung	109
<i>BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 128/14 –</i>	109
<i>BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 650/12 –</i>	111
<i>LAG Köln, Urteil vom 3. Juni 2014 – 12 Sa 911/13 –</i>	112

<i>LG München I, Urteil vom 13. März 2019 – 14 S 1245/18</i>	115
<i>IV. Sexualisierte Grenzverletzungen und Gewalt</i>	117
<i>BGH, Urteil vom 17. Oktober 2023 – VI ZR 192/22 –</i>	117
<i>BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 2 AZR 825/09 –</i>	121
<i>OLG HH, Beschluss vom 15. Dezember 2022 – 7 W 101/22 –</i>	122
<i>LAG Köln, Urteil vom 3. März 2023 – 6 Sa 385/21 –</i>	123
<i>LAG BE-BB, Urteil vom 25. September 2020 – 9 Sa 500/20 –</i>	125
<i>OVG Thüringen, Urteil vom 6. November 2008 – 8 DO 584/07 –</i>	128
<i>LG HH, Beschluss vom 14. Juli 2023 – 324 O 228/23 –</i>	129
<i>VG Magdeburg, Urteil vom 28. Juni 2007 – 3 A 61/05 –</i>	130
<i>VG Meiningen, Beschluss vom 30. Januar 2004 – 6 D 60010/03.Me –</i>	131
<i>V. Mobbing und Missmanagement</i>	135
<i>LAG Düsseldorf, Teilurteil vom 20. August 2019 – 8 Sa 99/19 –</i>	136
<i>LAG SH, Urteil vom 2. Mai 2007 – 6 Sa 504/06</i>	139
<i>LAG ST, Urteil vom 27. Januar 2000 – 9 Sa 473/99 –</i>	141
<i>VG Wiesbaden, Urteil vom 27. Juli 2023 – 2 K 237/23.WI –</i>	142

I. Prekäre Arbeitsbedingungen

Machtmissbrauchsdimensionen

Die Prekarität der Arbeitsbedingungen im Kunst- und Kulturbetrieb zeigt sich im Recht bei der vertraglichen Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen. An zahlreichen Stellen werden Arbeitnehmendenrechte durch Ausnahmeregelungen und tarifvertragliche Vereinbarungen zugunsten der künstlerischen Freiheit eingeschränkt. Dieser reduzierte Schutz von Beschäftigten ergibt sich nicht notwendig aus der Kunstfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt ist. Oft wird auch eher eine vorherrschende Praxis herangezogen, um das zu rechtfertigen. Aus der grundgesetzlich garantierten Kunstfreiheit ergibt sich jedoch nicht die Strukturierung des Betriebs zugunsten von Einzelpersonen, die ihre künstlerische Vision durch ihnen unterstellte Personen verwirklichen.⁴²

Prekäre Arbeitsbedingungen schaffen und verstärken Abhängigkeitsverhältnisse und bereiten so den Boden für Machtmissbrauch. Sie schaffen den Rahmen, in dem Machtmissbrauch stattfindet und sind selbst Ausdruck von Machtasymmetrien. Arbeitgebende missbrauchen ihre durch sozio-ökonomische Ressourcen begründete Macht, wenn sie die strukturelle Unterlegenheit von Arbeitnehmenden ausnutzen, um etwas zu Lasten von Beschäftigten durchzusetzen. Als rechtsmissbräuchlich stellt sich hier das Verhalten von Arbeitgebenden bzw. Vorgesetzten dar, wenn sie die ihnen rechtlich eingeräumten Möglichkeiten überschreiten.

1. Befristungen

Machtmissbrauchsdimensionen

Befristete Beschäftigungsverhältnisse stellen für künstlerisch Tätige die Regel dar. Dies geht mit einer Unsicherheit einher, die sich viele Personen, sofern sie nicht über ein finanzielles und soziales Sicherheitsnetz verfügen, nicht leisten können. Diese Rahmenbedingungen sorgen dafür, dass z.B. Personen, die Sorgeverantwortung für Kinder und andere Personen tragen, von einer Arbeit im Kunst- und Kulturbetrieb praktisch ausgeschlossen werden oder diese jedenfalls erheblich erschwert wird.

Die Unsicherheit schafft und verstärkt aber auch für Menschen im Betrieb bereits bestehende Machtasymmetrien und sorgt dafür, dass Personen, weil sie stets um das nächste Engagement bangen müssen, eigene Grenzen bei der Arbeit überschreiten, Grenzverletzungen nicht verbalisieren und um die Sympathie und Anerkennung von Leitungspersonen konkurrieren. Das prägt nicht nur das Verhältnis von Arbeitgebenden zu Arbeitnehmenden, sondern auch das Miteinander von Beschäftigten. Niederschlag kann Konkurrenzdruck, gegenseitiges „aufschaukeln“ und fehlender Solidarität

⁴² Schmidt: Macht als Struktur- und Organisationsbildendes Konzept des Theaterbetriebes, in: Zeitschrift für Kulturmanagement 2/2019, S. 118.

untereinander sein. Regelbefristung in Tarifverträgen für das künstlerische Personal spielt daher eine entscheidende Rolle für den Machtmissbrauch im Kunst- und Kulturbetrieb.

BAG, Urteil vom 15. Dezember 2021 – 7 AZR 422/20 –

Mehrfache Befristung wirksam – Vertretungsfall – Kulturorchester – TVK

Klagende Person	Arbeitnehmer; Musiker
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin eines Kulturorchesters
Betrieb	Kulturorchester
Anstellungsverhältnis	Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK)
Entscheidung	Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.
Normen	§14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG, § 242 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Wuppertal 7. Kammer, 5. Dezember 2019, 7 Ca 1786/19, Urteil LAG Düsseldorf 3. Kammer, 19. Mai 2020, 3 Sa 23/20, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssätze

1. Der sachliche Grund für die Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. (...)
2. Zur Auslegung von § 3 Abs. 1 UAbs. 3 des Tarifvertrags für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) in der Fassung vom 31. Oktober 2009 dahingehend, dass diese Tarifnorm den Abschluss eines einzelnen Vertrags über die Dauer von mehr als drei Jahren verbietet, nicht aber den Abschluss mehrerer sich anschließender Verträge mit einer Gesamtdauer von mehr als drei Jahren. (Rn. 17)
3. § 3 Abs. 1 UAbs. 3 TVK idF. vom 31. Oktober 2009 flankiert den Schutz vor den Nachteilen einer Befristung des Arbeitsverhältnisses, indem eine solche trotz Vorliegens „sachlicher oder in der Person des Musikers liegender Gründe“ für einen längeren Zeitraum (mehr als drei Jahre) unzulässig ist. Das soll verhindern, dass der Arbeitgeber zum Beispiel einen von vornherein absehbar länger als drei Jahre bestehenden Vertretungsbedarf durch einen entsprechenden, von vornherein für die Dauer von mehr als drei Jahren befristeten Arbeitsvertrag mit einer Vertretungskraft deckt. Ein darüberhinausgehender Schutzzweck ist nicht ersichtlich, zumal es im Bereich von Kulturorchestern gute Gründe für eine Mehrfachbefristung geben kann, mit der insgesamt die Dauer von drei Jahren überschritten wird. (Rn. 20)

Befristung – mittelbare Vertretung – sachlicher Grund – Kausalzusammenhang – Zulässigkeit

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Theaterpädagogin
Beklagte	Arbeitgeberin; Freie und Hansestadt Hamburg
Betrieb	Lehrkraft für Darstellendes Spiel
Anstellungsverhältnis	Beschäftigung als Lehrkraft
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich.
Normen	§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzVfG
Gerichtbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Hamburg, 17. November 2015, 21 Ca 161/15, Urteil LAG Hamburg 8. Kammer, 19. Mai 2016, 8 Sa 2/16, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssätze

1. Der Sachgrund der Vertretung setzt einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft voraus. Der Kausalzusammenhang besteht nicht nur, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt (unmittelbare Vertretung). Der Kausalzusammenhang kann auch gegeben sein, wenn der Vertreter nicht unmittelbar die Aufgaben des vertretenen Mitarbeiters übernimmt. (Rn. 15)
2. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen (mittelbare Vertretung), hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. (Rn. 15)

Dauerhafter Bedarf steht dem Sachgrund der Vertretung nicht entgegen

„Für den Sachgrund der Vertretung ist es unerheblich, ob die Beklagte über ausreichendes Personal verfügt, um die ihr obliegenden Daueraufgaben zu erledigen. Anders als beim Sachgrund des nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr besteht.“ (Rn. 20)

Befristung – Eigenart der Arbeitsleistung – vereinbarte künstlerische Tätigkeit – Maskenbildner

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Maskenbildnerin
Beklagte	Arbeitgeber; Freistaat Bayern; Träger der Bayerischen Staatsoper
Betrieb	Staatsoper
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag, NV Bühne
Entscheidung	Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG, § 1 TVG, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln 5. Kammer, 3. September 2015, 5 Ha 7/15, Urteil LAG Köln 12. Kammer, 17. Mai 2016, 12 Sa 991/15, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag einer Maskenbildnerin i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne ist geeignet, die Befristung des Arbeitsvertrags wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG zu rechtfertigen. (Rn. 24)

Künstlerische Tätigkeit

„Der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG erfasst im Bühnenbereich grundsätzlich nur künstlerisch tätiges Personal. Ob ein Arbeitnehmer künstlerisch tätig ist, beurteilt sich danach, ob und in welchem Umfang er nach der vertraglich geschuldeten Tätigkeit an der Umsetzung des künstlerischen Konzepts mitwirkt und damit auch die Umsetzung des Konzepts beeinflussen kann. (...) Eine Beschränkung der Befristungsmöglichkeit auf solche Arbeitnehmer, die inhaltlich prägenden Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption haben, wäre mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Kunstfreiheit der Bühnen nicht vereinbar, da die Umsetzung der künstlerischen Vorstellungen des Intendanten nicht nur von den Tendenzträgern, sondern von allen Arbeitnehmern abhängt, die durch ihre künstlerische Tätigkeit die Umsetzung dieser Konzeption beeinflussen können (BAG 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 49). Dagegen kann die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, der nach dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit keinen oder nur einen unmaßgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption hat, nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden (BAG 30. August 2017 - 7 AZR 864/15 - Rn. 33; 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 48).“ (Rn. 23)

Anmerkung: Das Gericht geht davon aus, dass eine Beschränkung der Befristungsmöglichkeit auf solche Arbeitnehmenden, „die inhaltlich prägenden Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption haben“ mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Kunstfreiheit der Bühnen nicht vereinbar wäre. Das erscheint zumindest fraglich. Unbefristete Verträge für inhaltlich nicht prägend künstlerisch tätige Arbeitnehmenden stellen wohl keinen besonders intensiven Eingriff in die Kunstfreiheit der Bühnen dar. Die Kunstfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet, sondern wird durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt. In Betracht kommt sowohl die Berufsfreiheit der Arbeitnehmenden aus Art. 12 Abs. 1 GG (Vgl. BAG, Urteil vom 30. August 2017 – 7 AZR 864/15 –), sowie das Sozialstaatsprinzip. Die widerstreitenden Interessen sind in Ausgleich zu bringen.

„Sieht der Arbeitsvertrag, der gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 NV Bühne der Schriftform bedarf, vor, dass der Arbeitnehmer als Bühnentechniker überwiegend künstlerisch tätig ist, dann ist die überwiegend künstlerische Tätigkeit Inhalt der übereinstimmenden Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien. (...) Machen die Arbeitsvertragsparteien von dieser Möglichkeit einer vertraglichen Eingrenzung Gebrauch, dann ist der maßgebende Tätigkeitsbereich schon aufgrund dieser Willensübereinkunft als überwiegend künstlerisch anzusehen und damit auch sachlich geeignet, den besonderen Regelungen des speziell für den künstlerischen Bereich geschaffenen Tarifvertrags NV Bühne zu unterfallen (BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 23; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 27, BAGE 129, 225).“ (Rn. 26)

§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG genügt den europarechtlichen Vorgaben

„(...) Den Anforderungen des Unionsrechts, wonach die Gerichte dazu verpflichtet sind, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen (vgl. EuGH 21. September 2016 - C-614/15 - [Popescu] Rn. 44, 65 f.; 14. September 2016 - C-16/15 - [Pérez López] Rn. 31; 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.] Rn. 77, 101 f.; 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 62; 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40), wird außerdem durch das Erfordernis einer umfassenden Interessenabwägung Rechnung getragen (BAG 30. August 2017 - 7 AZR 864/15 - Rn. 37).“ (Rn. 38)

[BAG, Urteil vom 30. August 2017 – 7 AZR 864/15 –](#)

Befristung – Kunstfreiheit – Interessenabwägung – Fernsehen

Klagende Person	Arbeitnehmer; Schauspieler
Beklagte	Arbeitgeber: Produktionsgesellschaft
Betrieb	Produktion einer Fernsehserie
Anstellungsverhältnis	Rahmenverträge
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos. Die Befristung ist wirksam.
Normen	§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr 4 TzBfG, Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG München, 21. April 2015, 3 Ca 14163/14, Urteil Landesarbeitsgericht München 4. Kammer, 29. Oktober 2015, 4 Sa 527/15, Urteil
Parallelentscheidung (derselbe Lebenssachverhalt, aber unterschiedliche klagende Personen)	BAG 7. Senat, 30. August 2017, 7 AZR 440/16; nachgehend BVerfG, 13. Dezember 2018, 1 BvR 417/18, Beschluss
Nachgehend	–

Leitsatz

Der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG soll vor allem verfassungsrechtlichen, sich u.a. aus der Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) ergebenden Besonderheiten Rechnung tragen. (Rn. 22) Allein die Kunstfreiheit des Arbeitgebers rechtfertigt die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem an der Erstellung eines Kunstwerks mitwirkenden künstlerisch tätigen Arbeitnehmer allerdings nicht. Der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Mindestbestandsschutz verlangt vielmehr im Einzelfall eine Abwägung der beiderseitigen Belange, bei der auch das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers angemessen Berücksichtigung findet. (Rn. 30) (Rn. 33)

Zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung bei Anwendung des § 14 TvBfG

„Die Kunst in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit ist zwar durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehaltlos gewährleistet; weder die „Schrankentrias“ des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG noch die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG gelten unmittelbar oder analog (BVerfG 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 - zu C III 1 der Gründe, BVerfGE 67, 213). Die Gerichte für Arbeitssachen sind jedoch wegen ihrer durch Art. 1 Abs. 3 GG angeordneten Grundrechtsbindung bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen (hier § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG) gehindert, das völlige Zurückweichen eines Grundrechts zugunsten eines anderen Grundrechts hinzunehmen. Sie sind vielmehr gehalten, im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz einen Ausgleich der jeweils widerstreitenden grundrechtlichen Gewährleistungen herbeizuführen. Diese Pflicht entfällt nicht schon deswegen, weil es sich bei Art. 5 Abs. 3 GG um ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht handelt (vgl. BVerfG 27. Oktober 2016 - 1 BvR 458/10 - Rn. 58, BVerfGE 143, 161; 24. November 2010 - 1 BvF 2/05 - Rn. 147, BVerfGE 128, 1; BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 47, BAGE 149, 144). Die durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Kunstfreiheit findet daher ihre Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung, die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen (BVerfG 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 - zu C III 1 der Gründe, aaO).“ (Rn. 31)

„Demnach ist bei dem in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG geregelten Sachgrund zu berücksichtigen, dass das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, das einen Mindestbestandsschutz gewährleistet, das Grundrecht der Kunstfreiheit des Arbeitgebers begrenzt.“ (Rn. 32)

„Allerdings wird das durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Interesse des Arbeitgebers an der Befristung des Arbeitsvertrags in der Regel das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen, wenn der Arbeitnehmer in verantwortlicher Weise bei der Umsetzung der künstlerischen Konzeption eines Werks unmittelbar mitzuwirken hat. Umstände, unter denen die Eigenart der künstlerischen Tätigkeit die Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht zu rechtfertigen vermag, können sich etwa aus der Art der künstlerischen Tätigkeit sowie aus den Umständen, unter denen diese zu erbringen ist, ergeben. Mit einem Arbeitnehmer, der nach dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit keinen oder nur einen unmaßgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption hat, kann die Befristung nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden (vgl. BAG 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 48).“ (Rn. 33)

Europarechtskonformität

„Diese Grundsätze zur Auslegung und Anwendung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG entsprechen den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung.“ (Rn. 34)

BAG, Urteil vom 2. August 2017 – 7 AZR 601/15 –

Aufhebungsklage – Änderungsnichtverlängerungsmittelung – Befristung – Eigenart der Arbeitsleistung – Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit – Unionsrechtskonformität der Befristung

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Maskenbilder
Beklagte	Arbeitgeber; Betreiber eines Staatsschauspiel
Betrieb	Staatsschauspiel
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; NV Bühne
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war erfolgreich.
Normen	§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr 4 TzBfG, § 1 TVG, § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 17 S. 1 TzBfG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln 4. Kammer, 25. September 2014, 4 Ha 1/14, Urteil vorgehend Landesarbeitsgericht Köln 3. Kammer, 15. April 2015, 3 Sa 1053/14, Urteil
Parallelentscheidung	BAG 7. Senat, 2. August 2017, 7 AZR 602/15
Nachgehend	–

Maßstab zur Feststellung künstlerischer Tätigkeit

„Der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG erfasst im Bühnenbereich grundsätzlich nur künstlerisch tätiges Personal. Ob ein Arbeitnehmer künstlerisch tätig ist, beurteilt sich danach, ob und in welchem Umfang er nach der vertraglich geschuldeten Tätigkeit an der

Umsetzung des künstlerischen Konzepts mitwirkt und damit auch die Umsetzung des Konzepts beeinflussen kann. Das Interesse der Bühne an der Befristung des Arbeitsvertrags überwiegt in der Regel das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitnehmer in verantwortlicher Weise bei der Umsetzung der künstlerischen Konzeption eines Werkes unmittelbar mitzuwirken hat (vgl. zum Begriff des Bühnenkünstlers BAG 16. November 1995 - 6 AZR 229/95 - zu II 1 a der Gründe). Dagegen kann die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, der nach dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit keinen oder nur einen unmaßgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption hat, nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden (vgl. etwa APS/Backhaus 5. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 190 f.; ähnlich Meinel/Heyn/Herms TzBfG 5. Aufl. § 14 Rn. 162; Sievers TzBfG 5. Aufl. § 14 Rn. 292).“ (Rn. 48)

Vereinbarung künstlerischer Tätigkeit und widersprüchlicher Leistungsumfang

„Die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag eines Maskenbildners kann zwar die Annahme begründen, die Befristung des Arbeitsvertrags sei nach § 14 Abs 1 S 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt. Das gilt jedoch dann nicht, wenn zugleich ein eingeschränkter Leistungsumfang vereinbart ist. In diesem Fall setzt die sachliche Rechtfertigung der Befristung nach § 14 Abs 1 S 2 Nr. 4 TzBfG voraus, dass der verbleibende Leistungsumfang eine überwiegend künstlerische Tätigkeit zulässt.“ (Rn. 52)



Leistungskatalog zur Feststellung der künstlerischen Tätigkeit

„§ 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne betrifft nur Arbeitnehmer, die nach ihrem Arbeitsvertrag mit allen typischerweise anfallenden Aufgaben ihres Berufsbilds zu beschäftigen sind. Die dieser Regelung zugrunde liegende Einschätzung der Tarifvertragsparteien, die von den genannten Berufsgruppen zu leistende Tätigkeit enthalte neben rein technischen Zuarbeiten ohne jeden künstlerischen Spielraum auch künstlerische Aufgaben, gilt nicht für Arbeitnehmer, die nach ihrem Arbeitsvertrag nur mit einem Teil der Aufgaben eines Bühnentechnikers i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne zu beschäftigen sind. Ist der Leistungsumfang eingeschränkt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der vereinbarte Ausschnitt der Aufgaben überhaupt künstlerische Tätigkeiten umfasst. Daher muss in diesen Fällen anhand des eingeschränkten Leistungskatalogs festgestellt werden, ob der Arbeitnehmer auch künstlerische Tätigkeiten zu erbringen hat.“ (Rn. 56)

[BAG, Urteil vom 7. Oktober 2015 – 7 AZR 945/13 –](#)

Befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit – 1. (Solo-)Fagottistin – AGB-Kontrolle – unangemessene Benachteiligung

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Fagottistin
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin des Orchesters des Nationaltheaters
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; TVK
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war erfolglos.
Normen	§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB, § 1 TVG, § 14 Abs. 1 TzBfG

Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Mannheim, 25. Juni 2012, 3 Ca 126/12, Urteil LAG Baden-Württemberg 19. Kammer, 16. Oktober 2013, 19 Sa 79/12, Urteil
Nachgehend	–

Befristete Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nach § 20 TVK möglich

„Danach schließt § 20 TVK die befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nicht aus.“ (Rn. 25)

Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB

„Die Befristung der Übertragung der Tätigkeit einer 1. (Solo-)Fagottistin hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand.“ (Rn. 29)

„Während die Befristung des gesamten Arbeitsvertrags - von den Fällen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung abgesehen - daraufhin zu überprüfen ist, ob sie durch einen sachlichen Grund gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt ist, unterliegt die Befristung einzelner Vertragsbedingungen nach § 307 Abs. 1 BGB einer Angemessenheitskontrolle, die anhand einer Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen beider Vertragsparteien vorzunehmen ist.“ (Rn. 41)

„Liegt der Befristung ein Sachverhalt zugrunde, der die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt mit einem Sachgrund i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG rechtfertigen könnte, überwiegt in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers an der nur befristeten Vereinbarung der Vertragsbedingung das Interesse des Arbeitnehmers an deren unbefristeter Vereinbarung. Dies ergibt sich aus den im Teilzeit- und Befristungsgesetz zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungsmaßstäben. Nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf Seiten des Arbeitnehmers kann in Ausnahmefällen eine andere Beurteilung in Betracht kommen (BAG 2. September 2009 - 7 AZR 233/08 - Rn. 30, 38, aaO).“ (Rn. 42)

„Die Klägerin hat zwar, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, ein rechtlich anerkanntenswertes Interesse an der unbefristeten Übertragung der Tätigkeit der 1. (Solo-)Fagottistin. Hierbei handelt es sich um eine hervorgehobene Position innerhalb des Orchesters, die zudem mit der Zahlung einer höheren Zulage als derjenigen für die dauerhaft vertraglich geschuldete Tätigkeit verbunden ist, auch wenn sich die Vergütungs Differenz lediglich auf ca. 9 % der monatlichen Gesamtvergütung beläuft.

Demgegenüber hatte die Beklagte bei der letzten befristeten Übertragung der Tätigkeit an die Klägerin am 15. Juli 2011 ein berechtigtes Interesse daran, der Klägerin die Tätigkeit nicht unbefristet zu übertragen.“ (Rn. 48 f.)

Interesse der Arbeitgeberin das Orchester einzubeziehen

„Es ist ein berechtigtes Anliegen der Beklagten, ohne das positive Votum des Orchesters nach der Probespielordnung keine dauerhafte Besetzung der Position des 1. (Solo-)Fagotts vorzunehmen. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte rechtlich verpflichtet ist, bei Besetzungsentscheidungen die Vorgaben der Probespielordnung und etwaige abweichende

Meinungen des Orchesters zu beachten. Jedenfalls liegt auch die ggf. nur freiwillige Einhaltung der Vorgaben der Probespielordnung im berechtigten Interesse der Beklagten.“ (Rn. 49)

BAG, Urteil vom 27. September 2001 – 6 AZR 140/00 –

Bühnenkünstler – NV-Solo – Gastspielvertrag – Mitteilungspflicht – Vertrauenstatbestand

Klagende Person	Arbeitgeber; Städte; Betreiber einer Theatergemeinschaft
Beklagter	Arbeitnehmer; Opernsänger
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	NV-Solo; Gastspielverträge
Entscheidung	Die Revision des Beklagten war erfolgreich.
Normen	§ 242 BGB, § 611 Abs. 1 BGB, § 1 TVG Gastspielvertrag – § 20 NV-Solo
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 19. Februar 1999, 5 Ca 8828/98, Urteil LAG Köln 4. Kammer, 26. November 1999, 4 Sa 700/99, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssatz

Ein Gastspielvertrag iS von § 20 Normalvertrag Solo liegt für darstellende Bühnenkünstler nur vor, wenn im Vertrag festgelegt ist, welche Rolle der Künstler in welchem Bühnenstück spielen soll. Es kommt weder auf die Anzahl der Aufführungen noch auf die Beschränkung der Einsatzmöglichkeit auf das Repertoire des Künstlers an.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (24. September 1986 - [7 AZR 663/84](#) - aaO) und der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung (Hosak Gastverträge darstellender Bühnenkünstler S 31 ff.; Bolwin/Sponer Bühnentarifrecht Stand Mai 2001 § 20 NV-Solo Rn. 27; Kurz Theaterrecht 8. Kapitel Rn. 10), gehört zum Wesen des Gastspielvertrags eines darstellenden Künstlers, daß im Vertrag selbst festgelegt ist oder doch jedenfalls auf Grund des Vertrags einvernehmlich festgelegt werden soll, welche Rolle der Künstler in welchem Bühnenstück spielen soll. Dagegen ist es mit dem Wesen des Gastspielvertrags unvereinbar, wenn es der Theaterleitung überlassen bleiben soll, dem Bühnenkünstler im Rahmen seines Kunstfaches die von ihm zu übernehmenden Aufgaben jeweils zuzuweisen.“ (Rn. 36)

Kein Vertrauenstatbestand auf Seiten der Arbeitgeberin

„Der Umstand, das die Initiative zum Abschluß der Verträge, wie sie dann in der Folgezeit in ähnlicher Form mehrfach geschlossen wurden, vom Beklagten ausgegangen ist, konnte bei den Klägerinnen kein Vertrauen darauf begründen, der Beklagte werde die sich aus



diesen Verträgen für ihn ergebenden Rechte nicht geltend machen. Dabei spielt es auch keine Rolle, daß der Beklagte den Wunsch geäußert hat, bei den Klägerinnen zukünftig nur noch gastweise tätig zu sein. Ein derartiges Verhalten kann rechtlicherweise nicht die Erwartung wecken, der Beklagte werde unabhängig vom Inhalt des dann tatsächlich geschlossenen Vertrags diesen als Gastspielvertrag mit allen Konsequenzen einschließlich des Auslaufens des Vertrags ohne Nichtverlängerungsmitteilung oder Anschlußvertrag behandeln.“ (Rn. 44)

BAG, Urteil vom 24. September 1986 – 7 AZR 663/84 –

Theater – Gastvertrag – Bühnen- und Kostümbildner – Vertragliche Leistungsbestimmung

Klagende Person	Arbeitgeberin; Stadt; Betreiberin eines Theaters
Beklagter	Arbeitnehmer; Bühnen- und Kostümbildner/Ausstattungsleiter
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; NV Solo
Entscheidung	Die Revisionen beider Seiten waren erfolglos.
Normen	§ 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Köln 9. Kammer, 16. November 1984, 9 Sa 621/84 ArbG Köln, 19. April 1984, 8 Ca 10123/83
Nachgehend	–
Fortführung	BAG 6. Senat, 27. September 2001, 6 AZR 140/00

Leitsätze

1. Ein Gastspielvertrag iS des § 20 Abs 2 Normalvertrag Solo liegt nur vor, wenn die konkrete Aufgabe, die der Gast übernehmen soll, bereits im Vertrag selbst festgelegt ist oder doch jedenfalls aufgrund des Vertrages einvernehmlich festgelegt werden soll. Dagegen ist es mit dem Wesen des Gastspielvertrages unvereinbar, wenn es der Theaterleitung überlassen bleiben soll, dem Bühnenkünstler im Rahmen seines Kunstfaches die von ihm zu übernehmenden Aufgaben jeweils zuzuweisen.
2. Bei einem Bühnen- und Kostümbildner gehört zur vertraglichen Leistungsbestimmung die Bezeichnung der von ihm auszustattenden Stücke.

BAG, Urteil vom 21. Mai 1981 – 2 AZR 1117/78 –

Theater – Befristung – Bühnenpersonal – Intendanz – künstlerisches Konzept

Klagende Personen	Arbeitnehmende; Solisten
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin Staatstheater
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Normalverträge Solo
Entscheidung	Die Revision der Kläger*innen war erfolglos.
Normen	§ 620 Abs. 1 BGB, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Düsseldorf, 18. Oktober 1978, 2 Sa 404/78
Nachgehend	–

Leitsatz

Die im Tarifvertrag "Normalvertrag Solo" vom 1924-05-01 idF vom 1974-12-03 vorgesehene Befristung von Arbeitsverträgen mit künstlerischen Bühnenmitgliedern (mit der nach dem Mitteilungspflichtabkommen vom 1947-10-10 vorgesehenen Möglichkeit der Verlängerung des Engagementvertrages um jeweils eine weitere Spielzeit) ist zulässig, weil diese Befristung einem jahrzehntelangen Bühnenbrauch entspricht, der nach wie vor durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist (im Anschluß an BAG 1960-10-12 GS 1/59 = BAGE 10, 65 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, BAG 1970-03-05 2 AZR 175/69 = AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag und BAG 1971-09-30 5 AZR 146/71 = AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

Spezifika des Kunstbetriebes

„Die Kunst im allgemeinen und das Theater im besonderen ist, ebenso wie der Publikumsgeschmack, einem ständigen Wandel unterworfen. Das anspruchsvolle und auf sein künstlerisches Niveau bedachte Theater hat nicht nur die vielfältigen künstlerischen Strömungen, sondern auch die Neigungen und das Abwechslungsbedürfnis des sach- und kunstverständigen Publikums, von dessen Gunst das Theater letztlich abhängig ist, bei der Spielplangestaltung und bei Neuinszenierungen zu berücksichtigen. Lebendiges Theater bedarf ständig neuer künstlerischer Impulse und Ideen und auch persönliche Veränderungen bis hin zum Wechsel des jeweiligen Ensembles. Befristungen von Arbeitsverträgen mit Bühnenkünstlern sind damit vorgegeben und zur Erleichterung des Wechsels in der personellen Zusammensetzung des Ensembles erforderlich. Maßgebliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Person des Intendanten zu, der für das künstlerische Konzept des Theaters verantwortlich ist und es durch sein persönliches Kunstverständnis prägt. Dem Intendanten muß daher, und zwar nicht nur beim Wechsel von Regisseuren, sondern auch wegen der jeweils für ein Jahr erfolgenden Festlegung des Spielplanes, die Möglichkeit verbleiben, das Ensemble für die neue Spielzeit ganz oder teilweise auszuwechseln und seinen jeweiligen künstlerischen Vorstellungen entsprechend zusammenzustellen. Auch befähigte und vielseitige Künstler sind in ihrer künstlerischen Gestaltungs- und Ausdruckskraft nicht unbegrenzt und passen demnach nicht in jedes künstlerische Konzept. Das gilt auch für besonders profilierte Schauspieler, die durch ihre Originalität oft auf einen bestimmten Typ und die ihnen eigene Darstellung festgelegt sind.“
(Rn. 49)

Anmerkung: Das Gericht geht davon aus, dass „Befristungen von Arbeitsverträgen“ für ein „lebendiges Theater“ „erforderlich“ seien. Erforderlich im rechtlichen Sinne ist eine Maßnahme, wenn kein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung steht. Lebendiges Theater kann auch mit anderen Mitteln, die für die Arbeitnehmenden weniger eingriffsintensiv sind, wie beispielsweise eine große Varianz an Stücken und künstlerischen Konzeptionen erreicht werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum Befristungen per se als erforderlich eingeordnet werden. Die Erwägungen des Gerichts sind ersichtlich geprägt von der vorherrschenden Struktur des Theaterbetriebs, die auf eine Intendanz ausgerichtet ist, die künstlerische Visionen unbeschränkt, d.h. auch mit seinem Wunschpersonal, verwirklichen soll. Die Rolle der Intendanz bleibt unhinterfragt.

BAG, Urteil vom 29. Juli 1976 – 3 AZR 7/75 –

Befristung – Orchester – Kündigungsschutz – Umgehung

Klagende Person	Arbeitnehmer; Cellist
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin des Radio-Tanz- und Unterhaltungsoρχesters (RTUO)
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	„Freier Mitarbeiter“; „Honorarschein“
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolgreich.
Normen	§ 620 BGB, § 133 BGB, § 157 BGB, § 256 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Hamburg, 11. Oktober 1974, 5 (H) 1 Sa 36/73
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Schließen die Parteien eines Teilzeitarbeitsverhältnisses einen Zeitvertrag, der eine Vollbeschäftigung des Arbeitnehmers vorsieht, so bezieht sich die Befristung im Zweifel nur auf die Vollbeschäftigung, so dass nach dem Ablauf der Frist das ursprüngliche Teilzeitarbeitsverhältnis bestehen bleibt.
2. Wenn eine Rundfunkanstalt einen Orchestermusiker mehr als zehn jahrelang in steigendem Maße regelmäßig beschäftigt, ihm jedoch nur den Status eines freien Mitarbeiters einräumt, so liegt die Möglichkeit einer Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes nahe.

BAG, Urteil vom 30. September 1971 – 5 AZR 146/71 –

Wiederholte Befristung – Chor – künstlerisches Personal

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Chorsängerin
------------------------	------------------------------

Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin des Landestheaters
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Dienstvertrag; NV Chor
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war erfolglos.
Normen	§ 620 BGB, § 1 TVG, § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Düsseldorf, 1. April 1971, 3 Sa 437/70
Nachgehend	–

Leitsatz

Die wiederholte Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Bühnenchormitgliedern gemäß § 2 Nr. 3 Normalvertrag Chor ist zulässig.

Normalvertrag Chor als tarifliche Ordnung

„Die Revision nimmt nun an, das Landesarbeitsgericht habe im vorliegenden Fall diese Bewertungsmaßstäbe nicht richtig angewandt. Dabei verkennt sie jedoch die rechtlich erhebliche Bedeutung des für das Arbeitsverhältnis der Klägerin geltenden Normalvertrages Chor vom 10. Dezember 1964 sowie des Mitteilungspflichtabkommens vom gleichen Tage. Diese tarifliche Gesamtordnung geht davon aus, daß befristete Arbeitsverhältnisse mit Bühnenchormitgliedern grundsätzlich als zulässig anzusehen sind, wie es einem jahrzehntelangen Bühnenbrauch entspricht. Sie haben gleichzeitig im Interesse der Betroffenen durch das Mitteilungspflichtabkommen Schutzvorschriften gesetzt. Damit haben die Tarifvertragsparteien es selbst übernommen, im Geltungsbereich des Tarifvertrages Maßstäbe dafür zu setzen, ob und unter welchen Voraussetzungen befristete Arbeitsverträge nicht als ein Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten anzusehen sind.“ (Rn. 23)

„Diese tarifliche Ordnung kann von den Gerichten für Arbeitssachen nur darauf hin geprüft werden, ob sie gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, die guten Sitten oder tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstößt (BAG AP Nr. 12 zu § 15 AZO; AP Nr. 54 und 57 zu § 611 BGB Gratifikationen; AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. 2, 1. Halbbd., § 19 S. 370 ff.). Dagegen ist nicht zu prüfen, ob die gesetzte Ordnung in jedem Einzelfall für alle Beteiligten zu voll befriedigenden Ergebnissen führt (BAG 7, 153 [159] = AP Nr. 3 zu § 2 TVG).“ (Rn. 24)

Gestaltung nach künstlerischen Motiven

„Schließlich ist davon auszugehen, daß das Spannungsverhältnis zwischen Bindung und Freizügigkeit bei Bühnenmitgliedern nach allgemeiner Überzeugung im künstlerischen Bereich möglichst durch künstlerische Motive und nicht durch rechtlichen Zwang bestimmt sein soll. Dieses Interesse an der Freizügigkeit des Engagementswechsels ist für die bestmögliche Entfaltung künstlerischer Ideen im Bühnenbereich zu respektieren (vgl. Rehbinder, RdA 1971, S. 211 [214]). Wenn die Tarifvertragsparteien diese Gesichtspunkte nicht nur für das Solopersonal, sondern auch für Chormitglieder durchgreifen lassen, so

überschreiten sie damit noch, nicht die Grenze ihrer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Auch der Beruf des Chorsängers ist ein künstlerischer Beruf.“ (Rn. 29)

LAG BW, Urteil vom 28. November 2022 – 1 Sa 6/22 –

Befristung – Sachgrundlos – Rundfunk – Rundfunkfreiheit – Leitungsposition – Treu und Glauben

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Redaktionsleiterin für Spielfilmsonderprojekte und Kulturdokumentationen
Beklagte	Arbeitgeber; Fernsehsender mit Trägerverein
Betrieb	Fernsehbetrieb
Anstellungsverhältnis	Tarifvertrag zur befristeten Übertragung von Leitungsfunktionen und Sondervereinbarung
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin war erfolgreich.
Normen	§ 242 BGB, § 307 Abs. 1 BGB, § 310 BGB, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, § 17 S. 1 TzBfG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Stuttgart, 21. Januar 2022, 24 Ca 4698/20, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssätze

1. (...)
2. Eine achtjährige sachgrundlose Befristung ist bei einer programmgestaltenden Mitarbeiterin einer Rundfunkanstalt im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit dem Grunde nach nicht zu beanstanden. (Rn. 171) Dem Arbeitgeber kann es jedoch aufgrund der Umstände des Einzelfalls versagt sein, sich auf eine vereinbarte Befristung zu berufen. So kann sich ein Verstoß gegen Treu und Glauben aus der Verletzung von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers ergeben. (Rn. 181)



Keine Billigkeitskontrolle für Tarifliche Befristungs-Regelungen

„Für die von der Klägerin geforderte Billigkeitskontrolle gibt es keine rechtliche Grundlage. Anders als die individualrechtliche Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen unterliegt die vorliegende tarifliche Regelung nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB. Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Inhaltskontrolle bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen (zuletzt BAG 25. April 2018 – 7 AZR 520/16 – Rn 34 ff.) finden somit im vorliegenden Fall keine Anwendung. Auf die von der Klägerin formulierten Anforderungen an einen sachlichen Grund für die befristete Übertragung kommt es nicht an.“ (Rn. 164)

Verstoß gegen Treu und Glauben

„Bei dieser Sachlage verletzte die Beklagte ihre Hinweis- und Aufklärungspflichten, wenn sie der Klägerin kurz nach dem Abschluss der Ergänzungsvereinbarung am 24. Januar 2013 eine weitere Vereinbarung vorlegte, in der ihr ohne jegliche Bezugnahme auf die zuvor abgeschlossene Vereinbarung eine Befristung der Funktion als Redaktionsleiterin angesonnen wurde.“ (Rn. 191)

„Unter diesen Umständen wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, die Klägerin darüber in Kenntnis zu setzen, dass mit der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 24. Januar 2013 ein wesentlicher Bestandteil der Ergänzungsvereinbarung, d.h. die unbefristete Übertragung der Leitungsfunktion, durch eine Befristungsabrede ersetzt wird. Die Klägerin durfte aufgrund der abgeschlossenen Ergänzungsvereinbarung darauf vertrauen, dass sie die Beklagte über den Inhalt und die Folgen der Vereinbarung aufklärt.“ (Rn. 192)

LAG BW, Urteil vom 11. Juli 2022 – 1 Sa 39/21 –

Befristung – Übertragung einer Führungsposition – Projektfinanzierung – Tarifbefristung – AGB-Kontrolle – Vertrauen

Klagende Person	Arbeitnehmer; Redakteur
Beklagte	Arbeitgeber; Südwestrundfunk (SWR)
Betrieb	Filmbranche
Anstellungsverhältnis	Leitender Redakteur nach den für den Südwestrundfunk geltenden Tarifverträgen; Abteilungsleiter; Zusatzvereinbarungen
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war teilweise erfolgreich.
Normen	§ 1 TVG, § 307 Abs. 1 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Stuttgart, 25. Oktober 2021, 7 Ca 4137/21, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Die in einem Haustarifvertrag vorgesehene befristete Übertragung von Führungspositionen unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Es ist lediglich zu prüfen, ob die Tarifvertragsparteien von ihrer Regelungsbefugnis unverhältnismäßig Gebrauch gemacht haben. (Rn. 210)

Keine Billigkeitskontrolle für Tarifbefristungen

„Für die vom Kläger geforderte Billigkeitskontrolle gibt es keine rechtliche Grundlage. Anders als die individualrechtliche Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen unterliegt die vorliegende tarifliche Regelung nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht der

Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB. Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Inhaltskontrolle bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen (zuletzt BAG 25. April 2018 – 7 AZR 520/16 – Rn 34 ff.) finden somit im vorliegenden Fall keine Anwendung. Auf die vom Kläger formulierten Anforderungen an einen sachlichen Grund für die befristete Übertragung kommt es nicht an.“ (Rn. 210)

Vertrauen auf die Fortsetzung einer Führungsposition begründet keinen Anspruch dazu

„Diese auf die Fortsetzung von befristeten Arbeitsverhältnissen bezogene Rechtsprechung lässt sich ohne Weiteres auf die Befristung von einzelnen Arbeitsbedingungen, somit auch auf die befristete Übertragung von Führungspositionen übertragen. Auch bei der Befristung von Führungspositionen kann enttäushtes Vertrauen allein noch keinen Anspruch des Arbeitnehmers dahingehend begründen, die Vereinbarung über die befristete Übertragung einer Führungsposition fortzusetzen. Der Arbeitgeber ist im Falle einer Befristung in seiner Entscheidung darin frei, ob er die wirksam befristet übertragene Führungsposition auch künftig übertragen möchte. Enttäushtes Vertrauen allein kann lediglich zum Ersatz des sogenannten Vertrauensschadens, nicht aber zur Erfüllung, also zur Verpflichtung der künftigen Übertragung führen.“ (Rn. 230)

LAG Köln, Urteil vom 10. Dezember 2020 – 3 Sa 420/20 –

Befristung – Nichtanrechnungsvereinbarung – Europarechtskonformität – Rechtsmissbrauch

Klagende Person	Arbeitnehmer; Solosänger
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin Musiktheater
Betrieb	Musiktheater
Anstellungsverhältnis	Schriftlicher Arbeitsvertrag, im Übrigen Normalvertrag Solo und Tarifverträge
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten war erfolgreich.
Normen	§ 17 TzBfG, § 1 TVG, EGRL 70/99 Anh Rahmenvereinbarung § 5 Abs. 1
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln 19. Kammer, 24. April 2020, 19 Ha 6/18, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssatz

Die Nichtanrechnungsvereinbarung von § 61 Abs 3 UAbs. 3 NV Bühne verstößt nicht gegen den Anhang der Rahmenvereinbarung § 5 Abs 1 EGRL 70/99. (Rn. 84)

Die Nichtanrechnungsvereinbarung unterfällt nicht den europarechtlichen Reglementierungen von Befristungsmöglichkeiten

„Es geht also um Regelungen zur Reglementierung von Befristungsmöglichkeiten im arbeitsvertraglichen Raum. Eine derartige Reglementierung enthält § 61 Abs. 3 Unterabs. 3

NV Bühne jedoch nicht. Denn die Vorschrift enthält keine der in § 5 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung aufgeführten Maßnahmen zur Vermeidung von Befristungsmissbrauch. Weder regelt § 61 Abs. 3 Unterabs. 3 NV Bühne Sachgründe für eine Befristung, noch wird die maximal zulässige Befristungsdauer oder Anzahl der Verlängerungen festgelegt. Einziger Regelungsgegenstand der Norm ist eine Tariföffnung dahingehend, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung möglich bleibt, bis zu vier Spielzeiten auf den 15-Jahres-Zeitraum ohne Anrechnung zu lassen. Tarifliche Reglementierungen im vorgenannten Sinn der Rahmenvereinbarung sind danach nur die Bestimmungen in § 61 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 NV Bühne, nicht jedoch die Öffnungsklausel in § 61 Abs. 3 Unterabs. 3 NV Bühne.“ (Rn. 86)

Anmerkung: Die Vorinstanz bewertete eine solche Nichtanrechnungsvereinbarung, die es dem Arbeitnehmer ermöglicht eine Nichtverlängerungsmitteilung noch weitere Spielzeiten aussprechen zu dürfen, als **rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 2 TzBfG**. (Rn. 87)

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 31. Januar 2018 – 9 Sa 22/17 –

Abgrenzung Geltungsbereich TVöD-VKA – NV-Bühne – Tontechniker – Befristung –
Beteiligung Personalrat

Klagende Person	Arbeitnehmer; Tontechniker
Beklagter	Arbeitgeber; Stadt; Betreiber eines Theaters als Eigenbetrieb
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag, zus. Regelungen nach TVöD-VKA (NV Bühne nicht wirksam einbezogen)
Entscheidung	Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 1 Abs. 2 Buchst. n TVöD, § 14 Abs. 1 TzBfG, § 76 PersVG BW 1996, § 103 PersVG BW 1996, § 1 TVG, ProtErkl 3 TVöD
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Freiburg (Breisgau) 4. Kammer, 4. April 2017, 4 Ca 288/16, Urteil
Nachgehend	18. September 2019, 4 AZR 251/18, sonstige Erledigung: Vergleich

Leitsatz

Nach § 1 Abs. 2 Buchst. n TVöD-VKA i.V.m. der Protokollnotiz Nr. 3 zu Absatz 2 Buchst. n fallen Tontechniker regelmäßig in den Geltungsbereich des TVöD-VKA, es sei denn, sie üben tatsächlich eine überwiegend künstlerische Tätigkeit aus. (Rn. 116)

Die bloße Vereinbarung einer "Künstlerklausel" im Sinne von § 1 Abs. 3 UAbs. 2 NV-Bühne genügt nicht für die Annahme einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit. (Rn. 122)



Orientierungssatz

Ist ein Arbeitnehmer wie vorliegend als Tontechniker nicht künstlerisch tätig, ist die Befristung seines Vertrages bereits unwirksam, wenn die notwendige Beteiligung des Personalrates unterblieben ist. (Rn. 156)

Rechtsprechung des BAG nicht auf die neue Fassung des TVöD-VKA anwendbar

„Die Auslegung dieser tariflichen Regelung [§ 1 Abs. 2 Buchstabe n i.V.m. Protokollerklärung Nr. 3 TVöD-VKA] ergibt, dass, anders als das Bundesarbeitsgericht dies für die Vorgängerregelungen entschieden hat, nicht maßgeblich ist, dass in § 1 des Arbeitsvertrages der Parteien vereinbart ist, dass der Kläger überwiegend künstlerisch tätig ist, sondern es allein darauf ankommt, ob diese tatsächlich überwiegend künstlerisch tätig ist.“ (Rn. 114)

„Die Übergangsregelung macht deutlich, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD bereits für die Altfälle davon ausgegangen sind, dass eine bloße „Künstlerklausel“ ohne tatsächliche künstlerische Tätigkeit nicht für ein Herausfallen aus dem Geltungsbereich des TVöD ausreicht. Sie macht auch deutlich, dass es für die Neufälle für die Geltung des TVöD nicht darauf ankommt, ob eine Künstlerklausel vereinbart wurde (anders aber § 1 Abs. 3 NV Bühne), sondern alleine auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit. Das entspricht im Übrigen auch einem allgemeinen arbeitsrechtlichen Prinzip, dass es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit ankommt, wenn dieses im Gegensatz zur vertraglichen Vereinbarung steht (siehe § 611a Satz 6 BGB; § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG; Eingruppierungsgrundsätze des § 12 TVöD VKA).“ (Rn. 122)

Vorliegen einer künstlerischen Tätigkeit bei Tontechnikern

„Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf abgestellt, dass der Kläger dann künstlerisch tätig ist, wenn der künstlerische Anteil seiner Tätigkeit als Tontechniker deutlich über das hinausgeht, was üblicherweise Inhalt der Tätigkeit eines Tontechnikers an einem Theater ist. Von einer künstlerischen Tätigkeit ist dann auszugehen, wenn der Kläger bei der Erarbeitung und Ausgestaltung einer Produktion im Rahmen seines Tätigkeitsbereiches - hier vor allem als Tontechniker - einen bestimmenden Einfluss nehmen kann. In der Produktion, wie sie hinterher tatsächlich dem Publikum vorgeführt wird, müssen sich Elemente wiederfinden, die auf die Initiative oder die Anregung oder die tatsächliche eigengestaltende Ausführung des Klägers zurückgehen. Demgegenüber liegt eine künstlerische Tätigkeit jedenfalls dann nicht vor, wenn die künstlerischen Elemente aus dem Bereich der Beleuchtung durch den Kläger nach nicht nennenswert beeinflussbaren Vorgaben durch andere ausgeführt werden müssen.“ (Rn. 134)

[LAG Hamm \(Westfalen\), Urteil vom 19. Januar 2012 – 17 Sa 1208/11 –](#)

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Harfenistin
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin des Orchesters der Dortmunder Philharmoniker
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; TVK
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 1 TVG, § 14 Abs. 1 TzBfG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Dortmund, 12. Juli 2011, 7 Ca 1157/11, Urteil
Nachgehend	–

Befristung des Arbeitsverhältnisses einer Orchestermusikerin ist aus einem sonstigen Sachgrund nach § 14 Abs 1 TzBfG, weil die Probespielordnung des Orchesters grundsätzlich eine Stellenausschreibung und die Durchführung eines Probespiels zur Gewinnung einer Dauerbesetzung vorsieht, nicht wirksam.

„Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus der Tarifvorschrift kein Zitiergebot hinsichtlich des Befristungsgrundes. (...) Sowohl nach der tariflichen als auch der gesetzlichen Normierung müssen zur Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zur Wirksamkeit einer kalendermäßigen Befristung allein die Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Zeitpunkt seines Ablaufs angegeben werden.“ (Rn. 73)

Notwendigkeit der Durchführung eines Bewerbungsverfahrens ist nur ein sachlicher Grund für eine Befristung, wenn diese kausal ist für die Befristung.

„Selbst wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, dass die freiwillige Befolgung der Probespielordnung, das Erfordernis, ein Bewerbungsverfahren nach Ausscheiden eines Musikers zu organisieren und durchzuführen, einen sonstigen Befristungsgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG darzustellen vermag (so ArbG Braunschweig, 05.11.2003 - 8 Ca 345/03), fehlt es hier an der Kausalität des Auswahlverfahrens nach der Orchesterordnung für die Befristung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin.“ (Rn. 93)

*„Die bei Vertragsschluss bestehende Ungewissheit, ob überhaupt das Auswahlverfahren nach der Probespielordnung durchgeführt werden würde, vermag nach den Wertungsmaßstäben des § 14 Abs.1 TzBfG die Befristung nicht sachlich zu rechtfertigen. **Die Sachgründe nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 TzBfG erfordern stets eine begründete Prognose des Arbeitgebers zur Begrenztheit des Beschäftigungsbedarfs bzw. zum Wegfall der Haushaltsmittel.** Der Arbeitnehmer muss aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit annehmen können, dass der in der Zukunft liegende Ungewissheitstatbestand auch eintritt. Die Prognose basiert auf einer von Fall zu Fall wechselnden Vielzahl von Elementen und Bewertungen, die aber stets zum Inhalt haben muss, dass das vorgesehene Vertragsende sich realisieren lässt (KR-Lipke, a.a.O., § 14 TzBfG Rn 63).“ (Rn. 96)*



2. Beendigungen

Machtmissbrauchsdimensionen

Machtasymmetrien, die die Beschäftigungsverhältnisse im Kunst- und Kulturbetrieb prägen, wirken auch bei der Beendigung eines Anstellungsverhältnisses fort. Wer über das Fortbestehen oder das Ende eines Beschäftigungsverhältnisses entscheidet, verfügt über Macht.

Eine Besonderheit im Kunst- und Kulturbetrieb stellt aufgrund der Regelbefristung das Institut der „Nichtverlängerungsmittelung“ dar. Wird eine solche nicht ausgesprochen verlängert sich das Beschäftigungsverhältnis um einen vereinbarten Zeitraum. Regelungen des Kündigungsschutzes finden dabei keine Anwendung. Das AGG setzt der Praxis Grenzen, sofern sich der Ausspruch einer Nichtverlängerungsmittelung als diskriminierend darstellt. Wird eine Nichtverlängerungsmittelung ausgesprochen, um das Eintreten des Bestandschutzes zu verhindern, so ist dies rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig.

a. Nichtverlängerungsmittelungen

BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 128/14 –

Aufhebungsklage – Nichtverlängerungsmittelung – Solotänzerin – NV Bühne

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Solotänzerin mit Gruppenverpflichtung
Beklagte	Arbeitgeberin; Trägerin der Bühnen der Stadt G und des Landestheaters A
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Bühne
Entscheidung	Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen. Der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsantrag war erfolglos.
Normen	§ 110 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 108 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 10. Oktober 2012, 9 Ha 14/12, Urteil LAG Köln 8. Kammer, 31. Juli 2013, 8 Sa 1143/12, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Wird ein Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts nicht innerhalb von fünf Monaten nach seiner Verkündung mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehen und von den Mitgliedern des Bühnenoberschiedsgerichts unterschrieben der Geschäftsstelle des Bühnenoberschiedsgerichts übergeben, gilt dieser als nicht mit Gründen versehen. (vgl. Rn.42) Die fehlende Begründung stellt einen Verfahrensfehler i.S.v. § 110 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG dar, der bei einer entsprechenden Verfahrensrüge zur Folge hat, dass der Schiedsspruch der Aufhebung unterliegt. Die Arbeitsgerichte haben dann unmittelbar und ohne die durch die Revisionsähnlichkeit des Aufhebungsverfahrens bedingten Beschränkungen über das Sachbegehren zu entscheiden. (vgl. Rn.46, 47)

Voraussetzungen an die Anhörung vor Mitteilung der Nichtverlängerung

„Nach § 61 Abs. 4 Satz 1 NV Bühne hat der Arbeitgeber das Solomitglied zu hören, bevor er eine Nichtverlängerungsmitteilung ausspricht. Dem Anzuhörenden sind die Gründe für die beabsichtigte Nichtverlängerungsmitteilung zur Kenntnis zu geben, um ihm eine sachliche Stellungnahme hierzu zu ermöglichen. Die Anhörung darf sich nicht auf eine pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Bezeichnung der Gründe beschränken (vgl. BAG 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu I 2 der Gründe, BAGE 51, 375). Es bedarf vielmehr einer auf die Person des betroffenen Mitglieds konkret bezogenen und nachvollziehbaren Begründung für die beabsichtigte Nichtverlängerung, damit der Arbeitnehmer bei der Darlegung seines Standpunkts auf sie eingehen kann (vgl. BAG 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu I 3 b der Gründe, aaO; APS/Backhaus 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 202). Ausreichend ist es, dass der Intendant seine subjektive Motivation für die Nichtverlängerung des Vertrags offenlegt (BAG 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 3 b der Gründe, BAGE 89, 339; Bolwin/Sponer Bühnen- und Orchesterrecht Stand August 2016 Teil A I § 61 NV Bühne Rn. 88). Da die Tarifvertragsparteien auf die Festlegung materieller Gründe für die Nichtverlängerungsmitteilung verzichtet haben, ist die Nichtverlängerungsmitteilung nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht darauf zu überprüfen, ob sie durch das Vorliegen objektiver Gründe gerechtfertigt ist (vgl. BAG 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 3 a der Gründe mwN, aaO).“ (Rn. 55)



Zur Durchführung der Anhörung berechtigter Personenkreis

„Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört, dass diese durch die beim Arbeitgeber entscheidungsbefugte(n) Person(en) oder entsprechend der maßgeblichen Vertretungsregelung erfolgt. Eine Delegation der Anhörung auf Personen, die nicht zur Entscheidung über den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung befugt sind, ist nicht zulässig (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 43, BAGE 145, 142). Die Anhörung hat den Zweck, dass die Entscheidung zum Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung von Seiten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der vom Bühnenmitglied vorgetragenen Gegenargumente erneut überdacht und überprüft wird (vgl. BAG 11. März 1982 - 2 AZR 233/81 - zu III 4 der Gründe, BAGE 39, 1). Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn diejenige Person, die für die Entscheidung über den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung zuständig ist, an der Anhörung teilnimmt (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 45, aaO). Das bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber gehindert wäre, für Fälle seiner Verhinderung Vertretungsregelungen vorzusehen. Er kann aber nicht unabhängig vom Vorliegen eines Verhinderungsfalls einen nachgeordneten Mitarbeiter ausschließlich mit der Durchführung der Anhörung beauftragen (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 45, aaO).“ (Rn. 56)

Nichtverlängerungsmitteilung – Ballett – Diskriminierung – Alter

Antragsklagende Person	Arbeitgeberin; Staatsballett B
Aufhebungsbeklagte	Arbeitnehmerin; Gruppentänzerin
Betrieb	Tanz; Ballett
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Bühne
Entscheidung	Die Revision der Antragsklägerin war erfolglos. Das Landesarbeitsgericht hat die Aufhebungsklage zu Recht abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass das Bühnenoberschiedsgericht der gegen die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung gerichteten Schiedsklage zu Recht stattgegeben hat.
Normen	§ 7 Abs. 1 AGG, § 1 AGG, § 134 BGB, § 15 Abs. 6 AGG, § 22 AGG, § 110 ArbGG, § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO, § 138 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 22. Dezember 2015, 6 Ha 10/15, Urteil LAG Köln 7. Kammer, 1. Dezember 2016, 7 Sa 179/16, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Verstößt eine nach § 96 NV Bühne ausgesprochene Nichtverlängerungsmitteilung gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters gemäß § 7 Abs. 1 i.V.m.. § 1 AGG, hat dies nach § 134 BGB die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung zur Folge. § 15 Abs. 6 AGG steht dem nicht entgegen.

Verbot der Altersdiskriminierung

„Nach §§ 1, 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen ihres Alters benachteiligt werden. § 7 Abs. 1 AGG verbietet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen.“ (Rn. 20)

Voraussetzungen unmittelbare Diskriminierung

„Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG

genannten Grundes. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Soweit es um eine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund i.S.v. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund i.S.v. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit ausreicht (BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20; 15. Dezember 2016 - 8 AZR 454/15 - Rn. 20 mwN, BAGE 157, 296).“ (Rn. 21)

Beweislastregel zugunsten der benachteiligten Person

„Nach der Beweislastregel in § 22 AGG genügt es, dass eine Partei Indizien vorträgt und ggf. beweist, die ihre Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals vermuten lassen. Danach kommt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann ausreichend nach, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist.“ (Rn. 22)

Auch bei einer Nichtverlängerungsmitteilung anlässlich eines Intendanzwechsels ist die Darlegung von Gründen, dafür dass es sich nicht um eine diskriminierende Entscheidung iSd AGG handelt, nicht entbehrlich

„Es trifft zwar zu, dass bei der Anhörung des Bühnenmitglieds der Hinweis auf den bevorstehenden Intendantenwechsel genügt, wenn der befristete Arbeitsvertrag aus Anlass eines Intendantenwechsels nicht verlängert werden soll. Angesichts des ständigen Bühnenbrauchs, wonach Neubestellte Intendanten zur Verwirklichung ihrer neuen künstlerischen Konzeption Bühnenmitglieder auswechseln, soll damit die unnötige Angabe konstruierter personenbezogener Gründe für eine angebliche Ungeeignetheit des Bühnenmitglieds vermieden werden (vgl. BAG 15. März 1989 - 7 AZR 316/88 - zu 3 der Gründe). Diese auf die Ausgestaltung der Anhörungsverpflichtung beschränkte Besonderheit hat nicht zur Folge, dass die Klägerin über die Berufung auf den Intendantenwechsel hinaus keine weiteren Darlegungen zur Widerlegung einer nach § 22 AGG indizierten Benachteiligung aufgrund des Alters schuldet. **Ihre Obliegenheit, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat, folgt vielmehr aus den zwingenden Bestimmungen des AGG zum Schutz vor Diskriminierungen (§ 31 AGG) und wird durch die Ausgestaltung der Anhörungspflicht nach § 96 Abs. 4 NV Bühne nicht beeinflusst.** Insoweit ist allein von Bedeutung, aus welchem Grund die Entscheidung, durch Auslaufen von Befristungen Platz für von dem designierten Intendanten gewünschte Neueinstellungen zu schaffen, gerade auf die Beklagte gefallen ist. Dabei können zwar künstlerische Erwägungen angeführt werden, die unter Beachtung der Kunstfreiheit der Klägerin nach Art. 5 Abs. 3 GG zu berücksichtigen sind. Die Darlegung von Gründen, die erkennen lassen, dass das Alter für die Entscheidung zur Nichtverlängerung nicht mitursächlich war, ist jedoch auch im Falle des Intendantenwechsels nicht entbehrlich. **Anderenfalls könnten - unter Verstoß gegen §§ 1, 7 AGG - aus Anlass eines Intendantenwechsels diskriminierende Nichtverlängerungsmitteilungen ohne Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes erklärt werden.** Konkrete Angaben zu künstlerischen oder sonstigen Gründen für die



Nichtverlängerung - mit Ausnahme des Intendantenwechsels - hat die Klägerin im schiedsgerichtlichen Verfahren nicht gemacht.“ (Rn. 33)

„§ 15 Abs. 6 AGG steht der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung nicht entgegen.“ (Rn. 41)

„Nach § 15 Abs. 6 AGG hat der Arbeitnehmer bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich keinen Anspruch auf die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. Die Vorschrift schließt in unmittelbarer Anwendung für alle Diskriminierungsverbote des § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG einen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses aus (vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 38). Vorliegend ergibt sich die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um eine weitere Spielzeit im Falle der Unwirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung aus den Regelungen in § 96 NV Bühne und damit aus einem anderen Rechtsgrund i.S.v. § 15 Abs. 6 AGG.“ (Rn. 42)

BAG, Urteil vom 12. Januar 2000 – 7 AZR 925/98 –

Aufhebungsklage – Oper – Nichtverlängerungsmitteilung – künstlerische Belange – Darlegungspflicht

Klagende Person	Arbeitnehmer; Beschäftigtes Opernchormitglied für das Kunstfach 1. Tenor
Beklagte	Arbeitgeber; Bühnenbetreiber
Betrieb	Oper
Anstellungsverhältnis	Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag bestimmte sich das Arbeitsverhältnis nach dem Normalvertrag Chor in der jeweils geltenden Fassung und den ihn ergänzenden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen sowie den sonstigen vom Deutschen Bühnenverein über die Arbeitsverhältnisse der Opernchormitglieder abgeschlossenen Tarifverträgen.
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos. Das Arbeitsverhältnis wurde durch die wirksame Nichtverlängerungsmitteilung beendet.
Normen	§ 110 Abs. 1 ArbGG, § 1 TVG, § 355 Abs. 1 ZPO, § 559 Abs. 2 S. 2 ZPO, § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO, § 561 Abs. 2 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 31. Juli 1997, 13 Ca 4108/96, Urteil

	LAG Köln 6. Kammer, 12. November 1998, 6 Sa 1225/97, Urteil
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Verfahrensrügen, die erst nach Abschluß der ersten Instanz des Aufhebungsverfahrens nach § 110 ArbGG erhoben werden, sind keinesfalls mehr rechtzeitig und können deshalb im weiteren Verlauf des Rechtsstreits nicht mehr berücksichtigt werden.
2. Geht es bei einem Streit über die Wirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung nach dem Normalvertrag Chor vom 11.05.1979 idF vom 15.03.1992 allein um die künstlerischen Belange oder darum, ob diese durch bestimmte Leistungs- oder Eignungseinschränkungen des Chormitglieds berührt werden, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig. Besteht dagegen Streit über die Leistungsfähigkeit oder sonstige Eignung des Chormitglieds, trägt dieses insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

BAG, Urteil vom 3. November 1999 – 7 AZR 898/98 –

NV Solo – Nichtverlängerungsmitteilung – TVM – Tanz

Aufhebungsklagende Person	Arbeitgeber; Land
Aufhebungsbeklagte	Arbeitnehmer; Beschäftigter Tänzer
Betrieb	Tanz
Anstellungsverhältnis	Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden aufgrund Tarifbindung und vertraglicher Vereinbarung u. a. der Normalvertrag (NV) Solo sowie der Tarifvertrag über die Mitteilungspflicht (TVM) Anwendung.
Entscheidung	Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg. Die Vorinstanzen haben der Aufhebungsklage zu Recht stattgegeben.
Normen	§ 315 BGB, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 5. Februar 1998, 1 Ca 8806/97, Urteil LAG Köln 4. Kammer, 25. September 1998, 4 Sa 662/98, Urteil
Nachgehend	–

„Als tariflich geregeltes einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers muß die Nichtverlängerungsmitteilung nach § 2 Abs. 3 TVM billigem Ermessen entsprechen (§ 315 BGB)“ (Rn. 15)

„Dazu müssen die Gründe, die den Intendanten zur Abgabe der Nichtverlängerungsmitteilung veranlaßt haben, in Einklang mit der Änderung des Vertragsinhalts stehen. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, sind diese Gründe aber nicht zu objektivieren. Denn die Tarifparteien haben den Bestandsschutz und den daran geknüpften Inhaltsschutz durch die Einhaltung der im TVM aufgestellten Verfahrensvorschriften gewährleistet. Diese sind vorliegend beachtet worden.“ (Rn. 16)

BAG, Urteil vom 26. August 1998 – 7 AZR 263/97 –

Nichtverlängerungsmitteilung – NV Solo – Schauspielmusikerin

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Musikerin mit dem Spezialgebiet Viola
Antragsgegner*in	Arbeitgeberin; Staatsschauspiel Dresden
Betrieb	Schauspielhaus
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Solo.
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war erfolglos. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses und die Nichtverlängerungsmitteilung waren wirksam.
Normen	§ 611 Abs. 1 BGB, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	Sächsisches LAG 3. Kammer, 6. Dezember 1996, 3 Sa 819/96, Urteil Sächsisches LAG 3. Kammer, 6. Dezember 1996, 3 Sa 819/96, Urteil
Nachgehend	–

Begründung für die Befristung von Arbeitsverträgen bei künstlerisch tätigem Bühnenpersonal

„Entscheidend ist vielmehr, ob für die Befristung ein sachlicher Grund vorlag. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts [...] ist dies bei künstlerisch tätigem Bühnenpersonal zu bejahen. [...] Damit wird dem berechtigten Bestreben der Bühne Rechnung getragen, künstlerische Vorstellungen des Intendanten mit dem von ihm dafür als geeignet angesehenen künstlerischen Bühnenpersonal zu verwirklichen und damit zugleich auch dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums entgegenzukommen. Außerdem liegt es im eigenen Interesse der Künstler am Erhalt der Freizügigkeit ihres Engagementwechsels daß an anderen Bühnen durch Beendigung befristeter Engagements Arbeitsplätze frei werden.“ (Rn. 13, 14)

Anmerkung: Es handelt es sich um eine zumindest verkürzte Darstellung, denn mit Blick auf das Interesse der Künstler*innen am „Erhalt der Freizügigkeit ihres Engagementwechsels“ sind die ungleichen Machtverhältnisse zwischen „der Bühne“ und den Künstler*innen, sowie mangelnde soziale und finanzielle Absicherung Kunstschafter zu berücksichtigen.

Theater – Intendanzwechsel – Nichtverlängerung – Anforderung Anhörung

Klagende Person	Arbeitnehmer; Kapellmeister; Studienleiter
Beklagter	Arbeitgeberin; Staatstheater des Landes
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Auf das Dienstverhältnis finden der Normalvertrag-Solo und der Tarifvertrag über die Mitteilungspflicht vom 23. November 1977 (TVM) Anwendung.
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos. Die Nichtverlängerungsmitteilung waren wirksam.
Normen	§ 611 BGB, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 20. Oktober 1987, 16 Ca 3233/87 LAG Köln, 22. April 1988, 5 Sa 19/88
Parallelentscheidung	BAG 7. Senat, 15. März 1989, 7 AZR 317/88
Nachgehend	–

Leitsatz

Soll der befristete Arbeitsvertrag eines Bühnenmitglieds aus Anlaß eines Intendantenwechsels nicht verlängert werden, so genügt bei der Anhörung des Bühnenmitglieds vor der Nichtverlängerungsmitteilung gemäß § 2 Abs 5 Tarifvertrag über die Mitteilungspflicht vom 23. November 1977 der Hinweis auf den Intendantenwechsel.

Streitfrage

„Im Entscheidungsfall geht es allein um die Frage, ob dieser Begriff des "Hörens" im Falle der Nichtverlängerung aus Anlaß eines Intendantenwechsels nur erfordert, daß dem Bühnenmitglied dieser Intendantenwechsel als Grund für die Nichtverlängerung mitgeteilt wird, oder ob es auch in diesem Falle der Angabe auf die Person des Bühnenmitglieds bezogener, konkreter und nachvollziehbarer Gründe bedarf.“ (Rn. 15)

Austausch des Bühnenpersonals durch neue Intendanz sei ständiger Bühnenbrauch

„Wie das Bühnenoberschiedsgericht und die Vorinstanzen auf der Grundlage des ausführlichen Sachvortrags des beklagten Landes ausgeführt haben, entspricht es ständigem Bühnenbrauch, daß Neubestellte Intendanten zur Verwirklichung ihrer neuen künstlerischen Konzeption einen erheblichen Teil der Bühnenmitglieder auswechseln. Die Nichtverlängerung der Arbeitsverträge mit bisherigem Personal beruht dann nicht so sehr darauf, daß das bisherige Bühnenmitglied wegen in seiner Person liegender Gründe

bestimmten Vorstellungen des neuen Intendanten nicht entspricht, sondern darauf, daß die von dem bisherigen Bühnenmitglied besetzte Stelle frei gemacht werden muß, damit der neue Intendant sie mit einem Künstler seiner Wahl neu besetzen kann. Es wäre daher in der Tat vielfach eine unehrliche und das Bühnenmitglied ohne Not herabsetzende Förmerei, personenbezogene Gründe für eine angebliche Ungeeignetheit des Bühnenmitglieds konstruieren zu müssen, obwohl es dem neuen Intendanten allein darum geht, für seine Wunschkandidaten "Platz zu schaffen".“ (Rn. 19)

Es bedarf keiner sachlichen Rechtfertigung und keiner Offenlegung einer subjektiven Motivation

„Derartige Überlegungen des neuen Intendanten sind als Motivation für die Nichtverlängerung des Arbeitsvertrages des bisherigen Bühnenmitglieds unabhängig davon legitim, ob sie diese Nichtverlängerung "sachlich rechtfertigen" können. Wie der erkennende Senat in seinem angeführten Urteil vom 18. April 1986 ausdrücklich betont hat, bedarf die Nichtverlängerung keiner objektiven Gründe im Sinne einer sachlichen Rechtfertigung. Auch bei der Anhörung des Bühnenmitglieds gemäß § 2 Abs. 5 TVM geht es daher nicht um die Darlegung derartiger objektiver Gründe, sondern allein um die Offenlegung der subjektiven Motivation des neuen Intendanten. Hat der neue Intendant keine auf die Person des Bühnenmitglieds bezogenen Überlegungen angestellt, so kann von ihm auch nicht verlangt werden, solche gegenüber dem betroffenen Bühnenmitglied zu nennen. Die Nennung derartiger personenbezogener Überlegungen würde überdies die Gefahr in sich bergen, die Grenze zu einer allein aus Anlaß des Intendantenwechsels ausgesprochenen Nichtverlängerungsmitteilung im Sinne des § 2 Abs. 7 TVM zu verwischen. Damit würde der in dieser Vorschrift vorgesehene Abfindungsanspruch des Bühnenmitglieds gefährdet werden.“ (Rn. 20)

Anmerkung: Das Gericht stellt allein auf die rechtliche Möglichkeit ab, bei einem Wechsel der Intendanz Nichtverlängerungsmitteilungen auszusprechen und ordnet den „ständigen Bühnenbrauch, dass neubestellte Intendanzen zur Verwirklichung ihrer neuen künstlerischen Konzeption einen erheblichen Teil der Bühnenmitglieder auswechseln“ nicht kritisch ein. Damit normalisiert und verfestigt es Spezifika des Betriebes, die Machtmissbrauch begünstigen und auf Kosten von Arbeitnehmendenschutz eine Priorisierung eines bestimmten künstlerischen Konzeptes vornehmen. Schließlich argumentiert es sogar für die Nichtauskunft gegenüber Arbeitnehmenden, um keine Abfindungsansprüche zu „gefährden“.

[LAG Köln, Urteil vom 19. April 2023 – 11 Sa 595/22 –](#)

Aufhebungsklage – Theaterbetrieb – Spielzeit – Verlängerung des Arbeitsverhältnisses – Nichtverlängerungsmitteilung – Befristung

Aufhebungsklagende Person	Arbeitsgeberin; unterhält einen Theaterbetrieb an verschiedenen Standorten; Mitglied im Deutschen Bühnenverein
----------------------------------	--

Aufhebungsbeklagter	Arbeitnehmer; Dramaturg; Mitglied der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	NV-Bühne findet auf das Arbeitsverhältnis kraft beidseitiger Tarifbindung Anwendung
Entscheidung	Die Berufung des Beklagten war erfolgreich.
Normen	§ 3 Abs. 1 S. 2 TzBfG, § 15 TzBfG, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln 12. Kammer, 7. Juli 2022, 12 Ha 4/22, Urteil
Nachgehend	BAG, 8. November 2023, 7 AZN 713/23, sonstige Erledigung: Rücknahme BAG, 7. Dezember 2023, 7 AZR 236/23, sonstige Erledigung: Rücknahme

Festlegung der Spielzeit obliegt Arbeitgeber

„Bei der Festlegung der Spielzeit handelt es sich um eine organisatorische Entscheidung, die im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit von der Aufhebungsklägerin einseitig und bindend getroffen werden kann, sofern sie nicht offenbar unsachlich, unvernünftig noch willkürlich ist. Ob und welche Entscheidung über den Zeitraum der Festlegung der Spielzeit getroffen wurde, ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln, wobei auch Umstände der Offenbarung der Entscheidung sowie konkludente Verhaltensweisen zu beachten sind.“ (Rn. 27)

Ohne Nichtverlängerungsmitteilung verlängert sich der Arbeitsvertrag

„Da der Arbeitsvertrag des Klägers demnach für eine Spielzeit geschlossen wurde, eine Nichtverlängerungsmittelung nicht erfolgte, "verlängert" sich der Anstellungsvertrag "zu den gleichen Bedingungen" "um ein weiteres Jahr (Spielzeit)". Da die Parteien kein befristetes Arbeitsverhältnis für die Mindestdauer von einem Jahr, sondern ein solches von verminderter Dauer für eine Spielzeit abgeschlossen haben, bedeutet dies, dass ein befristeter Spielzeitvertrag für die folgende Spielzeit 2020/2021 zustande gekommen ist. Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die tarifliche Anordnung des § 61 Abs. 2 Satz 1 NV-Bühne Solo bestehen aus Sicht des Berufungsgerichts nicht.“ (Rn. 30)

Kein Verstoß gegen § 15 Abs. 5 TzBfG

„Nach dem tariflichen System kommt bei fehlender Nichtverlängerungsmitteilung über das ursprünglich befristete Arbeitsverhältnis hinaus ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis zustande, wobei der tarifliche Automatismus eine neue Rechtsgrundlage für die befristete Fortsetzung der Tätigkeit schafft, ohne dass der Tatbestand des § 15 Abs. 5 TzBfG ausgelöst noch zu Ungunsten der Arbeitnehmer abbedungen wird (vgl. z.B.: APS/Backhaus, 6. Auflage 2021, § 15 TzBfG Rn. 93, Mestwerdt in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2021, § 15 TzBfG Rn. 30; Meinel in Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 6. Auflage 2022, § 15 TzBfG Rn. 72, MüKoBGB/Engshuber, 9. Auflage 2023, TzBfG § 15 Rn. 27).“ (Rn. 31)

§ 61 Abs. 2 S. 1 NV Bühne Solo enthält zwei Befristungsalternativen

„Nach dem Verständnis des Berufungsgerichts enthält die Rechtsfolge des § 61 Abs. 2 Satz 1 NV Bühne Solo eine Kombination von zwei Befristungsalternativen. Zum einen die kalendermäßige Befristung von einem Jahr. Die Nennung eines bestimmten Zeitabschnitts - hier: ein Jahr - genügt auch ohne Nennung konkreter Daten den Anforderungen einer Kalenderbefristung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG (vgl. etwa: APS/Backhaus, 6. Auflage 2021, § 3 TzBfG Rn. 4 m. w. N.). Zum Zweiten enthält der Klammerzusatz "Spielzeit" eine Zweckbefristung im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG. Eine Zweckbefristung liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu einem kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt, sondern mit Eintritt eines künftigen Ereignisses enden soll. Im Fall einer Zweckbefristung betrachten die Vertragsparteien den Eintritt des künftigen Ereignisses als feststehend und nur den Zeitpunkt des Eintritts als ungewiss. Der Zweck, mit dessen Erreichung das Arbeitsverhältnis enden soll, muss so genau bezeichnet sein, dass hieraus das Ereignis, dessen Eintritt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, zweifelsfrei feststellbar ist (BAG, Urt. v. 21.03.2017- 7 AZR 222/15 - m. w. N.). Kombinationen aus kalendermäßigen Befristung und Zweckbefristung sind grundsätzlich zulässig. Ihr Verhältnis zueinander ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.“

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. September 2018 – 5 Sa 787/18 –

Tarifvertrag – Ballettmitglieder – Friedrichstadtpalastes Berlin – Überprüfung einer Nichtverlängerungsmitteilung – unzulässige Rechtsausübung - Bestandsschutz - künstlerisches Personal

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Ballettmitglied
Beklagte	Arbeitgeberin; Friedrichstadtpalast
Betrieb	Ballett
Anstellungsverhältnis	Unterfällt Tarifvertrag für die Ballettmitglieder des Friedrichstadtpalast Berlin (TV-Tanz-FSP)
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin war erfolglos. Das Arbeitsgericht hatte zu Recht nicht festgestellt, dass die Nichtverlängerungsmitteilung unwirksam sei.
Normen	§ 1 TVG, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG, Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Berlin, 31. Mai 2018, 38 Ca 9328/17, Urteil
Nachgehend	–

Voraussetzungen für die Unwirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung wegen unzulässiger Rechtsausübung

„Die Nichtverlängerungsmitteilung ist auch nicht gemäß der Protokollnotiz Nr. 2 zu § 25 TV-Tanz-FSP infolge unzulässiger Rechtsausübung unwirksam. Die Nichtverlängerungsmitteilung bedarf keiner objektiven Gründe im Sinne einer sachlichen Rechtfertigung (BAG v. 15.03.1989 – 7 AZR 316/88, Rz. 20 zu § 2 TVM). Jede andere Sichtweise würde der nach Artikel 5 Absatz 3 GG geschützten Freiheit künstlerischer Darstellung und Betätigung des Balletts zuwider laufen. Das durch Artikel 12 Absatz 1 GG geschützte Interesse des Ballettmitgliedes an dem Fortbestand der Beschäftigung ändert daran nichts. Das Arbeitsgericht hat im Zusammenhang mit der vorliegend nicht maßgeblichen Frage der sachlichen Rechtfertigung der Befristungsabrede zu Recht darauf hingewiesen, dass diesem Interesse durch die Regelungen des TV-Tanz-FSP zur Nichtverlängerungsmitteilung, deren Zeitpunkt und deren Besonderheiten bei langjährig beschäftigten Ballettmitgliedern angemessen Rechnung getragen ist. Nur dann, wenn eine Nichtverlängerungsmitteilung vom Arbeitgeber allein aus dem Grund ausgesprochen wird, den Eintritt der Rechtsfolgen des § 25 Absatz 4 TV-Tanz-FSP bei mehr als 15jährigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, liegt eine zweckwidrige Anwendung des § 25 TV-Tanz-FSP vor, die eine unzulässige Rechtsausübung gemäß der Protokollnotiz Nummer 2 zu § 25 TV-Tanz-FSP darstellt (LAG Köln v. 17.08.2010 – 12 Sa 164/10, Rz. 43).“

Im Vorliegenden Fall war nicht ersichtlich, dass die angegeben Gründe bloß vorgeschoben waren, um den Eintritt des Bestandsstutzes zu verhindern

„Er zeigt, dass die Beklagte schon länger an der künstlerischen und körperlichen Eignung der Klägerin für den weiteren Einsatz im Ballett zweifelte und man diese Zweifel nicht erst beim Anhörungsgespräch „erfand“, um andere Absichten zu verdecken.“ (Rn. 45) „Ob dieser Schluss objektiv gerechtfertigt ist, ist nach den genannten Grundsätzen unerheblich. Jedenfalls hat die Kammer nicht die Überzeugung erlangt, dass der Intendant und die Ballettdirektorin hinsichtlich der künstlerischen und körperlichen Eignung der Klägerin für die neue Show mangels Kenntnis derer Inhalte keinerlei Bedenken hatten und diese nur äußerten, weil sie den erhöhten Bestandsschutz ausschließen wollten.“ (Rn. 46)

Gericht hält eine allgemeine Nichtverlängerungspraxis vor Bestandsschutzeintritt nicht für nachgewiesen; ferner begründe eine solche im Einzelfall allenfalls Indizwirkung

„Soweit die Klägerin auf die Praxis der Beklagten bei dem Ausspruch von Nichtverlängerungsmitteilungen verweist, mag es so sein, dass eine hohe Anzahl der Ballettmitglieder der Beklagten den Schutz des § 25 Absatz 4 TV-Tanz-FSP nicht erlangt haben. Schon dass sie das Ballett vorher gegen ihren Willen verließen oder dazu gedrängt wurden, steht auch nach dem Vortrag der Klägerin nur in Einzelfällen fest. Jedenfalls ist nicht vorgetragen, dass es – auch in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der streitgegenständlichen Nichtverlängerungsmitteilung – keinen Fall gibt, in dem ein Ballettmitglied der Beklagten den Schutz des § 25 Absatz 4 TV-Tanz-FSP erreichen konnte (auf Seite 13 der Berufungsbegründung trägt die Klägerin vor, dass dies „kaum“ der Fall gewesen sei). Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang auf 19 ehemalige Ballettmitglieder hingewiesen, die mit anderen Aufgaben weiterbeschäftigt werden. Ob diese bereits den Bestandsschutz erreicht hatten, mag dabei offen bleiben, mangels weiterer Zugehörigkeit zum Ballett kann die Beklagte nach Aufgabenänderung unabhängig davon eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 25 TV-Tanz-FSP nicht mehr erreichen. Und selbst wenn eine allgemeine Nichtverlängerungspraxis vor Bestandsschutzeintritt vorläge, begründete sie allenfalls eine Indizwirkung für ein

entsprechendes Gebaren der Beklagten, die aber vorliegend durch die genannten Umstände im Zusammenhang mit der streitigen Nichtverlängerungsmitteilung entkräftet wäre.“ (Rn. 48)

LAG Köln, Urteil vom 10. September 2014 – 11 Sa 786/13 –

Aufhebungsklage – Wirksame Nichtverlängerungsmitteilung – Chorleiterin

Aufhebungsklagende Person	Arbeitnehmerin; Leiterin des Chorbüros
Aufhebungsbeklagte	Arbeitgeberin; Staatsoper
Betrieb	Oper
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Bühne.
Entscheidung	Die Aufhebungsklage der Klägerin war erfolglos. Die Schiedsgerichte haben die Nichtverlängerungsmitteilung, sowie die ursprüngliche Befristung der Nichtverlängerungsmitteilung zutreffend für rechtswirksam gehalten.
Normen	§ 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG, § 14 Abs. 4 TzBfG, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, § 1 TVG, § 242 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 23. August 2013, 1 Ha 23/12, Urteil
Nachgehend	BAG, 8. Dezember 2016, 7 AZR 112/15, sonstige Erledigung: Vergleich

Die Gesamtdauer und die Anzahl der befristeten Arbeitsverträge - hier: durchgehende befristete Beschäftigung über einen Zeitraum von 14 Jahren als Leiterin des Chorbüros auf der Grundlage von vier befristeten Arbeitsverträgen - indiziert im Geltungsbereich des NV Bühne vor dem Hintergrund der in Art 5 Abs. 3 S. 1 GG niedergelegten Kunstfreiheit noch keinen Gestaltungsmissbrauch

„War demnach die Befristung aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt, verfängt auch nicht der Einwand des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB), den die Klägerin ausschließlich darauf stützt, dass die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG nicht vorliegen. Sonstige Umstände zur Begründung dieses Einwands hat sie nicht vorgetragen. Sie hat sich nicht auf weitere Indizien zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs berufen. Die Gesamtdauer und die Anzahl der befristeten Arbeitsverträge – hier: durchgehende befristete Beschäftigung über einen Zeitraum von 14 Jahren als LdC auf der Grundlage von vier befristeten Arbeitsverträgen - indiziert im Geltungsbereich des NV Bühne vor dem Hintergrund der in Art 5 Abs. 3 Satz 1 GG niedergelegten Kunstfreiheit noch keinen Gestaltungsmissbrauch. Bei der Gesamtwürdigung, ob ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt, ist der in Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre Rechnung zu tragen (vgl. z.B.: BAG, Urt. v. 19.02.2014 – 7 AZR 260/12 – m. w. N.).“ (Rn. 33)

Aufhebungsklage – Befristung – Nichtverlängerungsmitteilung – Theater

Aufhebungsklagende Person	Arbeitnehmer; Chorleiter
Aufhebungsbeklagte	Arbeitgeber; Betreiber des Theaters
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Solo.
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war erfolglos.
Normen	§ 110 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 74 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 110 Abs. 3 ArbGG, § 3 Abs. 2 AGG, § 1 Abs. 1 AGG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 5. März 2013, 16 Ha 20/12, Urteil
Nachgehend	–

Die Anhörung eines Künstlers zur Nichtverlängerungsmitteilung wegen Intendanzwechsel hat durch diejenige Intendanz zu erfolgen, die für die künstlerische Ausrichtung des Theaters in der kommenden und den nachfolgenden Spielzeiten verantwortlich ist. Ob der Anstellungsvertrag der bisherigen Intendanz formal noch besteht, ist demgegenüber unerheblich.

„Die Anhörung eines Künstlers zur Nichtverlängerungsmitteilung wegen Intendantenwechsel hat durch diejenige/denjenigen Intendantin/Intendanten zu erfolgen, die/der für die künstlerische Ausrichtung des Theaters in der kommenden und den nachfolgenden Spielzeiten verantwortlich ist. Ob der Anstellungsvertrag des bisherigen Intendanten formal noch besteht, ist demgegenüber unerheblich. Dass der bisherige Intendant R im Zeitpunkt der Anhörung und auch im Zeitpunkt des Zugangs der Nichtverlängerungsmitteilung beim Kläger noch in einem Anstellungsverhältnis zur Beklagten stand, ist demgegenüber ohne Belang.“ (Rn. 51, 52)

Nichtverlängerungsmitteilung – Zuständigkeit der Bühnenschiedsgerichte – Vereinbarung durch Schiedsabrede

Klagende Person	Arbeitnehmer; Chordirektor
Antragsgegner	Arbeitgeber; Rechtsträger des beschäftigenden Theaters (Stadt C)
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	<i>„Es kann [...] offen bleiben, ob die Parteien die Geltung eines und ggf. welchen Normalvertrags vereinbart haben und ob dieser Vereinbarung ein dynamischer oder</i>

	<i>statischer Charakter beizumessen ist.“ (Rn. 84)</i>
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war erfolglos.
Normen	§ 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Bamberg, 5. Dezember 2011, 4 Ca 719/11, Urteil
Nachgehend	–

Streitgegenstand

Die Parteien streiten um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer von der Beklagten ausgesprochenen Nichtverlängerungsmitteilung gemäß § 61 NV Bühne. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium streiten die Parteien insbesondere über die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit bzw. der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit.

Leitsatz

Für eine die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 101 Abs. 2 Satz 3 ArbGG ausschließende Schiedsabrede genügt es, wenn Arbeitgeber und Bühnenmitglied ausdrücklich und schriftlich die Geltung der Bühnenschiedsgerichtsordnung (BSchGO) vereinbart haben. Die Vereinbarung sonstiger für Bühnenmitglieder geltender Tarifverträge, insb. des Normalvertrags Bühne (NV Bühne), ist nicht erforderlich. (vgl. Rn.62, 84)

Wirksamer Ausschluss des Arbeitsgerichtswegs

„Die Klage ist bereits unzulässig, da der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten rechtswirksam nach §§ 101 Abs. 2, 102 Abs. 1 ArbGG ausgeschlossen worden ist. Dies hat das Erstgericht zutreffend erkannt und ausführlich begründet. Es kann allerdings offen bleiben, ob auf das Arbeitsverhältnis der NV Bühne Anwendung findet. Denn jedenfalls haben die Parteien mit der Formulierung „Für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis sind die Bühnenschiedsgerichte zuständig“ zulässigerweise die Anwendung der Bühnenschiedsgerichtsordnung/GDBA unter Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit vereinbart.“

b. Kündigungen

[BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 2 AZR 9/10 –](#)

Betriebsbedingte Kündigung – Kulturorchester

Klagende Person	Arbeitnehmer; Instrumentalist (Waldhorn)
Beklagte	Arbeitgeber; Betreiber eines Theaters und eines Orchesters
Betrieb	Orchester

Anstellungsverhältnis	Nach Parteivereinbarung bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der jeweils geltenden Fassung und den ihn ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen.
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos. Das Arbeitsverhältnis wurde durch die Kündigung wirksam beendet.
Normen	§§ 80 ff. BGB, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, § 1 Abs. 2 KSchG, § 1 TVG, § 626 Abs. 1 BGB, § 7 KSchG, § 102 BetrVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Eisenach, 6. November 2008, 5 Ca 961/07, Urteil Thüringer LAG 1. Kammer, 25. August 2009, 1 Sa 1/09, Urteil
Nachgehend	–

Kündigung bedurfte keines wichtigen Grundes

„Bei der in § 42 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a TVK geregelten Kündigung handelt es sich nicht um eine außerordentliche, sondern um eine ordentliche Kündigung (so schon für die Vorgängerregelung: Senat 20. März 1969 - 2 AZR 106/68 - AP TOK § 23 Nr. 2). Sie bedurfte deshalb keines wichtigen Grundes iSd. § 626 Abs. 1 BGB.“

Gerichtliche Kontrolle beschränkt sich bei betriebsbedingter Kündigung auf Rechtsmissbrauch

„Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist und nicht auf Rechtsmissbrauch beruht (Senat 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 177 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 160; 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 130 = EzA KSchG § 2 Nr. 62). Deshalb hat im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und im Streitfall zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die Maßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61; 22. April 2004 - 2 AZR 385/03 - BAGE 110, 188; 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - BAGE 115, 149). Dabei zielt die Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung durch das Gericht weder darauf ab, dem Arbeitgeber organisatorische Vorgaben zu machen, noch darf sie dazu dienen, die Stichhaltigkeit der Erwägungen zu prüfen, die den Arbeitgeber gerade zu dem von ihm gewählten Konzept geführt haben. Es geht in diesem Zusammenhang allein um die Verhinderung von Missbrauch (Senat 22. Mai 2003 - 2 AZR 326/02 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126). Verstöße gegen gesetzliche und tarifliche Normen (vgl. dazu Senat 18. Dezember 1997 - 2 AZR 709/96 - BAGE 87, 327) sollen genauso verhindert, wie Diskriminierung und Umgehungsfälle vermieden werden. Deshalb ist es zB

missbräuchlich, einen Arbeitnehmer durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen bei unverändertem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen (Senat 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31; 22. April 2004 - 2 AZR 385/03 - aaO) oder abstrakte Änderungen von Organisationsstrukturen, denen keine tatsächliche Änderung der realen Abläufe zugrunde liegt, zu benutzen, um den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zum Nachteil von Arbeitnehmern zu ändern oder Arbeitsverhältnisse zu beenden.“

Die unternehmerische Organisationsentscheidung muss aus künstlerisch-ästhetischen Gesichtspunkten nicht überzeugen

„Daran gemessen ist die unternehmerische Entscheidung der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat die finanzielle Zwangslage, in die sie durch die vom Freistaat Thüringen angekündigte Reduzierung der staatlichen Förderung geriet, dargestellt. Ihr Konzept, nur noch ein Rumpforchester aus festangestellten Instrumentalisten zu behalten und bei Bedarf die benötigten weiteren Künstler zusätzlich zu engagieren, ist nachvollziehbar, wenn es auch manchen nach künstlerisch-ästhetischen Gesichtspunkten Urteilenden nicht überzeugen mag. Dass die Neuordnung etwa nur unter Verletzung arbeitsrechtlicher Vorgaben zu verwirklichen gewesen wäre oder gar dem Zweck gedient hätte, kündigungsrechtliche Vorschriften - zB die der Sozialauswahl - zu umgehen, hat der Kläger in den Vorinstanzen zwar gelegentlich allgemein geltend gemacht. Konkrete Anhaltspunkte dafür sind aber nicht ersichtlich. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das Konzept sei - jenseits ins Dunkle reichender Vermutungen - nicht gegen den Kläger gerichtet, hat dieser in der Revision nicht angegriffen.“

[LAG Köln, Urteil vom 17. August 2010 – 12 Sa 164/10 –](#)

Nichtverlängerungsmitteilung – Verhinderung des Bestandsschutzes nach § 61 NV Bühne
– Rechtsmissbrauch

Klagende Person	Arbeitgeberin; Staatstheater (Land)
Beklagte	Arbeitnehmer; Beschäftigter Ballettdirektor und Choreograph
Betrieb	Ballett
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Bühne.
Entscheidung	Die Revision des klagenden Landes war erfolglos. Die Nichtverlängerungsmitteilung war unwirksam.
Normen	§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 557 Abs. 3 S. 2 ZPO, § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO, § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 1 Abs. 1 TVG, § 242 BGB, § 138 Abs. 1 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 18. November 2009, 18 Ha 2/09, Urteil

Nachgehend	BAG, 9. März 2011, 7 AZN 1041/10, Beschluss: Stattgabe (nicht dokumentiert) BAG, 13. Februar 2013, 7 AZR 226/11 (nicht veröffentlicht)
-------------------	---

Leitsätze

1. [...]
2. Der Eintritt des erhöhten Bestandsschutzes bei einem länger als 15 Jahre andauerndem Arbeitsverhältnis nach § 61 Abs. 3 NV-Bühne alleine kann nicht Grund für eine Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses sein. Soweit im Hinblick auf den dann absehbaren langjährigen Fortbestand Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Bühnenmitglieds in der Zukunft bestehen, sind diese im Anhörungsgespräch gesondert dem betroffenen Arbeitnehmer mitzuteilen bzw. zu begründen, wenn hierauf die Nichtverlängerung gestützt werden soll.

Zum Umfang der Anhörungspflicht

Der Arbeitgeber muss, bevor er eine Nichtverlängerungsmitteilung ausspricht, dem Arbeitnehmer die maßgeblichen Gründe dafür mitteilen, damit dieser sachlich Stellung nehmen und seine Gegenargumente vorbringen kann. Dabei reicht der bloße Hinweis darauf, dass die Nichtverlängerung aus künstlerischen oder ähnlichen, die Qualität und die Leistung des Bühnenmitglieds betreffenden Gründen geboten sei, nicht aus. Vielmehr bedarf es einer auf die Person des betroffenen Bühnenmitglieds bezogenen, konkreten und nachvollziehbaren Begründung für die beabsichtigte Nichtverlängerung (BAG, Urteil vom 23.01.1986 - 2 AZR 111/85 - zitiert nach juris, Rdnr. 25; BAG, Urteil vom 18.08.1986 - 7 AZR 448/85). Bei der Prüfung, ob die Begründung für die Nichtverlängerung diesen Anforderungen gerecht geworden ist, steht dem Bühnenoberschiedsgericht als Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu (BAG, Urteil vom 18.08.1986 - 7 AZR 418/85 - zitiert nach juris, Rdnr. 27). Eine nicht ordnungsgemäße Anhörung hat die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung zur Folge (BAG, Urteil vom 11.03.1982 - 2 AZR 233/81 - zitiert nach juris, Rdnr. 45). (Rn. 41)

Fehlen personenbezogener Gründe

„Geht man aber mit dem Bühnenoberschiedsgericht davon aus, dass lediglich das Erreichen der 15 Jahres-Grenze als Begründung für die beabsichtigte Nichtverlängerungsmitteilung genannt wurde, fehlt es gerade an der Nennung konkreter, auf die Person des Beklagten bezogener Gründe für die beabsichtigte Nichtverlängerung. Soweit das klagende Land darauf hinweist, dass gerade das Erreichen der 15-Jahres-Grenze im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Bühnenmitglieds ein Grund für eine Nichtverlängerungsmitteilung darstellen könne und somit auf die Person des Bühnenmitglieds bezogene Gründe impliziere, ist darauf hinzuweisen, dass nicht jede wegen des Erreichens der 15-Jahres-Grenze ausgesprochene Nichtverlängerungsmitteilung ihren Grund in Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Bühnenmitglieds haben muss. Die Begründung einer Nichtverlängerungsmitteilung mit dem Erreichen der 15-Jahres-Grenze impliziert daher keineswegs, dass Zweifel an der Leistungsfähigkeit bestehen. Insofern hätten solche schon explizit im Rahmen der Begründung der Nichtverlängerungsmitteilung angesprochen werden müssen.“ (Rn. 42)

Der Ausspruch einer Nichtverlängerungsmitteilung zur Verhinderung des Eintritts des Bestandschutzes ist rechtswidrig

„Schließlich ist auch die Annahme des Bühnenoberschiedsgerichts, eine nur mit dem Erreichen der 15-Jahres-Grenze erfolgte Nichtverlängerungsmitteilung sei rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), nicht zu beanstanden. Das Bundesarbeitsgericht hat angenommen, dass eine Gesetzesumgehung vorliege, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt werde, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, d. h. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnormen sachlich gerechtfertigten Grund, verwendet werden. Eine Kündigung, mit der gerade der Eintritt der Unkündbarkeit verhindert werden solle, sei funktionswidrig und unwirksam (BAG, Urteil vom 20.07.1989 - 2 AZR 515/88 - zitiert nach juris, Rdnr. 15 - 16). Dementsprechend wird auch bei Nichtverlängerungsmitteilungen angenommen, dass diese nicht rechtsmissbräuchlich verwendet werden dürfen, z. B. zur Verhinderung des Eintritts der Rechtsfolgen bei mehr als 15jährigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses (Nix, Hegemann, Hemke, Normalvertrag Bühne, 1. Auflage 2008/Braun, § 61, Rdnr. 38). § 61 Abs. 3 NV-Bühne hat den Sinn, langjährig beschäftigten Bühnenmitgliedern einen hohen Bestandsschutz zu verleihen. Dieser Sinn würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn die Vorschrift zum Anlass genommen werden könnte, alleine wegen des Eintritts des besonderen Schutzes eine Nichtverlängerungsmitteilung auszusprechen. Eine deshalb ausgesprochene Nichtverlängerungsmitteilung hätte lediglich den Sinn, den Zweck des § 61 Abs. 3 NV-Bühne zu umgehen, und wäre deshalb rechtsmissbräuchlich.“ (Rn. 44)



BAG, Urteil vom 13. April 2000 – 2 AZR 259/99 –

Außerordentliche Kündigung – NV Bühne – Theater

Klagende Person	Arbeitnehmer; Direktor und Schauspieler beim Theater
Beklagte	Arbeitgeber; Nationaltheater der Stadt M (während des Verfahrens in einen Eigenbetrieb umgewandelt worden)
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Solo.
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos. Das Arbeitsverhältnis wurde durch die außerordentliche Kündigung wirksam beendet.
Normen	§ 626 BGB, § 95 PersVG BW, § 110 ArbGG, § 1 TGV
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 27. Mai 1998, 10 Ca 8971/97, Urteil LAG Köln 12. Kammer, 26. Februar 1999, 12 Sa 1136/98, Urteil
Nachgehend	–

Zur außerordentlichen Kündigung gegenüber tariflich unkündbaren Arbeitnehmenden

„Da das Arbeitsverhältnis des Klägers unabhängig davon, ob es überhaupt beendet werden konnte, durch Nichtverlängerungsmitteilung nach § 2 Abs. 2 TVM jedenfalls nicht vor Ende der nächsten Spielzeit (1996/1997) ordentlich beendet werden konnte, setzt eine Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten zum Ende der laufenden Spielzeit zunächst einmal voraus, daß nach § 626 BGB bzw. § 15 NV-Solo eine außerordentliche Kündigung auch dann zulässig ist, wenn im Kündigungszeitpunkt mit hinreichender Sicherheit feststeht, daß eine Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers zwar nicht sofort, aber ab einem bestimmten Zeitpunkt, der noch vor der ersten Möglichkeit der ordentlichen Beendigung liegt, unzumutbar wird. Dies ist zu bejahen. Zur außerordentlichen Kündigung gegenüber tariflich unkündbaren Arbeitnehmern und gegenüber Betriebsratsmitgliedern hat der Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB auch dann vorliegen kann, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Betreffenden zwar für die Dauer einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist zumutbar, die Weiterbeschäftigung darüber hinaus (ggf. bis zur Erreichung des Pensionsalters) aber unzumutbar ist (BAG 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - AP BGB § 626 Nr. 150 mwN; BAG 18. September 1997 - 2 ABR 15/97 - AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 35).“ (Rn. 39, 40)

Besonderheiten von Bühnenarbeitsverhältnisse; großer Beurteilungsspielraum der Intendanz

„Das Bühnenoberschiedsgericht hat entscheidend darauf abgestellt, die bewußt und gewollt falsche Darstellung des Klägers in der Presse sei gegenüber dem neuen Generalintendanten in höchstem Maße illoyal gewesen und habe nach den vorangegangenen Verhandlungen einen so schwerwiegenden Vertrauensbruch dargestellt, daß es dem neuen Intendanten unzumutbar gewesen sei, in der nächsten Spielzeit weiter mit dem Kläger zusammenzuarbeiten; zu den leitenden Mitarbeitern des Hauses müsse der Bühnenleiter ein besonderes Vertrauensverhältnis haben, wenn eine fruchtbare Zusammenarbeit für den Erfolg des Theaters gewährleistet werden solle; dieses Vertrauensverhältnis habe der Kläger nachhaltig zerstört. Diese Wertung berücksichtigt vor allem die Besonderheiten von Bühnenarbeitsverhältnissen, bei denen an die Zusammenarbeit der einzelnen Künstler im Interesse des künstlerischen Gesamtzwecks besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. Der entsprechenden Wertung durch das Bühnenoberschiedsgericht, dem als Tatsachengericht bei der Beurteilung künstlerischer Belange ein besonders großer Beurteilungsspielraum zukommt, folgt der Senat. Gerade der Intendant als Verantwortlicher für die künstlerischen Belange des Theaters ist auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem ihm unterstellten Leitungsteam dringend angewiesen. Daran ändert es nichts, daß der Kläger ab der neuen Spielzeit mit anderen Aufgaben betraut werden sollte. Auch dabei handelte es sich um Leitungsaufgaben. Auch der Ausschluß der ordentlichen Beendigungsmöglichkeit kann angesichts der Schwere des Vertragsverstoßes zugunsten des Klägers bei der Interessenabwägung nicht den Ausschlag geben. Der Kläger hat durch sein bewußt illoyales Verhalten selbst einer weiteren vertrauensvollen Zusammenarbeit die Grundlage entzogen.“ (Rn. 57)

Anmerkung: Offen bleibt, was es konkret für Arbeitsverhältnisse bedeutet, dass „an die Zusammenarbeit der einzelnen Künstler im Interesse des künstlerischen Gesamtzwecks besonders hohe Anforderungen zu stellen sind“. Das Gericht geht von Besonderheiten

bei Bühnenarbeitsverhältnissen aus, die keinesfalls Notwendigkeiten darstellen, sondern eher das Ergebnis einer Praxis sind.

BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 228/82 –

Orchester – Kündigung – Kunstfreiheit – Abmahnung

Klagende Person	Arbeitnehmer; Orchestermusiker in der Probezeit
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiber eines Philharmonischen Orchesters
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Auf das Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) Anwendung.
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolglos. Das Arbeitsverhältnis wurde nicht durch ordentliche Kündigung beendet.
Normen	§ 1 Abs. 2 KSchG vom 25.08.1969, Art. 5 GG, § 50 Abs. 1 S. 2 ArbGG vom 02.07.1979, § 64 Abs. 8 ArbGG vom 02.07.1979, § 69 Abs. 1 S. 2 ArbGG vom 02.07.1979, § 60 Abs. 4 S. 3 ArbGG vom 02.07.1979, § 551 Nr. 7 ZPO, § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Nürnberg, 26. November 1980, 3 Ca 208/80 LAG Nürnberg, 10. Dezember 1981, 5 Sa 21/81
Nachgehend	–

Leitsatz

Die gebotene Berücksichtigung der grundrechtlich verbürgten Kunstfreiheit (Art 5 Abs 3 Satz 1 GG), die auch die subjektiv-künstlerischen Vorstellungen des Orchesterträgers bzw. -leiters umfaßt, führt nicht dazu, daß bei einer gegenüber einem künstlerischen Tendenzträger (hier: Orchestermusiker) innerhalb der - die Wartefrist des § 1 Abs 1 KSchG übersteigenden - Probezeit erklärten ordentlichen Kündigung das Erfordernis der vorherigen Abmahnung entfällt.

Das Erfordernis einer vorherigen, vergeblichen Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung und der Zweck der Probezeit widersprechen sich nicht

„Die Erprobungsfunktion der Probezeit für den Arbeitgeber und die Beanstandungsfunktion der Abmahnung für den Arbeitnehmer ergänzen sich dadurch, daß die vom Arbeitgeber während der Probezeit festgestellten Eignungs- und Leistungsmängel dem Arbeitnehmer

aufzuzeigen sind und ihm dadurch Gelegenheit gegeben wird, den Erwartungen und Anforderungen des Arbeitgebers noch bis zum Ablauf der Probezeit zu genügen. Die der Abmahnung innewohnende Warn- und Ankündigungsfunktion erfordert zwar, daß dem Arbeitnehmer die beabsichtigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen nicht genügender Eignung und Befähigung deutlich gemacht wird, berührt aber nicht die in der Probezeit durch kürzere Kündigungsfristen gegebene schnellere Lösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses. Das Erfordernis der Abmahnung steht daher nicht im Widerspruch zu den mit der Vereinbarung einer Probezeit verfolgten Zwecksetzungen, sondern verlangt vom Arbeitgeber lediglich, die Eignung und Befähigung des Arbeitnehmers für die Probezeit zu beurteilen und im Falle negativer Beurteilung dies dem Arbeitnehmer unter Hinweis auf eine deswegen beabsichtigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitzuteilen (vgl. auch Bunge, Anm. zu BAG EzA § 620 BGB Nr. 34, unter II 1 c).“ (Rn. 31)

Die Kunstfreiheit lässt das Erfordernis der vorherigen Abmahnung in der Probezeit nicht entfallen; Eignungsmängel im subjektiv-künstlerischen Bereich können behebbar sein

„Für die Frage der Eignung und Befähigung eines Orchestermusikers spielen neben dessen fachlicher Qualifikation auch die - durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten - subjektiven künstlerischen Vorstellungen des Orchesterträgers bzw. -leiters sowie die Befähigung zur Zusammenarbeit mit den anderen Orchestermitgliedern eine nicht unerhebliche Rolle. Der Senat verkennt nicht, daß sich die fehlende Eignung eines Orchestermusikers wegen der subjektiv-künstlerischen Aspekte häufig nicht anhand von konkreten Tatsachen aufzeigen läßt. Es kann daher vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, daß in diesem mehr subjektiv-künstlerischen Bereich liegende Eignungsmängel im einzelnen bezeichnet werden. Diese die Beanstandungsfunktion einer Abmahnung betreffenden Einschränkungen, die sich im Kündigungsschutzprozeß zugunsten geringerer Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers auswirken, ohne daß lediglich pauschale Bewertungen schon als ausreichender Vortrag anzusehen wären (vgl. auch Freitag, aaO, S. 34), berühren aber nicht die Warn- und Ankündigungsfunktion der Abmahnung. Denn wenn auch die aus einer mehr subjektiv-künstlerischen Beurteilung sich ergebenden Eignungsmängel sich nicht immer konkret bezeichnen lassen und daher schwerer als rein fachliche Leistungsmängel zu beheben sein werden, so kann auch hier ein Hinweis genügen, um den Anforderungen gerecht zu werden (vgl. auch BAG Urteil vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, unter 4 d der Gründe). Es kann daher nicht allgemein davon ausgegangen werden, Eignungsmängel im subjektiv-künstlerischen Bereich seien überhaupt nicht behebbar, und eine Abmahnung sei stets wegen Erfolglosigkeit entbehrlich.“ (Rn. 33)

c. Widerruf der Tätigkeit

BAG, Urteil vom 9. Februar 2005 – 5 AZR 209/04 –

Orchester – Solo-Klarinettistin – Widerrufsrecht – Billigkeitskontrolle –
Berufsausübungsfreiheit – Willkürkontrolle

Klagende Person	Arbeitnehmer; Musiker (Solo-Klarinettist) im Philharmonischen Orchester
-----------------	--

Beklagter	Arbeitgeberin; Altenburg-Gera Theater GmbH
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der jeweils geltenden Fassung und die ihn ergänzenden, ändernden und an seine Stelle tretenden Tarifverträge Anwendung.
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Die Beklagte hat, die dem Kläger übertragene, Tätigkeit eines Solo-Klarinettisten wirksam widerrufen.
Normen	§ 315 BGB, § 242 BGB, Art. 12 GG, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Gera, 18. Dezember 2002, 7 Ca 1623/01, Urteil Thüringer LAG 8. Kammer, 16. Februar 2004, 8 Sa 31/03, Urteil
Nachgehend	–

Billigkeitskontrolle verfassungsrechtlich nicht geboten

„Eine Billigkeitskontrolle ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten. Durch das im TV Musiker Altenburg-Gera enthaltene Recht der Beklagten, die übertragene Solistentätigkeit frei widerrufen zu können, werden die betroffenen Arbeitnehmer nicht in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit verletzt. Insoweit ist zu beachten, dass es nach dem Zusammenschluss der beiden Orchester zu einer Doppelbesetzung der Solistenstellen kam. Die Auflösung dieser Doppelbesetzungen führte notwendig zum Wegfall einer der beiden Solistenstellen in jeder Instrumentengruppe. Durch den Widerruf wird deshalb immer einer der beiden Solisten in seiner Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt. Darüber hinaus steht dem Grundrecht der Arbeitnehmer auf Seiten der Beklagten die durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG geschützte unternehmerische Entscheidung gegenüber, nur mit einem Solisten in jeder Instrumentengruppe zu arbeiten. Beide kollidierenden Grundrechtspositionen sind im Wege praktischer Konkordanz zum Ausgleich zu bringen. Das ist hier durch das von den Tarifvertragsparteien in § 1 Nr. 5 TV Musiker Altenburg-Gera geregelte abgestufte Verfahren erfolgt. Die betroffenen Musiker konnten ihre Interessen angemessen einbringen, weil ihrer Einigung auf einen Solisten nach dem Tarifvertrag Vorrang vor der Entscheidung der Beklagten zukam. Nur wenn sich die Musiker nicht auf einen Solisten verständigten, kam dem Generalintendanten das Bestimmungsrecht zu. Dieses Verfahren hat die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung erfasst und sie so begrenzt, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam wurden.“

Keine Willkürkontrolle bei Widerrufsrecht

„Die Ausübung des Widerrufs unterliegt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keiner Willkürkontrolle (§ 242 BGB) nach den Maßstäben, die der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Kündigung in Kleinbetrieben entwickelt hat. Diese Grundsätze sind auf die Ausübung des Widerrufsrechts nicht übertragbar. [...] Durch den hier erfolgten Widerruf ist der Bestand des Arbeitsverhältnisses des Klägers nicht gefährdet worden. Gegenstand des Widerrufs ist die zuvor erfolgte Übertragung der Tätigkeit als Solist. Dieser Teil der Arbeitspflicht ist nach dem Widerruf weggefallen. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses ist davon unberührt geblieben. Der Kläger spielt weiterhin Klarinette.“ (Rn. 23, 25)

d. Auflösende Bedingung

BAG, Urteil vom 2. Juli 2003 – 7 AZR 612/02 –

Arbeitsvertragliche Vereinbarung – Wirksamkeit einer auflösenden Bedingung – Wegfall der Rolle – Fernsehserie

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Schauspielerin
Beklagte	Arbeitgeberin; Produzentin einer Fernsehserie im Auftrag eines Fernsehsenders
Betrieb	Schauspiel/ Fernsehen
Anstellungsverhältnis	Privatrechtlicher Arbeitsvertrag
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war erfolglos. Das Arbeitsverhältnis ist aufgrund der vertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung geendet.
Normen	§ 1 Abs. 1 KSchG, § 133 BGB, § 157 BGB, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 GG, § 158 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Potsdam 4. Kammer, 26. Juli 2001, 4 Ca 813/01, Urteil LAG Brandenburg 7. Kammer, 26. Juni 2002, 7 Sa 568/01 und 7 Sa 726/01, ..., Urteil
Nachgehend	BVerfG, 2. August 2004, 1 BvR 2023/03, Beschluss (nicht veröffentlicht)

Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bei sachlichem Grund grundsätzlich zulässig

„Die Parteien können die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses von dem Eintritt einer auflösenden Bedingung abhängig machen. Bei einer auflösenden Bedingung handelt es sich wie bei der Zeit- oder Zweckbefristung um eine zulässige Vertragsgestaltung. Sie darf jedoch nicht objektiv funktionswidrig dazu verwendet werden, dem Arbeitnehmer den zwingenden Schutz des gesetzlichen Kündigungsrechts zu nehmen (BAG 11. Oktober 1995 - 7 AZR 119/95

- BAGE 81, 148 = AP BGB § 620 Bedingung Nr. 20 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 11, zu 1 a der Gründe; 20. Oktober 1999 - 7 AZR 658/98 - AP BGB § 620 Bedingung Nr. 25 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 14, zu 2 a der Gründe). Deshalb bedarf eine auflösende Bedingung zu ihrer Wirksamkeit eines sachlichen Grundes (BAG 26. Juni 1996 - 7 AZR 674/95 - AP BGB § 620 Bedingung Nr. 23 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 12, zu II der Gründe). Bei dem Eintritt einer auflösenden Bedingung endet das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf einer der jeweils einschlägigen zwingenden Mindestkündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist (BAG 25. August 1999 - 7 AZR 75/98 - BAGE 92, 245 = AP BGB § 620 Bedingung Nr. 24 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 13, zu II 4 der Gründe).“

Befristung und auflösende Bedingung wegen Kunstfreiheit gerechtfertigt

„Dem durch Art. 12 GG geschützten Interesse der Klägerin am Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses stehen nicht nur die grundrechtlich geschützten Positionen der Beklagten aus Art. 2, Art. 12 und Art. 14 GG, sondern auch ihre durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit als Herstellerin eines Kunstwerks gegenüber. Bei der von ihr produzierten Fernsehserie handelt es sich unabhängig von ihrem Niveau oder ihrem künstlerischen Wert um eine freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formsprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden, und damit um ein Kunstwerk iSd. Art. 5 Abs. 3 GG (BVerfG 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - BVerfGE 30, 173 = NJW 1971, 1645, zu C III 1 der Gründe). Diese verfassungsrechtlich verbürgte künstlerische Gestaltungsfreiheit der Beklagten in Form einer flexiblen Reaktion rechtfertigt neben der Befristung des Vertrags vom 15. September 1999 auch die vereinbarte auflösende Bedingung. Die Befristung von Arbeitsverträgen mit künstlerisch tätigen Arbeitnehmern wie Theaterschauspielern, Kapellmeistern, Choreographen oder Dramaturgen, die sich regelmäßig auf die Spielzeit von einem Jahr erstreckt, ist bereits deswegen sachlich gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber auf diese Weise die künstlerischen Vorstellungen des Intendanten verwirklichen und dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums Rechnung tragen kann (BAG 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - BAGE 89, 339 = AP BGB § 611 Bühnengagementsvertrag Nr. 53 = EzA TVG § 4 Bühnen Nr. 6, zu 1 b der Gründe). Gegenüber der Tätigkeit einer Schauspielerin an einer festen Bühne, die für ein Repertoire verschiedener Theaterstücke engagiert wird, unterscheidet sich die Arbeit der Klägerin bei der Beklagten durch den besonders engen Zuschnitt ihrer Beschäftigungsmöglichkeit. Diese hängt ausschließlich davon ab, ob ihre Rolle in der Fernsehserie enthalten ist. Denn die in dem Vertrag vom 15. September 1999 einschließlich der Nebenabreden über Merchandising und Musikproduktion vereinbarten Rechte und Pflichten der Klägerin beziehen sich ausschließlich auf die Produktion einer ganz bestimmten Fernsehserie und auf eine ganz bestimmte Rolle innerhalb dieser Serie. Das rechtfertigt neben der Befristung des Vertrags zusätzlich die vereinbarte auflösende Bedingung zur Durchführung künstlerischer Vorhaben

3. Arbeitnehmendeneigenschaft

Machtmissbrauchsdimensionen

Arbeitnehmende befinden sich in einem formalen Unterordnungsverhältnis zu ihren Arbeitgebende; damit geht Macht und ein Abhängigkeitsverhältnis einher. Sie sind im Gegensatz zu selbstständig Tätigen weisungsgebunden. Dafür unterliegen sie

Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmende und haben z.B. Urlaubsansprüche oder einen Anspruch auf Bezahlung im Krankheitsfall. Insbesondere ist an den Status „Arbeitnehmer*in“ die Sozialpflichtigkeit geknüpft, davon hängen Ansprüche auf Arbeitslosengeld, Rente und Krankenversicherung ab. Mangelnde soziale Absicherung und sozio-ökonomische Bedürftigkeit schwächen die Verhandlungsposition gegenüber Arbeitgebende und begünstigen Machtmissbrauch. Die Verwehrung einer sozialpflichtigen Beschäftigung und scheinselbstständige Tätigkeiten sind eine Ausprägung des Machtmissbrauchs und können rechtsmissbräuchlich sein. Die Nichtleistung von Sozialabgaben wird bei Bekanntwerden durch staatliche Behörden sanktioniert

BAG, Urteil vom 27. Juni 2017 – 9 AZR 133/16 –

Arbeitnehmerüberlassung – Fiktion eines Arbeitsverhältnisses – Auslegung eines Vertrags als Dienstvertrag

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Presse- und Öffentlichkeitsarbeit
Beklagte	Arbeitgeberin; öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt
Betrieb	Rundfunk
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Es besteht kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien.
Normen	§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG vom 28.04.2011, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG vom 28.04.2011
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Berlin, 25. November 2014, 16 Ca 6379/14, Teilurteil LAG Berlin-Brandenburg 21. Kammer, 5. November 2015, 21 Sa 2326/14, Urteil
Nachgehend	BVerfG, 7. März 2018, 1 BvR 2496/17, Beschluss (nicht zur Entscheidung angenommen)

Streitgegenstand

Die Klägerin war zunächst als Praktikantin bei der Beklagten tätig. Sie schloss mit einer Tochtergesellschaft der Beklagten mehrere Rahmenvereinbarungen und führte weiterhin Tätigkeiten für die Beklagte aus. Die Tochtergesellschaft erteilt der Klägerin bei der Beklagten eine Dienstanweisung. Die Parteien streiten darüber, ob zwischen der Klägerin und der Beklagten nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF wegen der Überlassung zur Arbeitsleistung ein Arbeitsverhältnis besteht.

Differenzierung Arbeitnehmerüberlassung/ Tätigwerden für einen Dritten aufgrund Dienst- oder Werkvertrages

„Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Dritten verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 30; 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 27; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14).“ (Rn. 27)

Für die Abgrenzung, ob ein Dienst- oder Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist auch auf die Unternehmensstruktur des Dienstleistungserbringers bzw. Werkunternehmers abzustellen. Dieser muss über die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügen, eine vertraglich vereinbarte Dienst- oder Werkleistung zu erbringen und den hierfür eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. Insgesamt muss das Unternehmen eine Struktur aufweisen, die ihm eine Tätigkeit ermöglicht, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgeht und ihn in die Lage versetzt, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen. Fehlt es daran und ist zudem der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt, dass er erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor (BAG 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - zu III 2 b der Gründe mwN, BAGE 78, 252). Besteht die Leistung des Unternehmers auch in personeller Hinsicht nur darin, dass er einzelne Arbeitnehmer dem Auftraggeber zur Verfügung stellt, ohne dass hierfür in relevantem Umfang Dispositionen oder Planungen erforderlich sind, fehlt es unter Umständen ganz an einer unternehmerischen Dienstleistung. Je weniger auch auf der personellen Seite eine eigene unternehmerische Initiative vorliegt, umso eher ist bei eingeschränkter unternehmerischer Sachverantwortung die Annahme nahe liegend, dass es sich bei der vertraglichen Abrede tatsächlich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt (BAG 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - zu B IV 1 der Gründe). (Rn. 45)

Differenzierung arbeitsvertragliche Weisungsbefugnis/werkvertragliche Anweisung

„Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung iSd. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterscheiden. Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und weiterhin die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind (vgl. BAG 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - zu B II 2 c der Gründe mwN).“ (Rn. 28)

Theater – Fotograf – Arbeitsverhältnis – Persönliche Abhängigkeit

Anmerkung: Der Arbeitnehmendenbegriff wurde 2017 durch Einführung des § 611a BGB gesetzlich definiert. Die Definition geht von der Konkretisierung des Arbeitsvertrags anhand der in der Rechtsprechung typologisch herausgearbeiteten Oberbegriffe der Weisungsgebundenheit und organisatorischen Eingliederung aus.

Klagende Person	Arbeitnehmer; Fotograf
Beklagte	Arbeitgeberin; Theatergemeinschaft
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	streitig
Entscheidung	Die Revision des Klägers war erfolglos.
Normen	§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB, § 611 Abs. 1 BGB
Gerichtbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Düsseldorf, 16. Juli 1987, 13 Sa 472/87 ArbG Düsseldorf, 18. Februar 1987, 6 Ca 6571/86
Nachgehend	–

Streitgegenstand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht und in welchem Umfang die Beklagte den Kläger weiterbeschäftigen muss.

Entscheidend ist Grad der persönlichen Abhängigkeit

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstvertrag) durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in welcher der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils steht. Danach ist Arbeitnehmer derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen hat.“ (Rn. 22)

➔ Beachte nun § 611a BGB

Arbeitszeiten

„Der Kläger war - im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer - nicht an eine regelmäßige Arbeitszeit gebunden. Er konnte selbst entscheiden, wann er die Laborarbeiten ausführte, die etwa die Hälfte seines gesamten Zeitaufwandes umfaßten. Zwar mußte er sich im übrigen danach richten, wann die zu fotografierenden Künstler und prominenten Besucher anwesend waren oder wann Aufnahmen von bestimmten Szenen zeitlich möglich waren. Insoweit unterscheidet sich seine Tätigkeit aber in keiner Weise von einem freischaffenden Fotografen, der zwangsläufig in seiner Zeiteinteilung davon abhängig ist, wann das zu fotografierende Objekt zur Verfügung steht. Das hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Darin liegt keine ständige Dienstbereitschaft, wie der Kläger geltend machen will, sondern eine zeitliche Vorgabe, die vom Spielplan, vom Zeitpunkt der Proben und der

Bereitstellung technischer Hilfsmittel abhängt und nicht für ein Arbeitsverhältnis typisch ist. Die Dauer seines Zeitaufwandes wurde maßgeblich durch die Anzahl der bestellten Bilder und deren Format bestimmt. Die Beklagte hat ihm hierfür keinen bestimmten Zeitraum vorgeschrieben.“ (Rn. 28)

Weisungen

„Ebensowenig war der Kläger an so enge Weisungen gebunden wie ein Arbeitnehmer. Nach seinem eigenen Vorbringen hat man ihm die künstlerische Gestaltung des szenischen Bereichs selbst überlassen. Allerdings behauptet er, daß die dem Bühnenbildner erteilten Anweisungen zwangsläufig auch für ihn maßgebend gewesen seien. Dabei übersieht er aber, daß dem Bühnenbildner - und nicht ihm - künstlerische Weisungen erteilt worden sind und er folglich nichts anderes fotografieren konnte, als der Bühnenbildner geschaffen hat. Soweit dem Kläger vorgegeben worden ist, welche Objekte er aufnehmen sollte, handelt es sich nur um die Abgrenzung des Vertragsgegenstandes (BAGE 39, 329, 335 = AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, zu II 3 der Gründe). Eine persönliche Abhängigkeit folgt auch nicht daraus, daß er seine Tätigkeit nur in den Räumlichkeiten des Vertragspartners erbringen konnte (BAG Urteil vom 9. Mai 1984 - 5 AZR 195/82 - AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter 3 c der Gründe, m.w.N.). Der Kläger kann sowohl als freier Mitarbeiter wie auch als Arbeitnehmer seine Aufnahmen nur in den Gebäuden der Beklagten machen. Das ergibt sich nicht aus Anweisungen der Beklagten, sondern allein schon aus der Art der zu fotografierenden Objekte und aus dem Ablauf des Schauspielbetriebes.“ (Rn. 29)

Keine gemeinsame künstlerische Zielsetzung

„Die Zusammenarbeit des Klägers mit technischen Mitarbeitern der Beklagten reicht in diesem Zusammenhang nicht aus, um eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers zu begründen. Der Kläger wirkt mit ihnen nicht zusammen, um eine gemeinsame künstlerische Zielsetzung zu verwirklichen, sondern er führt eigenschöpferisch eine künstlerische Aufgabe aus, die das Bühnengeschehen nur wiedergibt, ohne es zu beeinflussen. Über die Abwicklung einzelner Aufträge hinaus hat die Beklagte nicht über Arbeitszeit und Arbeitskraft des Klägers verfügt.“ (Rn. 30)

[BAG, Urteil vom 24. Juni 1981 – 12 RK 35/80 –](#)

Gastregisseur – Werkvertrag – selbstständige Tätigkeit

Klagende Person	Arbeitgeberin; Theater
Beigeladene	Arbeitnehmer; Gastregisseur
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Selbstständige Tätigkeit (<i>streitig</i>)
Entscheidung	Die Revision der Klägerin war begründet. Der Beigeladene war bei der Beigeladenen nicht abhängig beschäftigt und daher nicht sozialversicherungspflichtig.
Normen	§ 7 SGB 4 vom 23.12.1976, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AVG vom 23.02.1957, § 1227 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RVO vom 23.02.1957, § 168 Abs. 1 S.

	1 AFG vom 25.06.1969, § 631 BGB vom 18.08.1896, § 615 BGB
Gerichtsbarkeit	Sozialgerichtliches Verfahren
Vorgehend	SG Frankfurt, 22. April 1977, S 9 Kr 116/75 Hessisches LSG 8. Senat, 22. August 1979, L 8 Kr 594/77
Nachgehend	–

Leitsatz

Ein Regievertrag, mit dem ein Gastregisseur für ein Theater die Inszenierung eines bestimmten Bühnenwerkes übernimmt, ist ein - Sozialversicherungspflicht nicht begründender - Werkvertrag, wenn der Regisseur die Vergütungsgefahr in dem Sinne trägt, daß er seinen Vergütungsanspruch verliert, wenn die Inszenierung des Bühnenwerks aus irgendeinem Grunde nicht zustande kommt, es sei denn, daß das Nichtzustandekommen allein von dem anderen Vertragspartner zu vertreten ist.

LSG BE-BB, Urteil vom 25. Juni 2021 – L 28 BA 110/18 –

Sozialversicherungspflicht bzw. -freiheit – Tätigkeit als Szenenbildnerin/Filmarchitektin – abhängige Beschäftigung – selbstständige Tätigkeit

Klagende Person	Auftragnehmerin; Szenenbildnerin bzw. Filmarchitektin
Beigeladene	Filmherstellerin
Betrieb	Filmproduktion
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin war erfolglos. Bei der Tätigkeit der Klägerin handelt es sich um eine versicherungspflichtige abhängige Beschäftigung.
Normen	§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB 3, § 7 Abs. 1 SGB 4, § 1 Nr. 1 SGB 6
Gerichtsbarkeit	Sozialgerichtliches Verfahren
Vorgehend	SG Berlin, 21. September 2018, S 36 KR 1242/17, Urteil
Nachgehend	–

Abgrenzungskatalog bietet nur Beurteilungshilfe

„Aus dem Abgrenzungskatalog ergeben sich keine allgemeingültigen berufsbezogenen Abgrenzungskriterien. Denn für die Tätigkeit u.a. bei Film- und Fernsehproduzenten heißt es in 3.1, dass neben dem ständigen Personal beschäftigte Künstler und Angehörige von verwandten Berufen, die in der Regel aufgrund von Honorarverträgen tätig und im allgemeinen als freie Mitarbeiter bezeichnet werden, grundsätzlich als abhängig Beschäftigte anzusehen seien. Dies gelte insbesondere, wenn sie nicht zu den

programmgestaltenden Mitarbeitern (vgl. Abschnitt 3.2) gehörten sowie für Schauspieler, Kameraleute, Regieassistenten und sonstige Mitarbeiter der Film- und Fernsehproduktion. Darüber hinaus seien die unter 3.3 aufgezählten Berufsgruppen, darunter Film- und Fernseharchitekten, wenn sie für die Produktionen einzelvertraglich verpflichtet würden, als freie Mitarbeiter selbständig tätig. Indes folgt aus 3.7, dass selbst dann, wenn ein „freier Mitarbeiter“ zu einer der in 3.3 genannten Berufsgruppen gehöre, dieser aufgrund besonderer Verhältnisse des Einzelfalls gleichwohl abhängig beschäftigt sein kann. Insofern sind auch im Bereich Funk und Fernsehen die sogleich darzustellenden üblichen Kriterien maßgebend (vgl. Segebrecht in Schlegel/Voelzke JurisPK-SGB IV, Stand: 22. Oktober 2020 § 7 Rn. 182).“ (Rn. 90)

Parteivereinbarung kommt indizielle Wirkung zu; nicht bei erheblichem Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen

„Denn die Vertragsparteien haben es zwar nicht in der Hand, die kraft öffentlichen Rechts angeordnete Sozialversicherungspflicht durch bloße übereinstimmende Willenserklärung auszuschließen. Dem Willen der Vertragsparteien, keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen, kommt aber indizielle Bedeutung zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände (dazu nachfolgend 2.) gleichermaßen für Selbständigkeit wie für eine abhängige Beschäftigung sprechen (vgl. BSG, Urteil vom 14. März 2018 – B 12 R 3/17 R – juris Rn. 13 m.w.N. <Instrumentalmusiklehrer>). Nur unter diesen Voraussetzungen ist der in einem Vertrag dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung (dazu nachfolgend 3.) einzustellen; hierdurch wird eine Selbständigkeit jedoch nicht vorfestgelegt. Das Gewicht dieses Indizes ist umso geringer, je weniger eindeutig die Vertragsgestaltung ist und je stärker die Widersprüche zu den tatsächlichen Verhältnissen sind. Zugleich schwächt es die indizielle Wirkung ab, wenn wegen eines erheblichen Ungleichgewichts der Verhandlungspositionen nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass alle Vertragsparteien in gleicher Weise die Möglichkeit hatten, ihre Wünsche bzgl. der Ausgestaltung des sozialversicherungsrechtlichen Status durchzusetzen (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 – B 12 KR 16/13 R – juris Rn. 26 [Rackjobbing]). Auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen ist insofern zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen „Etikettenschwindel“ handelt. Dieser kann als Scheingeschäft i.S.d. § 117 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarung und der Notwendigkeit führen, den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. BSG, Urteile vom 7. Juni 2019 – B 12 R 6/18 R – juris Rn. 14 <freiberufliche Pflegefachkraft>; vom 4. September 2018 – B 12 KR 11/17 R – juris Rn. 19 m.w.N. <Fachärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie sowie Psychotherapie> und vom 14. März 2018 – B 12 KR 3/17 R – juris Rn. 13 <Opernsängers>).“ (Rn. 95)

LSG BW, Urteil vom 2. Juni 2021 – L 5 BA 142/20 –

Sozialversicherungspflicht bzw. -freiheit – Chefdirigent und künstlerischer Leiter eines Orchesters – Vertragsverhältnis – abhängige Beschäftigung – selbständige Tätigkeit

Beklagte	k.A.
Klagende Person zu 1	Rechtsträgerin des Eigenbetriebs
Klagende Person zu 2	Arbeitnehmer; Chefdirigent
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten war erfolglos. Die Tätigkeit des Klägers zu 2 bei der Klägerin zu 1 ist als selbstständig zu werten. Somit besteht keine Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.
Normen	§ 24 Abs. 1 SGB 3, § 25 Abs. 1 SGB 3, § 7 Abs. 1 SGB 4, § 7a Abs. 1 SGB 4, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB 6
Gerichtsbarkeit	Sozialgerichtliches Verfahren
Vorgehend	SG Konstanz 4. Kammer, 25. November 2019, S 4 R 2129/17, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Bei einem Chefdirigenten und künstlerischen Leiter des Orchesters, der für die Programmgestaltung verantwortlich ist, die Konzerttermine festlegt, der das Letztentscheidungsrecht über die Probentermine hat, der an keinerlei Arbeitszeiten gebunden ist, der neben der Werkerstellung keine weiteren Verpflichtung wie die Erstellung von Dienstplänen, Mitwirkung an Dienstbesprechungen, Ausübung von Hausrechten oder Direktionsrechten gegenüber Mitarbeitern hat, dessen Verdienst zu rund 80 % erfolgsabhängig ist, und der werbend am Markt auftritt und sich eines Managements bedient, überwiegen die Indizien für eine selbstständige Tätigkeit. (vgl. Rn.80 ff.)

[LAG München, Urteil vom 11. Juni 2010 – 5 Sa 582/09 –](#)

Arbeitnehmereigenschaft – Bildmischers – Rundfunk- und Fernsehanstalt – nicht programmgestaltender Mitarbeiter – Bestimmung des Beschäftigungsvolumens

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Bildmischerin
Beklagte	Arbeitgeberin; Rundfunkanstalt
Betrieb	Rundfunk
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>

Entscheidung	Die Berufung des Beklagten war erfolglos. Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis
Normen	§ 611 Abs. 1 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG München, 18. Juni 2009, 23 Ca 3791/08, Urteil
Nachgehend	BAG, 12. Oktober 2011, 10 AZR 531/10, sonstige Erledigung: Vergleich

Streitgegenstand

„Die Parteien streiten darüber, ob ihre jahrelange Zusammenarbeit als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis zu qualifizieren ist.“ (Rn. 1)

Differenzierungsmerkmal „programmgestaltende Mitarbeit“

„Im Unterschied zur programmgestaltenden Mitarbeit, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbracht werden kann, lässt sich sonstige Mitarbeit an Radio- und Rundfunksendungen in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen. Nur in Ausnahmefällen kann auch hinsichtlich solcher Tätigkeiten ein freies Mitarbeiterverhältnis vereinbart werden (BAG vom 11.03.1998 – 5 AZR 522/96, NZA 1998, S. 705; vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, S. 622; vom 20.07.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, S. 161; vom 16.02.1994 – 5 AZR 402/93, NZA 1995, S. 21).“ (Rn. 42)

„So bezeichnet das Bundesarbeitsgericht auf der Grundlage seiner typologischen Methode (vgl. BAG vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 21) bei programmgestaltenden Mitarbeitern typische Merkmale einer Eingliederung als nicht entscheidend. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, diese Merkmale wären bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ebenfalls nicht heranzuziehen. So kann z. B. – so das Bundesarbeitsgericht – bei programmgestaltenden Mitarbeitern das Angewiesensein auf Mitarbeiter und technische Einrichtungen des Senders nicht als Umstand gewertet werden, der auf eine Eingliederung und persönliche Abhängigkeit schließen lässt (vgl. BAG vom 19.01.2000, a. a. O.). Auch die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgabe eines Programmverlaufs sei bei programmgestaltenden Mitarbeitern nicht statusbegründend, ebenso wenig die Anwesenheit zu feststehenden Zeiten oder die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Abstimmungskonferenzen (BAG vom 20.05.2009, a. a. O.).“ (Rn. 44)

„Wegen des Charakters ihrer Tätigkeit liegt das Augenmerk der Prüfung bei diesen Mitarbeitern deshalb insbesondere darauf, ob sie trotz Programmgestaltung weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen und ihnen nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt und ob der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann (BAG vom 20.05.2009, a. a. O.).“ (Rn. 45)

„Demgegenüber folgert das BAG bei nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeitern im Sendebetrieb, dass sich diese Art von Tätigkeit in der

Regel nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durchführen lässt. Diese Mitarbeiter sind nämlich im Rahmen ihrer Tätigkeit weitestgehend organisatorisch eingegliedert, erhalten typischerweise Weisungen zum Inhalt ihrer Tätigkeit, bekommen den Ort (das Studio) zugewiesen, können ihre Arbeit nicht frei zeitlich gestalten, sondern sind an den Sendeablauf gebunden, ohne weitestgehend weisungsfrei ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einzubringen. Wegen des Charakters ihrer Tätigkeit folgert das BAG deshalb, dass bei einer nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeit an Sendungen nur in Ausnahmefällen ein freies Mitarbeiterverhältnis vorliegen kann. Die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft eines Fernsehansagers (Urteil vom 14.06.1989 – 5 AZR 346/88, n. v.) und eines Rundfunksprechers (Urteil vom 13.06.1990 – 5 AZR 419/89, n. v.) bezeichnet das BAG im Urteil vom 30.11.1994 (a. a. O.) deshalb ausdrücklich als Einzelfälle mit besonders gelagerten Sachverhalten.“ (Rn. 46)

„Wegen dieser Unterscheidung hat die Aufstellung von Dienstplänen für die Arbeitnehmereigenschaft von programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern verschiedene Bedeutung. Bei den programmgestaltenden Mitarbeitern handelt es sich um ein wesentliches Indiz. Das heißt, die Arbeitnehmereigenschaft dieses Personenkreises ist gerade dann zu bejahen, wenn der Sender durch einseitige Aufstellung von Dienstplänen ein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit ausübt. Bei der nicht programmgestaltenden Mitarbeit handelt es sich dagegen nur um ein zusätzliches Indiz von geringer Bedeutung. Wesentlich ist hier in erster Linie die Art der zu verrichtenden Tätigkeit (BAG vom 11.03.1998, a. a. O.).“ (Rn. 47)

Bildmischerin ≠ programmgestaltende Mitarbeiterin

„Die Klägerin ist als Bildmischerin – das ist zwischen den Parteien unstreitig – eindeutig nicht programmgestaltende Mitarbeiterin, denn sie wirkt zwar technisch bei der Verwirklichung des Programms mit, hat aber keinen Einfluss auf dessen Inhalt.“ (Rn. 50)

Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis

„Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist die Berufungskammer der Überzeugung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Ausnahmefall eines freien Mitarbeiterverhältnisses bei einer nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeiterin liegt nicht vor. Die eine Arbeitnehmereigenschaft typisierenden Merkmale sind nahezu vollständig gegeben. Die umfassende Weisungsunterworfenheit der Klägerin ist allenfalls hinsichtlich der Disposition über ihre Einsatztage eingeschränkt.“ (Rn. 51)

[VGH BY, Beschluss vom 4. Januar 2007 – 9 ZB 05.2157, 9 C 05.2158 –](#)

Abgrenzung der Zuständigkeit von Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb) und Künstersozialkasse (KSK) – Abgrenzung selbstständiger Tätigkeit von unselbständiger Beschäftigung – Gastspielverträge



Klagende Person	Veranstalterin von Theater- und Gastspielaufführungen
Beklagte	KSK
Betrieb	Schauspiel
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin war erfolglos.
Normen	BüVersorgAnstSa BY, TheaterTO, KSVG
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG München, 6. Juni 2005, M 3 K 04.4070, Entscheidung
Nachgehend	–

Streitgegenstand

Die Klägerin veranstaltet Theater-Gastspielaufführungen. Zu diesem Zweck schließt sie mit Schauspielern „Freie Dienstverträge“, in denen sich die Schauspieler zur Darstellung einer bestimmten Rolle im Theaterstück gegen Bezahlung einer vereinbarten Gage pro Gastspiel verpflichten. Die Schauspieler nehmen häufig gleichzeitig noch weitere Engagements bei anderen Theaterunternehmen war. Die Beklagte geht davon aus, dass die von der Klägerin engagierten Schauspielenden eine nichtselbstständige Tätigkeit ausüben und die Klägerin daher Pflichtbeiträge und eine Altersversorgungsabgabe zu leisten hat.

Abgrenzungskatalog

„Zur Begründung wurde auf einen „Abgrenzungskatalog“ verwiesen, der von der KSK, den Spitzenverbänden der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit unter Mitwirkung u.a. des Bundesarbeitsministeriums, der Berufsverbände sowie der Vddb erarbeitet wurde. Danach seien Schauspieler, Sänger und Tänzer grundsätzlich abhängig beschäftigt und bei der Vddb zu versichern. Nur in wenigen Fällen (hervorgehobene künstlerische Stellung, nicht mehr als zwei Stellproben und fünf Aufführungen) sei Selbstständigkeit anzunehmen.“ (Rn. 8)

Zur Abgrenzung einer (un-)selbstständigen Tätigkeit; mehrere Beschäftigungen stehen der Annahme der Abeitnehmendeneigenschaft nicht entgegen

„Die Eingliederung manifestiert sich im Übrigen auch darin, dass die Unternehmerin einseitig die Arbeitstage vorgibt, die Regie führt und den Schauspielern die Requisiten zur Verfügung stellt. Es gibt auch in anderen Wirtschaftsbereichen befristete und unbefristete Arbeitsverhältnisse die nur 3 1/2 Monate dauern, ohne dass aus diesem Grunde behauptet würde, die Beschäftigten seien selbständig tätig bzw. dass bezweifelt würde, dass die Beschäftigten Arbeitnehmer sind. Auch die Tatsache, dass die vier Schauspieler während derselben Monate, in denen sie bei der Klägerin engagiert waren, noch weitere Engagements bei anderen Unternehmern hatten, macht ihre Tätigkeit für die Klägerin nicht zu einer selbständigen. Auch in der gewerblichen Wirtschaft kommen Erst-, Zweit- und sogar Drittjobs vor. Die Ansicht der Klägerin, dass bei der Beurteilung des Kriteriums der Eingliederung in den Betrieb auf den Zeitraum eines Kalenderjahres abgestellt werden müsse, trifft deshalb nicht zu. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts bestehen somit nicht deshalb, weil dieses insoweit bloß auf die konkreten Verträge mit einer Laufzeit von 3 1/2 Monaten und ca. 25 Arbeitstagen abgestellt

hat. Der Vergleich mit der Tätigkeit eines Rechtsanwalts ist insofern hilfreich, weil ein Rechtsanwalt in der Regel zu jeder Zeit eine viel größere Anzahl von Mandanten hat, als ein Schauspieler Engagements. Wenn ein Künstler so viele Engagements hat wie ein Rechtsanwalt üblicherweise Mandanten, dann ist er wohl selbständig und in der KSK versichert. Hat umgekehrt ein Rechtsanwalt nur einen Mandanten, ist zu prüfen, ob er nicht in abhängiger Stellung tätig ist.“ (Rn. 25)

LSG BB, Urteil vom 17. Januar 2002 – L 8 AL 2/00 –

Film – selbständige Tätigkeit – abhängige Tätigkeit – Regisseur – verschiedene Produktionsfirmen

Klagende Person	Regisseur
Beklagte	Arbeitsamt P; Bewilligende Stelle für Arbeitslosengeld
Betrieb	Film
Anstellungsverhältnis	<i>streitig</i>
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war erfolglos. Es besteht kein Anspruch auf ein höheres Arbeitslosengeld, denn die bei den verschiedenen Produktionsfirmen ausgeübten Tätigkeiten als Regisseure waren keine Beitragspflicht begründenden Beschäftigungen iSd § 168 AFG
Normen	§ 168 Abs 1 S 1 AFG, § 7 Abs 1 SGB 4
Gerichtsbarkeit	Sozialgerichtliches Verfahren
Vorgehend	SG Potsdam, 16. November 1999, S 13 AL 39/98, Urteil
Nachgehend	–

Bewertungsmaßstab

„Ob der Kläger in der hier streitigen Zeit als Regisseur für verschiedene Firmen selbständig tätig war oder ob er zu den Produktionsfirmen jeweils in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stand, richtet sich nach den von der Rechtsprechung für die Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung herausgearbeiteten Grundsätzen. Arbeitnehmer ist hiernach, wer unselbständige Arbeit leistet, das heißt von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Das Weisungsrecht kann zwar, insbesondere bei Diensten höherer Art, erheblich eingeschränkt sein, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden oder wird von ihm tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, kann der Betreffende also seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein

Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, jedoch zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse hiervon entscheidend abweichen (vgl. u. a. BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 8 m. w. N.; SozR 3-4100 § 141 b Nr. 17; BSG USK 9347 m. w. N.; BSGE 83, 246 m. w. N.).“ (Rn. 47)

SG Düsseldorf, Urteil vom 25. März 2010 – S 26 R 281/06 –

Sozialversicherungsrecht – Theater – Statisten – Arbeitnehmer

Klagende Person	GbR; Zusammenschluss von städtischen Theatern
Beklagte	Sozialversicherungsstelle
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Kein Arbeitsvertrag (<i>streitig</i>)
Entscheidung	Die Klage hat Erfolg.
Normen	§ 249b SGB 5, § 172 Abs. 3 S. 1 SGB 6
Gerichtsbarkeit	Sozialgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Orientierungssatz

Statisten, die im Rahmen einer Theaterraufführung zum Einsatz kommen, sind jedenfalls dann keine Arbeitnehmer des Theaters und unterliegen somit auch nicht der Sozialversicherungspflicht, wenn sie ohne ausdrückliche Vertragsabrede für Proben und Aufführungen zum Einsatz kommen, dabei jederzeit ersetzbar sind und für einen Einsatz lediglich ein geringfügiges Entgelt als sog. Erfrischungsentgelt erhalten. Insoweit kommt für diesen Personenkreis auch der Ansatz von Pauschalbeträgen zur Sozialversicherung für geringfügig Beschäftigte nicht in Betracht. (vgl. Rn. 18)

4. Bezahlung

Machtmissbrauchsdimensionen

Fragen der Bezahlung sind immer auch Machtfragen. Wer über die Verteilung finanzieller Ressourcen entscheidet, verfügt über Macht. Diese kann missbraucht werden, z.B. durch die fehlende Entlohnung höherwertiger Arbeit als die vertraglich vereinbarte Tätigkeit oder der Nichterteilung einer zustehenden Lohnzulage. Gerichtlich können ebensolche Lohnansprüche durchgesetzt werden, die rechtlich auch bestehen.

BAG, Urteil vom 20. September 2017 – 6 AZR 474/16 –

Theaterbetriebszulage – Betriebstechniker

Klagende Person	Beschäftigter Betriebstechniker
Beklagte	Stadt; Eigenbetrieb
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Aufgrund parteilicher Vereinbarung bestimmt sich das Beschäftigungsverhältnis im Übrigen nach dem Bühnentechniker-Tarifvertrag /BTT); NV Bühne nicht anwendbar
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Betriebszulage.
Normen	BAT-O, § 101 Abs. 2 S 1 ArbGG, § 101 Abs. 2 S. 2 ArbGG, § 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG, § 1 TVG, § 4 Abs. 3 TVG, § 55 Nr. 4 Abs. 5 S. 1 TVöD BT-V
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Magdeburg, 5. Februar 2014, 5 Ca 1127/13, Urteil LAG Sachsen-Anhalt 7. Kammer, 10. Mai 2016, 7 Sa 202/14, Urteil
Nachgehend	–

Für einen Günstigkeitsvergleich zwischen tarifvertraglicher und arbeitsvertraglicher Regel sind die abstrakten Regelungen maßgeblich

„Der TVöD-BT-V und der TV Theaterbetriebszulage galten im streitgegenständlichen Zeitraum unstreitig aufgrund beiderseitiger Tarifbindung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis des Klägers. Hiervon geht auch das Landesarbeitsgericht aus. Für das Verhältnis von tarifvertraglichen und arbeitsvertraglichen Regelungen gilt die gesetzliche Kollisionsregel des § 4 Abs. 3 TVG. Hiernach treten unmittelbar und zwingend geltende Tarifnormen hinter einzelvertragliche Vereinbarungen mit für den Arbeitnehmer günstigeren Bedingungen zurück. Ob ein Arbeitsvertrag abweichende günstigere Regelungen gegenüber dem Tarifvertrag enthält, ergibt ein Vergleich zwischen der tarifvertraglichen und der arbeitsvertraglichen Regelung (BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 27, BAGE 151, 221). Zu vergleichen sind nur Regelungen, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen (sog. Sachgruppenvergleich; vgl. BAG 14. Februar 2017 - 9 AZR 488/16 - Rn. 27 mwN; 12. Mai 2016 - 6 AZR 259/15 - Rn. 26). Für die Durchführung eines Günstigkeitsvergleichs sind die abstrakten Regelungen maßgebend, nicht das Ergebnis ihrer Anwendung im Einzelfall. Hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die betreffende Regelung günstiger ist oder nicht (sog. ambivalente Regelung), ist keine „Günstigkeit“ i.S.v.. § 4 Abs. 3 TVG gegeben. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien des Arbeitsvertrags die vertraglichen Regelungen vor oder nach Inkrafttreten des Tarifvertrags vereinbart haben (BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 29 mwN, aaO).“ (Rn. 49)

Tarifregelung ist abstrakt günstiger

„Bei einem Anspruch auf eine Theaterbetriebszulage in voller Höhe nach § 4 Abs. 1 i.V.m.. § 2 Abs. 1 Buchst. b TV Theaterbetriebszulage hätte die tarifliche Theaterbetriebszulage daher die günstigere Regelung dargestellt. Anders verhält es sich, wenn der Kläger nur eine hälftige Theaterbetriebszulage nach § 4 Abs. 2 i.V.m.. § 2 Abs. 1 Buchst. c TV Theaterbetriebszulage hätte beanspruchen können. Letztlich hängt die Höhe der tariflichen Theaterbetriebszulage für die Beschäftigten in der Gebäudeleit- und Haustechnik von ihrer Verwendung ab. Werden sie regelmäßig zum Proben- und Vorstellungsdienst i.S.v.. § 2 Abs. 1 Buchst. b TV Theaterbetriebszulage eingesetzt, haben sie den Anspruch auf die volle Theaterbetriebszulage. § 5 des Arbeitsvertrags vom 7. April 1998 wäre daher für den Kläger keine günstigere Regelung iSd. § 4 Abs. 3 TVG gewesen und hätte die zwingenden Tarifregelungen nicht abbedingen können.“ (Rn. 52)

BAG, Urteil vom 3. Dezember 2003 – 10 AZR 124/03 –

Tätigkeitszulage - 1. Solo-Harfenistin

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Harfenistin
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin Staatstheater
Betrieb	Kulturorchester
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; TVK
Entscheidung	Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 133 BGB, § 554 Abs. 2 ZPO, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Darmstadt, 31. Januar 2002, 11 Ca 59/01, Urteil Hessisches LAG, Urteil vom 14. November 2002 – 14 Sa 619/02
Nachgehend	–

Voraussetzung für die Tätigkeit der „Solo-“Harfenistin

„Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht einen unmittelbaren tariflichen Anspruch verneint, weil die in § 26 Abs. 3 Ziff. 1 TVK als zulagenberechtigend allein in Frage kommende Tätigkeit "1. (Solo-)Harfenistin" der Klägerin nicht schriftlich übertragen worden ist. Der Klägerin ist auch nicht darin zu folgen, dass diese Tätigkeit bereits deshalb als ihr schriftlich übertragen anzusehen wäre, weil sie als einzige Harfenistin des Orchesters eingestellt sei. Es mag zwar häufig der Fall sein, ist jedoch nicht zwingend, dass mit der Tätigkeit als Harfenistin immer und ausschließlich eine Solotätigkeit verbunden ist, solange nur eine einzige Stelle besetzt wird (also in allen "B-Orchestern" iSd. § 22 Abs. 2 und 7 TVK). Dies hängt vielmehr von der Art der aufgeführten Orchesterwerke ab.“ (Rn. 65)

„Das beklagte Land darf sich jedoch dann nicht auf das Nichtvorliegen der förmlichen Übertragung berufen, wenn Arbeitsvertragsinhalt und der Vertragsvollzug nicht mehr übereinstimmen. Dies wäre rechtsmissbräuchlich iSd. § 242 BGB, denn das beklagte Land wäre dann zur Übertragung der zulagenberechtigenden Tätigkeit verpflichtet (BAG 1.



September 1993 - 10 AZR 326/92 -; BAG 4. Dezember 1974 - 4 AZR 120/74 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 5 = EzA TVG § 4 Musiker Nr. 1).“ (Rn. 66)

„Der Klägerin steht die Zulage nicht schon deshalb zu, weil sie als einzige Harfenistin zugleich die "1." Harfenistin wäre. Diese Position der in § 26 Abs. 3 Stufe 1 TVK genannten Funktionen setzt voraus, dass in dem betreffenden Orchester eine Gruppe von Musikern dieser Art vorhanden ist (vgl. BAG 1. September 1993 - 10 AZR 326/92 -). Für die Stellung der "1. Harfenistin" reicht es aber aus, wenn eine weitere Harfenbesetzung vorhanden ist.“ (Rn. 67)

LAG RP, Urteil vom 13. November 2018 – 8 Sa 62/18 –

Eingruppierung eines Kameramanns – VergGr 7 Vergütungs-TV ZDF – Darlegungs- und Beweislast

Klagende Person	Arbeitnehmer; Kameramann
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin eines Nachrichtenstudios
Betrieb	Fernsehen
Anstellungsverhältnis	Unbefristetes Arbeitsverhältnis; MTV
Entscheidung	Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Mainz, 30. August 2017, 1 Ca 1709/16, Urteil
Nachgehend	–

Eingruppierung zu einer Tätigkeit

„Nach § 20 Abs. 1 MTV wird der Arbeitnehmer entsprechend seiner arbeitsvertraglich festgelegten Tätigkeit nach Maßgabe der Tätigkeitsmerkmale des Vergütungstarifvertrages eingruppiert. Die Eingruppierung des Arbeitnehmers richtet sich, soweit er mehrere Tätigkeiten zugleich ausübt, nach der überwiegend ausgeübten Tätigkeit (§ 20 Abs. 2 MTV).“ (Rn. 122)

„Nach obigen Ausführungen kommt es demnach darauf an, ob die überwiegende Tätigkeit des Klägers im virtuellen Nachrichtenstudio unabhängig von den Tätigkeitsbeispielen den Merkmalen des tariflichen Oberbegriffs entspricht. Es müsste sich also im Verhältnis zur Vergütungsgruppe 6 um Tätigkeiten mit erhöhtem Schwierigkeitsgrad handeln, die im Rahmen von Richtlinien, jedoch mit umgrenztem Ermessensspielraum ausgeübt werden und die neben gründlichen Fach- und Berufskenntnissen auf einem bestimmten Gebiet zusätzliche Kenntnisse auf angrenzenden Gebieten erfordern oder um Tätigkeiten, die sich durch besondere Verantwortung oder durch andere erhöhte Anforderungen aus der Vergütungsgruppe 6 herausheben.“ (Rn. 156)

Darlegungslast

„Insoweit wäre erforderlich, dass der Kläger, ausgehend von der Ausgangsvergütungsgruppe seiner Tätigkeit (Vergütungsgruppe 6), die jeweiligen Heraushebungsmerkmale in tatsächlicher Hinsicht in Abgrenzung zum Ausgangsmerkmal substantiiert darlegt.“ (Rn. 157)

[LAG ST, Urteil vom 10. Mai 2016 – 7 Sa 202/14 –](#)

Zuständigkeit – Bühnenschiedsgericht – Arbeitsgerichtsbarkeit – Bühnentechniker – Theaterbetriebszulage – Günstigkeitsprinzip

Klagende Person	Arbeitnehmer; Bühnentechniker
Beklagte	Arbeitgeberin; Theater
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Dienstvertrag; zunächst BTT; kein NV Bühne
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war zulässig und zum Teil begründet.
Normen	§ 1 TVG, § 101 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG, § 4 ArbGG, § 4 Abs. 3 TVG, § 55 Nr. 4 Abs. 5 TVöD BT-V
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Magdeburg, 5. Februar 2014, 5 Ca 1127/13, Urteil
Nachgehend	BAG 6. Senat, 20. September 2017, 6 AZR 474/16, Urteil: Stattgabe

Anwendungsbereich des NV Bühne

„Es ist danach zu klären gewesen, ob der Kläger gemessen an seiner Stellenbeschreibung und der von ihm ausgeübten Tätigkeit weiterhin als Mitglied im Sinne von § 1 NV Bühne bezeichnet werden kann. Da eine ausdrückliche Vereinbarung über eine überwiegende künstlerische Betätigung des Klägers im Sinne von § 1 Abs. 3 S. 2 NV Bühne zwischen den Parteien weder schriftlich noch mündlich vereinbart wurde, müsste der Kläger aufgrund seiner konkret von ihm auszuübenden Tätigkeit, um unter § 1 Abs. 3 NV Bühne zu fallen, unter eines der dort genannten Regelbeispiele zu subsumieren sein.“ (Rn. 122)

„Damit war die Kammer gehindert, festzustellen, dass der Kläger als Mitglied im Sinne des NV Bühne zu bezeichnen war. Die im Änderungsvertrag vom 3.8.1999/5.8.1999 geänderte Bezeichnung des Klägers als vollbeschäftigter Angestellter ist als solche weder unter § 1 Abs. 3 S. 1 noch unter § 1 Abs. 3 S. 2 NV Bühne zu subsumieren. Die Arbeitsvertragsparteien haben danach die im Tarifvertrag zugelassene einzelvertraglich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit jederzeit bestehende Gestaltungsmöglichkeit der Präzisierung und Eingrenzung der geschuldeten Tätigkeit nicht aufgegriffen.“ (Rn. 128)

Kein wirksamer Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit

„Da sie aber keine in § 1 NV Bühne und damit dem Geltungsbereich des NV Bühne unterstehende Tätigkeit des Klägers vereinbart haben, führt die in § 11 des Dienstvertrages vom 7.4.1998 enthaltene Schiedsgerichtsklausel nicht (mehr) zu einem wirksamen Ausschluss der staatlichen Arbeitsgerichtsbarkeit.“ (Rn. 129)

LAG RP, Urteil vom 21. Juni 2001 – 4 Sa 1612/00 –

Tarifgerechte Eingruppierung – Orchestersekretärin

Klagende Person	Arbeitnehmerin; Orchestersekretärin
Beklagte	Arbeitgeberin
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; Bundesangestelltentarifvertrag
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin war teilweise erfolgreich.
Normen	§ 22 BAT, § 23 BAT, § 1 TVG, Anl. 1a BAT
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Trier, 25. Oktober 2000, 1 Ca 1025/00, Urteil
Nachgehend	–

Orientierungssatz

Ist eine Orchestersekretärin in einem Theater zu mindestens einem Drittel ihrer Tätigkeit mit der Bestellung von Gast-Orchestermusikern zur Vertretung und Verstärkung des Orchesters befasst, verfügt sie über gründliche und vielseitige Fachkenntnisse und erbringt selbständige Leistungen im Tarifsinne.

LAG Düsseldorf, Urteil vom 4. Oktober 1996 – 9 Sa 951/96 –

Eingruppierung – Beleuchtungsinspektors – Theater

Klagende Person	Arbeitnehmer; Beleuchtungsinspektor
Beklagte	Arbeitgeberin; Betreiberin des Theaters
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; BAT und BZT-A/NRW
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war erfolglos.
Normen	§ 22 BAT, § 23 BAT, Anl 1a BAT, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Krefeld, 10. Mai 1996, 5 Ca 3778/95
Nachgehend	–

Orientierungssatz

Sonstiger Angestellter iSd VergGr IVa Fallgruppe 1a des Teils II Abschnitt 2 der Anlage 1a zum BAT (Angestellte in technischen Berufen) ist ein Angestellter, der Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, wie sie gerade die Fachhochschulausbildung vermittelt. Dazu ist der Nachweis einer ähnlich gründlichen Beherrschung eines entsprechend umfangreichen Wissensgebiets erforderlich, wobei Fachkenntnisse auf einem nur eng begrenzten Teilgebiet der Fachhochschulausbildung nicht ausreichen.

5. Urlaubsanspruch

Machtmissbrauchsdimensionen

Eine hohe Arbeitsbelastung und die Nichteinhaltung von Arbeits-, Erholungs- und Urlaubszeiten prägen den Kunst- und Kulturbetrieb. Abhängigkeitsverhältnisse und unsichere Beschäftigungen können dazu führen, dass Personen auf rechtlich vorgesehene Erholungszeiten und ihren Urlaubsanspruch verzichten. Arbeitnehmendrechte bezüglich Urlaubszeiten werden mit Rücksicht auf Erfordernisse des Spielbetriebes durch Tarifverträge eingeschränkt. Das ist zwar rechtlich zulässig, aber perpetuiert Arbeitsverhältnisse, in denen Interessen der Beschäftigten hinter einem angeblich höheren Ziel, der Verwirklichung eines künstlerischen Projektes, zurücktreten müssen.

BAG, Urteil vom 5. März 2024 – 9 AZR 46/23 –

Urlaubsfestlegung – Musiker – Kulturorchestern

Klagende Person	Arbeitnehmer; Klarinettist
Beklagter	Körperschaft des öffentlichen Rechts; unterhält einen Bühnenbetrieb mit Orchester, Schauspiel, Musiktheater und Ballett
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung 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.
Entscheidung	Die Revision des Beklagten war erfolgreich. Der Klägerin steht der

	Erholungsurlaub aus dem Jahr 2020 im Umfang von 13 Kalendertagen nicht zu.
Normen	§ 37 Abs. 3 Unterabs. 3 TVK, § 7 Abs. 2 BurlG, § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Magdeburg, 29. Juni 2021, 1 Ca 2845/20 HBS, Urteil LAG Sachsen-Anhalt, 25. August 2022, 3 Sa 552/21, Urteil
Parallelentscheidung	AG 9. Senat, 5. März 2024, 9 AZR 47/23
Nachgehend	–

Aus dem TVK ergebe sich, dass die Erfordernisse des Spielplans bei der Urlaubsplanung Vorrang genießen

„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.“ (Rn. 24)

Ausgleich zwischen reibungslosem Ablauf des Spielbetriebs und Erholungsbedürfnis der Arbeitnehmende

„Mit dieser tariflichen Regelung stellen die Tarifvertragsparteien zugleich 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 unbeeinträchtigten 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 grundsätzlich 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 Konkordanz 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, einen gemeinsamen Urlaub zu ermöglichen. Der Orchesterträger muss die Spielzeiten so zuschneiden, dass mindestens zwei Wochen der dazwischenliegenden Theater- bzw. Konzertferien in den Schulferien liegen.“ (Rn. 31)

Öffnungsklausel für Tarifverträge im BurlG

„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).“ (Rn. 33)

II. Einschränkungen und Umgehung betrieblicher Mitbestimmungsrechte

Machtmissbrauchsdimensionen

Im Kunst- und Kulturbetrieb sind im Vergleich zu anderen Branchen die betrieblichen Mitbestimmungsrechte mit Verweis auf die grundgesetzlich garantierte Kunstfreiheit reduziert, z.B. haben Betriebs- und Personalräte bei der Einstellung künstlerisch tätigen Personals kein Mitspracherecht. Die Einschränkungen begünstigen Machtmissbrauch, weil Machtbündelung verstärkt und Kontrollinstanzen ausgeschaltet werden. Unterschiede in der Gestaltung der Personalvertretungsgesetze der Länder zeigen, dass die grundgesetzlich garantierte Kunstfreiheit nicht notwendigerweise in einem Widerspruch zu betrieblichen Mitbestimmungsrechten im Kunst- und Kulturbetrieb steht. Aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgt nicht die absolute Freiheit von Leitungspersonen mit Personal- und künstlerischer Hoheit. Flache Hierarchien und Mitbestimmungsrechte erschaffen nicht weniger, sondern andere Freiheiten in der Kunst.

1. Personalrat

Die Personalvertretungsgesetze der Länder unterscheiden sich und finden Anwendung sofern auf Arbeitgebendeseite staatliche Institutionen stehen.

BVerwG, Beschluss vom 28. Juni 2013 – 6 PB 8/13 –

Unterrichtungsanspruch – Personalvertretung – Einstellung – leitender Bühnentechniker

Antragsstellende Person	Personalrat
Antragsgegner*in	Eigenbetrieb S
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Antragssteller gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 73 Abs. 2 S. 1 PersVG SN, § 73 Abs. 1 Nr. 2 PersVG SN
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	Sächsisches OVG 9. Senat, 23. Januar 2013, PL 9 A 580/11, Beschluss
Nachgehend	–

Kein umfassender Unterrichtsanspruch der Personalvertretung

„Zu den Aufgaben des Personalrats im Sinne von § 73 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG zählt auch die Wahrnehmung von Beteiligungsrechten. Die Informationen, die er hierfür benötigt, hat die Dienststelle ihm rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Unterliegen Maßnahmen der

Dienststelle nicht der Beteiligung der Personalvertretung, darf die Dienststelle sie vornehmen, ohne vorab den Personalrat hierüber zu informieren. § 73 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG begründet keinen umfassenden Unterrichtsanspruch im Hinblick auf sämtliche Vorgänge in der Dienststelle. Der Unterrichtsanspruch der Personalvertretung ist nach dieser Vorschrift streng aufgabenakzessorisch ausgestaltet.“ (Rn. 4)

Unterrichtungspflicht in Zweifelsfällen

„Die Beteiligungsrechte des Personalrats wären nicht hinreichend effektiv, wäre die Dienststelle in sämtlichen tatsächlichen oder rechtlichen Zweifelsfällen der Pflicht ledig, dem Personalrat durch vorherige Unterrichtung die Möglichkeit zu verschaffen, sich durch Vornahme einer eigenen Prüfung selbst ein Urteil darüber zu bilden, ob ein Beteiligungstatbestand eröffnet und hiermit eine Aufgabe der Personalvertretung berührt ist oder nicht. In der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Parallelvorschrift in § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist dementsprechend anerkannt, dass, sofern den Umständen nach eine "gewisse Wahrscheinlichkeit" für das Bestehen eines Beteiligungsrechts besteht, der Betriebsrat auch dann unterrichtet werden muss, wenn der Arbeitgeber selbst das Bestehen des Rechts im Ergebnis verneint; kommt ein Beteiligungsrecht offensichtlich nicht in Betracht, besteht hingegen keine Unterrichtungspflicht.“ (Rn. 5)

[BVerwG, Beschluss vom 7. Oktober 2003 – 6 P 4/03 –](#)

Ausschluss – Personalratsbeteiligung – Personalangelegenheiten – Kulturorchester –
Referentin für Öffentlichkeitsarbeit

Antragsstellende Person	Personalrat
Antragsgegner*in	Stadt K.; Betreiberin eines Orchesters
Betrieb	Orchester, Philharmoniker
Anstellungsverhältnis	Dienstvertrag, im Übrigen NV Solo
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde der Antragsstellerin gegen die Entscheidung der Vorinstanz, die die erstinstanzliche Entscheidung zugunsten der Antragsstellerin aufgehoben hatte, wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 72 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 Nr. 3 PersVG NW 1974
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	OVG für das Land Nordrhein-Westfalen Fachsenat für Landespersonalvertretungssachen, 18. Dezember 2002, 1 A 600/98.PVL, Beschluss VG Köln, 10. Dezember 1997, 34 K 5569/97.PVL, Beschluss
Nachgehend	–

Leitsatz

Der Ausschluss der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG (juris: PersVG NW 1974) bezieht sich seit 1. Januar 2003 auch auf die Referenten für Öffentlichkeitsarbeit bei einem Kulturorchester.

Dynamische Verweisung im NWPersVG

„Die Verweisung auf das Bühnentarifrecht in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG ist dynamisch. [...] Eine dynamische Verweisung in einem Gesetz auf tarifvertragliche Regelungen ist verfassungsrechtlich zulässig, wenn der Inhalt der Bezugsregelungen, auf die die staatliche Rechtsnorm verweist, im Wesentlichen feststeht [...]. Das ist hier der Fall.“ (Rn. 15)

„Handelt es sich bei § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG somit um eine dynamische Verweisung, so hat als Bühnennormalvertrag im Sinne dieser Vorschrift nunmehr der Normalvertrag Bühne - NVBühne - vom 15. Oktober 2002 zu gelten, der ab 1. Januar 2003 den Normalvertrag Solo und den Normalvertrag Chor/Tanz abgelöst hat.“ (Rn. 16)

Telos des Ausschlusstatbestandes § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG

„Sinn und Zweck der in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG getroffenen Regelung gehen dahin, dem für die künstlerische Leitung des Theaters Verantwortlichen bei der Auswahl derjenigen Personen, die für den künstlerischen Prozess am Theater von besonderer Bedeutung sind, sowie bei allen sonstigen insoweit zu treffenden personellen Entscheidungen einen von der personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung unbeeinflussten Spielraum zu belassen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer spezifischen Erfahrung am ehesten in der Lage sind, den Kreis derjenigen Personen zu definieren, deren Arbeitsverhältnisse aufgrund ihrer besonderen Nähe zum künstlerischen Geschehen am Theater besonderer Regelungen bedürfen, die sich von sonst im öffentlichen Dienst geltenden wesentlich unterscheiden. Für die Bestimmung des von § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG erfassten Personenkreises sind daher diejenigen Tarifnormen maßgeblich, die den persönlichen Geltungsbereich des Normalvertrags Bühne beschreiben. Einschlägig sind hier § 1 Abs. 1 und 2 NVBühne.“ (Rn. 20)

Nun mehr auch Referenten für Öffentlichkeitsarbeit erfasst

„Mit seiner Verweisung auf das jeweils aktuelle Bühnentarifrecht hat der Gesetzgeber jedoch zugelassen, dass die Tarifvertragsparteien den Entwicklungen des modernen Theaterbetriebes folgend den Kreis der Bühnenmitglieder ausweiten würden. Mit dieser zukunfts offenen Vorstellung des Gesetzgebers steht im Einklang, dass § 1 Abs. 2 NVBühne als Solomitglieder nunmehr ausdrücklich auch Pressereferenten und Referenten für Öffentlichkeitsarbeit aufführt. Denn hierbei handelt es sich um ein Berufsfeld, welches für das Theater zunehmend wichtig geworden ist. Die Theater sind vermehrt dazu übergegangen, sich für den Bereich der Public Relations professioneller Mitarbeiter zu bedienen. (vgl. Bolwin/Sponer, Bühnentarifrecht, § 1 NVBühne Rn. 102). Diese Beschäftigten wirken zwar nicht selbst an der Produktion des Bühnenwerks mit; sie haben

jedoch die wichtige Aufgabe, das künstlerische Produkt in der Öffentlichkeit zu "verkaufen". Ihre Tätigkeit ist kunstbezogen. Dieser Zusammenhang rechtfertigt es, dass die Tarifvertragsparteien nunmehr Pressereferenten und Referenten für Öffentlichkeitsarbeit am Theater grundsätzlich demselben Regelwerk unterwerfen wie die Einzeldarsteller und alle sonstigen Personen, die traditionell zu den Bühnenmitgliedern zählen. Die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Ausschlussstatbestand des § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 NWPersVG ist von der die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachtenden dynamischen Verweisung auf den Bühnennormalvertrag gedeckt.“ (Rn. 21)

[BVerwG, Beschluss vom 7. Dezember 1994 – 6 P 29/92 = BVerwGE 97, 159-166](#)

Mitbestimmungsrecht – Personalrat – Einstellung – Eingruppierung – Bühneninspektoren

Antragsstellende Person	Personalrat
Antragsgegner*in	Generalintendant des Nationaltheaters
Betrieb	Städtisches Nationaltheater
Anstellungsverhältnis	Beschäftigte, die Bühnentechniker-Tarifvertrag (BTT) unterfallen Künstlerisches Theaterpersonal, welches dem Normalvertrag Solo unterfällt
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Personalrates gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 95 PersVG BW
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Baden-Württemberg Fachsenat für Personalvertretungssachen, 8. September 1992, PL 15 S 878/92 VG Karlsruhe, 10. Januar 1992, 16 K 2971/90
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Künstlerische Mitglieder eines Theaters im Sinne von § 95 BaWüPersVG (PersVG BW) sind alle im Theater Beschäftigten, deren vertragliche Aufgabe es ist, eigene schöpferische künstlerische Leistungen in die Gestaltung einer Aufführung einzubringen. Die Möglichkeit zu einer künstlerisch mitgestaltenden Aufgabenerfüllung darf dabei aber nicht nur in ganz seltenen und vom Gewicht her geringfügigen Fällen gefordert sein.
2. Für die Beantwortung der Frage, ob Bühneninspektoren diese Anforderungen erfüllen, kommt dem an den Bühnentechniker-Tarifvertrag (BTT) anknüpfenden Dienstvertrag eine wichtige indizielle Bedeutung zu.

Definition künstlerische Mitglieder

„Künstlerische Mitglieder eines Theaters im Sinne der genannten personalvertretungsrechtlichen Vorschrift des Landes Baden-Württemberg sind alle im Theater Beschäftigten, deren Aufgabe es ist, eigene schöpferische künstlerische Leistungen in die Gestaltung einer Aufführung einzubringen. Hierfür ist ein wesentliches Indiz, daß die Pflicht zu künstlerischer Leistung vertraglich vereinbart ist. Nicht erforderlich ist, daß der künstlerische Anteil der Tätigkeit die anderen, nichtkünstlerischen Bereiche der Tätigkeit überwiegt, insbesondere entscheidet nicht der zeitliche Umfang der künstlerischen Leistungen. Allerdings verlangt eine derart weitgehende gesetzliche Herausnahme von Beschäftigten aus dem kollektiven Arbeitsschutz, daß die Tätigkeit - im Sinne einer Untergrenze - zumindest auch durch künstlerische Anteile geprägt ist. Ein Gepräge dieser Art ist anzunehmen, wenn eine künstlerisch mitgestaltende Aufgabenerfüllung nicht in derart seltenen und vom Gewicht her geringfügigen Fällen anfällt und gefordert ist, so daß von kaum mehr als einer Randerscheinung gesprochen werden könnte. Eine personalvertretungsrechtliche Verschiedenbehandlung im Vergleich zu den übrigen technischen Bediensteten des Theaters wäre dann nicht mehr gerechtfertigt.“ (Rn. 14)

Wesentliche Beschneidungen von Mitbestimmungsrechten durch mehrdimensionalen, überindividuellen Schutz der Kunstfreiheit gerechtfertigt

„Die Mitbestimmungsrechte werden sehr weitgehend, d.h. in den wesentlichen Mitbestimmungsangelegenheiten und unabhängig vom Willen der Betroffenen ganz ausgeschlossen. Das lässt sich nur mit dem mehrdimensionalen, überindividuellen Schutz der Kunstfreiheit erklären und rechtfertigen. Geschützt wird das gemeinsame Zusammenwirken verschiedener Träger des Grundrechts der Kunstfreiheit bei der Gestaltung einheitlicher Kunstwerke, also die institutionelle wie auch die kollektive Freiheit gemeinsamen künstlerischen Schaffens. Der stärkere Eingriff rechtfertigt sich mithin nicht aus einer besonders intensiven Inanspruchnahme der Kunstfreiheit durch die unter die Regelung fallenden Beschäftigten. Er ist allein dadurch gestattet, daß - durch die Kunstgattung bedingt - notwendig mehrere Personen am Prozeß der künstlerischen Gestaltung mitwirken müssen, wie dies ja gerade wesentliches Kennzeichen von Theatern und Orchestern ist. Dieser Prozeß soll ausschließlich "kunstgerecht", also nach den Eigengesetzlichkeiten der Kunst, ablaufen und nicht nach anderen Kriterien und auch nicht durch die Bindung an sonstige Regeln gehemmt oder gar beeinträchtigt werden: Der kollektive arbeitsrechtliche Schutz der einzelnen künstlerisch Tätigen soll die eigenständige Entfaltung des gemeinsamen künstlerischen Schaffens im künstlerischen Kollektiv nicht hindern.“ (Rn. 21)

Tarifvertragliche Regelungen haben (nur) indizielle Wirkung bzgl. künstlerischer Tätigkeit

„Den Regelungen in den Tarifverträgen, insbesondere den Fiktionen in § 2 Abs. 2 Satz 2 BTT und Nr. 1 Abs. 2 Satz 3 der SR 2 k BAT, wonach der Angestellte als überwiegend künstlerisch tätig gilt, wenn im Dienstvertrag vereinbart ist, daß überwiegend eine künstlerische Tätigkeit auszuüben sei, kann dabei eine ausschlaggebende rechtliche Bedeutung nicht zukommen. Sie zeitigen allenfalls eine tatsächlich indizielle Wirkung. Denn Tarifverträge können nicht verbindlich regeln, ob die Voraussetzungen eines gesetzlichen Mitbestimmungsausschlusses gegeben sind, wenn dieser nicht selbst an tarifvertragliche Regelungen anknüpft, worauf auch § 3 BaWüPersVG hinweist.“ (Rn. 22)

Tendenzschutz – Mitbestimmungsrechte – Personalrat – PersVG Bremen

Antragsstellende Person	Personalrat des Stadttheaters
Antragsgegner*in	Land Bremen
Betrieb	Stadttheater; Eigenbetrieb der Stadtgemeinde
Anstellungsverhältnis	Künstlerisches Personal
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde gegen die Vorinstanz, die dem Begehren des Antragsstellers entsprochen hatte, wurde zurückgewiesen.
Gerichtbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Normen	§ 52 PersVG BR, § 65 PersVG BR, § 95 BPersVG, § 97 BPersVG, Art. 5 Abs. 3 GG
Vorgehend	VG Bremen, 6. November 1978, PV 7/78 OVG der Freien Hansestadt Bremen, 29. Mai 1979, PV B 5/78
Nachgehend	BVerfG 1. Senat Dreierausschuß, 24. März 1982, 1 BvR 941/81, Dreierausschussbeschluss: bestätigend

Leitsätze

1. Das künstlerische Personal eines in öffentlich-rechtlicher Form betriebenen Theaters im Lande Bremen unterliegt den Vorschriften des Personalvertretungsgesetzes.
2. Dem Personalrat steht auch in den Personalangelegenheiten dieses Personals, wie z.B. beim Engagement oder der Verlängerung oder Nichtverlängerung eines Bühnendienstvertrages, ein Mitbestimmungsrecht zu.
3. Die Aufgabenstellung des Personalrats läßt allerdings eine Prüfung der künstlerischen Befähigung des Bediensteten, bei dessen Personalangelegenheiten mitzubestimmen ist, nicht zu.
4. Die Mitbestimmung des Personalrats in Personalangelegenheiten des künstlerischen Personals im Lande Bremen ist mit der durch Art 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgten Freiheit der Kunst vereinbar.

Abweichende Vereinbarungen zu Lasten der Rechte des Personalrates sind unzulässig

„[...] die durch das Personalvertretungsgesetz dem Personalrat gewährten Rechte hinsichtlich ihres Bestehens nicht Gegenstand einer Vereinbarung oder eines Vergleichs sein können.“ (Rn. 26)

Auch künstlerisch tätiges Personal ist weisungsgebunden

„Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 BremPersVG hat der Personalrat die Aufgabe, für alle in der Dienststelle weisungsgebunden tätigen Personen in allen sozialen, personellen und

organisatorischen Angelegenheiten gleichberechtigt mitzubestimmen. Auch das künstlerische Personal ist weisungsgebunden in der personalvertretungsrechtlichen Dienststelle "Stadttheater" tätig, weil es - wenn auch nicht in so großem Umfange wie andere Bedienstete - dem Direktionsrecht des Dienststellenleiters, des Intendanten, unterliegt.“(Rn. 27)

Keine Pflicht des Landesgesetzgeber Ausnahmen für künstlerisches Personal zu schaffen

„Eine rahmenrechtliche Verpflichtung, besondere Vorschriften für das künstlerische Personal an Theatern zu erlassen, besteht für den Landesgesetzgeber nicht. Nach § 95 Abs. 1 BPersVG können die Länder für Dienststellen, die bildenden, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken dienen, eine besondere Regelung unter Beachtung des § 104 BPersVG vorsehen. Verpflichtet hierzu sind sie jedoch nicht (Beschluß vom 26. Oktober 1977 - BVerwG 7 P 6.76 -).“ (Rn. 29)

Keine Verletzung der Kunstfreiheit durch PersVG BR

„Die Herausnahme des Bühnenpersonals aus der personalvertretungsrechtlichen Betreuung, insbesondere hinsichtlich der personellen Angelegenheiten, ist aus dieser Sicht weder rechtlich geboten noch von der Sache her gerechtfertigt, weil der kollektivrechtliche Schutz, der durch die Personalvertretungen gewährt wird, für die Künstler ebenso wichtig ist wie für die anderen Bediensteten. Dieser **kollektive Schutz wird durch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verbürgt**; er will ihnen an ihrem Arbeitsplatz und in ihrer Einbindung in die Dienststelle das größtmögliche Maß an Selbstentfaltung und Selbstbestimmung erhalten. Bei Bühnenkünstlern, die in abhängigen Arbeitsverhältnissen stehen, und die - bedingt durch die Eigenart ihrer Tätigkeit - bei weitem nicht die Sicherheit des Arbeitsplatzes besitzen, die heute in der öffentlichen Verwaltung durchweg als selbstverständlich erscheint, bedürfen deshalb dieses Schutzes, der nicht unter Hinweis auf den Individualschutz, den das Bühnentarifrecht bietet, verneint oder eingeschränkt werden kann. Deshalb ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Bremische Personalvertretungsgesetz das Bühnenpersonal nicht schlechthin oder zum Teil aus seinem Anwendungsbereich herausgenommen hat.“ (Rn. 36)

Kein Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten des künstlerischen Personals

„Die Kollision, die in diesem Zusammenhang zwischen dem Grundrecht der Kunstfreiheit und dem Sozialstaatsprinzip auftritt, muß dahin gelöst werden, daß jedes der beiden Verfassungsprinzipien seine größtmögliche Wirksamkeit behält und ein nach beiden Seiten hin möglichst schonender Ausgleich gefunden wird. Deshalb kann die Lösung nicht darin bestehen, eine Mitbestimmung zu bejahen, die bis in die künstlerischen Fragen vordringt und damit die Verantwortung des Intendanten in Frage stellt, noch darf sie unter Überbetonung der Kunstfreiheit völlig ausgeschaltet werden. Im Spannungsfeld zwischen dem dem heutigen Massenstaat drohenden Untergang der freien Entfaltung des Individuums und seines Schutzes durch kollektive Organe und der für einen Kulturstaat notwendigen Freiheit der Kunst vor jeder Art von Dirigismus kann die Lösung nur darin bestehen, eine klare Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Personalrats und der des Medienträgers zu finden, die die beiderseits kollidierenden Verfassungsgrundsätze nicht übermäßig oder ungerechtfertigt einschränkt.“ (Rn. 38)

„Die Lösung ergibt sich zwanglos und unter richtiger Einschätzung der Verantwortungsbereiche folgerichtig aus der Aufgabenstellung des Personalrats. Der Personalrat hat die Interessen der Beschäftigten im innerdienstlichen Bereich auf sozialem, personellem und organisatorischem Gebiet (s. die rahmenrechtliche Vorschrift des § 104 BPersVG) wahrzunehmen und die Beteiligung der Bediensteten an der Regelung des Dienstes und der Dienst- und Arbeitsbedingungen zu verwirklichen (s. hierzu BVerfGE 28, 314 (318)).“ (Rn. 39)

Zum Intendanzmodell

„Die Mitbestimmung hat entgegen der Auffassung des Antragstellers auch nichts mit der Theaterverfassung zu tun, insbesondere nichts mit der Frage, ob eine - von manchen als überaltert und autoritär bezeichnete - Intendantenverfassung beizubehalten oder aufzugeben ist. **Das Intendantenmodell ist zwar keine grundgesetzlich geschützte Institution. Sie steht zur Disposition des Gesetzgebers und auch, soweit keine gesetzlichen Regelungen bestehen, des Trägers des Theaters.** Eine nach Meinung des Antragstellers modernere Theaterstruktur kann aber nicht dadurch herbeigeführt werden, daß man den Personalrat auf Gebiete vordringen läßt, die ihm von seinem sozialstaatlichen Auftrag her verschlossen sind. [...] Deshalb kann auch die Frage, ob der aufgrund der Dienstvereinbarung gebildete Theaterrat ein Schritt zur Auflockerung der "autoritären" Intendantenverfassung ist, dahingestellt bleiben, weil sie keinen personalvertretungsrechtlichen Bezug hat. Die Rechte und Befugnisse des Theaterrats beruhen allein auf der Dienstvereinbarung - deren Gültigkeit dahingestellt bleiben mag - und nicht auf den Vorschriften des Personalvertretungsgesetzes.“ (Rn. 42)



OVG SN, Beschluss vom 28. November 2018 – 9 A 250/18.PL –

Zustimmung – Personalrat – Einstellung – Bühnenmeister – Beschäftigte mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit

Antragsstellende Person	Personalrat
Antragsgegner*in	Intendant und Verwaltungsdirektor des Eigenbetriebs Schauspiel
Betrieb	Schauspielhaus
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers gegen die Entscheidung der Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 82 Abs. 1 S. 1 PersVG SN 2018, § 1 Abs. 2n TVÖD, § 80 Abs. 1 S. 1 PersVG SN 2018
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Dresden, 24. November 2017, 9 K 3087/16, Beschluss
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Um Beschäftigte mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit handelt es sich bei allen im Theater Beschäftigten, deren Aufgabe es ist, eigene schöpferisch künstlerische Leistungen in die Gestaltung einer Aufführung einzubringen. (vgl. Rn 30)
2. Ein Bühnenmeister ist als „gekorener künstlerischer Bühnentechniker“ anzusehen, wenn arbeitsvertraglich vereinbart ist, dass er überwiegend künstlerisch tätig sein soll. (vgl. Rn. 33)

OVG NI, Beschluss vom 10. Januar 2018 – 18 LP 2/1 –

Mitbestimmung – überwiegend künstlerische Tätigkeit – Anknüpfung an arbeitsvertragliche Festregelung – Bühnentechniker – Veranstaltungstechniker

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte	Arbeitgeberin
Betrieb	Staatstheater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag; unterliegt NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Antragsstellers gegen die Entscheidung der Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 106 Abs. 1 S. 3 PersVG ND, § 65 Abs. 3 Nr. 3 PersVG ND
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Oldenburg (Oldenburg), 4. März 2016, 9 A 4325/15, Beschluss
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Ob ein Beschäftigter im Sinne des § 65 Abs 3 Nr. 3 NPersVG a.F, "überwiegend künstlerisch tätig" ist, bestimmt sich grundsätzlich nach seiner arbeitsvertraglich festgelegten Funktion. (vgl. Rn. 27)
2. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die arbeitsvertragliche Festlegung missbräuchlich zur Umgehung personalvertretungsrechtlicher Beteiligungsrechte erfolgt ist. (vgl. Rn. 31)

VGH BY, Beschluss vom 8. Februar 2010 – 17 P 09.144 –

Mitbestimmungsrecht – Personalrat – Arbeitszeiten – Werkstätten – Proben- und Vorstellungsbetrieb – künstlerischer Bereich

Antragsstellende Person	Personalrat des BBS in München
Beteiligte	Betriebsunternehmen in öffentlicher Hand
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen NV Bühne

Entscheidung	Die Beschwerde der Beteiligten wurde zurückgewiesen.
Normen	Art 5 Abs 3 S 1 GG, Art 81 Abs 2 PersVG BY, § 89 Abs 2 ArbGG, Art 75 Abs 4 S 1 Nr 1 PersVG BY, Art 75 Abs 4 S 2 PersVG BY, § 118 Abs 1 Nr 1 BetrVG
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG München, 10. Dezember 2008, M 20 P 08.1934, Entscheidung
Nachgehend	–

Konflikt zwischen Kunstfreiheit und grundrechtlichem Schutz der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG

„Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistet die Kunstfreiheit zwar vorbehaltlos. Sie kann aber durch andere verfassungsrechtlich geschützte Werte (**kollidierendes Verfassungsrecht**) beschränkt werden. Hierzu zählen namentlich die Grundrechte Dritter [...]. In Betracht kommt insoweit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, denn auch wenn das Beteiligungsrecht des Antragstellers als solches lediglich eine einfachgesetzliche Grundlage hat, so zielt jedenfalls die vorliegend in Rede stehende arbeitszeitbezogene Mitbestimmung auf den Schutz vor übermäßiger zeitlicher Inanspruchnahme und damit auf den grundrechtlichen Schutz der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (vgl. [BVerfG vom 28.1.1992 BVerfGE 85, 191/212 f.](#); [BVerfG vom 17.11.1992 BVerfGE 87, 363/386](#)). Insofern konkretisiert eine unter Beteiligung der Personalvertretung zustande gekommene Regelung über die Dauer der Arbeitszeit etc. einen im vorrangigen Tarifrecht bereits angelegten Rechtsgedanken, denn dort wird auch der Schutz des Bühnenmitglieds vor übermäßiger Belastung betont (vgl. z.B. § 7 Abs. 4 NV Bühne). Folglich ist der Konflikt zwischen der Kunstfreiheit einerseits und dem grundrechtlichen Schutz der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Wege der sogenannten praktischen Konkordanz zu lösen.“ (Rn. 75)

Kein Mitbestimmungsrecht bei künstlerischen Belangen

„Dem Antragsteller steht deshalb bei der Mitbestimmung nach Art. 75 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG eine Beurteilung, die sich auf künstlerische Belange bezieht, nicht zu, weil sie in keinem inneren Zusammenhang mit seinen Aufgaben steht. Dementsprechend liegt keine mitbestimmungspflichtige Maßnahme vor, wenn es um Fragen der Gesamtdauer von Proben oder deren Anzahl geht (BVerwG vom 12.8.2002 a.a.O.) oder auch dann, wenn künstlerische Gesichtspunkte eine bestimmte zeitliche Lage der einzelnen Proben erfordern (BAG vom 4.8.1981 a.a.O.).“ (Rn. 77)

Kunstfreiheit rechtfertigt nicht die generelle Verneinung der Mitbestimmung

„Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Personalrat im Einzelfall sein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der Dauer der Arbeitszeit etc. in einer Weise wahrnimmt, die gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verstößt. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Verneinung der Mitbestimmung überhaupt, denn das gesetzliche Mitbestimmungsverfahren stellt in Verbindung mit dem dazugehörigen Prozessrecht sicher, dass solche nicht auszuschließenden Fehler korrigiert werden. Verweigert der Personalrat seine Zustimmung zur Festlegung etwa der Probenzeiten aus Gründen, die mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht in Einklang stehen, so kann

und wird der Dienststellenleiter letztlich die Einigungsstelle anrufen (Art. 70 Abs. 5, Art. 71 BayPVG). Diese hat den Anträgen des Dienststellenleiters zu entsprechen, soweit die Zustimmungsverweigerung des Personalrats das Recht verletzt (Art. 71 Abs. 3 Satz 4 BayPVG). Trägt auch der Beschluss der Einigungsstelle den Belangen der Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung, so kann der Dienststellenleiter im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren die Aufhebung dieser Entscheidung erreichen (Art. 81 Abs. 1 Nr. 5 BayPVG). Sein Recht, im Eilfall vorläufige Regelungen zu treffen (Art. 70 Abs. 7 BayPVG), bleibt unberührt [...].“ (Rn. 79)

Direktionsrecht schließt Mitbestimmungsrecht nicht aus

„Unter dem Direktionsrecht wird das Recht des Arbeitgebers verstanden, die konkrete Leistungspflicht, also die Einzelheiten der vom Arbeitnehmer laut Arbeitsvertrag zu erbringenden Leistungen, näher zu bestimmen. Die aus dem Direktionsrecht resultierende Weisungsbefugnis des Arbeitgebers erstreckt sich dabei grundsätzlich auf Ort, Zeit, Inhalt sowie Art und Weise der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung. Darum geht es vorliegend jedoch nicht. Soweit der NV Bühne dem Beteiligten zu 1) das Direktionsrecht einräumt oder belässt, besagt dies lediglich, dass der Beteiligte zu 1) für seine Anordnungen nicht der Zustimmung des Arbeitnehmers, insbesondere nicht der Änderung oder Ergänzung des Arbeitsvertrages, bedarf. Die Mitbestimmungspflichtigkeit der vorliegend in Mitten stehenden Maßnahme, die von Art. 75 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG erfasst wird, bleibt davon unberührt (BVerwG vom 12.8.2002 a.a.O.).“ (Rn. 81)

OVG NRW, Beschluss vom 27. Oktober 2006 – 1 A 464/05.PVL –

Ausschluss – Personalratsbeteiligung – Technischer Direktor und Gewandmeister

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte	Theater als Eigenbetrieb der Stadt
Betrieb	Theater und philharmonische Orchester
Anstellungsverhältnis	Dienstvertrag, im Übrigen richtet sich das Vertragsverhältnis nach dem NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Antragsstellers wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 72 Abs. 1 S. 1 PersVG NW 1974, § 72 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 PersVG NW 1974, § 72 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 Nr. 3 PersVG NW 1974
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Minden, 7. Dezember 2004, 12 K 3286/04.PVL
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Der Ausschluss der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 3 LPVG NRW (PersVG NW 1974) bezieht sich nicht auf den

Technischen Direktor eines Theaters und nicht auf einen Gewandmeister. (vgl. Rn. 59)

2. Für die Frage, ob der Technische Direktor eines Theaters oder ein Gewandmeister eine überwiegend künstlerische Tätigkeit im Sinne von § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 LPVG NRW (PersVG NW 1974) ausüben, kann nicht auf deren Funktion abgestellt werden. Vielmehr ist es erforderlich, die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit des jeweiligen Beschäftigten in den Blick zu nehmen und im Einzelnen zu untersuchen, ob und inwieweit die Tätigkeit künstlerische Elemente enthält und welches Gewicht diesen im Verhältnis zu den sonstigen Aufgaben zukommt. (vgl. Rn. 64)

OVG NRW, Beschluss vom 9. Juni 2004 – 1L A 2774/02.PVL –

Einstellung – Dramaturgen für Öffentlichkeitsarbeit und Marketing – Theater –
persönlicher Referenten der Intendanz – personalvertretungsrechtliche Mitbestimmung

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte zu 1.	Leiter der Dienststelle
Beteiligte zu 2.	Arbeitgeberin; Vertretung für das Theater
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterliegen dem NV Solo
Entscheidung	Die Beschwerde des Antragsstellers wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 72 Abs. 1 PersVG NW, § 79 Abs. 2 PersVG NW, § 87 Abs. 2 ArbGG, § 66 Abs. 1 ArbGG, § 9 Abs. 5 ArbGG
Gerichtbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Rechtsschutzinteresse

Ein Arbeitsvertrag, der nach unterbliebener Mitbestimmung der Personalvertretung abgeschlossen wurde, entfaltet fortbestehende Rechtswirkungen, weshalb ein Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Prüfung der Mitbestimmungsbedürftigkeit besteht. (vgl. Rn. 30)

Dynamischer Verweis im LPVG NRW

Das LPVG NRW verweist dynamisch auf das Bühnentarifrecht in seiner jeweils aktuellen Fassung zum Zeitpunkt der anstehenden personalvertretungsrechtlichen Beteiligung. (vgl. Rn. 34) Die dynamische Verweisung ist zulässig, weil der in Frage stehende nicht der Mitbestimmungspflicht unterliegende Personenkreis hinreichend bestimmt ist. (vgl. Rn. 35)

Dramaturgin für Öffentlichkeitsarbeit unterfällt NV Solo

Ob eine Person Solomitglied nach dem Bühnennormalvertrag ist, beurteilt sich nach ihrer arbeitsvertraglich festgelegten beruflichen Aufgabe. (vgl. Rn. 38) Für Personen in ähnlicher

Stellung nach § 1 Nr. 2 NV Solo ist kennzeichnend, dass sie im künstlerischen Bereich unmittelbar mitwirken. (vgl. Rn. 41)

Eine Dramaturgin für Öffentlichkeitsarbeit und Marketing ist eine Person in ähnlicher Stellung nach § 1 Nr. 2 NV Solo. (vgl. Rn. 42)

Persönlicher Referent eines Intendanten unterfällt NV Solo

Der persönliche Referent eines Intendanten ist nach seiner Tätigkeit und seiner Aufgabenbeschreibung eine Person in ähnlicher Stellung nach § 1 Nr. 2 NV Solo. (vgl. Rn. 50) § 1 Abs. 2 NV Bühne ordnet ausdrücklich Referenten und Assistenten von Intendanten den vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfassten Solomitgliedern zu. (vgl. Rn. 54)

[OVG NRW, Beschluss vom 18. Dezember 2002 – 1L A 600/98.PVL –](#)

Mitbestimmungsrecht – Personalrat – Personalmaßnahmen – Dramaturgische Mitarbeiterin und Referentin für Öffentlichkeitsarbeit

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte	Theater als Eigenbetrieb Stadt L
Betrieb	Theater, Oper, Orchester
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterliegen NV Solo
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin war erfolgreich.
Normen	§ 72 Abs. 1 S. 1 PersVG NW
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Mitbestimmungsrecht gilt nicht für Beschäftigte nach dem NV Solo

„[...] gilt § 72 Abs. 1 Satz 1 LPVG NRW [gilt] nicht für Beschäftigte an Theatern, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden.“ (Rn. 24)

„Die mithin formal vorliegende Beschäftigung auf der Grundlage des Normalvertrags Solo reicht für das Eingreifen des Ausschlussstatbestands des § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 LPVG NRW regelmäßig - wie hier - aus. Zusätzlich ist nicht erforderlich, dass Frau I. ausschließlich künstlerisch tätig ist. Dies ergibt sich aus der Auslegung des § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 LPVG NRW.“ (Rn. 34)

[OVG ST, Beschluss vom 22. November 2000 – A 5 S 13/99 –](#)

Mitbestimmung – Personalrat – Tendenzbetrieb – Regieassistentin – Theater – Kunstfreiheit

Antragssteller	Personalrat
-----------------------	-------------

Beteiligte	Eigenbetrieb der Stadt; Intendant des Theaters (Funktion der Betriebsleitung)
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Antragsstellers war erfolgreich.
Normen	Art. 5 Abs. 3 GG, § 67 Abs. 1 Nr. 1 PersVG ST, § 67 Abs. 1 Nr. 3 PersVG ST
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VGt Halle, 11. Kammer, Beschluss vom 2. November 1999
Nachgehend	–

Leitsatz

Der Personalrat eines städtischen Theaters im Land Sachsen-Anhalt hat bei der Einstellung des künstlerischen Personals gem. § 67 Abs. 1 Nr. 1 PersVG LSA mitzubestimmen. Er darf bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts jedoch keine Einwendungen erheben, die die künstlerische Richtungsentscheidung betreffen.

Keine einfachgesetzliche Einschränkung für Tendenzbetriebe im Landesrecht

„Das Personalvertretungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt enthält anders als die Personalvertretungsgesetze einer Reihe anderer Bundesländer keine Bestimmung, die die Mitbestimmung des Personalrats in den personellen Angelegenheiten des künstlerischen Personals ausschließt oder beschränkt (vgl. Übersicht bei Löwisch/Kaiser, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlich geführten Bühnenunternehmen, Nomos 1. Aufl. 1996). Kraft einfachen Rechts ergeben sich deshalb keine Beschränkungen für das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers.“ (Rn. 26)

Kunstfreiheit gebietet keinen grundsätzlichen Ausschluss

„Der dem ... Theater gebührende Tendenzschutz nötigt indes nicht dazu, die Mitbestimmung des Personalrats bei der Einstellung künstlerischer Mitarbeiter grundsätzlich auszuschließen. Dem Tendenzschutz kann in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise unter Beibehaltung des Mitbestimmungsrechts mit verfahrensrechtlichen Maßgaben Rechnung getragen werden.“ (Rn. 28)



Kein Mitbestimmungsrecht bei künstlerischen Richtungsentscheidungen

„Dem Personalrat ist in Übereinstimmung mit dem geltenden Landesrecht ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung des künstlerischen Personals zuzugestehen. Er darf bei der Ausübung dieses Rechts aber nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eindringen. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass er der Einstellung keine eigene Wertung der tendenzbedingten Notwendigkeit dieser Maßnahme entgegenhalten kann. Er ist auf Einwendungen außerhalb der künstlerischen Richtungsentscheidung beschränkt.“

[VGH HE, Beschluss vom 20. Februar 1997 – 22 TL 569/96 –](#)

Mitbestimmungsrecht – Personalrates – Einstellung – stellvertretender technischer Direktor – Staatstheater – Ausschluss – künstlerisch Beschäftigte

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte	Arbeitgeberin; Betreiberin Theater
Betrieb	Staatstheater
Anstellungsverhältnis	Dienstvertrag nach dem Bühnentechniker-Tarifvertrag (BTT)
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Personalrates gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 77 Abs. 1 Nr. 2a PersVG HE, § 104 Abs. 1 Satz 1 PersVG HE, § 104 Abs. 3 Satz 1 PersVH HE
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Kassel, 6. September 1995, L 17/93
Nachgehend	–

Ausnahme für Tendenzbetriebe

„[...] nach § 104 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 HPVG entfällt für die an den öffentlichen Theatern und Orchestern künstlerisch Beschäftigten die Mitbestimmung und Mitwirkung des Personalrats in Personalangelegenheiten. Zu den grundsätzlich mitbestimmungspflichtigen Personalangelegenheiten der Angestellten und Arbeiter gehört die Einstellung (vgl. § 77 Abs. 1 Nr. 2.a HPVG). (Rn. 17)

Definition künstlerische Beschäftigte

*„Der Gesetzeswortlaut des § 104 Abs. 1 HPVG neuer Fassung, in dem auf "die an öffentlichen Theatern und Orchestern künstlerisch Beschäftigten" abgestellt wird, spricht nicht dafür, daß nur die ausschließlich oder vorwiegend bzw. überwiegend künstlerisch tätigen Beschäftigten von der Vorschrift erfaßt und damit einer Beteiligung des Personalrats entzogen sein sollen. Vielmehr deutet das Fehlen einer Formulierung, die den Kreis der künstlerisch Beschäftigten auf ausschließlich oder überwiegend künstlerisch Tätige eingrenzt, darauf hin, **daß jedenfalls auch diejenigen künstlerisch Beschäftigten, bei denen die künstlerische Tätigkeit wesentlich ist und nicht nur völlig untergeordnete Bedeutung hat, von der Vorschrift erfaßt werden.**“ (Rn. 19)*

Stellvertretender technischer Direktor als künstlerischer Beschäftigter

„Die Mitbestimmung entfällt hier, da der stellvertretende technische Direktor des Staatstheaters künstlerisch Beschäftigter im Sinne des § 104 HPVG ist.“ (Rn. 17)

Zu den Tätigkeiten im Detail

„Vielmehr muss der stellvertretende technische Direktor insbesondere bei der Diskussion über Entwürfe, Zeichnungen und Modelle der Bühnenausstattung viel künstlerisches Verständnis, Einfühlungsvermögen und Kompromissbereitschaft zeigen und oftmals selbst Vorschläge für die zur Verwendung kommenden Materialien oder in technischer Hinsicht

einbringen. Dies bedeutet, daß es zu seiner täglichen Arbeit gehört, mit künstlerischem Gespür Einfluss auf die Bühnenbilder und die sonstige Bühnenausstattung zu nehmen. Aus dem Umstand, daß bei jeder Aufführung Bühnenbilder und Bühnenausstattungen verwendet werden bzw. die Be- und Ausleuchtung sowie die szenischen Licht- und Geräuscheffekte überwacht werden müssen, folgt, daß es zu den wesentlichen Aufgaben des stellvertretenden technischen Direktors gehört, nicht nur hin und wieder, sondern regelmäßig und mit nicht unerheblicher Bedeutung für die jeweilige Theaterproduktion bei deren Realisierung künstlerisch mitgestaltend tätig zu werden.“ (Rn. 24)

[VG Ansbach, Beschluss vom 25. September 2023 – AN 8 P 22.02641 –](#)

Mitbestimmungsrecht – Personalrat – Arbeitszeitregelungen – Theater – Festlegung – Dienstpläne

Antragsstellende Person	Personalrat
Beteiligte	Dienststellenleiter
Betrieb	Theater im Eigenbetrieb der Stadt
Anstellungsverhältnis	Beschäftigte, die dem NV Bühne unterfallen
Entscheidung	Die Anträge wurden abgelehnt
Normen	Art. 75 Abs. 3 Satz 1 PersVG BY, Art. 75 Abs. 3 Satz 2 PersVG BY
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Orientierungssätze

1. Monats- und Wochendienstpläne für die Beschäftigten eines Theaters unterfallen nicht der Mitbestimmung des Personalrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage gemäß Art. 75 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 1 PersVG BY, wenn in der Monatsdisposition ausdrücklich vermerkt ist, dass insoweit Änderungen vorbehalten sind und sukzessive durch die aktualisierte Wochendisposition ersetzt werden, sowie bei der Wochendisposition ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass Änderungen vorbehalten sind und der Tagesplan zu beachten ist. (vgl. Rn. 25)
2. Geht es in den Tagesplänen der Theatermitarbeiter um die Festlegung individueller Arbeitszeiten für bestimmte Personen, nicht hingegen um die generelle Festlegung für Beschäftigte in ganz bestimmten Arbeitsbereichen, besteht kein kollektives Mitbestimmungsrecht. (vgl. Rn. 31)

2. Betriebsrat

Das Betriebsverfassungsgesetz gilt bundesweit und findet Anwendung, sofern auf Arbeitgebendeseite private Institutionen stehen.



Mitbestimmungsrecht – Einstellung – Leiters der Kostümabteilung – Recht auf Einblick –
Gagenliste

Antragsstellende Person	Betriebsrat
Beteiligte	Betreiberin eines Schauspielhauses
Betrieb	Schauspielhaus
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 118 Abs. 1 BetrVG, § 99 Abs. 1 BetrVG, § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, § 79 BetrVG, § 75 BetrVG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 256 Abs. 1 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Wilhelmshaven, 12. November 2004, 1 BV 9/03, Beschluss LAG Niedersachsen 11. Kammer, 5. Dezember 2005, 11 TaBV 2/05, Beschluss
Nachgehend	–

Allgemeine Regel zur Einbeziehung des Betriebsrats bei Einstellungsverfahren

*„Gem. § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber in einem Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vor der Einstellung eines Arbeitnehmers die **Zustimmung des Betriebsrats** einzuholen.“ (Rn. 12)*

Ausnahme für Tendenzbetriebe

*„[Gem. § 118 Abs. 1 BetrVG] finden die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes auf Unternehmen und **Betriebe, die unmittelbar und überwiegend künstlerischen Bestimmungen dienen, keine Anwendung**, soweit die Eigenart des Unternehmens oder Betriebs dem entgegensteht.“ (Rn. 14)*

Theater als Tendenzbetriebe

„Theater verfolgen künstlerische Zielsetzungen iSd. § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Bei personenbezogenen Maßnahmen in Tendenzbetrieben kommt eine Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats in Betracht, wenn die betreffende Maßnahme sog. Tendenzträger betrifft.“ (Rn. 15)

Tendenzträger

„Beschäftigte sind Tendenzträger, wenn die Bestimmungen und Zwecke des jeweiligen in § 118 Abs. 1 BetrVG genannten Unternehmens oder Betriebs für ihre Tätigkeit prägend sind. Dies setzt voraus, dass der Beschäftigte die Möglichkeit einer

entsprechenden inhaltlichen Einflussnahme auf die Tendenzverwirklichung hat. Eine bloße Mitwirkung bei der Tendenzverfolgung genügt dafür nicht.“ (Rn.16)

Der Leiter der Kostümabteilung eines Theaters ist in der Regel kein Tendenzträger
„Danach hat das Landesarbeitsgericht eine Tendenzträgereigenschaft des Leiters der Kostümabteilung im Theaterbetrieb der Arbeitgeberin zu Recht verneint. Dieser hat nach Maßgabe seiner Befugnisse keinen prägenden Einfluss auf die Tendenzverwirklichung. Produktion und die Inszenierung eines bestimmten Theaterstücks kann er schon nach dem eigenen Vorbringen der Arbeitgeberin nicht maßgeblich beeinflussen. Danach bestimmt der Kostümbildner darüber, welche einzelnen Kostüme von den Schauspielern in den jeweiligen Stücken getragen werden. Aufgabe des Leiters der Kostümabteilung ist es hingegen, Probenkostüme aus dem Fundus herauszusuchen und mit dem Kostümbildner Stoffe und Schnitte für das jeweilige Stück zu besprechen. Darin verwirklicht sich kein eigener Gestaltungsspielraum. Selbst wenn die Ideen des Leiters der Kostümabteilung in die Absprachen mit dem Kostümbildner einfließen, liegt die Entscheidung über die zu verwendenden Kostüme doch bei diesem. Mit den übrigen Leitungsaufgaben sind nennenswerte künstlerische Gestaltungsspielräume von vornherein nicht verbunden. Aus der notwendigen Zusammenarbeit mit Regisseuren und Bühnenbildnern und der Anfertigung bestimmter Kostümdetails folgt kein prägender Einfluss. Dies gilt unabhängig davon, welche dramaturgischen, künstlerischen, kunst- und kostümgeschichtlichen Fachkenntnisse für die Stelle erforderlich sind. Auch der Umstand, dass der „Leiter des Kostümwesens“ gem. § 1 Abs. 3 Unterabs. 1 Normalvertrag (NV) Bühne in den Kreis verantwortlicher Theaterberufe mit Leitungsfunktion eingeordnet ist, besagt nicht, dass er die Tendenzverwirklichung maßgeblich beeinflussen könnte. Entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin wird auf diese Weise für die Tendenzträgereigenschaft nicht das Vorliegen völliger „Tendenzherrschaft“ verlangt. Erforderlich ist lediglich die Möglichkeit eines prägenden Einflusses, an der es dem Leiter der Kostümabteilung trotz seiner teilweise künstlerischen Aufgaben wegen des Fehlens von Entscheidungsbefugnissen mangelt.“ (Rn. 18)

Recht auf Einblick in die Gagenliste

„Dem Einblicksrecht des Betriebsrats steht § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch hinsichtlich der Gehaltslisten von Tendenzträgern nicht entgegen.“ (Rn. 29)

Allgemeines Informationsrecht

„Nach [§ 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG] sind dem Betriebsrat auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. In diesem Rahmen sind der Betriebsausschuss oder, wenn ein solcher nicht gebildet werden kann, der **Betriebsratsvorsitzende berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen**. Damit steht das Einblicksrecht dem Betriebsrat zwar nur insoweit zu, wie dies zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlich ist. Es setzt jedoch nicht voraus, dass ein besonderes Überwachungsbedürfnis konkret vorgetragen werden muss. Der nötige Aufgabenbezug ist regelmäßig schon deshalb gegeben, weil der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen hat, dass die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Tarifverträge durchgeführt werden. Zu diesen zählt auch § 75 Abs. 1 BetrVG. Aus der dort normierten Verpflichtung zur Wahrung der Grundsätze von Recht und Billigkeit folgt die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beachtung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das Einblicksrecht in die

Bruttoentgeltlisten dient insbesondere der Prüfung, ob der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nachkommt.“ (Rn. 23)

Darlegung eines besonderen Anlasses nicht erforderlich

„Der Darlegung eines besonderen Anlasses für die Ausübung des Einblicksrechts bedarf es dabei auch im Hinblick auf individuell vereinbarte übertarifliche Vergütungen nicht. Der Betriebsrat benötigt die Kenntnis der effektiv gezahlten Vergütungen, um sich ein Urteil darüber bilden zu können, ob insoweit ein Zustand innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit erreicht ist oder nur durch eine andere betriebliche Lohngestaltung erreicht werden kann (BAG 30. Juni 1981 - 1 ABR 26/79 - BAGE 35, 342, zu B III 2 der Gründe). Ein Einblicksrecht besteht deshalb auch dann, wenn der Betriebsrat gerade erst feststellen will, welche Arbeitnehmer Sonderzahlungen erhalten und wie hoch diese sind.“ (Rn. 24)

Grenzen des Einblicksrechts

*„Die **Grenzen des Einblicksrechts** liegen allerdings dort, wo ein Beteiligungsrecht oder eine sonstige Aufgabe offensichtlich nicht in Betracht kommt. Auch wenn es regelmäßig keines besonderen Anlasses für die Einblicknahme in die Entgeltlisten bedarf, ist der Betriebsrat verpflichtet zu prüfen, ob ein sachlicher Grund besteht, Einblick in die Entgeltlisten zu nehmen. Ein willkürliches Einblicksverlangen verstieße gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG und wäre rechtsmissbräuchlich.“ (Rn. 25)*

Keine Verletzung der Kunstfreiheit

„Durch den Einblick des Betriebsrats in die Gagenlisten wird die künstlerische Freiheit der Theaterleitung, soweit sie sich in der Vereinbarung bestimmter Entgelte für die am Theater künstlerisch tätigen Personen ausdrückt, nicht eingeschränkt (vgl. [BVerwG 22. April 1998 - 6 P 4/97](#) - [NZA-RR 1999, 274](#), zu II 2 c aa der Gründe). Durch bloße Informations-, Anhörungs- und Beratungsrechte des Betriebsrats wird ein Tendenzunternehmen in der Verfolgung seiner geistig-ideellen Ziele grundsätzlich nicht gehindert oder ernsthaft beeinträchtigt. Dessen Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung bleibt trotz der Beteiligung des Betriebsrats in vollem Umfang erhalten. Durch die Einsicht in die Gehaltslisten von Tendenzträgern wird dem Betriebsrat auch kein verfassungsrechtlich unzulässiger Einfluss auf die geistig-ideelle Zielsetzung des Arbeitgebers eröffnet ([BAG 30. Juni 1981 - 1 ABR 26/79](#) - [BAGE 35, 342](#), zu B II 1 der Gründe; [BVerwG 22. April 1998 - 6 P 4/97](#) - aaO). Die Entscheidung über die Gehaltshöhe eines Tendenzträgers mag Tendenzbezug haben, sie ist aber im Zeitpunkt der Einsichtnahme des Betriebsrats bereits gefallen. Im Übrigen schließt der Tendenzschutz des Arbeitgebers nicht jegliches Tätigwerden des Betriebsrats in Bezug auf das Arbeitsentgelt von Tendenzträgern von vornherein aus. Damit würde die aus der Schutzfunktion des Betriebsrats folgende Vielfältigkeit der Aufgaben und Unvorhersehbarkeit eines möglichen Ansatzes für ein Tätigwerden verkannt.“ (Rn. 31)

[BAG, Beschluss vom 30. Mai 2006 – 1 ABR 17/05 –](#)

Mitbestimmungsrecht – Betriebsrates – Berufsbildung in Tendenzunternehmen

Antragsstellende Person	Betriebsrat
Beteiligte	Arbeitgeberin; Betreiberin eines Zeitungsverlags
Betrieb	Zeitungsverlag
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrates gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 93 Abs. 3 BetrVG, § 98 Abs. 4 BetrVG, § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, § 253 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, § 256 Abs. 1 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Würzburg 2. Kammer, 3. Februar 2004, 2 BV 32/03, Beschluss LAG Nürnberg 8. Kammer, 22. Dezember 2004, 8 TaBV 14/04, Beschluss
Nachgehend	–

Streitgegenstand

Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht bei der Entsendung von Redakteuren zu bestimmten Bildungsveranstaltungen.

Zu § 98 BetrVG

„§ 98 BetrVG sieht ein Mitbestimmungsrecht in mehrfacher Hinsicht vor. Nach § 98 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen, nach § 98 Abs. 2 BetrVG kann er der Bestellung einer mit der Durchführung der betrieblichen Berufsbildung beauftragten Person widersprechen oder ihre Abberufung verlangen und gemäß § 98 Abs. 3, Abs. 4 BetrVG kann er unter bestimmten Voraussetzungen Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern an Maßnahmen der beruflichen Bildung machen und bei deren Nichtannahme durch den Arbeitgeber über die Auswahl der Teilnehmer mitentscheiden.“ (Rn. 3)

Ausnahme für Tendenzbetriebe

„Nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG finden die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dienen, keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht.“ (Rn. 22)

Zeitungsverlag als Tendenzbetrieb

*„Die Arbeitgeberin ist ein **Tendenzunternehmen**. Ihr **Geschäftszweck ist die Berichterstattung und Meinungsäußerung** im Sinne der gesetzlichen Regelung. Bei personenbezogenen Maßnahmen kommt deshalb eine Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats in Betracht, wenn die Maßnahmen sog. Tendenzträger*

betreffen. Ein **Beschäftigter ist Tendenzträger**, wenn die Bestimmungen und Zwecke des betreffenden Unternehmens oder Betriebs für seine Tätigkeit prägend sind.“ (Rn. 23)

Vermutung bzgl. „tendenzbezogener Gründe“

„Ebenso wie bei Einstellungen und Versetzungen von Redakteuren eine „Vermutung“ dafür spricht, dass diese Maßnahmen aus tendenzbezogenen Gründen vorgenommen werden (vgl. [BAG 1. September 1987 - 1 ABR 22/86 - BAGE 56, 71](#), zu B 2 a bb der Gründe), ist auch bei der Auswahl von Tendenzträgern zur Teilnahme an einer Berufsbildungsmaßnahme in der Regel von einer Tendenzbezogenheit der Auswahlentscheidung auszugehen.“ (Rn. 26)

[BAG, Beschluss vom 4. August 1981 – 1 ABR 106/79 –](#)

Mitbestimmungsrecht – Betriebsrats – Festlegung der Probezeiten

Antragsstellende Person	Betriebsrat
Beteiligte	Betreiberin eines Schauspielhauses mit circa 220 Beschäftigten
Betrieb	Schauspielhaus
Anstellungsverhältnis	Angestellten, die unter den BAT einschließlich der Sonderregelung für Angestellte an Theatern und Bühnen (SR 2 k BAT) fallen: Theatermeister, Leiter der Werkstätten, Verwaltungsangestellte und ähnliche Angestellte Vom Bühnentechnikertarifvertrag (BTT) erfasste Angestellten: beispielsweise Direktoren, Leiter des Beleuchtungswesens sowie bestimmte Angestellte, wenn sie überwiegend künstlerisch tätig sind. Vom Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) nebst der Sondervereinbarung 2 f (SV 2 f) erfassten Arbeiter.
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrates gegen die Vorinstanz war erfolgreich.
Normen	§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LAG Düsseldorf, 26. September 1979, 15 TaBV 8/79

Nachgehend	–
------------	---

Leitsatz

Für die vom Normalvertrag-Solo vom 1.5.1924 idF vom 3.12.1974 erfassten Bühnenangestellten ist die Zeit der Proben für die einzelnen Aufführungen Teil ihrer Arbeitszeit. Die zeitliche Festlegung der Proben unterliegt daher nach BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 2 der Mitbestimmung des Betriebsrates. Dieses Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entfällt nur insoweit, als durch eine Mitbestimmung über die zeitliche Lage der einzelnen Proben zwangsläufig die Gesamtdauer der Proben für eine Aufführung und damit die künstlerische Qualität der Aufführung beeinflusst wird. Das Mitbestimmungsrecht entfällt ferner, wenn künstlerische Gesichtspunkte eine bestimmte zeitliche Lage oder eine bestimmte Mindestdauer der einzelnen Probe erfordern.

LAG NI, Beschluss vom 5. Dezember 2005 – 11 TaBV 2/05 –

Mitbestimmungsrecht – Betriebsrats – Eingruppierung – NV Bühne – Vergütungsordnung

Antragsstellende Person	Betriebsrat
Beteiligte	Betreiberin eines Schauspielhauses
Betrieb	Schauspielhaus
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen NV Bühne
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrates gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 99 BetrVG, § 118 Abs. 1 BetrVG, § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Wilhelmshaven, 12. November 2004, 1 BV 9/03, Beschluss
Nachgehend	BAG 1. Senat, 13. Februar 2007, 1 ABR 14/06, Beschluss: Zurückweisung (s.o.)

Orientierungssätze

1. Die Zuweisung der Vertragsart "Normalvertrag Bühne" (NV Bühne) ist eine Eingruppierung i.S. von § 99 Abs. 1 BetrVG.
2. Für das Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG spielt es keine Rolle, ob der Tarifvertrag kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit, aufgrund Allgemeinverbindlichkeit oder kraft Einzelvertrages, betrieblicher Regelung oder betrieblicher Übung zur Anwendung kommt.
3. Es handelt sich nicht deshalb um eine einzelvertragliche Individualvereinbarung, weil letztlich die Höhe der Gage des einzelnen Arbeitnehmers, der dem NV Bühne unterfällt, individuell ausgehandelt wird.
4. Der NV Bühne ist eine Vergütungsordnung.

Hinzuziehung – Beistand – Nichtverlängerungsverfahren

Antragsstellende Person	Gruppentänzerin (Ballett); nicht gewerblich organisiert
Beteiligte	Theatergemeinschaft; Betreiberin der deutschen Oper am Rhein
Betrieb	Oper
Anstellungsverhältnis	NV Tanz findet aufgrund außervertraglicher Vereinbarung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung
Entscheidung	Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrates gegen die Vorinstanz wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 1 TVG, § 162 Abs. 1 BGB, § 82 Abs. 2 BetrVG, Art. 6 MRK
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 27. Februar 2002, 20 Ca 9610/01, Urteil
Nachgehend	BAG, 24. Juli 2003, 7 AZR 650/02, sonstige Erledigung

Leitsätze

1. § 24 Abs 4 NV Tanz (inzwischen § 77 Abs 4 NV Chor/Tanz) bestimmt den Personenkreis der zu Beteiligenden enumerativ und abschließend. Aus diesem Grund ist das betroffene Tanzgruppenmitglied nicht berechtigt zusätzlich die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder eines Betriebsratsmitglieds zu verlangen.
2. Gegenteiliges ergibt sich insbesondere nicht aus dem Gebot eines fairen Verfahrens. Dieses Gebot ist im Nichtverlängerungsverfahren gerade dadurch garantiert, dass das betroffene Tanzgruppenmitglied die Hinzuziehung einer der in § 24 Abs 4 UAbs. 1 NV Tanz genannten Personen verlangen kann.
3. Der Anspruch auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitgliedes ist für das Nichtverlängerungsverfahren nicht aus § 82 Abs 2 BetrVG ableitbar. Zweck der Anhörung im Nichtverlängerungsverfahren sind nämlich gerade nicht die Erörterung persönlicher Entwicklungsmöglichkeiten oder sonstiger an die fortgesetzte betriebliche Eingliederung anknüpfenden Angelegenheiten des Tanzgruppenmitgliedes.

Behinderung – Betriebswahl – nicht ordnungsgemäßer Wahl – Wahlvorstand – Betriebsversammlung

Antragsstellende Person	Auf einer Betriebsversammlung gewählter Wahlvorstand.
Beteiligte	Dienstleister für Einlass, Garderobe, Gastronomie bei mehreren Theatern
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen nicht NV Bühne
Entscheidung	Die Anträge wurden abgelehnt.
Normen	§ 17 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, § 20 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, § 17 Abs. 1 BetrVG, § 28 Abs. 1 Satz 1 BetrVG DV 1 WO
Gerichtbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Voraussetzungen für die Geltendmachung von Rechten aus dem BetrVG

„In dem vorliegenden Verfahren, in dem der Beteiligte zu 1. sich gegen behauptete Behinderungen der Betriebsratswahl wendet, die Herausgabe von Arbeitnehmerdaten geltend macht und Sachmittel fordert, ist als Vorfrage zu prüfen, ob der Beteiligte zu 1. überhaupt existiert, d.h. ob eine Wahl stattgefunden hat und ob diese nichtig ist. Nur ein existierender Wahlvorstand kann eine Betriebsratswahl durchführen und in diesem Zusammenhang Rechte aus dem BetrVG geltend machen. Insofern ist von denselben Grundsätzen auszugehen wie in den Verfahren, in denen der Arbeitgeber den Abbruch einer Betriebsratswahl verlangt. Kann der Arbeitgeber den Abbruch einer Betriebsratswahl verlangen, kann er nicht zugleich verpflichtet werden, den - ggf. nicht existierenden - Wahlvorstand bei der Durchführung einer solchen Betriebsratswahl zu unterstützen.“ (Rn. 46)

Bekanntgabe-Frist Einladung Wahlversammlung

„Die Eigenart des Betriebs der Beteiligten zu 2. mit vielen Teilzeitbeschäftigten, die nicht wöchentlich arbeiten, verlangt es, dass eine Wahleinladung länger als eine Woche bekannt zu machen ist.“ (Rn. 56)

[ArbG Hamburg, Beschluss vom 20. Juni 2008 – 27 BV 5/08 –](#)

Verpflichtung – Innerbetriebliche Ausschreibung – Arbeitsplätzen

Antragsstellende Person	Kino-Gesamtbetriebsrat
Beteiligte	Betreiberin von 42 Kinos in Deutschland mit 10 Tochtergesellschaften
Betrieb	Kinobetrieb
Anstellungsverhältnis	Angestellte unterfallen nicht NV Bühne
Entscheidung	Der Antrag wurde abgelehnt.

Normen	§ 93 BetrVG, § 50 Abs. 1 BetrVG, § 50 Abs. 2 BetrVG, § 51 Abs. 5 BetrVG, § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, § 92 Abs. 1 BetrVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Leitsatz

Der Gesamtbetriebsrat ist für die Einführung von überbetrieblichen Ausschreibungen zuständig, wenn sonst der **innerbetriebliche Gleichbehandlungsgrundsatz** verletzt wäre.

„Jedoch kann sich eine solche Verpflichtung aus rechtlichen Gründen ergeben, weil der Arbeitgeber aufgrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes hierzu verpflichtet ist. Das zwingende Erfordernis nach einer betriebsübergreifenden Stellenausschreibung kann sich aus dem auf das Unternehmen zu beziehenden Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. dazu [BAG, Urteil vom 17.11.1998 – 1 AZR 147/98](#)) ergeben, mit dem es schwerlich vereinbar wäre, wenn die Vorteile einer Ausschreibung nur bestimmten Gruppen zugute kämen. Dabei ergeben sich keine Bedenken aus dem Umstand, dass sich die Arbeitnehmer nur in der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses, also noch im vertragsautonomiebedingten „diskriminierungsfähigen“ Raum außerhalb des AGG befinden. Denn die von den innerunternehmerischen Stellenausschreibungen betroffenen Arbeitnehmer sind bereits Inhaber von existenten Arbeitsverhältnissen. Damit erwächst für sie ein Anspruch auf innerbetriebliche und innerunternehmerische Gleichbehandlung, welche sich auch auf das berufliche Fortkommen bezieht.“ (Rn. 46)

III. Diskriminierung

Machtmissbrauchsdimensionen

Diskriminierung ist eine rechtlich erfasste Ausprägung von Machtmissbrauch. Diskriminierung ist die ungerechtfertigte Benachteiligung einer anderen Person oder Personengruppe aufgrund eines geschützten Merkmals. Die Diskriminierung durch Private, das heißt nicht-staatliche, Akteur*innen ist im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geregelt. Dieses verbietet die unmittelbare, sowie die mittelbare Diskriminierung; d.h. auch neutral erscheinende Regelungen, die zum Nachteil von Personen mit einem geschützten Merkmal wirken.

In der Diskriminierung kann sich eine soziale, gesellschaftliche und/oder ökonomische Macht ausdrücken. Es geht um die Über- bzw. Unterordnung von Menschen durch Sexismus, Rassismus, Ableismus oder eine andere Diskriminierungsdimension. In einem von Machtmissbrauch geprägten Umfeld sind Personen mit Diskriminierungserfahrung besonders vulnerabel. Da das Antidiskriminierungsrecht eine Benachteiligung im Vergleich zu anderen voraussetzt, kann es in Kontexten, in denen negative Erfahrungen normalisiert werden, schwierig sein herauszuarbeiten, wann es sich um einen rechtlich nicht sanktionierbaren schlechten Umgang miteinander und wann um eine rechtlich verbotene Diskriminierung handelt.

[BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 128/14 –](#)

Aufhebungsklage – Nichtverlängerungsmitteilung – Solotänzerin – NV Bühne

Klagende Person	Solotänzerin mit Gruppenverpflichtung
Beklagte	Trägerin der Bühnen der Stadt G und des Landestheaters A
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Unterfällt NV Bühne
Entscheidung	Der auf Feststellungsantrag der Unwirksamkeit der Nichtverlängerung war erfolglos.
Normen	§ 110 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 108 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 1 TVG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 10. Oktober 2012, 9 Ha 14/12, Urteil LAG Köln 8. Kammer, 31. Juli 2013, 8 Sa 1143/12, Urteil

Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts mangels zeitlich unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der Schwangerschaft und der Nichtverlängerungsmitteilung

„Nach §§ 1, 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen des Geschlechts benachteiligt werden. Nach der Beweislastregel in § 22 AGG genügt es, dass eine Partei Indizien vorträgt und ggf. beweist, die ihre Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals vermuten lassen. Sind solche Umstände vorgetragen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat (vgl. etwa BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 38 mwN, BAGE 151, 189). Die Würdigung, ob Tatsachen vorgetragen sind, die eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen, obliegt den Tatsachengerichten (BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 39 mwN, aaO). Die gewonnene Überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einem verpönten Merkmal - hier dem Geschlecht der Klägerin - und einem Nachteil kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. zur Kündigungserklärung BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 40 mwN, aaO).“ (Rn. 63)

„Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit durch Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts angenommen, wegen des Zeitraums zwischen der Bekanntgabe des Beschäftigungsverbots und der Mitteilung über die beabsichtigte Nichtverlängerung von fast einem Dreivierteljahr könne nicht davon ausgegangen werden, die Schwangerschaft der Klägerin sei maßgeblicher Grund für den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung gewesen. Diese Würdigung ist in sich widerspruchsfrei und verstößt nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze. Der fehlende unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen dem Beginn der Schwangerschaft und des Beschäftigungsverbots einerseits und der Nichtverlängerungsmitteilung andererseits trägt den Schluss, die Nichtverlängerungsmitteilung sei nicht aufgrund der Schwangerschaft bzw. aus einem im Wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund ausgesprochen worden. Zudem basierte die Einschätzung der Beklagten, die Klägerin erfülle die zukünftigen Anforderungen nicht, auf Beurteilungen der Leistungen der Klägerin in der Zeit vor dem Beschäftigungsverbot. Soweit die Klägerin den Ablauf anders beurteilt sehen will, setzt sie lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle derer des Landesarbeitsgerichts. Rechtsfehler zeigt sie damit nicht auf.“ (Rn. 64)

Das Kündigungsverbot aus dem Mutterschutzgesetz gilt nicht für Nichtverlängerungsmitteilungen

„Die Nichtverlängerungsmitteilung ist auch nicht gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG, § 134 BGB unwirksam. Zwar wurde die Nichtverlängerungsmitteilung am 25. Oktober 2010 während der Schutzfrist des § 9 MuSchG nach der Geburt des Kindes der Klägerin am 7. September 2010 ausgesprochen. Eine Nichtverlängerungsmitteilung ist jedoch keine Kündigung. Das Kündigungsverbot nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist daher auf die Nichtverlängerungsmitteilung nach § 61 Abs. 2 NV Bühne nicht anwendbar (vgl. BAG 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - BAGE 69, 1).“ (Rn. 66)

Anmerkung: Diese Rechtsprechung verdeutlicht erneut die Probleme, die aus dem Grundsatz befristeter Verträge in der Branche folgen. Faktisch wirkt sich die Nichtverlängerungsmitteilung für die Klägerin wie eine Kündigung aus; sie verliert ihre Beschäftigung. Die Nichtanwendbarkeit des Mutterschutzgesetzes stellt die Klägerin

schutzlos. Der Fall zeigt auch, dass sich die Reduzierung von Arbeitnehmendenschutzrechten vor allem zu Lasten von Personen, die potentiell Diskriminierung erfahren, auswirkt.

Bestätigt: BAG, Urteil vom 23. Oktober 1991 – 7 AZR 56/91 –

Leitsätze

1. Das Kündigungsverbot des § 9 Abs 1 MuSchG ist auf die Nichtverlängerungsmitteilung nach § 24 Abs 1 Normalvertrag Tanz vom 8.6.1980 bzw § 2 Nr 1 des Tarifvertrages über die Mitteilungspflicht vom 23.11.1977 weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden.
2. Diese gesetzliche Regelung widerspricht weder Art 3 Abs 1 noch Art 6 Abs 4 GG.)

BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 650/12 –

AGG – Entschädigungsanspruch – Benachteiligung wegen der Behinderung –
Informationen über die Behinderung

Antragsstellende Person	Ausgebildeter Opernsänger
Antragsgegner*in	Stadt (Rechtsträger des Theaters)
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Die Revision war erfolglos. Der Kläger hat keinen Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, weil er nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde.
Normen	§ 1 AGG, § 3 Abs. 1 AGG, § 6 Abs. 1 AGG, § 6 Abs. 2 AGG, § 7 AGG, § 15 Abs. 2 AGG, § 15 Abs. 4 AGG, § 22 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG, § 241 Abs. 2 BGB, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 81 Abs. 1 SGB 9, § 81 Abs. 2 SGB 9, § 82 SGB 9, Art. 33 Abs. 2 GG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Bielefeld 6. Kammer, 5. Oktober 2011, 6 Ca 1066/11, Urteil LAG Hamm (Westfalen) 19. Kammer, 22. Mai 2012, 19 Sa 1658/11, Urteil
Nachgehend	–

Die Indizwirkung i.S.d. § 22 AGG für das Vorliegen einer Benachteiligung wegen einer Behinderung wird nur ausgelöst, wenn dem Arbeitgeber die Behinderung bekannt ist

„Die Verletzung von Verfahrens- und Förderpflichten zu Gunsten schwerbehinderter Menschen aus dem SGB IX kann grundsätzlich die Vermutungswirkung des § 22 AGG herbeiführen. Das Landesarbeitsgericht hat, insoweit von der Revision nicht angegriffen, festgestellt, dass die Beklagte als öffentliche Arbeitgeberin Verpflichtungen aus §§ 81, 82

SGB IX erfüllt hat, bei denen es nicht darauf ankommt, ob ihr die Schwerbehinderteneigenschaft eines Bewerbers bekannt war. Ob die Beklagte darüber hinaus Förderungspflichten verletzt hat, die gerade gegenüber dem Kläger als schwerbehindertem Bewerber bestanden, konnte das Landesarbeitsgericht offen lassen, da die Verletzung derartiger Pflichten jedenfalls nur dann eine Indizwirkung iSd. § 22 AGG auslöst, wenn ihr die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers bekannt gewesen ist oder sie sich aufgrund der Bewerbungsunterlagen diese Kenntnis hätte verschaffen können. Andernfalls kann der - objektiv vorliegende - Pflichtenverstoß dem Arbeitgeber nicht zugerechnet werden (BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 37, AP AGG § 15 Nr. 9 = EzA AGG § 15 Nr. 16; vgl. 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19).“ (Rn. 29)

Die Information über die Behinderung hat regelmäßig im Bewerbungsschreiben selbst unter Angabe des GdB zu erfolgen

„Wegen der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen und Rechte des Vertragspartners (§ 241 Abs. 2 BGB i.V.m.. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist auch bei einer Bewerbung der Arbeitgeber über die besondere Situation des Bewerbers klar und eindeutig zu informieren. Daher sind „eingestreute“ oder unauffällige Informationen, indirekte Hinweise in beigefügten amtlichen Dokumenten, eine in den weiteren Bewerbungsunterlagen befindliche Kopie des Schwerbehindertenausweises etc. keine ordnungsgemäße Information des angestrebten Vertragspartners.“ (Rn. 30)

[LAG Köln, Urteil vom 3. Juni 2014 – 12 Sa 911/13 –](#)

Aufhebung des Schiedsspruchs – In-Vitro-Fertilisation – schwangerschaftsbedingte Fehlzeit – unmittelbare geschlechtsbezogene Benachteiligung

Aufhebungsklagende Person	Arbeitgeberin
Aufhebungsbeklagte	Arbeitnehmerin; Solotänzerin mit Gruppenverpflichtung
Betrieb	Landestheater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag unter Bezug auf NV Bühne
Entscheidung	Die Berufung der Aufhebungsbeklagten ist erfolgreich.
Normen	§ 110 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 1 TVG, § 134 BGB, § 1 AGG, § 3 Abs. 1 AGG, § 7 Abs. 1 AGG, § 8 AGG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Köln, 26. September 2013, 8 Ha 13/12, Urteil
Nachgehend	–

Leitsätze

1. Mit der Entscheidung des Bühnenschiedsgerichtsverfahren ist das Bühnenoberschiedsgerichts ist das Gegenstand des

Aufhebungsverfahren nach § 110 ArbGG ist das vor dem Schiedsgericht anhängig gemachte Sachbegehren. (vgl. Rn.71) Dies gilt auch dann, wenn der Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts nicht binnen fünf Monaten nach Verkündung vollständig abgefasst und unterschrieben worden ist. (vgl. Rn. 68)

2. Eine Nichtverlängerungsmitteilung nach § 61 NV Bühne kann wegen Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot nach § 134 BGB i.V.m.. §§ 1, 3, 7 Abs. 1 AGG unwirksam sein. (vgl. Rn. 77)
3. Unmittelbare, geschlechtsbezogene Benachteiligung: Eine Schwangerschaft ist als der hauptsächliche Grund für eine Entlassung anzusehen, wenn eine Arbeitnehmerin aufgrund von Fehlzeiten gekündigt wird, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergeben. Entsprechendes gilt für Ausfallzeiten infolge einer In-Vitro-Fertilisation. (vgl. Rn. 89)

Gerichtlicher Prüfungsumfang Nichtverlängerungsmitteilung

„[...], dass eine gerichtliche Überprüfung einer Nichtverlängerungsmitteilung auf ihre sachliche Rechtfertigung nicht stattfindet (vgl. BAG, Urteil vom 18. August 1986 - 7 AZR 418/85, juris-Rz. 20; Urteil vom 18. August 1986 - 7 AZR 418/85, juris-Rz. 39). Doch bedeutet das nicht, dass die Nichtverlängerungsmitteilung nicht den für Rechtsgeschäfte allgemein geltenden gesetzlichen Regelungen unterworfen wäre. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist die Wirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung in Hinblick auf entgegenstehende gesetzliche Verbote zu prüfen (BAG, Urteil vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91, BAGE 69, 1, juris-Rz. 34). Zwar wird hinsichtlich der Anwendbarkeit spezieller Kündigungsschutzvorschriften allgemein der unterschiedliche Rechtscharakter einer Nichtverlängerungsmitteilung im Verhältnis zu einer Kündigung betont (BAG, Urteil vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91, BAGE 69, 1, juris-Rz. 35; Meinel/Heyn/Herms, 2. Aufl., § 7 AGG Rz. 12; Bolwin/Sponer, § 61 NV Bühne Rz. 23). Aus der Funktion einer Nichtverlängerungsmitteilung, welche die tariflich sonst eintretende Vertragsfortsetzung hindern soll (vgl. BAG, Urteil vom 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11, ZTR 2014, 40, Rz. 25; Urteil vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91, BAGE 69, 1, juris-Rz. 37), folgt aber, dass es sich um eine Willenserklärung und damit um ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 134 BGB handelt (offen gelassen in: BAG, Urteil vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91, BAGE 69, 1, juris-Rz. 39; aA Opolony "rechtsgeschäftsähnliche Handlung", NZA 2001, 1351 [1353]).“ (Rn. 78, 79).

Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmales vermuten lassen (Beweisregelung des § 22 AGG)

„Aus den Äußerungen des Intendanten und Geschäftsführers der Klägerin und der Ballettdirektorin im Anhörungsgespräch vom 20.06.2011, wiedergegeben in dem unstreitigen Gesprächsprotokoll, ergeben sich ausreichende Indizien dafür, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis aus Sorge vor erneuten Ausfällen der Beklagten aufgrund einer Schwangerschaft oder infolge des Versuchs einer In-Vitro-Fertilisation nicht verlängern wollte. Hierin liegt eine unmittelbare Diskriminierung der Beklagten aufgrund ihres Geschlechts. Diese ist nicht nach § 8 AGG gerechtfertigt.“ (Rn. 85)

„Es zeigt sich, dass Hintergrund der entsprechenden Zweifel auf Arbeitgeberseite Arbeits- und Probenausfälle waren, zu denen es infolge des Versuchs der Beklagten, schwanger zu werden, kam bzw. die auf einer tatsächlichen, später abgebrochenen Schwangerschaft beruhten. Hieraus lässt sich indes keine negative Prognose hinsichtlich der Einsatz- und Leistungsfähigkeit der Beklagten ableiten, die unabhängig von einer versuchten

Schwangerschaft bestünde. Vielmehr lassen die entsprechenden Bedenken des Intendanten und der Ballettdirektorin nur den Schluss zu, dass sie eine fortdauernde Beeinträchtigung der Einsatz- und Leistungsfähigkeit der Beklagten gerade aufgrund weiterer Schwangerschaften bzw. Behandlungsversuche befürchteten. Dies wurde durch die Ballettdirektorin auch recht eindeutig zum Ausdruck gebracht, indem sie zu bedenken gab, dass nach erfolgter (Fruchtbarkeits-) Behandlung ggf. eine Schwangerschaft anstehe.“ (Rn. 86)

„Es ist nicht erforderlich, dass die Tatsachen einen zwingenden Indizienschluss für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal zulassen. Vielmehr reicht es aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht (BAG, Urteil vom 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, Rz. 65; Urteil vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383, Rz. 29).“ (Rn. 87)

Unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts

„Die Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer befürchteten Schwangerschaft der Beklagten oder damit verbundenen Arbeitsausfällen bedeutet eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts. (vgl. EuGH, Urteil vom 04. Oktober 2001 - C-438/99, NZA 2001, 1243, Rz. 47; ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl., § 15 TzBfG Rz. 7; APS/Backhaus, 4. Aufl., § 15 TzBfG Rz. 118; Gräfl, 3. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 48 und Gräfl/u.a.-Spinner, § 17 TzBfG Rz. 71; zur Entlassung: EuGH, Urteil vom 08. September 2005 - C-191/03, NZA 2005, 1105, Rz. 47; zur In-Vitro-Fertilisation: EuGH, Urteil vom 26. Februar 2008 - C-506/06 NZA 2008, 345, Rz. 50; Urteil vom 04. Oktober 2001 - C-109/00, NJW 2002, 123, Rz. 25).“ (Rn. 89)

Benachteiligung nicht durch Kunstfreiheit gerechtfertigt

„Für die in der Nichtverlängerung wegen der schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten liegende Benachteiligung der Beklagten aufgrund ihres Geschlechts ist eine Rechtfertigung nach § 8 AGG nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich eine solche nicht aus dem Gesichtspunkt der von der Klägerin bemühten Kunstfreiheit. Auch die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verbürgte Kunstfreiheit steht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze (ErfK/Schmidt, 14. Aufl., Art. 5 GG Rz. 20) und vermag die Diskriminierung der Beklagten wegen des Geschlechts nicht zu rechtfertigen. Daher kann die Klägerin der Beklagten nicht mit Erfolg entgegen halten, dass die schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten den Proben- und Aufführungsbetrieb stören und damit ihre künstlerischen Belange beeinträchtigen würden. Nach Auffassung der Kammer ist nicht deutlich geworden, dass dies zu einem - auch mit Blick auf das entgegenstehende verfassungs- (Art. 3 Abs. 2 GG) und europarechtlich (§ 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta) verankerte Benachteiligungsverbot - überwiegenden Interesse der Klägerin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten führen könnte. Dass der Klägerin durch die möglicherweise geminderte Einsatzfähigkeit der Beklagten eine Fortsetzung des Theaterbetriebs insgesamt unmöglich werden oder auch nur der Spielbetrieb wesentlich beeinträchtigt werden könnte, ist nicht erkennbar geworden. Auch in der vorangegangenen Spielzeit hat sich die Klägerin mit der Situation der Beklagten arrangiert. Dies ist ihr auch ebenso zuzumuten, wie die mit Schwangerschaften verbundenen finanziellen Belastungen für Arbeitgeber. Der Klägerin ist es versagt, allein wegen einer befürchteten Schwangerschaft eines Bühnenmitglieds dessen



Arbeitsvertrag nicht nach der Tarifregelung des § 61 Abs. 2 NV Bühne zu verlängern.“ (Rn. 90)

LG München I, Urteil vom 13. März 2019 – 14 S 1245/18

Theater – Theaterbesuch – Diskriminierung – Behinderung – Assistenzhund

Klagende Person	Theaterbesucherin
Beklagte	Deutsches Theater München
Betrieb	Theater
Entscheidung	Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 3 Abs. 2 AGG, § 8 AGG, § 9 AGG, § 10 AGG, § 20 Abs. 1 S. 1 AGG, § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 AGG, § 21 Abs. 1 S. 2 AGG, § 21 Abs. 2 AGG
Gerichtsbarkeit	Zivilgerichtliches Verfahren
Vorgehend	AG München, 13. August 2018, 191 C 24919/16, Urteil
Nachgehend	–

Streitgegenstand

Zwischen den Parteien ist streitig, ob sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 AGG wegen des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung Anspruch auf Unterlassung der Verweigerung eines Besuchs einer Aufführung im Deutschen Theater durch die Klägerin unter gleichzeitiger Anwesenheit ihres Assistenzhundes ergibt.

Mittelbare Benachteiligung

„Die hier relevante Bestimmung der Hausordnung, wonach Tiere nicht in den Theatersaal mitgenommen werden dürfen, ist an sich neutral formuliert, da sie unterschiedslos für alle Personen und Besucher des Deutschen Theaters gilt. Im Vergleich mit der Gruppe von Menschen, die aufgrund einer Behinderung auf einen sog. Assistenzhund angewiesen sind, wirkt die Bestimmung jedoch im Grundsatz benachteiligend: Besucher des Theaters, die aus medizinischen Gründen auf die ständige Anwesenheit ihres Assistenzhundes, der, wie z.B. in vorliegendem Fall geltend gemacht, frühzeitig einen bevorstehenden epileptischen Anfall erkennt und die Person warnt, angewiesen sind, können an Veranstaltungen des Theaters nicht teilnehmen.“ (Rn. 15)

Rechtfertigung

„Die Beklagte konnte sich vorliegend berechtigterweise darauf berufen, dass Tiere im Theatersaal aus Gründen der Gefahrenvermeidung verboten sind. Es liegt ein sachlich rechtfertigender Grund vor.“ (Rn. 18)

Das Zulassungsverbot sei verhältnismäßig; Einschätzungsspielraum des Beklagten

„Die Nichtzulassung von Tieren in den Zuschauerraum ist für die Erreichung des Ziels, Vermeidung von Gefahren für Theaterbesucher im Schadensfall bei Evakuierung, geeignet. Die Maßnahme ist auch erforderlich. Ein milderer, gleich wirksames Mittel steht unter Beachtung der oben dargestellten Einschätzungsprärogative nicht zur Verfügung. Denkbar ist es, als milderer Mittel anzusehen, Assistenzhunde in den Notfallplänen der Beklagten zu berücksichtigen und Regelungen für deren Entfluchtung und zur Vermeidung von Gefahren für die anderen Theaterbesucher vorzusehen. Wie bereits ausgeführt steht dem Veranstalter ein Spielraum bei der Einschätzung des erforderlichen Mittels zu, da die Beurteilung von Gefahren stets von einer Prognose abhängig ist. Von diesem Spielraum hat die Beklagte Gebrauch gemacht und auch vor der Kammer im Rahmen der mündlichen Verhandlung erklärt, nach Gesprächen und der Prüfung von Alternativen zu dem Ergebnis gekommen zu sein, dass eine Zulassung von Tieren im Zuschauerraum aus Sicherheitsaspekten nicht in Betracht kommt. Die Regelung ist auch im Rahmen der engeren Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu beanstanden, sie ist angemessen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich letztlich auch bei Theaterveranstaltungen um ein Massengeschäft handelt und die benachteiligte Person nicht auf das Angebot dieses einzelnen Anbieters abschließend angewiesen ist. Die Regelung bezweckt den Schutz der körperlichen Unversehrtheit aller Theaterbesucher im Schadensfall und ist damit trotz der für die Klägerin aus subjektiver Sicht sicherlich erheblichen Einschränkung im Gesamtkontext als angemessen zu betrachten.“ (Rn. 28, 29)

Das Gericht fasst zusammen, die Regel sei nicht willkürlich; hierauf kommt es jedoch nicht an. „Vernünftige, einleuchtende“ Gründe können eine Benachteiligung aufgrund eines geschützten Merkmals nicht rechtfertigen. Es bedarf einer, wie zuvor vom Gericht durchgeführten, Verhältnismäßigkeitsprüfung

„Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die beanstandete Regelung nach einer am Gleichheitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht als willkürlich angesehen werden kann, da sie auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruht.“ (Rn. 30)

IV. Sexualisierte Grenzverletzungen und Gewalt

Machtmissbrauchsdimensionen

Bei sexualisierten Grenzverletzungen und Gewalt im Arbeitskontext geht es darum, ein Machtgefälle auszunutzen und zu perpetuieren. Sexualisierte Belästigung basiert auf Macht und ist ihr Ausdruck. Die Macht sexualisierter Grenzverletzungen und Gewalt leitet sich aus beruflicher Autorität und insgesamt sozial aus der Geschlechtszugehörigkeit ab. So kann beispielsweise das in einer beruflich übergeordneten Stellung begründete Machtgefälle durch sexualisierte Grenzverletzung ausgenutzt werden oder das Machtgefälle das patriarchale Machtgefälle zwischen einem Mann und anderen Personen. Die Personen, die wegen ihrer geschlechtlichen und/oder sexuellen Identität patriarchal diskriminiert werden, werden unter dem Begriff FLINTA* zusammengefasst. Er steht für Frauen, Lesben, inter, nicht-binäre, trans und agender Personen. Sexualisierte Grenzüberschreitungen dienen der Vorbereitung sexualisierter Übergriffe, der Bestätigung der eigenen Dominanz und dem Ausschluss von Flinta*-Personen aus dem eigenen Terrain.⁴³ Entgrenzte Beschäftigungsverhältnisse und körperbetonte Arbeit im Kunst- und Kulturbetrieb sind zusätzliche begünstigende Faktoren für sexualisierten Machtmissbrauch in der Branche.

Handlungen reichen von straflosem, unangemessenem und anzüglichem Verhalten, sexualisierter Kommunikation bis hin zu strafrechtlich relevanten Übergriffen und Gewalt. Fälle von sexualisierten Grenzverletzungen und Gewalt werden vor Gericht aus unterschiedlichen rechtlichen Perspektiven behandelt. Zum Beispiel: Täter*innen (die meist männlich sind) können in einem Strafverfahren angeklagt werden; Arbeitnehmende und Arbeitgebende können über die Zulässigkeit einer Kündigung aufgrund eines Übergriffes streiten; potentielle Täter*innen können sich gegen die öffentlichen Äußerungen zu ihrem Verhalten oder Verdachtsberichterstattung durch die Presse wenden.

BGH, Urteil vom 17. Oktober 2023 – VI ZR 192/22 –

Persönlichkeitsverletzung – Interessenabwägung bei identifizierender Äußerung über eine Straftat – Poetry-Slam-Szene



Klagende Person	Poetry-Slam-Künstler; Veranstalter und Organisator von Poetry-Slam-Veranstaltungen
Beklagte	Poetry Slammerin
Betrieb	Poetry-Slam-Szene

⁴³ Vgl. Baer, S. (1995). Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der BRD und den USA. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges. 1995, S. 42.

Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich und führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.
Normen	Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 GG, § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 10 EMRK
Gerichtsbarkeit	Zivilgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LG Frankfurt, 12. November 2020, 2-3 O 425/19 OLG Frankfurt 16. Zivilsenat, 9. Juni 2022, 16 U 281/20

Streitgegenstand

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung mehrerer Äußerungen, die die Beklagte in einer Facebookgruppe über den Kläger getätigt hat, in Anspruch.

Die Beklagte hat in einer Facebook-Gruppe bezugnehmen auf eine Debatte zu sexualisierter Gewalt in der Slamszene einen Beitrag veröffentlicht, indem sie unter Nennung des Vornamens des Klägers über sexuelle Übergriffe durch diesen berichtete.

Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers, aber nicht in die absolut geschützte Intimsphäre

„Die Äußerungen greifen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers ein. Nicht betroffen ist allerdings die absolut geschützte Intimsphäre des Klägers. In der Rechtsprechung des Senats und des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass die Begehung einer Sexualstraftat nicht zur Intimsphäre des Täters zählt.“ (Rn. 18 ff.)

Geschildertes Täterverhalten erfüllt Straftatbestand

„Einschlägig ist hier der Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen gem. § 179 StGB in der bis 9. November 2016 gültigen Fassung vom 27. Dezember 2003. Nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. macht sich strafbar, wer eine andere Person, die wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung zum Widerstand unfähig ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit sexuelle Handlungen an ihr vornimmt. Eine Qualifikation mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren stellt es gemäß § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB a.F. dar, wenn der Täter dabei mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei Schlaf um eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung i.S.d. § 179 Abs.1 Nr. 1 StGB a.F.“

Eingriff ist aber nicht rechtswidrig

„Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt.“ (Rn. 23)

Schutz durch Meinungsfreiheit

„Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist in die Abwägung auf Seiten der Beklagten trotz des Umstandes einzustellen, dass es sich bei ihren Äußerungen um Tatsachenbehauptungen handelt. Denn der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf die Äußerung von Tatsachen, soweit sie – wie zweifellos hier – Dritten zur Meinungsbildung dienen können.“ (Rn. 24)

Äußerungsinteresse des Opfers

„Allerdings kann das Äußerungsinteresse des Opfers einer Straftat höher zu veranschlagen sein als das Dritter oder der Medien, die identifizierend über Straftaten berichten (BVerfGE 97, 391, 403). Denn die Äußerung des Opfers über die erlittene Tat betrifft sein höchstpersönliches Lebensschicksal. Jede Person hat aber die Freiheit zu entscheiden, ob sie sich mit Erlebnissen dieser Art überhaupt an andere oder an die Öffentlichkeit wendet. Entschließt sie sich dazu, liegt in dem Verbot, das höchstpersönliche Schicksal zu schildern, regelmäßig eine einschneidende Beeinträchtigung der Kommunikationsmöglichkeiten und der Persönlichkeitsentfaltung (vgl. BVerfGE 97, 391, 402).“ (Rn. 26)

Öffentliches Interesse an der geschilderten Tat

„In der Abwägung der Interessen des Opfers an der Verbreitung der Wahrheit über eine Tat und die Identität des Täters einerseits und dem Persönlichkeitsrecht des Täters andererseits wird das Gewicht der Meinungsfreiheit des Opfers verstärkt, wenn die von ihm geschilderte Tat eine die Öffentlichkeit bzw. den Adressatenkreis des Opferberichts wesentlich berührende Frage ist und ein Interesse der Gesellschaft daran besteht, aus der Opferperspektive über die Tat informiert zu werden (vgl. BVerfGE 97, 391, 407).“ (Rn. 27)

Täter muss Identifizierung hinnehmen

„Für die den Täter identifizierende Berichterstattung der Presse über Straftaten ist im Übrigen anerkannt, dass derjenige, der den Rechtsfrieden bricht und durch seine Tat oder ihre Folgen Mitmenschen angreift oder verletzt, es dulden muss, dass das von ihm selbst erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird. Dies schließt eine Identifizierung des Täters dann ein, wenn die damit verbundene Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts im angemessenen Verhältnis zur Schwere des Fehlverhaltens oder zu seiner sonstigen Bedeutung für die Öffentlichkeit steht; letztere kann sich unterhalb der Schwelle der Schwere der Kriminalität auch aus den Besonderheiten in der Person oder Stellung des Täters, der Art der Tat oder des Tathergangs ergeben (vgl. nur Senatsurteil vom 18. Juni 2019 - VI ZR 80/18, BGHZ 222, 196 Rn. 22 mwN).“ (Rn. 28)

Berechtigtes Interesse der Szene an Darstellung und Aufarbeitung des Geschehens

„Das durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Recht der Beklagten, sich mit ihrem persönlichen Erlebnis an die – ohnehin begrenzte – Öffentlichkeit der Poetry-Slammer in der Facebookgruppe zu wenden, ist aufgrund ihrer Opferstellung höher zu veranschlagen als wenn es sich um die Berichterstattung eines Dritten über ein

fremdes Schicksal handelte. Dafür, dass sie dies tun und dabei den Kläger als Täter identifizieren durfte, sprechen gewichtige Gründe. Denn das Interesse der Facebookgruppe "Slam-intern", über Tat und Täter informiert zu werden, ist auch unabhängig von der in dieser Gruppe geführten Debatte über sexuell grenzüberschreitendes Verhalten in der Poetry-Slam-Szene schon aufgrund des unmittelbaren Bezugs von Tat und Täter zu dieser Szene als hoch einzustufen: Die Straftat wurde nach einer Poetry-Slam-Veranstaltung von einem erfolgreichen und preisgekrönten Poetry-Slam-Künstler und -Veranstalter begangen. Sie wurde durch die Unterbringung der Teilnehmer der Veranstaltung in einem Mehrbettzimmer begünstigt. Die Tat steht in einem greifbaren Widerspruch zu der Vorbildfunktion, die der Kläger aufgrund seiner hervorgehobenen Stellung in der Poetry-Slam-Szene hatte. Schon wegen der so gearteten Einbindung von Tat und Täter in die Poetry-Slam-Szene ist ein Bedürfnis der von der Beklagten angesprochenen Facebookgruppe an der Darstellung und Aufarbeitung dieses Geschehens in der Gruppe ersichtlich.“ (Rn. 32)

Differenzierung Vorfälle mit/ohne Machtmissbrauch

„Der Post der Beklagten fügte sich damit zweifellos in das Thema "sexuell grenzüberschreitendes Verhalten innerhalb der Poetry-Slam-Szene" ein. Auch wenn die in der Debatte bis dahin geschilderten konkreten Vorfälle solche mit Ausnutzung einer Zwangslage oder Machtmissbrauch gewesen sein sollten und nur sie – wie das Berufungsgericht meint – die typischen Merkmale eines "MeToo-Vorwurfs" erfüllen sollten, luden schon der Post von X., aber auch der Post des Klägers selbst zu einem darüber hinausgehenden Austausch ein. Selbst wenn es an einer solchen Einladung gefehlt hätte und es erst die Beklagte gewesen wäre, die mit ihrem Post das Thema von grenzüberschreitendem Verhalten mit Machtmissbrauch auf ein solches ohne Machtmissbrauch erweitert hätte, änderte dies nichts daran, dass nicht nur ihr als Opfer eines sexuellen Übergriffs innerhalb der Poetry-Slam-Szene ein gewichtiges Äußerungsinteresse innerhalb der Facebookgruppe zuzugestehen ist, sondern dass dieses – auch und gerade aufgrund des offenbaren Zusammenhangs mit dem Thema der bis dahin geführten Debatte – von einem berechtigten und gewichtigen Interesse der Facebookgruppe an der Information über Tat und Täter flankiert wird.“

Anmerkung: Die Differenzierung von sexualisierten Übergriffen mit und ohne Machtmissbrauch erscheint zweifelhaft. Sexualisierte Übergriffe in und außerhalb formal-hierarchischer Strukturen sind immer Ausdruck und Perpetuierung von Macht.

Beitrag war geeignet der Tabuisierung sexueller Übergriffe entgegenzuwirken

„In der Abwägung ist zugunsten der Beklagten weiter zu berücksichtigen, dass sie ausweislich ihres Posts nicht nur für sich selbst den Zeitpunkt gekommen sah, die "Dinge auf den Tisch zu bringen", sondern auch hoffte, "dass sich auch andere Betroffene trauen, das zu tun", sie seien "nicht allein". Ihr Post war damit geeignet, gesellschaftlicher Tabuisierung sexueller Übergriffe entgegenzuwirken und andere Betroffene zu eigenen Äußerungen und Handlungen zu ermutigen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch BVerfGE 97, 391, 407).“ (Rn. 35)

Berufungsgericht hat sich mit den Beweisanträgen der Beklagten zu befassen

„Nach der Zurückverweisung der Sache wird das Berufungsgericht die Feststellungen zur Frage der Wahrheit der angegriffenen Tatsachenbehauptungen nachzuholen und sich mit den diesbezüglichen Beweisanträgen der Beklagten zu befassen haben (zur Beweislast vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2012 - VI ZR 314/10, AfP 2013, 57 Rn. 15 mwN; BVerfGE 114, 339, 352).“

BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 2 AZR 825/09 –

Außerordentliche Verdachtskündigung – Sexualstraftaten – außerhalb der Arbeitszeit

Klagende Person	Angestellter Orchestermusiker
Beklagte	Arbeitgeberin; Eigenbetrieb städtischer Bühnen
Betrieb	Orchester
Anstellungsverhältnis	Angestellter unterliegt Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern (TVK)
Entscheidung	Die Revision der Beklagten war erfolgreich; das führt zur Abweisung der Klage.
Normen	§ 626 Abs. 1 BGB, § 626 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 52 Abs. 2 PersVG HE 1988, § 78 Abs. 2 PersVG HE 1988, § 83 PersVG HE 1988, § 103 PersVG HE 1988, § 559 Abs. 2 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Frankfurt, 6. März 2008, 19 Ca 9432/06, Urteil Hessisches LAG 19. Kammer, 7. August 2009, 19/3 Sa 575/08, Urteil

Die Begehung von Sexualstraftaten an Kindern eines Kollegen außerhalb der Arbeitszeit kann eine Verletzung der Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitsgebers darstellen

„Der Kläger hat seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, auf die berechtigten Interessen der Beklagten Rücksicht zu nehmen, durch den sexuellen Missbrauch von Kindern eines Kollegen in erheblichem Maße verletzt. Darauf, ob sich aus § 5 Abs. 1 TVK aF noch weiter gehende Pflichten zur Rücksichtnahme ergaben, kommt es nicht an.“ (Rn. 31)

„Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks [...]. Der Arbeitnehmer ist auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (Senat 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 - aaO; 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - aaO). Die Pflicht zur Rücksichtnahme kann deshalb auch durch außerdienstliches Verhalten verletzt werden (vgl. ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. § 626 BGB

Rn. 83). Allerdings kann ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers die berechtigten Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer grundsätzlich nur beeinträchtigen, wenn es einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit hat [...].“ (Rn. 32)

OLG HH, Beschluss vom 15. Dezember 2022 – 7 W 101/22 –

Verdachtsberichterstattung – Galerist – Belästigung

Antragsstellende Person	Bekannter Galerist
Antragsgegner*in	Verleger einer Wochenzeitung bzw. Dienstanbieter einer Internetseite
Betrieb	Kunstgalerie
Entscheidung	Die Beschwerde des Antragsstellers war teilweise erfolgreich.
Normen	Art. 1 Abs.1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 5 GG, § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 BGB
Gerichtsbarkeit	Zivilgerichtliches Verfahren
Vorgehend	LG Hamburg, 21. Oktober 2022, 324 O 397/22

Voraussetzungen für Verdachtsberichterstattung

„Das Landgericht ist im Grundsatz zu Recht davon ausgegangen, dass eine Verdachtsberichterstattung zulässig sein kann, wenn eine oder gar mehrere Zeuginnen ein bestimmtes Geschehen glaubhaft schildern und im Streitfall die Richtigkeit ihrer Schilderung dem Gericht gegenüber an Eides Statt versichern oder eine Aussage gegenüber Strafverfolgungsbehörden gemacht haben. Dann kann ein Mindestbestand an Beweistatsachen gegeben sein, weil diese Schilderungen Zeugenaussagen sind bzw. solchen gleichstehen und damit ein geeignetes Mittel sind, einen Sachverhalt aufzuklären bzw., wenn der Ablauf des Geschehens streitig bleibt, die Äußerung des Verdachts zu rechtfertigen, dass sich das Geschehen so abgespielt haben kann wie von der Zeugin oder den Zeuginnen geschildert. Voraussetzung für eine entsprechende Glaubhaftmachung ist aber, dass die Belegpersonen sich auch tatsächlich - selbst - so geäußert haben, wie das in der Berichterstattung wiedergegeben wird. Daran fehlt es hier.“ (Rn. 6)

Von „MeToo“ zu einer allgemeinen Debatte über sexualisierte Verhaltensweisen, die keinen Straftatbestand erfüllen, aber als unangemessen empfunden werden

„Der Antragsteller weist zwar im Ansatz zutreffend darauf hin, dass Vorwürfe der Art, wie sie hier im Raume stehen, sich deutlich von den Vorwürfen unterscheiden, die den Ausgangspunkt der sogenannten „MeToo-Debatte“ gebildet haben und bei denen es um eine Vielzahl von Akten der Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung ging. Die dadurch initiierte Debatte hat indessen inzwischen auf weite Bereiche des menschlichen Miteinanders übergreifen und betrifft allgemein das Vorkommen sexuell unangemessenen Verhaltens insbesondere von Männern in gehobenen Positionen gegenüber Frauen und damit auch sexualisierte Verhaltensweisen, die von vielen Frauen als unangemessen empfunden werden, mögen sie auch nicht immer und durchgängig das für eine Strafverfolgung erforderliche Ausmaß erreichen. Wenn denn in einem Bereich des

öffentlichen Lebens eine Vielzahl von Vorwürfen solcher Art gegen eine Person laut werden, besteht daran ein Interesse der Öffentlichkeit, das über die Befriedigung bloßer Neugier hinausgeht und auf die Erlangung echter Informationen gerichtet ist. Dieses Interesse zu befriedigen sind die Presse und die anderen Publikationsorgane im Grundsatz berechtigt. Dass dies für die von der Berichterstattung betroffene Person erhebliche negative Auswirkungen haben kann, darf nicht verkannt werden; der Persönlichkeitsschutz darf aber nicht so weit gehen, dass der Presse ihre Aufgabe, die Öffentlichkeit zu informieren, unmöglich gemacht wird. In diesem Fall muss der Betroffene es auch hinnehmen, dass über ihn unter Nennung seines Namens berichtet wird; das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - eine Anonymisierung des Betroffenen aufgrund seiner exponierten Stellung in der Öffentlichkeit gar nicht möglich wäre.“ (Rn. 16)

Hinreichender Öffentlichkeitswert

„Dem hier aufgegriffenen Vorwurf kommt auch ein hinreichender Öffentlichkeitswert zu. Der gegen einen einflussreichen und bekannten Mann erhobene Vorwurf, er habe einer Frau, die er bisher nicht kannte, bei dem zusammen mit anderen Personen unternommenen Besuch eines Restaurants angeboten, es zwischen ihnen zu sexuellen Handlungen kommen zu lassen, ist gewichtig genug, um die Öffentlichkeit darüber zu informieren, wenn dieser Vorwurf - wie hier - zu einer Reihe von dem Betroffenen vorgeworfenen Verhaltensweisen ähnlicher Art gehört und damit von einer über das bloße Augenblicksgeschehen hinausgehenden Bedeutung ist.“ (Rn. 17)



LAG Köln, Urteil vom 3. März 2023 – 6 Sa 385/21 –

Außerordentliche Kündigung – sexuelle Belästigung – Stellvertretender Fachbereichsleiter des Fachbereiches „Schule, Sport und Kultur“ und der Abteilung „Soziales“

Klagende Person	Stellvertretender Fachbereichsleiter des Fachbereiches „Schule, Sport und Kultur“ und der Abteilung „Soziales“
Beklagte	Stadt; Arbeitgeber
Betrieb	Verwaltung
Anstellungsverhältnis	Auf das Arbeitsverhältnis findet der TVöD kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung.
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten war erfolgreich.
Normen	§ 3 Abs. 4 AGG, § 626 Abs. 1 BGB, § 138 Abs. 1-3 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Siegburg 5. Kammer, 20. Mai 2021, 5 Ca 2273/20, Urteil
Nachgehend	–

Streitgegenstand: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Dabei steht gegenüber dem Kläger der Vorwurf der sexuellen Belästigung im Raum.

Leitsätze

1. Eine fristlose Kündigung ohne vorangegangene einschlägige Abmahnung kommt im Zusammenhang mit sexuellen Belästigungen nicht nur wegen körperlicher Berührungen oder wegen verbaler Übergrifflichkeiten in Betracht, sondern auch wegen des Aufbaus und der Aufrechterhaltung einer Gesamtsituation in der Dienststelle, die von sexualisierter hierarchischer Einflussnahme geprägt ist. (vgl. Rn. 125, 129)
2. Auch wenn die Feststellung einer sexuellen Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG nicht voraussetzt, dass sich die belästigte Person ablehnend äußert, so sind tatsächlich erfolgte Aufforderungen an die belästigende Person, sexualisiertes Verhalten künftig zu unterlassen, im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung berücksichtigungsfähig. (vgl. Rn. 233)
3. Wenn ein belästigender Vorgesetzter seine Bemerkungen mit den Worten "jetzt aber kein metoo draus machen" abschließt, dann zeigt er damit, dass er weiß, was er tut und dass er weiß, dass er mit seinem Tun den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet. (vgl. Rn. 233)
4. Wenn der belästigende Vorgesetzte in einem Personalgespräch die von ihm begangenen Bemerkungen und Verhaltensweisen bestreitet und Verleumdungsklagen gegen die von ihm belästigten Frauen ankündigt, dann ist dies kein unerhebliches Nachtatverhalten, es ist auch kein zulässiges prozessuales Bestreiten, sondern es ist eine Tatsache, die zusätzlich die negative Zukunftsprognose begründen kann. (vgl. Rn. 130)
5. Wenn die Arbeitgeberin - vermittelt durch die sich erklärenden Arbeitnehmerinnen - konkrete Orte und konkrete Zeiten von immer wiederkehrenden Bemerkungen und Verhaltensweisen des Vorgesetzten während der vergangenen vier Jahre nicht eingrenzen kann, dann ist nicht etwa der Kündigungsschutzklage "mangels hinreichender Konkretisierung des Kündigungsvorwurfs" stattzugeben; vielmehr erlaubt dieser Mangel an Konkretisierung dem Arbeitnehmer ein bloß pauschales Bestreiten der ihm vorgehaltenen ca. 25 - teilweise immer wiederkehrenden - Bemerkungen und Verhaltensweisen und damit die Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung der besagten Arbeitnehmerinnen. (vgl. 128)

Sexualisierte Übergriffe am Arbeitsplatz als Machtausübung

„Die besagten Übergriffe stellen massive sexuelle Belästigungen dar. Ob eine Handlung sexuell bestimmt im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG ist, hängt nicht allein vom subjektiv erstrebten Ziel des Handelnden ab oder von einer besonderen sexuellen Motivation des Täters oder gar expliziter sexueller Lust. Denn eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zeichnet sich, wenn sie durch einen Vorgesetzten erfolgt, insbesondere durch den mit ihr verbundenen Ausdruck von Hierarchie und Machtausübung aus (Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2809). Für die Qualifikation einer hierarchischen Einflussnahme als sexuelle Belästigung muss das jeweilige Verhalten bewirken oder bezwecken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Relevant ist entweder das Ergebnis oder die Absicht. Für das "Bewirken" genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen der für dieses Ergebnis aufgrund ihres Verhaltens objektiv verantwortlichen Person spielen



keine Rolle. Ebenso kommt es auf vorsätzliches Verhalten nicht an (BAG v. 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 -).“

LAG BE-BB, Urteil vom 25. September 2020 – 9 Sa 500/20 –

Verhaltensbedingte Kündigung – Beschwerden bei der Kulturverwaltung – Verhalten als Vorgesetzter – unerwünschte Umarmung – dienstliche Erwartungshaltung zum Verbringen gemeinsamer Freizeit und gemeinsamen Alkoholkonsum – nächtliche Nachrichten

Klagende Person	Arbeitnehmer: Angestellter Referent für Politische Bildung
Beklagte	Arbeitgeberin; Stiftung öffentlichen Rechts
Betrieb	Stiftung; Kulturförderung
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag
Entscheidung	Die Berufung des Klägers war erfolglos.
Normen	§ 1 Abs. 2 KSchG
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Berlin 60. Kammer, 13. November 2019, 60 Ca 13111/18, Urteil
Nachgehend	BAG, 15. Februar 2021, 2 AZN 1065/20, Beschluss: Verwerfung (nicht dokumentiert)

Unerwünschte Umarmungen sind geeignet die Würde der betreffenden Person zu verletzen

„Die Beklagte als Arbeitgeberin ist verpflichtet, Persönlichkeitsrechte ihrer Arbeitnehmer zu schützen (BAG, Urteil vom 15. September 2016 – 8 AZR 351/15 –, Rn. 31, juris). Der Kläger als maßgeblich zur Umsetzung der Pflichten der Beklagten berufener stellvertretender Direktor hat dies umzusetzen und nicht seinerseits Persönlichkeitsrechte zu verletzen. Die Mitarbeiterinnen haben als Ausfluss ihrer Persönlichkeitsrechte Anspruch auf Unterlassung unerwünschter Umarmungen. Soweit Begrüßungen oder Verabschiedungen durch Umarmungen in gleichaltrigen oder hierarchisch gleichgestellten Gruppen üblich und insoweit ein regelmäßig anzunehmendes allseitiges Einverständnis angenommen werden könnte, gilt dies nicht bei einem erheblichen Alters- und Hierarchieunterschied und erst recht nicht, wenn Umarmungen als sexuell konnotiert angesehen werden könnten (vgl. Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen), Urteil vom 15. Dezember 2011 – 15 Sa 1236/11, Rn. 109, juris; BAG, Urteil vom 02. März 2017 – 2 AZR 698/15 –, Rn. 37, juris), wobei es nicht auf tatsächlich vorliegende sexuelle Absichten ankommt (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 302/16 –, BAGE 159, 267-277, Rn. 19). Eine unerwünschte Umarmung einer nachgeordneten Mitarbeiterin durch den Vorgesetzten kann bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Relevant ist entweder das Ergebnis oder die Absicht. Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen der für dieses Ergebnis aufgrund ihres Verhaltens objektiv verantwortlichen Person spielen keine Rolle. Ebenso kommt es auf vorsätzliches Verhalten

nicht an (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 302/16 –, BAGE 159, 267-277, Rn. 20).“ (Rn. 121)

Dienstlicher Erwartungshaltung zum gemeinsamen Verbringen von Freizeit und Alkoholkonsum nicht von Grundrechten des Klägers geschützt

„Es steht Beschäftigten auch alters-, hierarchie- und geschlechtsübergreifend frei, ihre Freizeit gemeinsam nach ihrem Belieben zu verbringen. Der Kläger als stellvertretender Direktor einer Stiftung öffentlichen Rechts darf aber nachgeordnete zur Ausbildung zugewiesene Praktikantinnen, Volontärinnen oder sonstige Mitarbeiterinnen nicht mit dienstlicher Erwartungshaltung zum gemeinsamen Verbringen von Freizeit und Alkoholkonsum zu zweit anhalten oder drängen. In dem Gebot, die dienstliche Stellung als Vorgesetzter nicht für ein Einfordern von privater Zuwendung zu nutzen liegt kein unzulässiger Eingriff in Grundrechte des Klägers.“ (Rn. 129)

Es kommt auf den Kontext an

„Eine dienstliche Erwartung gemeinsamer Freizeit mag im Sinne von Teambuildingmaßnahmen und betreffend gemeinsame Veranstaltungen der Belegschaft gerechtfertigt sein. Um solche geht es aber nicht, wenn sich nicht ein Team, sondern nur der Vorgesetzte und die nachgeordnete Mitarbeiterin in ihrer Freizeit treffen sollen. Es gehört nicht zu den Pflichten jüngerer weiblicher Beschäftigter der Beklagten, lebensälteren Vorgesetzten in ihrer Freizeit Gesellschaft zu leisten. Entsprechend darf dies auch nicht eingefordert werden. Darüber hinaus ist ein Einfordern solcher Gesellschaft gegenüber jeweils einzelnen nachgeordneten Mitarbeiterinnen geeignet, den Ruf der Beklagten zu schädigen. Von einer öffentlichen Einrichtung wird erwartet, Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass weibliche Beschäftigte weder alleine mit einem Vorgesetzten Freizeit verbringen und Alkohol konsumieren noch begründen oder rechtfertigen müssen, wenn sie dies nicht wollen. Der Kläger ist als stellvertretender Direktor eine für den Ruf der Einrichtung besonders wichtige Person und im Hinblick hierauf in besonderem Maße gehalten, diese Pflichten nicht zu verletzen.“ (Rn. 130)



Ein Abendessen mit anschließendem Konsum alkoholischer Getränke ist kein angemessener Rahmen für ein Vorstellungsgespräch einer Praktikantin

„Wenn ein Vorstellungs- oder Kennenlerngespräch mit einer künftigen Praktikantin nicht in der Einrichtung geführt wird, sondern parallel zum Abendessen des Vorgesetzten und mit anschließendem Angebot, in einem weiteren Lokal gemeinsam ein alkoholisches Getränk zu sich zu nehmen, liegt hierin regelmäßig eine Aufforderung zu gemeinsamer Freizeit auf der Grundlage der Stellung als Vorgesetzter. In dem Angebot eines Treffens in einem Lokal und der Aussage, man halte es für sinnvoll, sich zwecks Kennenlernens zu treffen, liegt faktisch eine Aufforderung, dem Folge zu leisten. Wer ein Praktikum absolvieren will, sollte sich für eine Vorstellung nach den angebotenen Zeiten richten.“ (Rn. 133)

Dienstliches und Privates lassen sich in diesem Rahmen nicht trennen

„Der Kläger vertritt eine öffentliche Institution und darf als Vertreter derselben Mitarbeiterinnen oder Bewerberinnen nicht dienstlich zu gemeinsamen abendlichen Kneipen- oder Barbesuchen auffordern. Eine private Beziehung unabhängig von der Position des Klägers als Grundlage für dieses Treffen kann bereits deshalb nicht bestanden haben, weil es um ein erstmaliges Kennenlernen ging. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass

jedenfalls der Besuch des zweiten Lokals zu einem Drink einvernehmlich aufgrund einer privaten Beziehung erfolgt wäre. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, wann die dienstliche Situation abgeschlossen war und man nunmehr ohne Zusammenhang mit der Entscheidung über das Praktikum privat unterwegs war. Soweit der Kläger geltend gemacht hat, er habe sich bei jedem Gespräch, sichtbar für seinen Gesprächspartner, ausführliche Notizen gemacht, galt dies für dieses Gespräch unstreitig nicht. Entsprechend gab es keine weiteren Anhaltspunkte zu Beginn und Ende der Vorstellungssituation.“ (Rn. 136)

Pflichtwidriges Bedrängen unter Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses

„Ein pflichtwidriges Bedrängen liegt insbesondere vor, wenn eine Ablehnung nicht akzeptiert, sondern eine Rechtfertigung eingefordert wird oder ausdrücklich oder konkludent Nachteile bei der Arbeit im Falle der Nichtannahme in Aussicht gestellt werden. Besondere Zurückhaltung ist geboten bei Aufforderungen an jeweils einzelne, erheblich jüngere Mitarbeiterinnen, die im Hinblick auf ihre weitere berufliche Entwicklung in besonderem Maße abhängig sind. Diese können sich bereits aufgrund dieses Abhängigkeitsverhältnisses durch die Aufforderung bedrängt fühlen und Nachteile befürchten, wenn Wünsche des Vorgesetzten nicht erfüllt werden. Zurückhaltung ist hier auch deshalb geboten, weil aufgrund dieser Verhältnisse nicht ohne weiteres mit einem deutlichen Widerspruch gerechnet werden kann und sich entsprechend die Pflicht zur Zurückhaltung nicht erst aus einer ausdrücklichen Ablehnung von Einladungen ergibt. Es obliegt dem Vorgesetzten, diese Zurückhaltung walten zu lassen, dies insbesondere bei einer Einrichtung öffentlichen Rechts und damit außerhalb einer etwa gewünschten Kultur solcher Zusammenkünfte.“ (Rn. 139)

Abendlicher Anruf mit privaten Fragen stellt pflichtwidrige Inanspruchnahme der Freizeit dar

„Eine solche pflichtwidrige Inanspruchnahme in der Freizeit liegt in einem abendlichen Anruf und langem Telefongespräch zu privaten Fragen ohne von beiden Seiten getragenen Wunsch nach einem solchen Gespräch. Dies gilt erst recht, wenn sexuelle Fragen angesprochen werden und entsprechend unabhängig von der direkten Reaktion im Gespräch damit zu rechnen ist, dass solche Erörterungen nachträglich als peinlich empfunden werden. Aber auch ohne eine solche Thematik geht es um ein gemeinsames Verbringen von Freizeit und eine Beschäftigung mit privaten Fragen, das nicht eingefordert werden darf. Allein aus einem fehlenden Abbruch oder ausdrücklichen Hinweis kann nicht auf ein Einverständnis geschlossen werden.“ (Rn. 144)

Frage nach der Sexualität der Mitarbeiterinnen durch Vorgesetzten ist unangemessen

„Erörterungen zu Fragen der Sexualität ohne jeden Bezug zur Arbeitsleistung sind auch dann, wenn die Grenze zu einer sexuellen Belästigung nicht überschritten wird, kein angemessener Gesprächsgegenstand eines stellvertretenden Direktors einer Stiftung öffentlichen Rechts im Verhältnis zu nachgeordneten jungen Mitarbeiterinnen. Die Fürsorgepflicht gebietet es, solche Themen, die als peinlich empfunden werden können, seitens des Vorgesetzten nicht aufzugreifen. Dies insbesondere gegenüber einzelnen Mitarbeiterinnen und unabhängig davon, ob sich Mitarbeiterinnen hier ausdrücklich gegen solche Themen wenden. Abgesehen von einer Belastung der Arbeitsatmosphäre durch solche Äußerungen können solche Gesprächsthemen dazu führen, dass Einladungen insbesondere gegenüber einzelnen Mitarbeiterinnen als unangenehm empfunden werden.“

Dies unabhängig von der Frage sexueller Interessen bereits deshalb, weil bei einem solchen Umgangston dann ebenfalls mit einem Aufgreifen solchen Themen zu rechnen ist.“ (Rn. 149)

OVG Thüringen, Urteil vom 6. November 2008 – 8 DO 584/07 –

Aberkennung des Ruhegehaltes – beamteten Professors – Kunsthochschule – sexualisierter Übergriffe

Klagende Person	Disziplinarkläger; Thüringer Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst
Beklagte	Disziplinarbeklagter; Beamter; Professor
Betrieb	Kunsthochschule
Anstellungsverhältnis	Beamtenverhältnis auf Lebenszeit
Entscheidung	Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.
Normen	§ 33 Abs. 1 AGG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG, § 81 Abs. 1 S. 1 BG TH, § 57 S. 3 BG TH, § 10 Abs. 4 DG TH, § 11 Abs. 2 DG TH, § 22 Abs. 1 S. 3 DG TH, § 25 Abs. 1 DG TH, § 26 DG TH, § 27 Abs. 3 DG TH, § 30 Abs. 4 DG TH, § 36 DG TH, § 50 Abs. 1 S. 3 DG TH, § 51 Abs. 2 S. 1 DG TH, § 55 Abs. 3 DG TH, § 60 Abs. 4 S. 3 DG TH
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	VG Meiningen 6. Kammer, 14. Mai 2007, 6 D 60011/03.Me, Urteil
Nachgehend	BVerwG 2. Senat, 16. Februar 2010, 2 B 62/09, Beschluss (Rüge wegen Dauer des Disziplinarverfahrens abgewiesen.) BVerwG 2. Senat, 1. Juni 2012, 2 B 123/11, Beschluss (Beschwerde hatte wegen Verfahrensfehler keinen Erfolg.) BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 28. Januar 2013, 2 BvR 1912/12, Nichtannahmebeschluss

Ausnutzung des Abhängigkeits- und Vertrauensverhältnisses; Verstoß gegen Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten

„Der Beklagte hat, indem er in seiner dienstlichen Stellung die Zeuginnen W., S. und H. sexuell belästigt hat, gegen seine Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten verstoßen. Das Ansehen und Vertrauen, das ein Professor in der Öffentlichkeit genießt, sowie die von ihm zu erfüllende Vorbildfunktion verlangen es, dass es bei der Amtsausübung zu keinerlei sexuellen Belästigungen kommt. Von einem Professor muss grundsätzlich im Interesse eines ordnungsgemäßen Lehrbetriebs verlangt werden, dass er das durch die

Ausbildungssituation bestehende Abhängigkeits- und Vertrauensverhältnis nicht zu seinem Vorteil ausnutzt. Gerade die Nähe im Einzelunterricht gebietet ein besonders hohes Maß an Zurückhaltung und Neutralität gegenüber den Studierenden. Gegen diese Pflicht zu einem respektvollen Umgang mit Mitgliedern des anderen Geschlechts hat der Beklagte wiederholt und massiv verstoßen. Er hat damit zugleich sein Ansehen und das der Beamtenschaft, insbesondere der Hochschullehrer, beeinträchtigt. Sein Fehlverhalten begründet auch erhebliche Zweifel an seiner Vertrauenswürdigkeit gegenüber seinem Dienstherrn.“ (Rn. 103)

Verstoß gegen Beschäftigtenschutzgesetz

„Gleichzeitig mit den festgestellten Tatbeständen hat der Beklagte auch schuldhaft gegen das Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz) vom 24. Juni 1994 (BGBl. I S. 1406), das im vorliegenden Fall nach § 33 Abs. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) weiterhin Geltung beansprucht, verstoßen. Zu sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz gehören neben sexuellen Handlungen, die nach strafrechtlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 Beschäftigtenschutzgesetz auch sonstige sexuelle Handlungen und die Aufforderung zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.“ (Rn. 104)

Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses als schwerwiegender Verstoß auch bei Taten unterhalb der strafrechtlich relevanten Grenze

„Das Vertrauensverhältnis zwischen Dienstherrn und Beklagten war endgültig durch die besondere Schwere der Tat zerstört. Zwar haben die dem Beklagten vorgeworfenen Taten von sexuellen Berührungen und Zudringlichkeiten möglicherweise die Grenze zur strafrechtlichen Relevanz noch nicht überschritten, gleichwohl sprechen die besonderen Umstände der dem Beklagten vorgeworfenen Handlungen für ein schwerwiegendes Dienstvergehen, insbesondere das besondere Abhängigkeitsverhältnis zwischen Ausbilder und Auszubildenden, die Ausnutzung einer hervorgehobenen Stellung, das Wissen darum, dass sich die Frauen dem Einflussbereich des Ausbilders nicht ohne weiteres entziehen können, das jugendliche Alter der Frauen, die Häufigkeit der Vorfälle wie auch die Hartnäckigkeit des Vorgehens.“ (Rn. 109)



Aberkennung des Ruhegehalts eines Beamten

„Einem Ruhestandsbeamten, der im aktiven Dienst ein schweres Dienstvergehen begangen hat, das die Entfernung aus dem Dienst nach sich gezogen hätte, ist das Ruhegehalt abzuerkennen (§ 11 Abs. 2 Satz 2 ThürDG). Durch die Maßnahme der Aberkennung des Ruhegehalts wird das Ruhestandsbeamtenverhältnis beendet.“ (Rn. 106)

[LG HH, Beschluss vom 14. Juli 2023 – 324 O 228/23 –](#)

Unterlassungsverfügung – Verdachtsberichterstattung – sexuelle Belästigung –
Rammstein-Sänger

Antragsstellende Person	Till Lindemann; Sänger der Band Rammstein
Antragsgegner*in	Berichterstatteerin
Betrieb	–
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Der Antrag war teilweise erfolgreich; im Übrigen wurde er zurückgewiesen.
Normen	§ 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG
Gerichtsbarkeit	Ordentliche Gerichtsbarkeit
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Orientierungssätze

1. Eine Verdachtsberichterstattung, wonach Till Lindemann (möglicherweise) mithilfe von K.O. Tropfen, Drogen oder Alkohol Frauen betäubt hat oder hat betäuben lassen, um es ihm zu ermöglichen, sexuelle Handlungen an ihnen vorzunehmen, wäre nur zulässig, wenn hinreichende Belege vorlägen, die für den Wahrheitsgehalt dieser Information sprächen und ihr damit erst Öffentlichkeitswert verleihen würde. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Schilderungen der im Beitrag erwähnten Frauen zwar die Vermutung nahe legen, unter Drogen gesetzt worden zu sein, aber im Beitrag selbst oder in einer eidesstattlichen Versicherung nicht behauptet wird, dass dies von Lindemann "mit der Zielrichtung Sex initiiert worden sei." Daran ändert eine alleinstehende Zeugenaussage, wonach es das Ziel der Partys sei, Lindemann mit Sexpartnerinnen zu versorgen und dass sie dort Drogen und Alkohol bekommen, nichts. (Rn.20, 23)
2. Anders stellt sich die Situation in Bezug auf den Verdacht der sexuellen Handlungen trotz fehlender Willensbildungsfähigkeit dar. In diesem Zusammenhang darf die alleinstehende Verbreitung der Aussagen der Frauen, mithin die Schilderung der Sexerlebnisse mit Lindemann außerhalb eines Verdachts der Drogenmanipulation durch den Sänger oder seiner Crew dann weiterverbreitet werden, wenn das Berichterstattungsinteresse gegenüber Lindemanns Privatinteressen (Intimsphäre) - trotz detaillierter Schilderungen und Darstellungen von Sexualverkehr - überwiegt. Dies ist beispielsweise deswegen der Fall, weil Lindemann auf einem Konzert ein Video einblenden ließ, dass ihn beim Sex mit einer Konzertbesucherin zeigt, die unter erheblichem Alkohol- oder Drogeneinfluss gestanden haben und damit nicht mehr ganz zurechnungsfähig (nicht mehr "Herrin ihrer Sinne") gewesen sein könnte und er damit offensichtlich deutlich gemacht hat, selbst kein Geheimhaltungsbedürfnis zu verspüren. (Rn. 29, 31, 37)

[VG Magdeburg, Urteil vom 28. Juni 2007 – 3 A 61/05 –](#)

Gewerbeuntersagung – Puppenspieler – sexueller Missbrauch eines Schutzbefohlenen – Theaterprojekt – gewerberechtliche Unzuverlässigkeit

Klagende Person	Puppenspieler, der gewerbliche Betätigung, betreffend die Ausführung von Theaterprojekten und Puppentheatern anstrebt
Beklagte	Behörde, die Gewerbeuntersagung erlassen hat
Betrieb	(Puppen-)Theater
Anstellungsverhältnis	Selbstständiger
Entscheidung	Die Klage gegen die Gewerbeuntersagung war erfolglos.
Normen	Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, § 35 Abs. 1 GewO
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Leitsatz

Die Gewerbeuntersagung eines Puppenspielers verstößt nicht gegen das Grundrecht der Kunstfreiheit. Sexueller Missbrauch eines Schutzbefohlenen in einem Theaterprojekt rechtfertigt den Schluss auf die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides.

Rechtsgrundlage für Gewerbeuntersagung

„Rechtsgrundlage für die Untersagung des vom Kläger betriebenen Gewerbes ist § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO. Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun, sofern die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist.“ (Rn. 19)

Anwendbarkeit der Vorschrift nicht durch Kunstfreiheit eingeschränkt

„Die Vorschrift ist auf den vorliegenden Fall anwendbar. Das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, auf das sich der Kläger sinngemäß beruft, steht dem nicht entgegen. Es kann dahinstehen, ob der Kläger ein Puppentheater auch gewerbefrei (in freischaffender künstlerischer Tätigkeit) betreiben könnte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des vorliegenden Falles einer Gewerbeuntersagung ist derjenige Zeitpunkt des Ergehens der letzten Verwaltungsentscheidung. [...] Für die gewerbliche Durchführung des Puppentheaters spricht ungeachtet dessen, dass die Inhalte der Aufführungen vom Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst sind, auch das Vorbringen des Klägers, die Gewerbeuntersagung führe zum Arbeitsplatzverlust verschiedener Pauschalkräfte und einer Bürohilfe. Nach alldem hat das Gericht am Vorliegen einer – wie angemeldet – gewerblich durchgeführten Tätigkeit des Klägers im hier maßgeblichen Zeitraum bis zum 3.1.2005 keinen Zweifel.“ (Rn. 20)

[VG Meiningen, Beschluss vom 30. Januar 2004 – 6 D 60010/03.Me –](#)

Antragstellende Person	Auf Lebenszeit verbeamteter Professor für Musik
Antragsgegner*in	Land Thüringen
Betrieb	Musikhochschule
Anstellungsverhältnis	Beamtenrechtliches Dienstverhältnis
Entscheidung	Der Antrag auf Aussetzung der vorläufigen Dienstenthebung des Antragsstellers und der Einbehaltung von 50% seiner Dienstbezüge wurde abgelehnt.
Normen	§ 4 Abs. 5 DG TH, § 42 Abs. 1 S. 1 DH TH, § 27 DG TH
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Als erschwerende Umstände wegen derer Fälle der sexuellen Belästigung als schwerwiegendes Dienstvergehen zu qualifizieren sind, können das besondere Ausbildungsverhältnis zwischen Professor und Studentinnen, die Ausnutzung einer hervorgehobenen Stellung, das Wissen darum, dass sich die Studentinnen dem Einflussbereich des Professors nicht ohne weiteres entziehen können, das junge Alter der Frauen, die Häufigkeit der Vorfälle wie auch die Hartnäckigkeit des Vorgehens Berücksichtigung finden

*„Das Ansehen und Vertrauen, das ein Professor in der Öffentlichkeit genießt sowie die von ihm zu erfüllende Vorbildfunktion verlangen es, dass es bei der Amtsausübung zu keinerlei sexuellen Belästigungen kommt. Von einem Professor muss grundsätzlich verlangt werden können, dass er das **durch die Ausbildungssituation bestehende Abhängigkeits- und Vertrauensverhältnis** nicht zu seinem Vorteil ausnutzt. Gerade die **Nähe im Einzelunterricht** gebietet ein besonders hohes Maß an Zurückhaltung und Neutralität gegenüber den Studierenden. Gegen die Pflicht zu einem respektvollen Umgang mit Mitgliedern des anderen Geschlechts hat der Antragsteller wiederholt und massiv verstoßen. Der Antragsteller hat zudem auch gegen das Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz) vom 24.06.1994 (BGBl. I, S. 1406 [1412/1413]) verstoßen. Zu sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz gehören neben sexuellen Handlungen, die nach strafrechtlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 Beschäftigtenschutzgesetz auch sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderung zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.“ (Rn. 23)*

*„Die dem Antragsteller vom Antragsgegner zur Last gelegten Dienstvergehen sind auch so schwerwiegend, dass die Höchstmaßnahme in Betracht kommt. Es liegen nach derzeitigem Erkenntnisstand eine Reihe erschwerender Umstände vor, die es insgesamt gesehen überwiegend wahrscheinlich machen, dass der Antragsteller aus dem Dienst entfernt werden wird. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nicht jede sexuelle Belästigung grundsätzlich zu einer Entfernung aus dem Dienst führt. **Die Handlungsbreite, in der***

sexuelle Zudringlichkeiten im Dienst denkbar sind, ist zu groß, als dass sie einheitlichen Regeln unterliegen und in ihren Auswirkungen auf Achtung und Vertrauen gleichermaßen eingestuft werden können. Stets sind die besonderen Umstände des Einzelfalls maßgebend. In schweren Fällen innerdienstlicher sexueller Belästigung weiblicher oder männlicher Mitarbeiter, insbesondere, wenn der Beamte unter **Ausnutzung seiner Vorgesetzteneigenschaft** versagt und dadurch nicht nur seine Integrität in der Dienststelle weitgehend einbüßt, sondern auch sein Vertrauensverhältnis zum Dienstherrn schwer erschüttert, kann sich grundsätzlich die Frage seiner weiteren Tragbarkeit im öffentlichen Dienst stellen, während in minderschweren Fällen eine mildere Disziplinarmaßnahme verhängt werden kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.11.1997 - 1 D 90/95 -, BVerwGE 113, 151 f. unter Hinweis auf die ständige Rspr.).“ (Rn. 24)

„So fällt vorliegend vor allem erschwerend ins Gewicht, dass der Antragsteller seine besondere Stellung als Ausbildender zur Begehung von sexuellen Belästigungen ausgenutzt hat. Die Studentinnen der Musikhochschule sind ihm zur Ausbildung anvertraut worden. **Zwischen einem Hauptfachprofessor an der Musikhochschule und den Studentinnen besteht zudem ein ganz besonderes Abhängigkeitsverhältnis, das über ein übliches Ausbildungsverhältnis hinausgeht.** Die Studentinnen sind ihrem Professor im Hauptfach über die vierjährige Dauer ihres Studiums anvertraut und ein Wechsel des Professors ist grundsätzlich nicht möglich. Die Studentinnen sind deshalb auch in besonderem Maße von dem Wohlwollen ihres Professors abhängig. Diese **Abhängigkeit hat sich der Antragsteller zunutze gemacht.** Er hat seine **Position als Professor wissentlich und willentlich ausgenutzt.** Ihm war insbesondere auch bewusst, dass sich die Studentinnen seinem Einwirkungsbereich nicht ohne weiteres entziehen konnten. Weiterhin ist auch das Alter der sexuell belästigten Frauen zu berücksichtigen. Es handelt sich bei den betroffenen Studentinnen um junge Frauen von 21 und 22 Jahren. Von diesen war auch wegen ihres Alters und ihrer Unerfahrenheit **hinsichtlich der möglichen behördlichen Schritte nicht mit einer Gegenwehr zu rechnen.** Weiter ist erschwerend zu berücksichtigen, dass es sich nicht nur um einen einzigen Vorfall sexueller Belästigung handelt, sondern mehrere Vorfälle bekannt geworden sind. Erschwerend kommt auch das Verhalten des Antragstellers auf die Gegenwehr der belästigten Frauen hinzu. Trotz der Abwehrversuche ist es zu weiteren Belästigungen durch den Antragsteller gekommen. Der Antragsteller zeichnete sich hierbei durch eine besondere Hartnäckigkeit aus. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der Antragsteller die Studentinnen und die Mitarbeiterin nicht nur durch die sexuellen Belästigungen in ihrer Würde verletzt hat, sondern auch durch sein übriges Verhalten nach solchen Vorfällen, indem er dann die Gegenwehr der Frauen ins Lächerliche gezogen hat. Sätze wie "Frau H. hat ja heute schlechte Laune" und "Du bist mir ja so Eine!" zeigen den **mangelnden Respekt vor der Würde des anderen.**“ (Rn. 27)

„Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die **Aufgaben eines Professors einer Musikhochschule notwendigerweise Kontakt mit Studentinnen** mit sich bringen. Gerade bei einem Violinenunterricht lässt sich ein **körperlich enger Kontakt** nicht vollständig vermeiden. Insoweit wäre es unverantwortlich, den Antragsteller seine Tätigkeit weiter ausüben zu lassen, da es nicht möglich ist zu garantieren, dass es zu keinen weiteren Vorfällen sexueller Belästigungen kommen wird. Dies gilt auch umso mehr, als der Unterricht im Regelfall als **Einzelunterricht** stattfindet und zudem bei den Studentinnen eine gewisse **Hemmschwelle** bestehen dürfte, **Vorfälle zu melden**; unabhängig davon, dass es

*sich bei sexuellen Belästigungen um ein heikles Thema handelt, sind die **Studentinnen auf das Wohlwollen ihrer Professoren angewiesen.***“ (Rn. 29)

V. Mobbing und Missmanagement

Machtmissbrauchsdimensionen

Mobbing

Mobbing ist ein Geschehensprozess mit einer Vielzahl von Handlungen, die in ihrer Gesamtschau aufgrund ihrer Systematik und Zielrichtung bezwecken oder bewirken, dass die Würde einer Person verletzt und ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.⁴⁴ Die Macht, die eine Person zur Herabsetzung einer anderen ausnutzt, kann durch eine soziale Stellung und/oder eine rechtlich-formale Machtposition begründet sein.

So wie Machtmissbrauch stellt auch Mobbing für sich genommen keinen rechtlichen Tatbestand dar. Mobbing kann aber Ausprägungen annehmen, die rechtliche Tatbestände erfüllen, z.B. strafbare Beleidigungen, Drohungen oder Nötigungen.

In den folgenden Fällen mussten sich die Gerichte mittelbar mit Mobbing am Arbeitsplatz auseinandersetzen; nämlich im Rahmen der Zulässigkeit arbeitsrechtlicher Konsequenzen. Dabei geht es vor allem um die Frage, ab wann Handlungen ein Arbeitsverhältnis so stark belasten, dass eine Fortführung nicht mehr zumutbar ist.

Missmanagement durch Vorgesetzte

Unter Missmanagement durch Vorgesetzte ist die Vernachlässigung der unternehmerischen bzw. Leistungspflichten zu verstehen. Beispiele hierfür sind schlechte Personalführung, aggressives Verhalten gegenüber Mitarbeitenden, ein unangemessener Umgangston und die Unfähigkeit, mit Kritik umzugehen.⁴⁵ Leitungspersonen verfügen aufgrund ihrer arbeitsrechtlichen Stellung gegenüber ihren weisungsgebundenen Mitarbeitenden über eine besondere Macht. Im Kunst- und Kulturbetrieb gilt dies insbesondere, sofern Leitungen die personale, organisatorische und künstlerische Verantwortung gebündelt tragen.

Missmanagement oder ein schlechter Führungsstil stellen für sich genommen keinen rechtlichen Tatbestand dar, jedoch gehen mit Führungspositionen arbeitsrechtliche Sorgfalts- und Schutzpflichten einher. Sofern die vertragliche Verpflichtung Führungsverantwortung umfasst, kann Missmanagement eine Schlechtleistung der eigenen arbeitsrechtlichen Verpflichtungen darstellen. Eine darauf basierende Kündigung kann jedoch nur durch die Arbeitgeberin der Führungsperson bewirkt werden. Diese Begrenzung stellt einen Filtereffekt des (Verfahrens-)rechts dar, der die Sanktionierung von Machtmissbrauch erschwert: Mangels kollektiver Klagerechte verbleibt es Einzelnen, sich gegen strukturelle Probleme zu wehren.

⁴⁴ Ethik Kommission des Dachverband Tanz: Muster Dienstvereinbarung/Betriebsvereinbarung, online abrufbar unter: https://www.dachverband-tanz.de/fileadmin/dateien_DTD/Muster_DV_BV_01.04.2023___Dokument_mit_allen_Anha%CC%88ngen_.pdf (letzter Abruf: 19.09.2024).

⁴⁵ Schmidt: Macht und Struktur im Theater. Asymmetrien der Macht. Wiesbaden: Springer VS, 2019, S. 188.

Höchst problematisch ist es, dass Gerichte teilweise aufgrund struktureller Probleme in der Branche davon ausgehen, dass unangemessenes Verhalten von Vorgesetzten „normal“ sei. Vorherrschende Praktiken werden von Gerichten zur Rechtfertigung von Verhaltensweisen herangezogen, als sei der Unrechtsgehalt des Verhaltens relativ zu bestimmen. Ein Ist-Zustand vermag nicht die rechtlichen Sorgfalts- und Schutzpflichten gegenüber Mitarbeitenden herabzusetzen.

LAG Düsseldorf, Teilurteil vom 20. August 2019 – 8 Sa 99/19 –

Kündigung einer Intendanz – Missmanagement – Mobbing – schlechter Führungsstil

Anmerkung: Der folgende Fall zeigt, welche Voraussetzungen für die Kündigung einer Intendanz bestehen. Das Gericht wertet erlebten Machtmissbrauch ab und normalisiert unangemessenes Verhalten und prekäre Arbeitsbedingungen im Kunst- und Kulturbetrieb. Die Ausführungen des Gerichts erscheinen sprachlich und inhaltlich dem Sachverhalt nicht angemessen.

Klagende Person	Intendantin
Beklagte	Theater GmbH
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	Arbeitsvertrag
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten war erfolglos. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.
Normen	§ 626 Abs. 1 BGB, § 611 Abs. 1 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren.
Vorgehend	ArbG Wuppertal 5. Kammer, 13. Dezember 2018, 5 Ca 1714/18, Urteil
Nachgehend	BAG, 18. Dezember 2019, 2 AZN 1287/19 (nicht veröffentlicht)

Kündigung aus wichtigem Grund

„Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“ (Rn. 96)

Vorwürfe der inhaltlichen Fehlerhaftigkeit des Spielzeitplans verfangen nicht

„Diese Vorwürfe verfangen schon deshalb nicht, weil die Klägerin nach Maßgabe der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien nicht verpflichtet war, sich die in künstlerischer Hinsicht abweichenden Vorstellungen der Beklagten zur Auswahl der Stücke,

die Häufigkeit von deren Aufführung und der personellen Besetzung zu eigen zu machen und der Beklagten eine dieser insoweit genehme Spielplangestaltung zu präsentieren.“ (Rn. 102)

Keine wirksame Druckkündigung

„Eine Druckkündigung liegt nach der Rechtsprechung des BAG (vgl. die nachfolgenden Grundsätze aus dem Urteil vom 18.07.2013 - 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109) vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen.“ (Rn. 117)

Gericht kann einen Eignungsmangel nicht feststellen

„Die fristlose Kündigung vom 13.07.2018 ist auch nicht als unechte Druckkündigung aus Gründen in der Person oder dem Verhalten der Klägerin gerechtfertigt. Insbesondere ist objektiv nicht feststellbar, dass der von der Beklagten behauptete Eignungsmangel der Klägerin tatsächlich gegeben ist und diese fachlich oder gar charakterlich unfähig wäre, ein U. Theater als Intendantin zu führen.“ (Rn. 1 22)

Die vergleichbaren Einschätzungen einer Vielzahl von Personen, eine erfolglose Mediation und Abmahnungen lassen für das Gericht noch keinen Schluss auf die charakterliche Ungeeignetheit der Klägerin zu

„Die Beklagte beruft sich zur Stützung ihrer Einschätzungen wie (nur beispielhaft), die Klägerin praktiziere einen schlechten/autoritären Führungsstil bzw. einen inakzeptablen Umgang mit den Mitarbeitern, ihr fehle ein Mindestmaß an Kooperations- und Kritikfähigkeit, es gehe ihr aufgrund einer extremen Ichbezogenheit lediglich um Selbstdarstellung – und dies alles sei unabänderlich –, auf Eindrücke, die die Geschäftsführung der Beklagten, die Mediatorin Frau Dr. I. und die Mitarbeiter/-innen T., Q., C., S., C. und I. im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Klägerin erlangt haben. Dabei handelt es sich ohne weiteres zunächst um subjektive Einschätzungen und Wertungen, die sicher eines belegen, nämlich die Existenz eines tiefgreifenden Konflikts zwischen Geschäftsführung, Gesellschaftern und "der Verwaltung" der Beklagten einerseits und der Klägerin andererseits. Allein der Umstand, dass auf Seiten der Beklagten eine Vielzahl von Personen vergleichbare Eindrücke von der Klägerin gewonnen haben (wollen), dass eine Mediation erfolglos geblieben ist und Abmahnungen ausgesprochen wurden, beweist jedoch noch nicht die Richtigkeit dieser Einschätzungen. Gerade darauf aber kommt es an: Eine personenbedingte Kündigung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil viele die Klägerin für fachlich und charakterlich ungeeignet halten, sondern weil sie es für das Gericht objektiv nachvollziehbar auch ist.“ (Rn. 123)

Anmerkung: Angesichts der Ausführungen des Gerichts erscheint es fraglich, wie Personen, die Machtmissbrauch durch eine Führungsperson erleben, das unangemessene Verhalten einer Person, unter dem zahlreiche Angestellte leiden, vor Gericht glaubhaft machen sollen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Gericht z.B. aufgrund der beruflichen Erfolge einer Person und ihres hohen sozialen Ansehens offenbar über ein gefestigtes Bild der Person verfügt, welches mit den negativen Berichten in einem eklatanten Widerspruch steht.

Das Gericht hält eine extreme Ich-Bezogenheit in Kreisen Kunstschaffender für nicht unüblich

„Woher die Mitarbeiterin Q. (Leiterin Presse- und Öffentlichkeitsarbeit) ihre Einschätzung nimmt, die Klägerin sei "extrem ichbezogen und presse- bzw. medienaffin", erschließt sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht und belegte als solches auch keinen Charaktermangel der Klägerin, sondern eher in Kreisen Kunstschaffender nicht Unübliches. Ebenso wenig nachvollziehbar sind die Behauptungen, die Klägerin "arbeite mehr oder weniger mit Schuldzuweisungen", lege einen "sehr aggressiven Kommunikationsstil" an den Tag oder übe "enormen, stetig wachsenden Druck" aus. Woran soll das festzumachen sein? Schließlich ist auch die E-Mail der Klägerin vom 12.12.2017 (Anlage H42) so abgefasst, dass man sie nur dann als sehr verletzend oder demontierend empfinden kann, wenn man das möchte.“ (Rn. 126)

Chaotische Arbeitsweise stellt, wenn überhaupt eine Schlechtleistung dar

„Zusammenfassend betrachtet lässt sich feststellen: Schwerpunkt der Kritik an der Arbeit der Klägerin ist neben inhaltlich-künstlerischen Differenzen der von der gesamten Verwaltung geäußerte Vorwurf der "chaotischen Arbeitsweise", die zu einer erheblichen Erschwerung der Arbeit eines jeden einzelnen geführt hat. Sollte das zutreffen, stellte es eine Schlechtleistung dar, die - wie im Hinblick auf die gerügten Versäumnisse bei der Spielzeitplanung, die ja lediglich ein Ausfluss dieser Arbeitsweise sind - keine sofortige fristlose Kündigung rechtfertigte. Abgesehen davon bedürfte es zunächst des Ausspruchs einer Abmahnung, weil nicht erkennbar ist, dass es sich um nicht steuerbares Verhalten oder einen unabänderlichen Charakterzug der Klägerin handelte.“ (Rn. 128)

Beiträge zum Konflikt auf allen Seiten

„Darüber hinaus sind Beleidigungen und Erniedrigungen von Mitarbeitern oder das bewusste Erzeugen von wie auch immer gearteten Druck auf diese objektiv nicht nachvollziehbar. Das soll keinesfalls heißen, dass die Klägerin alles richtig gemacht hat. Zu einem Konflikt leisten in der Regel alle Beteiligten Verursachungsbeiträge. Es mag sein, dass die Klägerin es - bewusst oder unbewusst - an der Wertschätzung der Arbeit in der Verwaltung hat fehlen lassen und ein durch die Vergangenheit genährtes Harmoniebedürfnis der Mitarbeiter nicht befriedigt hat. Das allein genügt jedoch für die Annahme eines Eignungs- oder gar Charaktermangels der Klägerin nicht. Es wäre auch nicht damit in Einklang zu bringen, dass die Klägerin an mehreren Stationen im In- und Ausland über nahezu zwei Jahrzehnte hinweg Tanzensembles als Intendantin geführt hat und in ihrer Funktion von brancheninternen Experten für eine Tätigkeit bei der Beklagten auserkoren wurde. Die Klägerin war und ist nicht verpflichtet, sich allen Mitarbeitern gegenüber so zu verhalten, dass alle sie als sympathisch empfinden. Im Gegenteil: Wo sie es für erforderlich hielt, hatte sie bestehende Zustände zu kritisieren und zu ändern - und musste dafür Konflikte in Kauf nehmen.“ (Rn. 129)

Anmerkung: Ein Mindestmaß an Wertschätzung und Harmonie stellen in einem Arbeitskontext keine nebensächlichen oder gar übertriebenen Bedürfnisse dar; sondern sind Grundvoraussetzung für gute Arbeit. Sehr wohl sind berufliche Erfolge einer Führungsperson und machtmisbräuchliches Verhalten miteinander in Einklang zu bringen. Gerade darin liegt der Kern des Problems, welches das Gericht hier nicht zu erfassen scheint.

Die Aussage „zu einem Konflikt leisten in der Regel alle Beteiligten Verursachungsbeiträge“ in Kontext des vorliegenden Falles, verdeutlicht eine unzureichende Erfassung der Machtstrukturen am Theater und der Rolle der Intendanz.

Berichte über Machtmissbrauch in einer vorherigen Position, hält das Gericht nicht für objektivierbare Tatsachen, die Gegenstand einer Täuschung iSd § 123 Abs. 1 BGB sein können

„Soweit die Beklagte der Klägerin vorhält, sie habe "massive Arbeitsplatzkonflikte" mit Mitarbeitern der H. Oper, "Mobbinghandlungen", "Beleidigungen" und das Schaffen einer "Atmosphäre des Drucks und der Angst" verschwiegen, liegt ein pflichtwidriges Verschweigen der Klägerin schon deshalb nicht vor, weil alle diese Tatbestände entweder unbestimmt sind oder wertende Elemente beinhalten, über die nicht tauglich getäuscht werden kann. Wann aus einem objektiv bestehenden Konflikt ein "massiver" wird, unterliegt der Sicht des jeweiligen Betrachters. Gleiches gilt für die Charakterisierung bestimmter Verhaltensweise als Beleidigung oder Mobbing. Gerade bezüglich letzterem sind die Sichtweisen der vermeintlichen Täter/Opfer typischerweise völlig unterschiedlich. Dem Gericht ist kein Fall bekannt, in dem ein Vorgesetzter der subjektiven Überzeugung war, er habe Mitarbeiter zielgerichtet herabgewürdigt, schikaniert oder benachteiligt, obwohl sich dies objektiv so darstellte.“ (Rn. 138)

[LAG SH, Urteil vom 2. Mai 2007 – 6 Sa 504/06](#)

Versetzung – Arbeitnehmende – Lösung innerbetrieblicher Konflikte

Klagende Person	Arbeitnehmer; Orchesterwart
Beklagte	Arbeitgeberin; Stadt
Betrieb	Opernhaus
Anstellungsverhältnis	Arbeitsverhältnis mit den Bestimmungen des BMT-G
Entscheidung	Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.
Normen	Art. 3 Abs. 1 GG, § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB, § 612a BGB, § 27 BMT-G 2, § 28 BMT-G 2, BAT, § 138 Abs. 1 ZPO
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Kiel, 16. August 2006, 3 Ca 793 c/06, Urteil
Nachgehend	–

Leitsatz

Der Arbeitgeber kann Spannungen zwischen Arbeitnehmern durch Versetzung der an dem Konflikt Beteiligten begegnen. (Rn. 28)

Versetzung zur Konfliktlösung als dienstliches Erfordernis

Die streitgegenständliche Maßnahme dient der Lösung des Konflikts zwischen dem Kläger und Frau B.... Die Beseitigung von Spannungen zwischen Arbeitnehmern stellt ein dienstliches Erfordernis dar. Der Umstand, dass die Versetzung von Frau B... vor der des Klägers wirksam geworden ist und den Konflikt bereits entschärft hat, ändert an diesem Ergebnis nichts, denn beide Versetzungen sind gleichzeitig beschlossen worden. Dem dokumentierten Einigungsstellenverfahren kann entnommen werden, dass die beiden Versetzungen aus Sicht der Beklagten ein „Maßnahmenpaket“ bildeten. Befähigung, Ausbildung und körperliche Eignung des Klägers stehen seiner Tätigkeit an der Pforte nicht entgegen. (Rn. 28)

Keine Versetzung auf einen Arbeitsplatz mit geringerwertiger Tätigkeit

Richtig ist, dass das Direktionsrecht nicht die Befugnis zur Versetzung auf einen Arbeitsplatz mit geringerwertiger Tätigkeit umfasst (vgl. Erfurter Kommentar/Preis 7. Aufl. § 611 BGB Randnr. 803). Die Versetzung des Klägers an die Pforte wäre danach unwirksam, wenn ihm die Beklagte im Laufe des Arbeitsverhältnisses bindend eine höherwertige Tätigkeit als eine solche nach der Entgeltgruppe 3 zugewiesen hätte. Das ist aber - wie unter 3. c) ausgeführt, nicht der Fall. (Rn. 31)

Interessenabwägung

Im vorliegenden Fall ist das Interesse des Klägers an Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz gegen das Interesse der Beklagten, einen innerbetrieblichen Konflikt zu lösen, abzuwägen. Bestehen Spannungen zwischen Arbeitnehmern, so kann der Arbeitgeber dem durch Umsetzung eines Arbeitnehmers begegnen. Es ist Sache des Arbeitgebers, zu entscheiden, wie er auf Konfliktlagen reagieren will (BAG 24.04.1996 - 5 AZR 1031/94 - EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18). (...) Im vorliegenden Fall meint (...) der Kläger, die Beklagte habe sich auf die Versetzung der Frau B... zur Lösung des Konflikts beschränken müssen. Dabei übersieht er, dass der Arbeitgeber nach den zutreffenden Kernaussagen der oben genannten Entscheidung selbst entscheidet, wie er Konfliktlagen begegnet, und dass er nicht gehalten ist, Konflikte stets durch das mildeste Mittel zu lösen. Er kann, um des Betriebsfriedens willen und zur „Gesichtswahrung“ der Konfliktparteien beide Kontrahenten versetzen. (Rn. 36)

Anforderungen an das Konfliktmanagement der Arbeitgeberin

Unabhängig davon, dass die Beklagte sich in mehreren Gesprächen unter Beteiligung des Personalrats und der Mobbingbeauftragten um eine Aufklärung der Angelegenheit und um eine Beilegung des Konflikts bemüht hat, überspannt der Kläger die Anforderungen an das Konfliktmanagement der Beklagten. Der Arbeitgeber muss die Ursachen eines Streits zwischen Arbeitnehmern nicht abschließend ergründen oder den „Schuldigen“ ermitteln. Denn damit wäre er zum einen überfordert und zum anderen gezwungen, betriebliche Belastungen ggf. sogar Störungen des Betriebsfriedens auf im Einzelfall nicht absehbare Zeit hinzunehmen. (Rn. 37)

Die Grenzen billigen Ermessens sind gewahrt, wenn der Arbeitgeber Mitarbeiter durch Versetzung trennt, weil eine gedeihliche Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht (mehr) zu erwarten ist. Um nicht bei einem der Kontrahenten den Eindruck zu erwecken, er werde bestraft, entspricht es gerade billigen Ermessens, wenn beide versetzt werden. Dieses Vorgehen gebietet die Wahrung des Betriebsfriedens. Dass der Kläger nicht zur gleichen Zeit wie Frau B... versetzt worden ist, sondern erst später, ging auf entsprechende Intervention

des Personalrats für das nicht künstlerische Personal zurück. Schon aus diesem Grund kann der Kläger mit dem Argument, der Konflikt sei bereits durch die Versetzung von Frau B... gelöst, nicht gehört werden. (Rn. 38)

LAG ST, Urteil vom 27. Januar 2000 – 9 Sa 473/99 –

Außerordentliche Kündigung – Mobbing – Theater

Klagende Person	Beschäftigter Fachvorarbeiter im Theater
Beklagte	Arbeitgeberin
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Die Berufung der Beklagten war erfolglos.
Normen	§ 626 Abs. 1 BGB
Gerichtsbarkeit	Arbeitsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	ArbG Magdeburg, 15. April 1999, 4 Ca 5748/98, Urteil
Nachgehend	BAG, 29. Juni 2000, 2 AZR 323/00, sonstige Erledigung (nicht dokumentiert)

Anweisungen in einer die persönliche Würde der unterstellten Arbeitnehmer respektierenden Weise auszusprechen ist eine arbeitsvertragliche Pflicht

„Hieraus ist zu schließen, dass der Kläger durch sein von Unbeherrschtheit, Rücksichtslosigkeit und fehlender Achtung gegenüber seinen Kollegen gezeichnetes Verhalten eine dem störungsfreien Ablauf des Betriebsgeschehens abträgliche Arbeitsatmosphäre geschaffen hat. Diese Schlussfolgerung wird durch die Aussage des Zeugen ... bestätigt. Es gilt somit als erwiesen, dass der Kläger insbesondere den Zeugen ... "gemobbt" hat. Nach den Aussagen der Zeugen hat der Kläger mit der fast ständigen Verwendung von Kraftausdrücken gegenüber den ihm unterstellten Arbeitnehmern die Grenzen des "rauen Tons unter den Kollegen" weit überschritten und muss sich zweifelsfrei zu Recht verhalten lassen, seine Kollegen mehrfach beleidigt zu haben. Durch diese festgestellte Verhaltensweise hat der Kläger nicht nur eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sondern zugleich seine arbeitsvertraglichen Pflichten als Transportvorarbeiter verletzt. Denn es gehört zu seinen arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen als Vorarbeiter, dass er die ihm unterstellten Arbeitnehmer in sachlicher, deren persönliche Würde respektierender und fachlich fundierter Art und Weise anleitet, die Arbeit organisiert, koordiniert. Eine von Schikane und Beleidigung freie, von gegenseitiger Achtung und Hilfe getragene Arbeitsatmosphäre ist ein Faktor, der einen reibungslosen Betriebsablauf garantiert, den Betriebsfrieden erhält. Soweit der Kläger die Auffassung vertreten sollte, der von ihm ausgegangene Mobbing habe den Betriebsablauf im Transport des Theaters nicht gestört, wird darauf hingewiesen, dass bereits die Erzeugung einer durch Spannungen, Schikane, Beleidigungen und Diskrimination anderer charakterisierte Arbeitsatmosphäre eine nachhaltige Störung im Leistungs- und zugleich im Vertrauensbereich zwischen dem "Mobber" und seinem Arbeitgeber sowie zwischen dem "Mobber" und seinen Arbeitskollegen an sich darstellt.“ (Rn. 36)

Da es sich allerdings auch bei Mobbing um steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers handelt, ist eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung nicht generell entbehrlich

„Nach Auffassung der erkennenden Kammer des Berufungsgerichts kann durchaus davon ausgegangen werden, dass eine Abmahnung beim Kläger den gewünschten Erfolg haben würde, nämlich sowohl eine Änderung des Verhaltens als auch eine Wiederherstellung der erforderlichen Eignung und Zuverlässigkeit für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung herbeiführen. Eine Abmahnung hätte ihm unmissverständlich deutlich gemacht, dass der von ihm ausgeübte "Leitungsstil" und ein weiterer Missbrauch seiner Stellung als Vorarbeiter zur Erlangung persönlicher Vorteile von der Beklagten keinesfalls gebilligt werden und sein Arbeitsverhältnis gefährden.“ (Rn. 41)

[VG Wiesbaden, Urteil vom 27. Juli 2023 – 2 K 237/23.WI –](#)

Verhängung eines Hausverbotes – Staatstheater – Konflikten zwischen Theaterleitung und ehemaligem Musiker

Klagende Person	Ehemals beschäftigter Berufsmusiker
Beklagte	Land (Rechtsträger des Hessischen Staatstheaters)
Betrieb	Theater
Anstellungsverhältnis	–
Entscheidung	Die Klage war begründet und das Hausverbot rechtswidrig.
Normen	§ 40 VwGO
Gerichtsbarkeit	Verwaltungsgerichtliches Verfahren
Vorgehend	–
Nachgehend	–

Sachverhaltsinformationen zum Konflikt; Fall mit medialer Aufmerksamkeit

„Der Konflikt zwischen Geschäftsführendem Direktor und Intendanten eskalierte aufgrund von Vorwürfen antisemitischen Mobblings. Hintergrund war, dass Herr C zu einem Gespräch im Büro des Geschäftsführenden Direktors war, in welchem Plakate aus dessen Zeit bei den Bayreuther Festspielen hingen. Auf diesen waren u.a. auch Hakenkreuze zu sehen, da sich die Ausstellung, zu der die Plakate gehörten, mit dem Thema „Wagner und Nationalsozialismus“ beschäftigte. Daraufhin forderte der Intendant die Entlassung des Geschäftsführenden Direktors. Dieser Konflikt erlangte auch mediale Aufmerksamkeit, u.a. durch Berichte in der Bild-Zeitung, dem Online-Musikmagazin VAN, der FAZ und dem Wiesbadener Kurier. In diesen Artikeln wurde auch der Kläger zitiert, und zwar mit seinen Einschätzungen, dass Herr C mangels Erfahrungen im Bereich der Theaterverwaltung nicht geeignet sei für den Posten des Orchesterdirektors und dass der Intendant Herrn C instrumentalisieren, um den Geschäftsführenden Direktor loszuwerden.“ (Rn. 4)

Der Erlass eines Hausverbotes fällt nicht in die Kompetenz des Intendanten

„Der Intendant war für den Erlass des Hausverbotes bereits nicht zuständig. Nach § 5 Abs. 1 der Dienstanweisung für die Intendantinnen/Intendanten und die Geschäftsführenden Direktorinnen/Direktoren der Staatstheater des Landes Hessen vom 23.12.2011 (Staatsanzeiger für das Land Hessen, 16.01.2012, S. 108 f.) obliegt die Theaterverwaltung dem Geschäftsführenden Direktor. Die Durchsetzung des Betriebsfriedens und der darauf beruhende Erlass eines Hausverbotes unterfallen dem Bereich der Theaterverwaltung. In Abgrenzung hierzu regelt § 4 der Dienstanweisung die Aufgaben des Intendanten, nämlich die Gestaltung des Spielplans, die Verteilung der Regie- und Dirigieraufgaben sowie die Besetzung der Rollen und Partien. Dies zeigt, dass dem Intendanten die künstlerische Leitung im Staatstheater obliegt, dem Geschäftsführenden Direktor hingegen die Verwaltungsaufgaben obliegen. Der Erlass eines Hausverbotes fällt nicht in den künstlerischen Bereich.“ (Rn. 37)

Ein dauerhaftes Hausverbot ist unverhältnismäßig: *„Der vorliegende Sachverhalt und die dem Kläger gegenüber geäußerten Vorwürfen – unzutreffende Äußerungen in der Presse, angebliche Beleidigung eines Mitarbeiters und angebliche Störung des Ablaufs – sind nicht derart gravierend, dass sie ein unbefristetes Hausverbot rechtfertigen könnten. Insbesondere liegt kein aggressives oder Mitarbeiter gefährdendes Verhalten des Klägers vor. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist auch zu berücksichtigen, dass gegen etwaige unwahre Äußerungen und Beleidigungen zivil- und strafrechtliche Maßnahmen zur Verfügung stehen, die gegenüber einem Hausverbot vorrangig zu ergreifen wären (vgl. Bayrischer VGH a.a.O., Rn. 9). Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Intendant vor Erlass des Hausverbotes dessen zeitliche Befristung als milderer Mittel in Erwägung gezogen hat.“ (Rn. 43)*

Quellenverzeichnis

- Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2023):** Was tun bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz? Leitfaden für Beschäftigte, Arbeitgeber*innen und Betriebsräte.
- Heinrich Böll Stiftung und nachtkritik (2021):** Theater und Macht. Beobachtungen am Übergang, Bd. 15.
- Heinrichs, Werner (2015):** Der Kulturbetrieb. Bildende Kunst – Musik – Literatur – Theater – Film. Transcript Verlag.
- Holzleithner, Elisabeth (2008):** Emanzipation durch Recht? In: Kritische Justiz, 41 (3), S. 250-256.
- Jäger, Steffen (2023):** Diversität als Notwendigkeit. Kunsthochschulen müssen sich machtkritisch umstrukturieren – oder sie bleiben Teil des Problems. Kritische Berichte.
- Kassa, Bruktawit/Kolokytha, Olga/Sarikakis, Katharine/Korbiel, Izabela (2019):** Medienindustrie und Geschlecht: Ökonomische und machtpolitische Aspekte globaler Medienproduktion. Springer Verlag Wiesbaden.
- Kortendiek et al. (2021):** Gender Pay Gap und Geschlechter(un)gleichheit an Hochschulen. Jahrbuch geschlechterbezogener Hochschulforschung, Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Laaser, Sonja/Auerbach, Nora (2022):** Antidiskriminierungsrecht und Kulturpolitik, in: Crückeberg et al. (Hrsg.), Handbuch Kulturpolitik, Wiesbaden.
- Linde, Godela (2015):** Basta! Gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Ratgeber und Rechtsberatung. PapyRossa Verlag, Köln.
- Norz, Maximilian (2016):** Faire Arbeitsbedingungen in den Darstellenden Künsten und der Musik?! Eine Untersuchung zu Arbeitsbedingungen, Missständen sowie Vorschlägen, die zu besseren Arbeitsbedingungen beitragen können. Studie der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 319.
- Pantelmann, Heike/Blackmore, Sabine (2023):** Sexualisierte Belästigung, Diskriminierung und Gewalt im Hochschulkontext. Herausforderungen, Umgangsweisen und Prävention. Springer Gabler Wiesbaden.
- Rendl, Sophie (2023):** Machtlosigkeit in Machtstrukturen. vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur, in: juridikum 2/2023, Verlag Österreich.
- Schmidt, Thomas (2016):** Theater, Krise und Reform. Eine Kritik des deutschen Theatersystems. Springer Verlag Wiesbaden.
- Schmidt, Thomas (2019):** Macht und Struktur im Theater. Asymmetrien der Macht, Springer Verlag, Wiesbaden.
- Stiftung für Kulturelle Weiterbildung und Kulturberatung und Citizens For Europe (2019):** Vielfalt in Kultureinrichtungen – VINK. Ein Ergebnisbericht von Vielfalt entscheidet – Diversity in Leadership für Diversity Arts Culture. Berlin.
- Themis-Vertrauensstelle gegen sexuelle Belästigung und Gewalt e.V. (2020):** Grenzen der Grenzenlosigkeit. Machtstrukturen, sexuelle Belästigung und Gewalt in der Film-, Fernseh- und Bühnenbranche. Qualitative Interviewstudie.
- Williams, Patricia (1991):** The alchemy of race and rights. Harvard University Press, Cambridge.