

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 2. August 2017  
- 7 AZR 601/15 -  
ECLI:DE:BAG:2017:020817.U.7AZR601.15.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 25. September 2014  
- 4 Ha 1/14 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 15. April 2015  
- 3 Sa 1053/14 -

---

Entscheidungsstichworte:

Aufhebungsklage - Änderungsnichtverlängerungsmitteilung - Befristung  
- Eigenart der Arbeitsleistung - Vereinbarung überwiegend künstlerischer  
Tätigkeit

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer Parallelsache

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 601/15  
3 Sa 1053/14  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
2. August 2017

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. August 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Busch und Strippelmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. April 2015 - 3 Sa 1053/14 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung, die der Beklagte gegenüber der Klägerin zur Änderung der Arbeitsvertragsbedingungen ausgesprochen hat. 1

Die Klägerin ist seit dem 1. September 1987 als Maskenbildnerin beim Staatsschauspiel des Beklagten zu einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 3.284,65 Euro beschäftigt. Der letzte, für die Zeit vom 1. September 2003 bis zum 31. August 2004 (Spielzeit 2003/2004) begründete schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien vom 2./17. Juli 2003 sieht in § 1 vor, dass die Klägerin als Maskenbildnerin verpflichtet wird und überwiegend künstlerisch tätig ist. Gemäß § 6 des Arbeitsvertrags bestimmt sich das Arbeitsverhältnis im Übrigen nach dem Normalvertrag Bühne (im Folgenden NV Bühne) in der jeweils geltenden Fassung und den ihn ergänzenden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen. 2

Der NV Bühne enthält ua. folgende Bestimmungen: 3

#### **„§ 1**

#### **Geltungsbereich**

- (1) Dieser Tarifvertrag gilt für Solomitglieder und Bühnentechniker sowie Opernchor- und Tanzgruppenmitglieder (im folgenden insgesamt als Mitglieder bezeichnet) an Bühnen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, die von einem Lande oder von einer Gemeinde oder von mehreren Gemeinden oder von

einem Gemeindeverband oder mehreren Gemeindeverbänden ganz oder überwiegend rechtlich oder wirtschaftlich getragen werden.

...

- (3) Bühnentechniker sind Technische Direktoren und technische Leiter, Vorstände der Malsäle, Leiter des Beleuchtungswesens, Leiter der Bühnenplastikerwerkstätten, Leiter des Kostümwesens, Leiter der Ausstattungswerkstätten, Chefmaskenbildner, Referenten und Assistenten der Technischen Direktoren und technischen Leiter, Tonmeister.

Oberinspektoren und Inspektoren, Theater- und Kostümmaler, Beleuchtungsmeister und Beleuchter, Bühnenplastiker (Kascheure), Maskenbildner, Requisitenmeister und Requisiteure, Gewandmeister, Bühnenmeister, Veranstaltungstechniker, Tontechniker und Personen in ähnlicher Stellung sind Bühnentechniker im Sinne dieses Tarifvertrags, wenn mit ihnen im Arbeitsvertrag vereinbart wird, dass sie überwiegend künstlerisch tätig sind.

...

## **§ 2**

### **Begründung des Arbeitsvertrags**

...

- (2) Der Arbeitsvertrag ist mit Rücksicht auf die künstlerischen Belange der Bühne ein Zeitvertrag.

...

## **§ 53**

### **Bühnenschiedsgerichtsbarkeit**

Für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 2 Arbeitsgerichtsgesetz zwischen den Arbeitsvertragsparteien sind unter Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit ausschließlich die von den vertragschließenden Parteien dieses Tarifvertrags nach Maßgabe der vereinbarten Bühnenschiedsgerichtsordnungen eingesetzten Schiedsgerichte zuständig.

## **II.**

### **Besonderer Teil**

...

#### **2. Abschnitt Sonderregelungen (SR) Bühnentechniker**

...

## § 69

### **Nichtverlängerungsmitteilung - Bühnentechniker**

- (1) Das Arbeitsverhältnis endet mit dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Zeitpunkt.
- (2) Ein mindestens für ein Jahr (Spielzeit) abgeschlossener Arbeitsvertrag verlängert sich zu den gleichen Bedingungen um ein Jahr (Spielzeit), es sei denn, eine Vertragspartei teilt der anderen bis zum 31. Oktober der Spielzeit, mit deren Ablauf der Arbeitsvertrag endet, schriftlich mit, dass sie nicht beabsichtigt, den Arbeitsvertrag zu verlängern (Nichtverlängerungsmitteilung). Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit ununterbrochen mehr als acht Jahre (Spielzeiten), muss die Nichtverlängerungsmitteilung der anderen Vertragspartei bis zum 31. Juli der jeweils vorangegangenen Spielzeit schriftlich zugegangen sein.
- (3) Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit bei derselben Bühne ununterbrochen mehr als fünfzehn Jahre (Spielzeiten), kann der Arbeitgeber eine Nichtverlängerungsmitteilung nach Absatz 2 nur aussprechen, um das Arbeitsverhältnis unter anderen Vertragsbedingungen - auch außerhalb der im Arbeitsvertrag angegebenen Bühne(n) (ein Arbeitgeber in selbständiger Rechtsform auch bei seinem oder einem seiner rechtlichen oder wirtschaftlichen Träger) - fortzusetzen.

Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit bei derselben Bühne ununterbrochen mehr als fünfzehn Jahre (Spielzeiten) und hat der Bühnentechniker in dem Zeitpunkt, in dem die Nichtverlängerungsmitteilung spätestens zugegangen sein muss (Absatz 2), das 55. Lebensjahr vollendet, kann der Arbeitgeber eine Nichtverlängerungsmitteilung nach Absatz 2 nur aussprechen, um das Arbeitsverhältnis unter anderen Vertragsbedingungen bei der (den) im Arbeitsvertrag angegebenen Bühne(n) fortzusetzen.

...

- (8) Klagen gegen Nichtverlängerungsmitteilungen sind innerhalb einer Ausschlussfrist von vier Monaten nach den in Absatz 2 genannten Terminen zur Nichtverlängerungsmitteilung zu erheben.

...“

Nach Anhörung vom 13. Juli 2011 teilte der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 21. Juli 2011 mit, dass er gemäß § 69 NV Bühne eine Änderungs- nichtverlängerungsmitteilung ausspreche. Der derzeitige Arbeitsvertrag der Klägerin werde nicht über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus verlängert. Mit beiliegendem Vertragsangebot biete er der Klägerin an, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Vertragsbedingungen fortzusetzen. Dieses Schreiben ging der Klägerin am 27. Juli 2011 zu. Das beigefügte, ebenfalls vom Beklagten unterzeichnete Arbeitsvertragsangebot enthält ua. folgende Regelungen:

4

**„§ 1**

Das Mitglied wird als Bühnentechniker mit der Tätigkeitsbezeichnung

**Maskenbildnerin mit eingeschränktem Leistungsumfang**

(§ 1 Abs. 3 NV Bühne) für das Staatsschauspiel in M eingestellt. **Die im Rahmen dieses Arbeitsvertrages zu erbringenden Leistungen richten sich nach § 7.** Der Bühnentechniker ist überwiegend künstlerisch tätig.

**§ 2**

Das Arbeitsverhältnis wird für die Spielzeit **2012/2013** begründet.

Es beginnt am **1. September 2012** und endet am **31. August 2013**.

Das Arbeitsverhältnis verlängert sich zu den gleichen Bedingungen um ein Jahr (Spielzeit), wenn nicht eine Nichtverlängerungsmitteilung entsprechend § 69 NV Bühne (Nichtverlängerungsmitteilung - Bühnentechniker) ausgesprochen wurde.

...

**§ 4**

Die Gage beträgt monatlich **3.000,00 € (i.W. - dreitausend - Euro)** einschließlich einer eventuell zu zahlenden ergänzenden Leistung nach TV-EL-NV Bühne.

...

**§ 6**

Im Übrigen bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Normalvertrag Bühne in der jeweils geltenden Fassung und den ihn ergänzenden oder an seine Stelle tretenden

Tarifverträgen.

## § 7

Besondere Vereinbarungen:

1. Die zu erbringenden Leistungen als Maskenbildnerin sind im Rahmen der Gagenanpassung aufgrund der Leistungseinschränkungen auf folgende Leistungen beschränkt:
  - einfache Gips-, Masken- und Formarbeiten, jedoch keine Dummies (Körperteile, ganze Puppen) und keine Modellierarbeiten,
  - Herstellung und Anbringen einfacher Effekte, von beispielsweise Blut, Erbrochenem etc., jedoch keine Wunden, Narben und Gesichtsteile,
  - Herstellung von Perücken, Bärten und sonstigen Haarteilen,
  - Frisierarbeiten des Eigenhaars bei Darstellern (m/w), jedoch nicht bei Protagonisten (m/w),
  - Frisierarbeiten von Perücken (m/w),
  - Aufsetzen und Anbringen von Perücken, Bärten und sonstigen Haarteilen,
  - Schminkarbeiten bei Darstellern (m/w), jedoch nicht bei Protagonisten (m/w).

...“

Die Klägerin nahm das Vertragsangebot des Beklagten unter dem Vorbehalt an, dass in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt wird, dass das Angebot für sie zumutbar ist. 5

Mit ihrer am 31. Oktober 2011 beim Bühnenschiedsgericht eingegangenen und dem Beklagten am 25. November 2011 zugestellten Klage hat die Klägerin die Auffassung vertreten, die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung sei unwirksam, da die vorgesehene Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. August 2013 (Ende der Spielzeit 2012/2013) nicht sachlich gerechtfertigt sei. Die Befristung des Arbeitsvertrags eines Bühnentechnikers sei unter Berücksichtigung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben nur dann nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt, wenn der Bühnentechniker unmittelbar und maßgeblich an der Tendenzverwirklichung beteiligt sei. Das sei bei 6

nachgeordneten Bühnentechnikern iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne nicht der Fall, selbst wenn im Vertrag eine überwiegend künstlerische Tätigkeit vereinbart sei. Jedenfalls stelle vorliegend die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit aufgrund der Beschränkung des Leistungsumfangs nach dem Leistungskatalog in § 7 des Vertragsangebots eine Scheinabrede dar. Bei den verbliebenen Aufgaben handele es sich nicht um künstlerische, sondern nur um einfache Arbeiten handwerklicher Art.

Das Bühnenschiedsgericht hat die Schiedsklage, mit der die Klägerin beantragt hatte 7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 nicht beendet worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus fortbesteht,

abgewiesen. Mit der Berufung zum Bühnenoberschiedsgericht hat die Klägerin beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nach Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 und durch Befristung nicht endet;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus fortbesteht.

Das Bühnenoberschiedsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. 8

Gegen den ihr am 13. Januar 2014 zugestellten Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts hat die Klägerin am 24. Januar 2014 beim Arbeitsgericht die vorliegende Aufhebungsklage eingereicht, die dem Beklagten am 7. Februar 2014 zugestellt worden ist. Sie hat geltend gemacht, die nach § 7 des Vertragsangebots zu erbringende Tätigkeit sei nicht überwiegend künstlerisch. Mit dieser Tätigkeit unterfalle sie nicht dem Geltungsbereich des NV Bühne und daher auch nicht dessen Befristungsregime. Die Vereinbarung „über- 9



wiegend künstlerischer Tätigkeit“ sei unter Berücksichtigung des eingeschränkten Leistungskatalogs rechtsmissbräuchlich.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 10

den Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt am Main vom 16. September 2013 - BOSchG 13/12 - aufzuheben, den Schiedsspruch des Bühnenschiedsgerichts München vom 6. August 2012 - Reg.-Nr. 2/11 - abzuändern und festzustellen, dass die Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 unwirksam ist, sowie festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus fortbesteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Aufhebungsklage abzuweisen. 11

Das Arbeitsgericht hat die Aufhebungsklage mit den Sachanträgen auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 sowie durch Befristung nicht beendet worden ist und dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus fortbesteht, abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin mit den zuletzt gestellten Anträgen zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die zulässige Aufhebungsklage, mit der die Klägerin noch die Unwirksamkeit der Änderungs nichtverlängerungsmitteilung geltend macht, nicht abgewiesen werden. Das führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann nicht selbst beurteilen, ob die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung wirksam ist. 13

- A. Die Aufhebungsklage ist zulässig. 14
- I. Nach § 110 Abs. 1 ArbGG kann auf Aufhebung eines Schiedsspruchs ua. geklagt werden, wenn der Schiedsspruch auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG). Das Aufhebungsverfahren ist in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit ein revisionsähnliches Verfahren, in dem Schiedssprüche auf Rechtsfehler überprüft werden (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 48, BAGE 157, 44; 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 20, BAGE 145, 142; 15. Februar 2012 - 7 AZR 626/10 - Rn. 20 mwN*). Die Ähnlichkeit zum Revisionsverfahren hat ua. zur Folge, dass im Aufhebungsverfahren neuer Sachvortrag grundsätzlich nicht zulässig ist (*vgl. BAG 2. Juli 2003 - 7 AZR 613/02 - zu II 2 c bb (3) der Gründe*) und neue prozessuale Ansprüche grundsätzlich nicht zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden können (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 20, aaO*). Die Aufhebungsklage nach § 110 ArbGG richtet sich auf die Aufhebung „des Schiedsspruchs“. Das drückt aus, dass die schiedsgerichtliche Entscheidung in der Sache einer Aufhebung zugänglich sein soll. Gegenstand des Aufhebungsverfahrens ist damit das vor dem Schiedsgericht anhängig gemachte Sachbegehren (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 49, aaO; 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 20, aaO; 15. Februar 2012 - 7 AZR 626/10 - Rn. 26*).
- II. Danach ist die Aufhebungsklage, soweit sie Gegenstand der Revision ist, zulässig. 16
1. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Aufhebungsklage gegen den Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts, soweit dieses ihr Begehren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 abgewiesen hat. 17
- a) Die Klägerin hat die Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung sowohl im bühnenschiedsgerichtlichen Verfahren als auch im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Aufhebungsklage nach § 110 ArbGG mit ihren Anträgen auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 nicht beendet worden ist, und 18

auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nach Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 nicht endet, geltend gemacht. Zur Begründung dieser Anträge hat die Klägerin im bühnenschiedsgerichtlichen Verfahren wie im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Aufhebungsklage stets die Auffassung vertreten, die Nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 sei wegen der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Befristung des angebotenen Arbeitsvertrags zum 31. August 2013 in § 2 des Vertragsangebots unwirksam.

b) Dem Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über das Ende der Spielzeit 2011/2012 hinaus fortbesteht, kommt - wie der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat - keine eigenständige Bedeutung zu. Die Klägerin bezeichnet lediglich die Rechtsfolge, die sich bei Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung ergäbe. 19

c) Die Befristungskontrollklage, mit der die Klägerin im bühnenschiedsgerichtlichen Verfahren und im Rahmen der Aufhebungsklage beim Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses zum Ende der Spielzeit 2011/2012 geltend gemacht hat, ist nicht Gegenstand der Revision. Die Abweisung der Aufhebungsklage durch das Arbeitsgericht ist insoweit rechtskräftig. Die Klägerin hat sich mit ihrer Berufung nicht gegen die Abweisung des Befristungskontrollantrags gewandt, sondern nur noch die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung geltend gemacht. 20

2. Die Klägerin rügt im Rahmen der Aufhebungsklage die Verletzung von Rechtsnormen iSv. § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG. Sie greift die Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts mit der Begründung an, dieses habe verkannt, dass die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung wegen Unbilligkeit des Vertragsangebots unwirksam sei. Die in § 2 des Vertragsangebots vorgesehene Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. August 2013 sei nicht wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt, da die nach § 7 des Vertragsangebots zu erbringende Tätigkeit nicht überwiegend künstlerisch sei. 21

3. Der auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitt- 22  
teilung gerichtete Sachantrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1  
ZPO. Mit der Regelung in § 69 Abs. 8 NV Bühne haben die Tarifvertragspartei-  
en die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmittteilung als ein feststellungsfähig-  
es Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ausgestaltet (*BAG 15. Mai 2013*  
*- 7 AZR 665/11 - Rn. 29, BAGE 145, 142*). Diese Regelung gilt auch für Ände-  
rungsnichtverlängerungsmittteilungen nach § 69 Abs. 3 NV Bühne. Bei diesen  
handelt es sich um Nichtverlängerungsmittteilungen nach § 69 Abs. 2 NV Büh-  
ne, die ausgesprochen werden, um das Arbeitsverhältnis unter anderen Ver-  
tragsbedingungen fortzusetzen. Da sich der Beklagte der Wirksamkeit der Än-  
derungsnichtverlängerungsmittteilung berührt, hat die Klägerin ein berechtigtes  
Interesse an der begehrten alsbaldigen Feststellung.
- B. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Aufhebungs- 23  
klage begründet ist.
- I. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann nicht 24  
angenommen werden, dass das Bühnenoberschiedsgericht die gegen die Än-  
derungsnichtverlängerungsmittteilung vom 21. Juli 2011 gerichtete Schiedsklage  
im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat.
1. Das Landesarbeitsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, 25  
dass die Änderungsnichtverlängerungsmittteilung vom 21. Juli 2011 nicht wegen  
Versäumung der Ausschlussfrist des § 69 Abs. 8 NV Bühne als wirksam gilt.
- a) Nach § 69 Abs. 8 NV Bühne sind Klagen gegen Nichtverlängerungsmitt- 26  
teilungen innerhalb einer Ausschlussfrist von vier Monaten nach den in Ab-  
satz 2 genannten Terminen zur Nichtverlängerungsmittteilung zu erheben. Nach  
§ 69 Abs. 2 Satz 2 NV Bühne muss die Nichtverlängerungsmittteilung der ande-  
ren Vertragspartei bis zum 31. Juli der jeweils vorangegangenen Spielzeit  
schriftlich zugegangen sein, wenn das Arbeitsverhältnis - wie vorliegend - am  
Ende einer Spielzeit mehr als acht Jahre (Spielzeiten) besteht.

- b) Die Klägerin hat die Klagefrist gewahrt. Ihre Klageschrift, mit der sie die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung geltend gemacht hat, ist am 31. Oktober 2011 beim Bühnenschiedsgericht eingegangen und dem Beklagten am 25. November 2011 zugestellt worden. 27
2. Das Landesarbeitsgericht hat ferner zu Recht angenommen, dass die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung des Beklagten vom 21. Juli 2011 den formellen Anforderungen des § 69 NV Bühne genügt. 28
- a) Die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung ist nicht nach § 69 Abs. 5 Satz 2 NV Bühne wegen unterbliebener oder fehlerhafter Anhörung der Klägerin vor Ausspruch der Änderungs nichtverlängerungsmitteilung unwirksam. Nach den Feststellungen des Bühnenschiedsgerichts hat eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Anhörung stattgefunden. 29
- b) Die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung ist innerhalb der Frist des § 69 Abs. 2 Satz 2 NV Bühne ausgesprochen worden. Sie ist der Klägerin am 27. Juli der vorangegangenen Spielzeit zugegangen. 30
- c) Das tarifliche Schriftformerfordernis des § 69 Abs. 2 Satz 1 NV Bühne ist gewahrt. Sowohl die Nichtverlängerungsmitteilung als auch das beigefügte Vertragsangebot sind seitens des Beklagten unterzeichnet. Auf die Frage, ob das Schriftformerfordernis des § 69 Abs. 2 NV Bühne sich auch auf ein beigefügtes Vertragsangebot erstreckt, und ggf., ob es gewahrt ist, wenn das Vertragsangebot nicht unterzeichnet ist, kommt es daher nicht an. 31
3. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 materiellrechtlich nach § 69 Abs. 3 NV Bühne wirksam ist. 32
- a) Nach § 69 Abs. 1 NV Bühne endet das Arbeitsverhältnis eines Bühnentechnikers mit dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Zeitpunkt. Gemäß § 69 Abs. 2 NV Bühne verlängert sich der für mindestens ein Jahr (Spielzeit) geschlossene Arbeitsvertrag zu den gleichen Bedingungen um ein Jahr (Spielzeit), es sei denn, eine Vertragspartei teilt der anderen innerhalb der dort ge-

nannten Frist schriftlich mit, dass sie nicht beabsichtigt, den Arbeitsvertrag zu verlängern (Nichtverlängerungsmitteilung). Besteht das Arbeitsverhältnis der Parteien mehr als 15 Jahre ohne Unterbrechung, schränkt § 69 Abs. 3 NV Bühne das Recht des Arbeitgebers ein, durch Abgabe einer Willenserklärung die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu hindern. An den vereinbarten Vertragsinhalt ist der Arbeitgeber jedoch nicht gebunden. Vielmehr ist er befugt, durch Ausspruch einer Nichtverlängerungsmitteilung die bisher für das Vertragsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen zu ändern und auf dieser Grundlage das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Danach dient § 69 Abs. 3 NV Bühne zwar dem Bestandsschutz, sichert aber nicht die unveränderte Beibehaltung der bisherigen Arbeitsbedingungen (*vgl. zu § 2 Abs. 3 TVM: BAG 3. November 1999 - 7 AZR 898/98 - zu 3 der Gründe; 24. September 1986 - 7 AZR 663/84 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 53, 108*). Die Tarifnorm schützt das Bühnenmitglied nicht vor einer Beschränkung seiner künstlerischen Entfaltungsmöglichkeiten, die mit einer solchen Vertragsänderung verbunden sind (*vgl. BAG 3. November 1999 - 7 AZR 898/98 - zu 3 der Gründe*).

b) Die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung nach § 69 Abs. 3 NV Bühne setzt voraus, dass die vorgesehene Änderung der Arbeitsbedingungen billigem Ermessen iSv. § 315 BGB entspricht. Dazu müssen die Gründe, die den Intendanten zur Abgabe der Nichtverlängerungsmitteilung veranlasst haben, im Einklang mit der Änderung des Vertragsinhalts stehen (*vgl. zu § 2 Abs. 3 TVM BAG 3. November 1999 - 7 AZR 898/98 - zu 4 der Gründe*). Die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung muss ein rechtlich zulässiges Ziel anstreben. Verstoßen die geänderten Arbeitsbedingungen gegen zwingende gesetzliche oder zwingend anwendbare tarifliche Normen, muss der Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen billigerweise nicht hinnehmen mit der Folge, dass die Änderungs nichtverlängerungsmitteilung unwirksam ist. 34

c) Danach hat das Landesarbeitsgericht zwar zu Recht angenommen, dass der Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung die vorgesehene Tätigkeit als Maskenbildnerin mit eingeschränktem Leistungsumfang und die Vergütungskürzung als solche nicht entgegenstehen. Mit der vom Landesarbeitsge- 35

richt gegebenen Begründung kann aber nicht angenommen werden, dass die im Vertragsangebot vorgesehene Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. August 2013 nicht zur Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung führt.

aa) Der Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung steht nicht entgegen, dass die Klägerin nach §§ 1, 4 und 7 des Vertragsangebots als Maskenbildnerin mit einem eingeschränkten Leistungsumfang zu einer geringeren Vergütung als bisher beschäftigt werden soll. Die Einschränkung des Leistungsumfangs und die Vergütungskürzung sind als solche nicht unbillig. Nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts entspricht der eingeschränkte Leistungskatalog der eingeschränkten Einsetzbarkeit der Klägerin. Die Gagenkürzung von 14 % ist unter Berücksichtigung des eingeschränkten Leistungsumfangs und des Umstands, dass die Vergütung der anderen bei dem Beklagten beschäftigten Maskenbildner nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts geringer ist als die der Klägerin angebotene, nicht unangemessen. Gegenteiliges macht auch die Klägerin nicht geltend. 36

bb) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung des Beklagten vom 21. Juli 2011 sei unabhängig davon wirksam, ob die Klägerin nach den geänderten Vertragsbedingungen überwiegend künstlerisch zu beschäftigen ist und ob die angebotene Befristung des Arbeitsvertrags wirksam ist. 37

(1) Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner Auffassung ausgeführt, bereits die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit genüge, um den Geltungsbereich des NV Bühne zu eröffnen. Das sei hier der Fall. Im Übrigen könne dem Arbeitnehmer nach § 69 Abs. 3 NV Bühne auch eine nichtkünstlerische Tätigkeit angeboten werden. Schließlich sei es unerheblich, ob das Änderungsangebot eine wirksame Befristung iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG enthalte. Bestehe kein Sachgrund für die Befristung, sei die Befristungsabrede unwirksam mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag der Klägerin als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gelte. 38

- (2) Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 39
- (a) Es trifft zwar zu, dass dem Arbeitnehmer mit einer Änderungsnichtverlängerungsmitteilung auch eine nichtkünstlerische Tätigkeit, ggf. auch außerhalb der Bühne, angeboten werden kann. Sieht das Änderungsangebot jedoch eine Befristung vor, ist die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung nur wirksam, wenn für die Befristung ein sachlicher Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG besteht. Anderenfalls entspricht das Änderungsangebot nicht der Billigkeit und muss von dem Arbeitnehmer nicht hingenommen werden. § 69 Abs. 3 NV Bühne gewährt dem Arbeitgeber nicht das Recht, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund zu befristen. 40
- (aa) Ein solches Recht lässt sich weder dem Wortlaut der Norm entnehmen noch folgt es aus dem Regelungszweck, die Möglichkeit des Arbeitgebers einzuschränken, die Fortführung der Arbeitsverhältnisse langjährig beschäftigter Bühnenkünstler durch Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung zu hindern. Eine tarifliche Regelung, die es dem Arbeitgeber ermöglichte, Arbeitsverhältnisse im Wege der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung sachgrundlos zu befristen, wäre zudem mit den zwingenden Regelungen in § 14 TzBfG, von denen nach § 22 Abs. 1 TzBfG auch durch Tarifverträge nicht zuungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann, nicht vereinbar. Zwar steht den Tarifvertragsparteien bei ihrer Normsetzung eine Einschätzungsprärogative zu, soweit es um die Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten, der betroffenen Interessen und der Regelungsfolgen geht. Ferner verfügen sie über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung. Das Erfordernis eines die Befristung rechtfertigenden Sachgrundes iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG entfällt dadurch aber nicht (*BAG 8. Dezember 2010 - 7 AZR 438/09 - Rn. 29, BAGE 136, 270*). 41
- (bb) Eine andere Beurteilung ist nicht im Hinblick auf den durch § 69 Abs. 3 NV Bühne gewährleisteten Bestandsschutz geboten. § 69 Abs. 3 NV Bühne schränkt zwar das Recht des Arbeitgebers ein, durch Abgabe einer Willenserklärung die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu hindern. Das Arbeitsver- 42



hältnis bleibt dennoch befristet. Der Arbeitgeber ist befugt, durch Erklärung einer Nichtverlängerungsmitteilung die bisher für das Vertragsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen mit Ablauf der Vertragslaufzeit zu ändern und auf dieser Grundlage das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Eine solche Regelung ist mit dem Inhaltsschutz nur dann vereinbar, wenn die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist.

(b) Die Unwirksamkeit der angebotenen Befristung kann im Rechtsstreit um die Wirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden. Der Arbeitnehmer ist nicht darauf beschränkt, die Unwirksamkeit der Befristung im Rahmen einer Befristungskontrollklage iSv. § 17 Satz 1 TzBfG geltend zu machen. Insoweit gilt nichts anderes als bei einer auf die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Änderungskündigung. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer entscheiden, ob er sich gegen die Änderungskündigung mit einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG wendet oder ob er die Unwirksamkeit der Befristung mit einer Befristungskontrollklage iSv. § 17 Satz 1 TzBfG geltend macht. Erhebt er eine Änderungsschutzklage, ist im Rahmen dieser Klage zu prüfen, ob für die Befristung ein sachlicher Grund besteht. Ist das nicht der Fall, ist die Änderungskündigung unwirksam mit der Folge, dass die bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen fortbestehen (vgl. BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 576/09 - Rn. 36; 25. April 1996 - 2 AZR 609/95 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 83, 82). Der Arbeitnehmer kann aber auch die Änderungskündigung vorbehaltlos annehmen und die Unwirksamkeit der Befristung mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG geltend machen. Ist die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt, gilt der geänderte Arbeitsvertrag nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen (BAG 8. Juli 1998 - 7 AZR 245/97 - zu II 4 der Gründe, BAGE 89, 216). Entsprechendes gilt auch im Verhältnis der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung und der Befristungskontrollklage. Ebenso wie die Änderungsschutzklage dient die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung dem Vertragsinhaltsschutz. Auch hier stehen dem Arbeitnehmer zur Durchsetzung seiner Rechte zwei Möglichkeiten der Inanspruchnahme gerichtlichen

43

Rechtsschutzes zur Verfügung (vgl. zur *Änderungskündigung BAG 8. Juli 1998 - 7 AZR 245/97 - zu II 4 der Gründe, aaO*). Er kann sich entscheiden, ob er sich gegen die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung oder gegen die Befristung wendet. Erhebt er eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung nach § 256 Abs. 1 ZPO iVm. § 69 Abs. 8 NV Bühne, ist im Rahmen dieser Klage zu prüfen, ob für die Befristung ein sachlicher Grund besteht. Ist das nicht der Fall, ist die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung unwirksam mit der Folge, dass die bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen fortbestehen. Der Arbeitnehmer kann aber auch das Änderungsangebot vorbehaltlos annehmen und die Unwirksamkeit der Befristung mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG geltend machen. Ist die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt, gilt der geänderte Arbeitsvertrag nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

II. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis aus anderen Gründen zutreffend ist. Der Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts ist zwar nicht frei von Rechtsfehlern. Der Senat kann aber nicht selbst entscheiden, ob die Änderungsnichtverlängerungsmitteilung von 21. Juli 2011 wirksam ist. Dazu bedarf es weiterer tatrichterlicher Feststellungen und Würdigungen. Diese sind vom Landesarbeitsgericht vorzunehmen. 44

1. Als Sachgrund für die in dem Änderungsangebot enthaltene Befristung des Arbeitsvertrags kommt vorliegend ausschließlich die Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG) in Betracht. Das Vorliegen dieses Sachgrundes ergibt sich bei der Tätigkeit als Maskenbildnerin aufgrund des in dem Vertragsangebot vorgesehenen eingeschränkten Leistungsumfangs nicht schon aus der Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit. 45

a) In § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG ist nicht näher bestimmt, welche Eigenarten der Arbeitsleistung die Befristung eines Arbeitsvertrags rechtfertigen. Den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass mit dem Sachgrund des 46

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG vor allem verfassungsrechtlichen, sich aus der Rundfunkfreiheit (*Art. 5 Abs. 1 GG*) und der Freiheit der Kunst (*Art. 5 Abs. 3 GG*) ergebenden Besonderheiten Rechnung getragen werden soll (*BT-Drs. 14/4374 S. 19*). Die Regelung ist daher geeignet, die Befristung von Arbeitsverträgen mit programmgestaltenden Mitarbeitern bei Rundfunkanstalten oder mit Bühnenkünstlern zu rechtfertigen (*BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 533/14 - Rn. 18, BAGE 155, 101*). Auf diesen Sachgrund stützt sich das Befristungsregime des NV Bühne.

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Befristung von Arbeitsverträgen des künstlerisch tätigen Bühnenpersonals im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierte Kunstfreiheit des Arbeitgebers sachlich gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber auf diese Weise die künstlerischen Vorstellungen des Intendanten mit dem von ihm dafür als geeignet angesehenen künstlerischen Bühnenpersonal verwirklichen und dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums Rechnung tragen kann (*BAG 2. Juli 2003 - 7 AZR 612/02 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 107, 28; 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 1 b der Gründe, BAGE 89, 339; 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 69, 1; 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu IV der Gründe, BAGE 51, 374; 21. Mai 1981 - 2 AZR 1117/78 - zu II 1 und 2 der Gründe, BAGE 35, 309*). 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 (*BAG 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 1 b der Gründe, aaO; 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - zu II 3 a der Gründe, aaO*).

47

c) 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

48

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).

Der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung setzt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht voraus, dass es sich bei dem Bühnenkünstler um einen Tendenzträger handelt (vgl. zum Begriff des Tendenzträgers BAG 14. Mai 2013 - 1 ABR 10/12 - Rn. 19). § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG knüpft an die Eigenart der Arbeitsleistung und nicht an die Tendenzträgereigenschaft an. 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.

49

d) Die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung gebieten kein anderes Verständnis. Die Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die an Bühnen beschäftigt sind, setzt, soweit die Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG für die sachgrundlose Befristung überschritten sind und kein sonstiger Sachgrund besteht, den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG voraus. Damit ist der nationale Gesetzgeber seiner Verpflichtung aus § 5 der Rahmenvereinbarung nachgekommen, eine oder mehrere der in § 5 Nr. 1 Buchst. a bis c der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Ar-

50

beitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden. Bei der „Eigenart der Arbeitsleistung“ handelt es sich um einen Sachgrund iSv. § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung. Der Begriff „sachliche Gründe“ meint genau bezeichnete, konkrete Umstände, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Die Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung solche Verträge geschlossen wurden, und deren Wesensmerkmalen oder ggf. aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben (*EuGH 26. Februar 2015 - C-238/14 - [Kommission/Luxemburg] Rn. 44; 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.] Rn. 87 mwN*). Die in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG vorgesehene Befristungsmöglichkeit beruht auf der besonderen Art der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben. Die Rahmenvereinbarung erkennt überdies ausweislich des zweiten und des dritten Absatzes ihrer Präambel sowie der Nrn. 8 und 10 ihrer Allgemeinen Erwägungen an, dass befristete Arbeitsverträge für die Beschäftigung in bestimmten Branchen oder bestimmten Berufen und Tätigkeiten charakteristisch sein können (*vgl. EuGH 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.] Rn. 75; 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 59; 13. März 2014 - C-190/13 - [Márquez Samohano] Rn. 51*). Das bedeutet allerdings nicht, dass es dem Mitgliedstaat erlaubt ist, hinsichtlich einer bestimmten Branche nicht der Pflicht nachzukommen, eine Maßnahme zu ergreifen, die geeignet ist, Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu verhindern (*EuGH 26. Februar 2015 - C-238/14 - [Kommission/Luxemburg] Rn. 51*). Eine solche Maßnahme hat der deutsche Gesetzgeber ua. für den Bühnenbereich jedoch durch den in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG geregelten Sachgrund getroffen (*Joussen EuZA 2015, 323, 330 f.*).

Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst. Die vorliegend maßgeblichen unionsrechtlichen Fragen sind durch die Rechtsprechung des EuGH (*vgl. Urteile vom 26. Februar 2015 - C-238/14 - [Kommission/Luxemburg]; 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.]*

51

Rn. 75; 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 59; 13. März 2014 - C-190/13 - [Márquez Samohano] Rn. 51) geklärt.

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

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich bei den in § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne genannten Bühnentechnikern, zu denen auch Maskenbildner gehören, um Bühnenkünstler iSv. § 101 Abs. 2 Satz 1 ArbGG. Dies ergibt sich zwar nicht allein aus der Berufs- oder Funktionsbezeichnung. Die von diesen Berufsgruppen zu leistende Tätigkeit kann nicht generell als künstlerisch angesehen werden, da sie zumindest teilweise auf rein technische Zuarbeiten ohne jeden künstlerischen Spielraum begrenzt sind. Deshalb stellt die Tarifbestimmung, die erkennbar alle Arbeitsverhältnisse erfassen soll, die von einer ausschließlich oder überwiegend künstlerischen Tätigkeit geprägt sind, darauf ab, ob im Arbeitsvertrag vereinbart ist, dass der Arbeitnehmer überwiegend künstlerisch tätig ist (vgl. BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 23; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 26, BAGE 129, 225). 53

Das Kriterium für den maßgebenden Vertragsinhalt ist die vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit, die durch die individualvertragliche Vereinbarung definiert wird. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung bestimmt den Inhalt der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit und damit den Rahmen und die Grenzen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts. 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 Willenserklä- 54

rungen der Arbeitsvertragsparteien. Die Tarifvertragsparteien haben diese - einzelvertraglich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit jederzeit bestehende - Gestaltungsmöglichkeit der Präzisierung und Eingrenzung der geschuldeten Tätigkeit aufgegriffen. Der NV Bühne soll im Bereich der in § 1 Abs. 3 Satz 2 genannten Bühnentechniker demnach stets dann gelten, wenn dort - ähnlich wie im Bereich der in Satz 1 genannten Bühnentechniker von vornherein vorausgesetzt - die als künstlerisch anzusehende Tätigkeit im Spektrum der gesamten vertraglich vereinbarten Tätigkeit überwiegt. 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*).

Es ist den Gerichten - von der bewussten übereinstimmenden Scheinabrede (§ 117 BGB) abgesehen - deshalb verwehrt, das Arbeitsverhältnis eines Theaternalers, Beleuchtungsmeisters, Maskenbildners, Tontechnikers ua. (§ 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne), für das die Vereinbarung einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit getroffen worden ist, als „in Wirklichkeit“ nicht diesen Inhalts zu bewerten. Der Inhalt dieses Arbeitsverhältnisses ist durch die Vereinbarung gerade festgelegt (*BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 28, BAGE 129, 225*). Dies schließt eine nachträgliche Änderung der vereinbarten Tätigkeit nicht aus. Dazu bedarf es aber einer entsprechenden Vereinbarung. Allein die tatsächliche nicht vertragsgemäße Beschäftigung mit überwiegend nichtkünstlerischen Tätigkeiten genügt dazu grundsätzlich nicht. Ein möglicher Widerspruch zwischen der von einem Angehörigen der in § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen tatsächlich ausgeübten Tätigkeit und der Charakterisierung dieser Tätigkeit als überwiegend künstlerisch ist für die Frage, ob er dem personellen Anwendungsbereich des NV Bühne und dessen Befristungsregime unterliegt, nicht von Bedeutung, sondern dafür, ob er vertragsgemäß beschäf-

55

tigt wird oder nicht (*BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 23; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 27 f., aaO*).

b) Anders verhält es sich dagegen, wenn im Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers der in § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen vereinbart ist, dass dieser nur mit einem eingeschränkten, in einem Aufgabenkatalog festgelegten Leistungsumfang beschäftigt wird. In diesem Fall genügt allein die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit nicht, um den maßgebenden Tätigkeitsbereich als überwiegend künstlerisch anzusehen. § 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 iSv. § 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. Der Aufgabenkatalog bestimmt den Inhalt der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit und damit den Rahmen und die Grenzen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts sowie des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers. Sieht der Leistungskatalog keine künstlerischen Tätigkeiten, sondern nur technische Zuarbeiten ohne künstlerischen Spielraum vor, ist eine überwiegend künstlerische Tätigkeit nicht geschuldet und kann auch nicht beansprucht werden. Nur wenn der Aufgabenkatalog neben technischen Zuarbeiten auch künstlerische Tätigkeiten enthält, kann die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit zu der Präzisierung und Eingrenzung der geschuldeten Tätigkeit auf eine überwiegend künstlerische Tätigkeit führen.

56



- c) Mit der vom Bühnenschiedsgericht gegebenen Begründung kann nicht angenommen werden, dass die Klägerin überwiegend künstlerisch tätig sein soll. 57
- aa) Das Bühnenschiedsgericht hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Bühnenschiedsgerichts angenommen, die Parteien hätten mit der Willensübereinkunft, den maßgebenden Tätigkeitsbereich als überwiegend künstlerisch anzusehen, den besonderen Regelungen des speziell für den künstlerischen Bereich geschaffenen NV Bühne Rechnung getragen. Das Bühnenschiedsgericht hatte ausgeführt, die Klägerin unterfalle allein schon wegen der in dem Vertragsangebot vorgesehenen Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit dem persönlichen Geltungsbereich des NV Bühne und damit auch dessen Befristungsregime und habe deshalb einen Anspruch auf Beschäftigung mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit. Die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit sei keine Scheinabrede (§ 117 BGB). Der Leistungskatalog in § 7 des Vertragsangebots schließe eine künstlerische, selbständig gestalterische Tätigkeit nicht aus; auch einfache und handwerkliche Tätigkeiten könnten künstlerischer Natur sein. 58
- bb) Diese Würdigung ist nicht frei von Rechtsfehlern. Da die Klägerin nicht als Maskenbildnerin, sondern als Maskenbildnerin mit eingeschränktem Leistungsumfang beschäftigt werden soll, reicht allein die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit nicht aus, um den maßgebenden Tätigkeitsbereich als überwiegend künstlerisch anzusehen. Es ist nicht festgestellt, dass der Leistungskatalog künstlerische Aufgaben enthält. Davon kann auch nicht mit der vom Bühnenschiedsgericht gegebenen Begründung ausgegangen werden, eine künstlerische, selbständig gestalterische Tätigkeit sei bei einfachen und handwerklichen Arbeiten nicht ausgeschlossen. 59
- cc) Das Landesarbeitsgericht hat sich bislang mit der Frage, ob die Klägerin nach dem in dem Änderungsangebot enthaltenen Leistungskatalog künstlerische Tätigkeiten zu erbringen hat, nicht befasst und hierzu keine Feststellungen getroffen. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen. 60

(1) Der Tatsachenfeststellung und der tatrichterlichen Würdigung durch das Landesarbeitsgericht steht nicht entgegen, dass die Aufhebungsklage in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit ein revisionsähnliches Verfahren ist. Mit der bestandskräftigen Entscheidung des Bühnenschiedsgerichts ist das Bühnenschiedsgerichtsverfahren verbraucht (*BAG 15. Februar 2012 - 7 AZR 626/10 - Rn. 26*). Liegt - wie hier - ein Aufhebungsgrund iSv. § 110 Abs. 1 ArbGG vor, ist mit der Aufhebung nunmehr ohne die durch die Revisionsähnlichkeit des Verfahrens bedingten Beschränkungen die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben. Dabei steht diesen nach den allgemeinen Regeln des Arbeitsgerichtsgesetzes die alleinige Sachentscheidungskompetenz zu, wobei ggf. eine weitere Sachaufklärung erfolgen kann und neuer Sachvortrag zu berücksichtigen ist (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 50, BAGE 157, 44*). 61

(2) Das Landesarbeitsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die Klägerin nach der in dem Änderungsangebot enthaltenen vertraglichen Vereinbarung überwiegend künstlerisch zu beschäftigen ist. Der Senat kann dies nicht selbst beurteilen. Der Inhalt der Änderungsnichtverlängerungsmitteilung vom 21. Juli 2011 ist zwar festgestellt und damit auch der darin vorgesehene Leistungskatalog. Die Frage, ob die Klägerin nach dieser Vereinbarung überwiegend künstlerisch zu beschäftigen ist, unterliegt jedoch der tatrichterlichen Würdigung. Diese ist vom Landesarbeitsgericht vorzunehmen. 62

Gräfl

Kiel

M. Rennpferdt

Busch

Strippelmann