

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 20. März 2019  
- 7 AZR 237/17 -  
ECLI:DE:BAG:2019:200319.U.7AZR237.17.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 22. Dezember 2015  
- 6 Ha 10/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 1. Dezember 2016  
- 7 Sa 179/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Nichtverlängerungsmitteilung - Altersdiskriminierung

Leitsatz:

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

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 237/17  
7 Sa 179/16  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
20. März 2019

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Vorbau und Zwisler für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 1. Dezember 2016 - 7 Sa 179/16 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung. 1

Die 1977 geborene Aufhebungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist seit dem 17. August 2004 bei dem von der Aufhebungsklägerin (nachfolgend Klägerin) betriebenen Staatsballett B als Gruppentänzerin beschäftigt. Im Arbeitsvertrag heißt es auszugsweise: 2

#### „§ 2

Das Arbeitsverhältnis wird für die Spielzeit **2004/2005** begründet.

Es beginnt am **17.08.2004** und endet am **31.07.2005**.

Das Arbeitsverhältnis verlängert sich zu den gleichen Bedingungen um ein Jahr (Spielzeit), wenn nicht eine Nichtverlängerungsmitteilung entsprechend § 96 NV Bühne (Nichtverlängerungsmitteilung - Tanz) ausgesprochen wurde.

...

#### § 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.

...

## **§ 8**

Für alle Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 2 Arbeitsgerichtsgesetz zwischen den Arbeitsvertragsparteien sind unter Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit ausschließlich die zwischen den Tarifvertragsparteien des NV Bühne vereinbarten Schiedsgerichte zuständig. Gehört das Tanzgruppenmitglied bei Vertragsabschluss und bei Klageerhebung keiner auf Arbeitnehmerseite beteiligten Tarifvertragspartei an, bestimmt der Kläger, welches Schiedsgericht zuständig sein soll.“

Der Normalvertrag (NV) Bühne vom 15. Oktober 2002 (im Folgenden NV Bühne) lautet auszugsweise: 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.

...

## **§ 2**

### **Begründung des Arbeitsvertrages**

...

- (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 vertragsschließenden Parteien dieses Tarifvertrags nach Maßgabe der vereinbarten Bühnenschiedsgerichtsordnungen eingesetzten Schiedsgerichte zuständig.

**II.**

**Besonderer Teil**

...

**4. Abschnitt**

**Sonderregelungen (SR) Tanz**

...

**§ 96**

**Nichtverlängerungsmitteilung - Tanz**

- (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 bei derselben Bühne ununterbrochen mehr als acht Jahre (Spielzeiten), muss die Nichtverlängerungsmitteilung der anderen Vertragspartei bis zum 31. Juli der jeweils vorangegangenen Spielzeit schriftlich zugegangen sein.
- ...
- (4) Bevor der Arbeitgeber eine Nichtverlängerungsmitteilung ausspricht, hat er das Tanzgruppenmitglied - auf dessen schriftlichen Wunsch auch einen Vertreter des Tanzgruppenvorstands oder das von dem Tanzgruppenmitglied benannte Vorstandsmitglied des Orts-/Lokalverbands einer der vertragschließenden Gewerkschaften, das an der gleichen Bühne beschäftigt ist - zu hören. Das Tanzgruppenmitglied ist fünf Tage vor der Anhörung zur Anhörung schriftlich einzuladen. Die Einladung zur Anhörung gilt als ordnungsgemäß zugestellt, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass die Absendung der Einladung fünf Tage vor der Anhörung an die dem Arbeitgeber bekannte Adresse erfolgt ist.

- (5) Das Tanzgruppenmitglied und der von ihm nach Absatz 4 Benannte sind unter Berücksichtigung der durch die Theaterferien oder einen Gastierurlaub bedingten Abwesenheit des Tanzgruppenmitglieds spätestens zwei Wochen vor den in den Absätzen 1 und 2 genannten Zeitpunkten zu hören, es sei denn, das Tanzgruppenmitglied verzichtet schriftlich darauf, gehört zu werden; in diesem Fall findet Absatz 4 Satz 2 keine Anwendung. Unterlässt es der Arbeitgeber, das Tanzgruppenmitglied fristgerecht zu hören, ist die Nichtverlängerungsmitteilung unwirksam.

...

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

...

### **§ 97**

#### **Besondere Entschädigung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Anlass eines Intendantenwechsels - Tanz**

- (1) Das Tanzgruppenmitglied, das aus Anlass eines Intendantenwechsels infolge einer durch den Arbeitgeber ausgesprochenen Nichtverlängerungsmitteilung in der ersten Spielzeit nach dem Intendantenwechsel nicht mehr im Arbeitsverhältnis steht, erhält eine Abfindung nach Maßgabe des Unterabsatzes 2, sofern nicht die Voraussetzungen von § 46 Abs. 1 vorliegen. Voraussetzung für den Anspruch nach Satz 1 ist, dass das Tanzgruppenmitglied innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein unter diesen Tarifvertrag folgendes Arbeitsverhältnis oder kein anderes volles Arbeitsverhältnis begründen konnte.

Die Abfindung beträgt bei einer ununterbrochenen Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber von

4 Jahren (Spielzeiten) 3 monatliche Vergütungen,

6 Jahren (Spielzeiten) 4 monatliche Vergütungen,

9 Jahren (Spielzeiten) 5 monatliche Vergütungen,

12 Jahren (Spielzeiten) 6 monatliche Vergütungen.

...“

Zum Ende der Spielzeit 2013/2014 kam es beim Staatsballett B zu einem Intendantenwechsel. Der designierte Intendant D verfügte seit dem 7. Juni 2013 über die Vollmacht, im Zusammenhang mit den von ihm für erforderlich gehaltenen personellen Veränderungen ua. Anhörungen durchzuführen und Nichtverlängerungsmitteilungen auszusprechen. 4

In einem Anhörungsgespräch vom 27. Juni 2013, zu dem die Beklagte mit am 20. Juni 2013 zugegangenem Schreiben vom 18. Juni 2013 eingeladen worden war, wurde der Beklagten durch Herrn D eröffnet, anlässlich des Intendantenwechsels beabsichtige die Klägerin nicht, das Arbeitsverhältnis der Parteien über das Ende der Spielzeit 2013/2014 hinaus zu verlängern. Mit Schreiben vom 28. Juni 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, der Dienstvertrag werde wegen des Intendantenwechsels nach § 96 NV Bühne nicht über den 31. Juli 2014 hinaus verlängert. Nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts wurden gegenüber zwei weiteren Tanzgruppenmitgliedern Nichtverlängerungsmitteilungen ausgesprochen. Bei den drei betroffenen Personen handelte es sich nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts um die drei ältesten Tanzgruppenmitglieder. 5

Mit ihrer am 26. November 2013 beim Bezirksbühnenschiedsgericht eingegangenen, der Klägerin am 4. Dezember 2013 zugestellten Schiedsklage hat die Beklagte die Unwirksamkeit der ihr gegenüber ausgesprochenen Nichtverlängerungsmitteilung geltend gemacht. Sie hat sich ua. darauf berufen, die Nichtverlängerungsmitteilung bewirke eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters. 6

Das Bezirksbühnenschiedsgericht hat die Schiedsklage, mit der die Beklagte beantragt hatte 7

festzustellen, dass die Nichtverlängerungsmitteilung vom 28. Juni 2013 unwirksam ist und ihr Arbeitsvertrag zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,

abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Bühnenoberschiedsgericht der Schiedsklage mit Schiedsspruch vom 9. Februar 2015 stattgegeben. Zur Begründung hat das Bühnenoberschiedsgericht zusammengefasst ausge-

führt, die Beklagte sei durch den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung in unzulässiger Weise wegen ihres Alters benachteiligt worden. Dies ergebe sich indiziell aus dem Umstand, dass den drei ältesten Tanzgruppenmitgliedern gegenüber Nichtverlängerungsmitteilungen ausgesprochen worden seien. Die aus § 22 AGG folgende Vermutung sei von der Klägerin nicht entkräftet worden.

Gegen den ihr am 18. März 2015 zugestellten Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts hat die Klägerin mit am 30. März 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 8. April 2015 zugestellten Schriftsatz die vorliegende Aufhebungsklage erhoben. Sie hat geltend gemacht, das Bühnenoberschiedsgericht habe zu Unrecht angenommen, die Beklagte sei durch die Nichtverlängerungsmitteilung unzulässig wegen ihres Alters diskriminiert worden. Für die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung aus Anlass des Intendantenwechsels genüge die Mitteilung des Intendantenwechsels bei der Anhörung des Bühnenmitglieds; es bestehe keine Verpflichtung, die Gründe für die beabsichtigte Nichtverlängerung mitzuteilen. Sie sei daher dem Vorbringen der Beklagten zu einer Altersdiskriminierung bereits durch den Hinweis auf den Intendantenwechsel ausreichend entgegengetreten. Es habe von ihr nicht verlangt werden können, sich auf die Diskriminierungsvorwürfe im Einzelnen einzulassen und dies etwa durch Schilderung eines künstlerischen Konzepts zu widerlegen. Im Übrigen habe der älteste Gruppentänzer keine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten. Dies ergebe sich aus der der Aufhebungsklage als Anlage K 4 beigefügten Liste. Es seien auch Nichtverlängerungsmitteilungen gegenüber jüngeren Tänzerinnen und Tänzern ausgesprochen worden. Zudem habe sie schon im schiedsgerichtlichen Verfahren Beweis durch Vernehmung des Zeugen D angeboten; dieser hätte Auskunft über den Verlauf der Anhörung geben, seine künstlerische Konzeption und damit auch die Nichtverlängerung der Arbeitsverhältnisse der drei Tänzer erklären können, die „nicht vorrangig auf Grundlage ihres Alters erfolgte“. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG könne zudem wegen § 15 Abs. 6 AGG nicht die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung zur Folge haben.

8

Die Klägerin hat beantragt, 9  
den Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts  
Frankfurt am Main vom 9. Februar 2015 - BOSchG 5/14 -  
aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt, die Aufhebungsklage abzuweisen. Sie hat 10  
die Auffassung vertreten, die Klägerin sei im Aufhebungsverfahren mit neuem  
Sachvortrag ausgeschlossen. Im Übrigen sei ihre Benachteiligung wegen des  
Alters auch unter Berücksichtigung des im Aufhebungsverfahren gehaltenen  
Vorbringens der Klägerin indiziert und von der Klägerin nicht widerlegt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Aufhebungsklage abgewiesen. Das Landes- 11  
arbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision  
verfolgt diese ihren Aufhebungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revi-  
sion zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. 12

I. Die Revision ist zulässig. Entgegen der Ansicht der Beklagten genügt 13  
die Revisionsbegründung den gesetzlichen Anforderungen (§ 72 Abs. 5 ArbGG  
*iVm.* § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO; zu den Anforderungen vgl. BAG  
29. August 2018 - 7 AZR 144/17 - Rn. 11; 23. Juli 2014 - 7 AZR 853/12 -  
Rn. 18 ff.). Die Klägerin macht insbesondere geltend, bei einer Nichtverlänge-  
rungsmitteilung aus Anlass des Intendantenwechsels nicht verpflichtet zu sein,  
andere Gründe für die Nichtverlängerung als den Intendantenwechsel zu nen-  
nen. Sie sei deshalb nicht verpflichtet, den Eintritt der Indizwirkung nach § 22  
AGG durch darüber hinausgehenden Vortrag zu widerlegen. Diese Ausführun-  
gen genügen, um - im Falle ihrer Berechtigung - die angefochtene Entschei-  
dung umfassend in Frage zu stellen.

II. Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Aufhebungsklage zu Recht abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass das Bühnenschiedsgericht der gegen die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung vom 28. Juni 2013 gerichteten Schiedsklage zu Recht stattgegeben hat. 14

1. Der auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung gerichtete Sachantrag ist zulässig. Er erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO. Mit der Regelung in § 96 Abs. 8 NV Bühne haben die Tarifvertragsparteien die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung als ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ausgestaltet (vgl. zu § 69 Abs. 8 NV Bühne: BAG 13. Dezember 2017 - 7 AZR 369/16 - Rn. 46, BAGE 161, 179; 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 22; 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 29, BAGE 145, 142). Da sich die Klägerin der Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung berühmt, hat die Beklagte ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. 15

2. Die Beklagte hat die Klage, mit der sie die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung geltend macht, innerhalb der Frist des § 96 Abs. 8 NV Bühne erhoben. 16

Nach § 96 Abs. 8 NV Bühne sind Klagen gegen Nichtverlängerungsmitteilungen innerhalb einer Ausschlussfrist von vier Monaten nach den in § 96 Abs. 2 genannten Terminen zur Nichtverlängerungsmitteilung zu erheben. Nach § 96 Abs. 2 Satz 2 NV Bühne muss die Nichtverlängerungsmitteilung der anderen 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. 17

Die Beklagte hat die Klagefrist gewahrt. Ihre Klageschrift ist am 26. November 2013 und damit innerhalb von vier Monaten nach dem 31. Juli 2013 beim Bezirksbühnenschiedsgericht eingegangen und der Klägerin am 4. Dezember 2013 und damit „demnächst“ (vgl. § 39 BSchGO iVm. §§ 167, 253 Abs. 1 ZPO) zugestellt worden. 18

3. Das Bühnenoberschiedsgericht hat der Schiedsklage zu Recht stattgegeben. Die Nichtverlängerungsmitteilung vom 28. Juni 2013 ist unwirksam, weil sie die Beklagte nach § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unzulässig wegen ihres Alters benachteiligt. Dies hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler erkannt. 19
- a) 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. 20
- aa) 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 iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 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 iSv. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund iSv. § 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*). 21
- bb) 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. 22

Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația Accept] Rn. 50; BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 22; 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 25 mwN*). Sind solche Umstände vorgetragen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat (*vgl. etwa BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 63, BAGE 157, 44; 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 38 mwN, BAGE 151, 189*).

cc) Die Würdigung, ob Tatsachen vorgetragen sind, die eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen, obliegt den Tatsachengerichten. Die gewonnene Überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einem verpönten Merkmal - hier dem Alter der Beklagten - 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 (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 63, BAGE 157, 44; vgl. zur Kündigungserklärung 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 39 f., BAGE 151, 189*). 23

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Beklagte durch den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung vom 28. Juni 2013 wegen ihres Alters unmittelbar benachteiligt wurde. 24

aa) Nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts hat die Klägerin gegenüber der Beklagten und zwei weiteren Tanzgruppenmitgliedern Nichtverlängerungsmitteilungen ausgesprochen. Diese haben eine ungünstigere Behandlung erfahren als die anderen Tanzgruppenmitglieder, die keine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten haben. Bei den drei Arbeitnehmern handelt es sich nach den Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts um die drei ältesten Tanzgruppenmitglieder. An die Tatsachenfeststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts sind die Gerichte für Arbeitssachen in allen Instanzen des Aufhebungsverfahrens in entsprechender Anwendung des § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. 25

- (1) Das Aufhebungsverfahren ist nach § 110 Abs. 1 ArbGG in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit ein revisionsähnliches Verfahren, in dem Schiedssprüche auf Rechtsfehler überprüft werden (*vgl. BAG 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 zur Folge, dass im Aufhebungsverfahren neuer Sachvortrag grundsätzlich nicht zulässig ist (*vgl. BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 48, BAGE 157, 44; 2. Juli 2003 - 7 AZR 613/02 - zu II 2 c bb (3) der Gründe; 12. Januar 2000 - 7 AZR 925/98 - zu B I der Gründe; 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu II 2 der Gründe, BAGE 51, 374*). Verfahrensfehler können, sofern es sich nicht um solche handelt, die auch in einem Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten wären, nur Berücksichtigung finden, wenn sie in der durch § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO gebotenen Form vorgetragen werden (*vgl. BAG 12. Januar 2000 - 7 AZR 925/98 - aaO; 26. April 1990 - 6 AZR 462/88 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 64, 348; 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu II 2 a der Gründe, aaO*). Danach müssen Verfahrensrügen die genaue Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben, auf den sich die Aufhebungsklage stützen will. 26
- (2) Die Feststellung des Bühnenoberschiedsgerichts, wonach die Klägerin gegenüber den drei ältesten Tanzgruppenmitgliedern Nichtverlängerungsmittellungen ausgesprochen hat, ist von der Klägerin im Aufhebungsverfahren nicht mit einer durchgreifenden Verfahrensrüge angegriffen worden. 27
- (a) Soweit die Klägerin in der Aufhebungsklage geltend macht, sie habe im schiedsgerichtlichen Verfahren Beweis durch Vernehmung des designierten Intendanten D als Zeugen angeboten, ist die darin enthaltene Verfahrensrüge unzulässig. Es fehlt an der Darlegung, im Hinblick auf welches Beweisthema das Bühnenoberschiedsgericht eine gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll und dass die streitige Tatsache, über welche die Beweiserhebung unterblieben ist, für die anzufechtende Entscheidung von Bedeutung war (*vgl. zu den Anforderungen an die Rüge des Übergehens eines Beweisantritts im arbeitsgerichtlichen Revisionsverfahren: BAG 27. September 2012 - 2 AZR* 28

646/11 - Rn. 33; 20. Juni 2012 - 4 AZR 464/10 - Rn. 21; 10. Mai 2005 - 9 AZN 195/05 - zu II 2 der Gründe mwN, BAGE 114, 295). Das ist auch nicht erkennbar. Die im bünnenschiedsgerichtlichen Verfahren angebotene Vernehmung des Zeugen D bezog sich auf den Verlauf des Anhörungsgesprächs und nicht auf die Frage, gegenüber welchen Ensemblemitgliedern eine Nichtverlängerungsmittelung ausgesprochen wurde.

(b) Soweit die Klägerin im Aufhebungsverfahren ausführt, sie habe die behauptete Altersdiskriminierung nicht unstrittig gestellt, sondern die Auffassung vertreten, bei der Nichtverlängerungsmittelung aus Anlass des Intendantenwechsels nicht zu weiteren Darlegungen verpflichtet zu sein, liegt hierin keine Verfahrensrüge, mit der die Feststellungen des Bühnenschiedsgerichts in Frage gestellt werden könnten. Sollte die Klägerin damit eine Verletzung der Hinweispflicht durch das Bühnenschiedsgericht gerügt haben, wäre auch diese Rüge unzulässig. Weder hat die Klägerin ausgeführt, welchen Hinweis das Bühnenschiedsgericht hätte geben müssen, noch hat sie angegeben, welchen Vortrag sie im Einzelnen auf einen entsprechenden Hinweis gehalten hätte und inwieweit dieser Vortrag die Entscheidung des Bühnenschiedsgerichts beeinflusst hätte (*vgl. zu den Anforderungen an die Rüge der Verletzung der Hinweispflicht im arbeitsgerichtlichen Revisionsverfahren: BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 51; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 770/09 - Rn. 10*).

29

bb) Die Würdigung des Bühnenschiedsgerichts und ihm folgend des Landesarbeitsgerichts, die Erklärung von Nichtverlängerungsmittelungen gegenüber den drei ältesten Tanzgruppenmitgliedern lasse iSv. § 22 AGG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen, dass das Alter der Beklagten jedenfalls mitursächlich für die ihr gegenüber ausgesprochene Nichtverlängerungsmittelung war, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze. Das macht die Revision auch nicht geltend.

30

cc) Auch die Annahme des Bühnenoberschiedsgerichts und ihm folgend des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe die Vermutung, die Beklagte sei durch den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung wegen ihres Alters benachteiligt worden, nicht widerlegt, lässt keine Rechtsfehler erkennen. 31

(1) Im bühnenschiedsgerichtlichen Verfahren hatte die Klägerin geltend gemacht, bei einer Nichtverlängerungsmitteilung aus Anlass des Intendantenwechsels genüge bei der nach § 96 Abs. 4 NV Bühne durchzuführenden Anhörung des Tanzgruppenmitglieds der Hinweis auf den Intendantenwechsel. Es sei zur Entkräftung einer vermuteten Benachteiligung der Beklagten wegen ihres Alters daher ausreichend, wenn sie sich zur Begründung ihrer Motivation für den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung auf den Intendantenwechsel berufe; weitere Umstände müsse sie nicht darlegen. Der Intendantenwechsel und die damit verbundene neue künstlerische Ausrichtung begründeten ein hinreichendes Interesse der Bühne daran, durch die Nichtverlängerung von Arbeitsverhältnissen Platz im Ensemble zu schaffen. 32

(2) Dieses Vorbringen genügt nicht für die Annahme, dass ausschließlich andere Gründe als das Alter der Beklagten für den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung ausschlaggebend waren. 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, 33

sen, 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 Nichtverlängerungsmittelungen 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.

(3) Soweit die Klägerin erstmals im Aufhebungsverfahren Tatsachen vorge- 34  
tragen hat, mit denen sie die Vermutung der Benachteiligung der Beklagten wegen des Alters zu entkräften versucht hat, können diese keine Berücksichtigung finden, weil im Aufhebungsverfahren neuer Sachvortrag grundsätzlich nicht zulässig ist (*vgl. BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 48, BAGE 157, 44; 2. Juli 2003 - 7 AZR 613/02 - zu II 2 c bb (3) der Gründe; 6. November 1997 - 2 AZR 253/97 - zu II 4 der Gründe mwN*).

Unabhängig hiervon hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler 35  
erkannt, dass auch das Vorbringen der Klägerin im Aufhebungsverfahren nicht ausreichte, um die Vermutung einer Benachteiligung der Beklagten wegen des Alters zu widerlegen. Die Ausführungen der Klägerin in der Aufhebungsklage sprechen vielmehr dafür, dass das Alter der Beklagten für die Nichtverlängerung mitursächlich war. Dort hat die Klägerin vorgetragen, die Nichtverlängerung der Arbeitsverhältnisse der drei Tänzer sei „nicht vorrangig auf Grundlage

ihres Alters“ erfolgt. Soweit die Klägerin dort weiter angegeben hat, der designierte Intendant D könne seine künstlerische Konzeption und damit auch die Nichtverlängerung der Arbeitsverhältnisse der drei Tänzer erklären, hätte es konkreter Darlegungen zum künstlerischen Konzept bedurft. Das auf Vernehmung des designierten Intendanten als Zeugen gerichtete Beweisangebot der Klägerin ist insoweit auf eine unzulässige Ausforschung angelegt.

Soweit die Klägerin im Aufhebungsverfahren unter Bezugnahme auf die der Aufhebungsklage beigefügte Anlage K 4 („Übersicht Personalstand Tänzer vom 27. März 2015“) darauf verwiesen hat, es seien gleichaltrige oder sogar ältere Tänzer nicht „nichtverlängert“ worden, war auch dies unzureichend, da die Klägerin schriftsätzlich nicht konkret angegeben hat, von welchen gleichaltrigen oder älteren Tänzern die Rede ist. Die als Anlage K 4 vorgelegte Übersicht ist - abgesehen davon, dass sie aus dem Jahr 2015 stammt - aus sich heraus nicht in jedem Punkt verständlich. Soweit die Anlage K 4 Tänzerinnen und Tänzer aufführt, die älter sind als die Beklagte und die beiden weiteren Gruppentänzer, die eine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten haben, handelt es sich bei diesen - bis auf eine Ausnahme - nicht um Gruppentänzer, sondern um Solotänzer, die zudem offenbar überwiegend länger als 15 Spielzeiten beschäftigt sind und denen gegenüber eine Nichtverlängerungsmitteilung nach § 96 Abs. 3 NV Bühne nur zum Zweck der Vertragsänderung ausgesprochen werden konnte.

36

dd) Die Benachteiligung der Beklagten war nicht nach § 8 Abs. 1 oder § 10 AGG zulässig. Auf eine Rechtfertigung der Benachteiligung nach diesen Bestimmungen hat sich die Klägerin, die insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft (*vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 809/14 - Rn. 96*), auch nicht berufen.

37

c) Die Benachteiligung, die die Beklagte durch den Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung vom 28. Juni 2013 wegen ihres Alters erfahren hat, führt zur Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung. Davon ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend ausgegangen. Diese Rechtsfolge

38

ergibt sich jedenfalls aus einer entsprechenden Anwendung von § 134 BGB iVm. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG. § 15 Abs. 6 AGG steht dem nicht entgegen.

aa) Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die in § 134 BGB bei einem Gesetzesverstoß angeordnete Nichtigkeit ist nach dem Wortlaut der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte beschränkt, zu denen auch rechtsgestaltende einseitige Willenserklärungen iSd. §§ 145 ff. BGB zählen (*vgl. zur Kündigungserklärung etwa BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 14 ff., BAGE 147, 60*). Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind und deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten (*vgl. BAG 30. August 2017 - 7 AZR 524/15 - Rn. 31, BAGE 160, 117*), ist § 134 BGB nicht unmittelbar anzuwenden. Dies folgt neben dem Wortlaut auch aus dem systematischen Zusammenhang von § 134 BGB mit der Stellung der Bestimmung im Gesetzesabschnitt über „Rechtsgeschäfte“ und dort im Titel „Willenserklärung“. Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen gilt § 134 BGB daher allenfalls entsprechend (*ähnlich für §§ 126a, 126b BGB: BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 40/10 - Rn. 33; 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 32, BAGE 130, 1*).

bb) Es kann dahinstehen, ob eine nach §§ 61, 69 bzw. 96 NV Bühne erklärte Nichtverlängerungsmittelung eine rechtsgestaltende einseitige Willenserklärung darstellt (*offengelassen auch in BAG 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 69, 1; dagegen Opolony NZA 2001, 1351, 1353*). Auch wenn das nicht der Fall sein sollte und es sich bei der Nichtverlängerungsmittelung lediglich um eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung handelte, ist eine Nichtverlängerungsmittelung, die das Bühnenmitglied aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, jedenfalls aufgrund einer entsprechenden Anwendung von § 134 BGB iVm. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. Bei der Frage, in welchem Umfang die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften auf geschäftsähnliche Handlungen anzuwenden sind, ist jeweils den spezifischen Eigenarten und der Interessenlage bei der in Frage stehenden

Handlung Rechnung zu tragen (*BGH 17. Oktober 2000 - X ZR 97/99 - zu II 1 b cc der Gründe mwN, BGHZ 145, 343*). Die Nichtverlängerungsmittelung wird regelmäßig im Bewusstsein der eintretenden Rechtsfolge - Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der vereinbarten Befristung ohne weitere Verlängerung - und in der Absicht, diese Rechtsfolge hervorzurufen, vorgenommen. Bereits diese Ähnlichkeit zur rechtsgestaltenden Willenserklärung spricht für die entsprechende Anwendung der für diese geltenden Vorschrift des § 134 BGB. Zudem ergibt sich aus dem NV Bühne, dass die Tarifvertragsparteien selbst von der Möglichkeit der Unwirksamkeit einer Nichtverlängerungsmittelung ausgehen. So ordnen zB § 61 Abs. 5 Satz 2, § 69 Abs. 5 Satz 2 und § 96 Abs. 5 Satz 2 NV Bühne für den Fall der unterbliebenen Anhörung des Bühnenmitglieds die Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmittelung ausdrücklich an. Auch haben die Tarifvertragsparteien mit den Regelungen in § 61 Abs. 8, § 69 Abs. 8 und § 96 Abs. 8 NV Bühne die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmittelung als ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ausgestaltet (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 39, BAGE 157, 44; 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 29, BAGE 145, 142*). Auch mit Blick auf diese Vorstellung der Tarifvertragsparteien wäre es mit der Interessenlage der Parteien nicht vereinbar, eine durch eine gesetzeswidrig diskriminierende Nichtverlängerungsmittelung drohende Beendigung des Vertrags aufgrund der Befristungsabrede hinzunehmen und bestehen zu lassen.

cc) § 15 Abs. 6 AGG steht der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmittelung nicht entgegen. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. 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 iVm. § 1 AGG einen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses aus (*vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 38*). Vorliegend ergibt sich die 42

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 iSv. § 15 Abs. 6 AGG.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

43

Gräfl

M. Rennpferdt

Waskow

Vorbau

Zwisler