

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 487/09
4 Sa 821/08
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Dezember 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

2.

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

3.

Kläger und Berufungskläger,

4.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

5.

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

6.

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

7.

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Klapproth und die ehrenamtliche Richterin Jerchel für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. Mai 2009 - 4 Sa 821/08 - wird auf Kosten der Revisionskläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Sondervergütungen gemäß § 79 Abs. 2 Buchst. a Normalvertrag Bühne (*NV Bühne*) bzw. § 79 Abs. 3 *NV Bühne* für Duo- bzw. Quartettauftritte in der Oper „Idomeneo“ von Wolfgang Amadeus Mozart sowie bei Konzertaufführungen der Lyrischen Suite „Leben in dieser Zeit“ von Edmund Nick, bei denen jede Stimme partiturgerecht nur einzeln durch eine Klägerin oder einen Kläger besetzt war. 1

Die Kläger sind in dem von der Beklagten betriebenen Theater als Opernchormitglieder beschäftigt. Aufgrund beiderseitiger Tarifbindung findet der *NV Bühne* Anwendung. 2

Der *NV Bühne* regelt die Sondervergütung für Opernchormitglieder wie folgt: 3

„§ 71

Besondere Mitwirkungspflicht - Chor

(1) Die Mitwirkungspflicht des Opernchormitglieds umfasst alle darstellerischen Tätigkeiten zur künstlerischen Ausgestaltung der Chorleistung. Soweit eine Oper oder Operette die Mitwirkung eines Opernchors vorsieht, ist dieser in der Regel mit Mitgliedern aus dem Opernchor der Bühne(n) zu besetzen.

(2) Zur Mitwirkungspflicht des Opernchormitglieds gehören auch

...

e) kurze solistische Sprech- und/oder Gesangsleistungen, insbesondere mit szenischer Darstellung, im Schauspiel jedoch nur, wenn es im Arbeitsvertrag vereinbart ist,

f) die Chorgesangsleistung, wenn die Stimmgruppe wegen des unvorhergesehenen Ausfalls anderer Mitglieder der Stimmgruppe nur einzeln besetzt ist,

...

(3) Das Opernchormitglied ist darüber hinaus zu folgender Mitwirkung verpflichtet

a) zur Übernahme von kleineren Rollen oder Partien,

...

Protokollnotiz zu Absatz 2 Buchst. e und Absatz 3 Buchst. a:

Die tarifvertragliche Einordnung der Leistung bestimmt sich nach der jeweiligen szenisch-musikalischen Realisierung sowie nach dem Umfang der solistischen Sprech- oder Gesangsleistung, nicht nach der Bezeichnung im Libretto oder in der Sekundärliteratur.

Protokollnotiz zu Absatz 2 Buchst. f:

Im Musical besteht die Verpflichtung zur Mitwirkung bei jeder mit mehreren Opernchormitgliedern zu erbringenden Gesangsleistung, auch wenn die jeweilige Stimmgruppe nur einzeln besetzt ist (z.B. Quartette, Quintette).

...

§ 79

Sondervergütungen - Chor

(1) Mit der Vergütung (§ 75 Abs. 1) sind die von dem Opernchormitglied nach diesem Tarifvertrag zu erbringenden Arbeitsleistungen abgegolten, soweit sich aus den Absätzen 2 bis 4 nichts anderes ergibt.

(2) Neben der Vergütung (§ 75 Abs. 1) erhält das Opernchormitglied zusätzlich für

- a) die Übernahme kleinerer Rollen oder Partien (§ 71 Abs. 3 Buchst. a) eine angemessene Sondervergütung,

...

(3) Für die Mitwirkung in Konzerten erhält das Opernchormitglied neben der Vergütung (§ 75 Abs. 1) eine angemessene Sondervergütung von einer bis zu vier Tagesgagen (§ 75 Abs. 2), es sei denn, es handelt sich um Konzerte aus besonderen Anlässen oder um konzertante Aufführungen eines musikalischen Bühnenwerks.

...“

Die Kläger zu 1), 2), 4) und 6) begehren für ihre Mitwirkung an Duo- und Quartettauftritten im Rahmen einer Chornummer in einer Aufführung der Inszenierung von „Idomeneo“ im Theater der Beklagten in der Spielzeit 2005/2006 eine Sondervergütung. Streitbefangen sind die jeweils mit „Coro“ überschriebenen Nr. 3 („*Godiam la pace, trionfi Amore*“) und 9 („*Nettuno*“

4

s'onori, quel nome risuoni“) aus dem ersten Akt. Die Nr. 3 beginnt zunächst mit dem als „Coro de' Troiani e Cretesi“ bezeichneten Chor. Es folgt eine Passage für Sopran und Alt, die mit „Due Cretesi“ und „Solo“ bezeichnet ist. Danach beginnt eine Passage für alle vier Stimmen, die mit „Tutti“ bezeichnet ist. Anschließend singen Tenor und Bass eine Passage, die mit „Due Troiani“ und „Solo“ überschrieben ist. Später setzen alle vier Stimmen des Chores ein. Die Stimmen Tenor und Bass tragen die Bezeichnung „Tutti“, für Sopran und Alt wurde die vorherige Tutti-Bezeichnung nicht durch „Solo“ aufgehoben. Die Nr. 9 beginnt zunächst mit dem Chor, der als „Coro de' guerrieri sbarcati“ bezeichnet ist. Es folgt ein Duett von Sopran und Alt, welches mit „Solo“ überschrieben ist. Danach singen Tenor und Bass ebenfalls mit „Solo“ überschrieben und später Sopran, Alt, Tenor und Bass als Quartett. Danach kommt wiederum der Chor „Tutti“ zum Einsatz.

In der Spielzeit 2005/2006 wurde am Theater der Beklagten wiederholt das Werk „Leben in dieser Zeit“ von Edmund Nick konzertant aufgeführt. Es handelt sich dabei um eine „Lyrische Suite in drei Sätzen“. Der Text stammt von Erich Kästner, es existiert ein eigenes Textbuch. Für ihre Mitwirkung in dem Männerquartett der mit „Die möblierte Moral“ titulierten Nr. 5 in jeweils einer Aufführung dieser Suite beanspruchen die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) eine Sondervergütung von jeweils 40,00 Euro. Dieses Quartett hat ca. 50 Takte und kommt zugleich mit einem unisono erklingenden Männerchor zum Auftritt.

5

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, bei den streitgegenständlichen Gesangsleistungen handele es sich um kleinere Partien gemäß § 71 Abs. 3 NV Bühne, für die nach § 79 Abs. 2 Buchst. a NV Bühne eine angemessene Sondervergütung zu zahlen sei. Jedenfalls stehe den Klägern zu 2), 5), 6) und 7) eine Sondervergütung gemäß § 79 Abs. 3 NV Bühne für ihre Mitwirkung in dem Männerquartett in der Nr. 5 der Lyrischen Suite zu.

6

Das Bühnenschiedsgericht für Opernchöre hat mit Schiedsspruch vom 20. September 2006 der Klage teilweise stattgegeben. Es hat angenommen, es handele sich bei den streitigen Gesangsleistungen jeweils um kleinere Partien im Tarifsinn, für die eine Sondervergütung von jeweils 20,00 Euro bis jeweils

7

40,00 Euro angemessen sei. Hiergegen haben beide Parteien Berufung beim Bühnenoberschiedsgericht für Opernchöre eingelegt. Dieses hat mit Schiedsspruch vom 1. März 2007 die Schiedsklage abgewiesen. Es hat die streitbefangenen Gesangsleistungen als kurze solistische Gesangsleistungen gemäß § 71 Abs. 2 Buchst. b NV Bühne angesehen. Die solistischen Leistungen seien nur von kurzer Dauer und gehörten szenisch-musikalisch eindeutig zu dem Auftritt des gesamten Chores. Der in den Chornoten „Leben in dieser Zeit“ als Männerquartett verzeichnete Teil sei ebenfalls nur von kurzer Dauer. Eine Sondervergütung gemäß § 79 Abs. 3 NV Bühne sei für dieses Quartett ebenfalls nicht zu zahlen, da es sich um die konzertante Aufführung eines Bühnenwerkes handele. Die substantiierte Behauptung der Beklagten, es handele sich um ein musikalisches Bühnenwerk, sei mangels hinreichenden Bestreitens der Kläger als unbestritten anzusehen.

Gegen den Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts haben die Kläger 8
fristgerecht am 25. April 2007 Aufhebungsklage vor dem Arbeitsgericht Köln
erhoben.

Die Kläger haben gerügt, dass das Bühnenoberschiedsgericht den Auf- 9
bau des § 71 NV Bühne verkannt habe. Bei den in Rede stehenden Solo-
leistungen habe es sich um kleinere Partien gemäß § 71 Abs. 3 Buchst. a
NV Bühne gehandelt, weil die Stimmgruppen jeweils nur einzeln besetzt ge-
wesen seien. Bei den Duetten und Quartetten seien die Kläger zudem als
Kriegsgefangene oder Mitglieder der Schiffsbesatzung aus dem Chor aus-
gegliedert gewesen. Ohnehin sprengt bereits der Umfang von 18 Takten für die
Duette und 40 Takten für die Quartette in „Idomeneo“ den Umfang einer kurzen
solistischen Gesangsleistung. Erstmals mit Schriftsatz vom 2. April 2008 haben
die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) geltend gemacht, das Bühnenoberschiedsgericht
habe rechtsfehlerhaft angenommen, die Lyrische Suite von Nick sei unstreitig
ein musikalisches Bühnenwerk. Rechtliche Wertungen könnten nicht unstreitig
gestellt werden.

Die Kläger haben zuletzt - soweit für die Revision von Bedeutung - be- 10
antragt,

unter Aufhebung des Schiedsspruchs des Bühnenoberschiedsgerichts für Opernchöre in Köln - OSchG C 2/06 - vom 1. März 2007 sowie unter Aufhebung des Schiedsspruchs des Bühnenschiedsgerichts für Opernchöre in Köln - BSchG C 3/06 W - vom 20. September 2006 die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin zu 1) 180,00 Euro, an den Kläger zu 2) 200,00 Euro, an die Klägerin zu 4) 180,00 Euro, an den Kläger zu 5) 40,00 Euro, an den Kläger zu 6) 200,00 Euro und an den Kläger zu 7) 40,00 Euro jeweils nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinsatz seit 15. März 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags angeführt, die Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts sei rechtsfehlerfrei. Die Kläger hätten bei ihren Auftritten keine andere Individualität oder eine außerhalb des Opernchores handelnde Person verkörpert. 11

Die Vorinstanzen haben die Aufhebungsklage abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die zulässige Aufhebungsklage zu Recht als unbegründet abgewiesen. Der Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts vom 1. März 2007 beruht nicht auf einer fehlerhaften Auslegung und Anwendung des NV Bühne und damit nicht auf der Verletzung einer Rechtsnorm iSd. § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG. 13

I. Das Aufhebungsverfahren nach § 110 ArbGG ist in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit ein revisionsähnliches Verfahren, in dem der Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann. Materielle Rechtsfehler fallen unter § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG und sind in entsprechender Anwendung des § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen. Verfahrensfehler können, soweit sie nicht auch in einem Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten wären, entsprechend § 557 14

Abs. 3 Satz 2 ZPO nur Berücksichtigung finden, wenn sie in der durch § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO gebotenen Form vorgetragen werden. Werden die tatsächlichen Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts nicht rechtzeitig mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffen, so sind die Gerichte für Arbeitssachen in entsprechender Anwendung des § 559 Abs. 2 ZPO hieran gebunden (vgl. BAG 12. Januar 2000 - 7 AZR 925/98 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 30 = EzA TVG § 4 Bühnen Nr. 8). Im Revisionsverfahren vor dem Bundesarbeitsgericht können nur noch Verfahrensfehler des Landesarbeitsgerichts gerügt werden (BAG 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - BAGE 51, 375, 383).

II. Hiernach konnte die Aufhebungsklage keinen Erfolg haben. Die Kläger 15
haben keinen Anspruch auf die begehrte Sondervergütung gemäß § 79 Abs. 2
Buchst. a bzw. Abs. 3 NV Bühne. Sämtliche streitbefangenen Gesangs-
leistungen sind nach der rechtsfehlerfreien Würdigung des Bühnenober-
schiedsgerichts als kurze solistische Gesangsleistungen noch mit der Ver-
gütung nach § 75 Abs. 1 NV Bühne abgegolten. Die Mitwirkung im Männer-
quartett Nr. 5 im Rahmen der konzertanten Aufführungen der Lyrischen Suite
von Nick war ebenfalls nicht sondervergütungspflichtig, weil es sich dabei nach
den nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des
Bühnenoberschiedsgerichts um ein musikalisches Bühnenwerk handelt.

1. Die Kläger zu 1), 2), 4) und 6) haben keinen Anspruch auf Sonderver- 16
gütung gemäß § 79 Abs. 2 Buchst. a NV Bühne für die Duette in Nr. 3 und das
Quartett in Nr. 9 der Oper „Idomeneo“ von W. A. Mozart. Die vom Bühnenober-
schiedsgericht für die Inszenierung am Theater der Beklagten in der Spielzeit
2005/2006 vorgenommene Einordnung dieser Chorsoli als nicht sonderver-
gütungspflichtige „kurze solistische Gesangsleistung“ iSv. § 71 Abs. 2 Buchst. e
NV Bühne ist rechtsfehlerfrei.

a) Die mit der Aufhebungsklage angegriffene Abgrenzung von „kurzen 17
solistischen Gesangsleistungen“ gemäß § 71 Abs. 2 Buchst. e NV Bühne
einerseits und „kleineren Partien“ iSd. § 71 Abs. 3 Buchst. a NV Bühne ande-
rerseits durch das Bühnenoberschiedsgericht verlangt die rechtliche und tat-

sächliche Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe. Diesbezüglich beschränkt sich die Überprüfung der Rechtsanwendung der Bühnenschiedsgerichte im Aufhebungsverfahren grundsätzlich darauf, ob die Bühnenschiedsgerichte den Rechtsbegriff selbst verkannt haben, ob die Unterordnung des Sachverhalts (*Subsumtion*) unter den Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob die Beurteilung wegen Außerachtlassung wesentlicher Umstände oder wegen Widersprüchlichkeit offensichtlich fehlerhaft ist. Innerhalb dieser Grenzen haben die Bühnenschiedsgerichte einen Beurteilungsspielraum, der als solcher den staatlichen Gerichten im Rahmen der Überprüfung des Schiedsspruches im Aufhebungsverfahren nach § 110 ArbGG verschlossen ist. Ist dieser Beurteilungsspielraum nicht überschritten, liegt ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung des Schiedsspruches im Verfahren nach § 110 ArbGG führen könnte, nicht vor (*vgl. BAG 11. Mai 1983 - 4 AZR 545/80 - BAGE 42, 349, 362; vgl. für die Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe im Revisionsverfahren 21. Februar 2007 - 4 AZR 183/06 - Rn. 15, EzTöD 400 BAT Eingruppierung Justizdienst VergGr. IVa Nr. 1; st. Rspr. seit 10. April 1957 - 4 AZR 384/54 - BAGE 4, 149, 155*).

Haben wie im vorliegenden Fall tarifliche unbestimmte Rechtsbegriffe Kunstbezug, werden also bei der Auslegung und Anwendung dieser Begriffe künstlerische Belange berührt, ist bei der Überprüfung von Schiedssprüchen im Aufhebungsverfahren die Einräumung eines weiten Beurteilungsspielraums für die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit nicht nur durch den revisionsähnlichen Charakter dieses Verfahrens, sondern auch und insbesondere durch den Bezug zur Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geboten. Die Kunstfreiheit beinhaltet einen eigengesetzlichen Freiraum, der staatlichen Einfluss soweit wie möglich ausschließt (*vgl. Hufen Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen 1982 S. 180 ff.*). Die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit, die über ihre tarifliche Verankerung in § 53 NV Bühne auch an der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG teil hat, soll den grundrechtlichen eigengesetzlichen Freiraum der am Kunstprozess Beteiligten dadurch gegenüber übermäßiger staatlicher Einflussnahme in Form von Gerichtsentscheidungen absichern, dass die Ordnung der Rechtsbeziehungen zuvörderst unter Beteiligung der Kunstschaffenden erfolgt.

18

Dem durch Art. 2 Abs. 1 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip garantierten Justizgewährungsanspruch ist dadurch genügt, dass § 110 ArbGG den Weg zu einer Rechtskontrolle und endgültigen Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet (*vgl. BVerfG 14. Februar 2007 - 1 BvR 1351/01 - Rn. 26, BVerfGK 10, 275 für die in einem Gütestellen- und Schlichtungsgesetz vorgesehene Verpflichtung zur Durchführung eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens vor Erhebung einer Klage vor den Zivilgerichten*).

b) Das Bühnenoberschiedsgericht hat den Rechtsbegriff der „kurzen solistischen Gesangsleistung“ in § 71 Abs. 2 Buchst. e NV Bühne nicht verkannt. 19

aa) Es hat für die Abgrenzung zwischen einer kurzen solistischen Gesangsleistung iSv. § 71 Abs. 2 Buchst. e NV Bühne und einer kleineren Partie gemäß § 71 Abs. 3 Buchst. a NV Bühne zutreffend vor allem auf die Protokollnotiz zu § 71 Abs. 2 Buchst. e und Abs. 3 Buchst. a NV Bühne abgestellt. Diese Protokollnotiz ist materieller Bestandteil des Tarifvertrags und wurde durch den 2. Änderungsstarifvertrag vom 15. Januar 2006 mit Wirkung zum 1. Februar 2006 in den NV Bühne eingefügt. Die Tarifvertragsparteien haben damit die schematisch allein auf die Anzahl der zu singenden Worte abstellende Protokollnotiz Nr. 4 zu § 11 NV Chor ersetzt, nach der Zwischenrufe und bis zu fünf Worte umfassende Sätze nicht zu vergüten waren. Damit verbietet sich nach dem aktuellen Tarifrecht die von der Revision angeregte starre Grenze von zehn Wörtern, ab deren Überschreitung stets eine „kleinere Partie“ vorliegen soll. 20

bb) In der Protokollnotiz zu § 71 Abs. 2 Buchst. e und Abs. 3 Buchst. a NV Bühne kommt der Wille der Tarifvertragsparteien zum Ausdruck, für die Abgrenzung zwischen einer noch von der Vergütung abgedeckten kurzen solistischen Gesangsleistung und einer sondervergütungspflichtigen kleineren Partie auf die szenisch-musikalische Realisierung einerseits und den Umfang der solistischen Sprech- oder Gesangsleistung andererseits abzustellen (*Bolwin/Sponer Bühnentarifrecht Stand Oktober 2010 § 71 NV Bühne Rn. 79; Hk-* 21

NV-Bühne/Hegemann § 71 Rn. 44). Für die Abgrenzung kommt es also weder allein auf quantitative noch auf qualitativ-wertende Aspekte an.

(1) Dabei bietet der Aspekt „szenisch-musikalische Realisierung“ kein eigenes Abgrenzungskriterium, sondern bestimmt nur die der Abgrenzung zugrunde zu legende Basis: Es kommt nicht auf eine formelle Betrachtungsweise wie die Bezeichnung im Libretto (*Textbuch*) oder in der Sekundärliteratur an, sondern es muss eine Gesamtbewertung der Gesangsleistung im Rahmen der konkreten Inszenierung erfolgen. Das Bühnenoberschiedsgericht hat daher zu Recht die Vergütungspraxis an anderen Theatern nicht als Abgrenzungskriterium herangezogen. Erst recht kommt es nicht auf die Beurteilung von Chorsoli in anderen Opern durch Bühnenschiedsgerichte zu dem bis zum 1. Februar 2006 geltenden Tarifrecht an. Der Hinweis der Kläger zu 1), 2), 4) und 6) im Termin auf den Schiedsspruch des Bühnenschiedsgerichts für Opernchöre vom 19. Februar 2002 (- *BSchG C 20/01* -), der eine Vergütungspflicht für die solistischen Leistungen in den Takten 42 bis 70 des „Chores der Janitscharen“ im sechsten Auftritt der Oper „Entführung aus dem Serail“ von W. A. Mozart bejaht hat, kann daher der Klage nicht zum Erfolg verhelfen.

22

(2) Als Abgrenzungskriterium ist unter Beachtung der Vorgaben durch die Protokollnotiz zu § 71 Abs. 2 Buchst. e und Abs. 3 Buchst. a NV Bühne auf den Wortlaut von § 71 Abs. 3 Buchst. a NV Bühne abzustellen. Das Annehmen einer anderen Individualität gegenüber dem Chor kann wegen der Änderung der tariflichen Anspruchsvoraussetzungen gegenüber der früheren Regelung in § 11 Abs. 2 Buchst. b Doppelbuchst. aa NV Chor iVm. der Protokollnotiz Nr. 2 Buchst. c NV Chor entgegen der Auffassung der Beklagten nicht mehr verlangt werden (*Bolwin/Sponer Bühnentarifrecht Stand Oktober 2010 § 71 NV Bühne Rn. 79*). Davon ist das Bühnenoberschiedsgericht zutreffend ausgegangen.

23

Gleichwohl ist ein solistisches Heraustreten des Sängers aus dem Opernchorkollektiv Voraussetzung für die Annahme einer „kleineren Partie“. Diese Abgrenzung erklärt sich aus dem Wesen der mit der Vergütung nach § 75 NV Bühne abgegoltenen Arbeitsleistung eines Chormitglieds. Auch im Kollektiv des Opernchores bleibt das Chormitglied ein personifizierbares Indivi-

24

duum, das individuell bestimmbare Leistungen erbringt. Prägend für seine Tätigkeit ist aber gleichwohl seine Einbindung in ein Kollektiv und dessen Gesamtleistung. Stellt sich seine Leistung also noch als Teil des Chorauftritts dar, ist sie auch von der Vergütung nach § 75 NV Bühne abgedeckt. Erbringt das einzelne Mitglied des Chores dagegen eine solistische Leistung, die nicht mehr bloß - in der Summe aller Leistungen - der Ausgestaltung des Chorauftritts als solchem dient, sondern nach der konkreten Inszenierung und nach ihrem Umfang eine eigenständige, sich vom Gesamtbild des Chores abhebende Leistung darstellt, liegt eine kleinere Partie iSd. § 71 Abs. 3 Buchst. a NV Bühne vor. Maßgeblich für die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist zum einen die konkrete Inszenierung, also die szenisch-inhaltliche Personenführung, die auch in Umständen wie der Gewährung eines eigenen Vorhangs oder der namentlichen Erwähnung im Programmheft Niederschlag finden kann. Zum anderen ist auf die durch die Partitur und deren Interpretation vermittelten musikalischen Vorgaben abzustellen (*vgl. Hk-NV-Bühne/Hegemann § 71 Rn. 6, 43*). Es ist also für jede Inszenierung nach diesen Maßstäben eine Einzelfallentscheidung zu treffen. Auch davon ist das Bühnenoberschiedsgericht zu Recht ausgegangen.

c) Die Revision zeigt nicht auf, dass das Bühnenoberschiedsgericht mit der von ihm vorgenommenen Subsumtion seinen Beurteilungsspielraum überschritten hätte. 25

aa) Es hat zutreffend angenommen, dass im Gegensatz zu der Auffassung der Kläger der bloße Umstand, dass unstreitig bei allen streitbefangenen Gesangsleistungen die Stimmgruppen partiturgerecht nur einzeln („solo“) besetzt gewesen sind, noch keine Sondervergütungspflicht auslöst. Auch die Mitwirkung in solchen von der Partitur geforderten Chorsoli unterfällt entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung der Kläger der Mitwirkungspflicht nach § 71 NV Bühne und ist nur unter den Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 und Abs. 3 NV Bühne sondervergütungspflichtig. Insoweit liegt keine Tariflücke vor. Es handelt sich dabei zwar weder um Chorgesangsleistungen in Stimmgruppen, die nur wegen eines Ausfalls anderer 26

Chormitglieder einzeln besetzt sind (§ 71 Abs. 2 Buchst. f NV Bühne), noch um Leistungen in einem Musical (*Protokollnotiz zu Abs. 2 Buchst. f NV Bühne*). Zwischensoli in einem Chorsatz können jedoch in ganz unterschiedlichem Umfang bereits kompositorisch angelegt sein. Es handelt sich damit um eine nicht ungewöhnliche Gesangsleistung, die noch zum berufstypischen Aufgabenkreis eines Opernchormitglieds zählt und darum von der Mitwirkungspflicht des § 71 NV Bühne grundsätzlich umfasst ist. Ob dafür eine Vergütungspflicht besteht, bestimmt sich nach den Regelungen in § 71 Abs. 2 Buchst. e und Abs. 3 Buchst. a NV Bühne (*iE ähnlich Hk-NV-Bühne/Hegemann § 71 Rn. 31, der allerdings je nach Umfang der Gesangsleistung bereits die Mitwirkungspflicht ohne Abschluss einer zusätzlichen Vereinbarung verneint*).

bb) Das Bühnenoberschiedsgericht hat aus Wortlaut und Systematik des § 71 und § 79 NV Bühne richtig gefolgert, dass Sololeistungen von Chormitgliedern auch dann kurze solistische Gesangsleistungen iSd. § 71 Abs. 2 Buchst. e NV Bühne darstellen können, wenn wie hier Gesangsleistungen von Chormitgliedern in der Partitur mit „Solo“ bezeichnet sind. „Solo“ steht in einem solchen Fall im Gegensatz zu „Tutti“ und bedeutet zunächst nur „allein“ im Gegensatz zu „alle“. Genauso wie eine mit „Solo“ überschriebene Orchesterpassage den Ausführenden nicht zum dem Orchester gegenüber tretenden Solisten macht, wird der die Solopassage ausführende Sänger nicht zwangsläufig zum dem Chor gegenüber tretenden Solisten. 27

cc) Die Kläger zu 1), 2), 4) und 6) haben keine Anhaltspunkte für einen eigenständigen, sich vom Gesamtbild des Chores abhebenden Auftritt aufgezeigt jenseits des unstreitigen Umstands, dass sie ihre Leistungen in ihrer Stimme jeweils solo erbrachten. Ihr Vorbringen ist daher nicht geeignet, die Subsumtion des Bühnenoberschiedsgerichts in Frage zu stellen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit das Bühnenoberschiedsgericht den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum bei der Bewertung des Auftritts der Kläger als „kurze solistische Gesangsleistung“ überschritten haben soll. Dieses hat rechtsfehlerfrei mangels abweichender szenischer Aspekte auf die den musikalischen Willen des Komponisten verkörpernde Partitur abgestellt und die 28

Auftritte der Kläger zu 1), 2), 4) und 6) noch als Teil der Chorleistung angesehen. Es hat dabei nachvollziehbar die musikalische Einbindung der Duette und des Quartetts in den Chorauftritt als maßgeblich angesehen. Dies umfasst den Ablauf, den Takt, die Tonalität und insbesondere auch den textlichen Zusammenhang.

Der Einwand der Kläger zu 1), 2), 4) und 6), ihre Einsätze seien nicht „kurz“ iSd. § 71 Abs. 2 Buchst. e NV Bühne gewesen, zeigt kein Überschreiten des Beurteilungsspielraum des Bühnenoberschiedsgerichts auf, sondern ersetzt lediglich dessen Subsumtion durch eine eigene. 29

dd) Auch der Hinweis der Kläger zu 1), 2), 4) und 6) in der mündlichen Verhandlung auf § 84 Abs. 2 Buchst. a und § 92 Abs. 2 Buchst. a NV Bühne ist nicht geeignet, den Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts in Frage zu stellen. Der daraus von ihnen gezogene Rückschluss, Gesangsleistungen wie die streitbefangenen Chorsoli seien bei Tanzgruppenmitgliedern zweifellos als sondervergütungspflichtige „kleinere Partie“ einzuordnen und müssten deshalb auch bei Chormitgliedern zu einer Sondervergütung führen, trägt nicht. Zum einen haben die Tarifvertragsparteien in § 84 NV Bühne keine der Protokollnotiz zu § 71 Abs. 2 Buchst. e und Abs. 3 Buchst. a NV Bühne entsprechende Regelung getroffen. Zum anderen sind die an die Annahme einer „kleineren Partie“ zu stellenden Anforderungen für einen sich vom Gesamtbild der Tanzgruppe abhebenden Auftritt eines Tanzgruppenmitglieds nicht notwendig identisch mit den für ein Chormitglied geltenden. Singt ein Tanzgruppenmitglied solistisch, kann dies weitaus eher zu einer Heraushebung aus dem Tanzgruppenkollektiv, für das im Unterschied zu Chormitgliedern keine Gesangs-, sondern eine Tanzleistung typisch ist, führen, als dies bei einem Chormitglied der Fall ist. 30

2. Die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) haben keinen Anspruch auf Sondervergütung für ihre Mitwirkung im Männerquartett Nr. 5 in der Lyrischen Suite „Leben in dieser Zeit“ von Edmund Nick in der Inszenierung der Spielzeit 2005/2006 am Theater der Beklagten. Das Bühnenoberschiedsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich ein solcher Anspruch weder aus § 79 Abs. 2 Buchst. a NV Bühne noch aus § 79 Abs. 3 NV Bühne ergibt. 31

a) Die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) können keine Sondervergütung gemäß § 79 Abs. 2 Buchst. a NV Bühne verlangen. Das Bühnenoberschiedsgericht hat bei der Einordnung des Männerquartetts als kurze solistische Gesangsleistung auf den einmaligen Einsatz und den gemeinsamen Auftritt mit dem unisono erklingenden restlichen Männerchor abgestellt und den 50 Takte dauernden Auftritt noch als „kurz“ im tariflichen Sinne angesehen. Dem setzen die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) lediglich eine eigene Subsumtion entgegen, ohne aufzuzeigen, inwieweit das Bühnenoberschiedsgericht bei seiner Würdigung Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, wesentliche Umstände außer Acht gelassen oder widersprüchlich argumentiert hat. Der unstreitige Umstand, dass die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) ihre Leistungen in der jeweiligen Stimme allein („solo“) erbracht haben, reicht für ein solistisches Heraustreten aus der Chorleistung, wie ausgeführt, nicht aus. 32

b) Bei der Lyrischen Suite von Edmund Nick handelt es sich nach der nicht rechtzeitig mit Verfahrensrügen angegriffenen und für den Senat darum bindenden Feststellung des Bühnenoberschiedsgerichts um ein musikalisches Bühnenwerk. Die Mitwirkung der Kläger zu 2), 5), 6) und 7) bei der konzertanten Aufführung dieses Bühnenwerkes begründet nach § 79 Abs. 3 NV Bühne keinen Anspruch auf eine Sondervergütung. 33

aa) Die Lyrische Suite von Nick ist zwar nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts in der Spielzeit 2005/2006 am Theater der Beklagten nicht vollständig aufgeführt worden. Werden auf einer Veranstaltung lediglich Teile (*verschiedener*) musikalischer Bühnenwerke dargeboten, liegt keine konzertante Aufführung musikalischer Bühnenwerke, sondern ein sondervergütungspflichtiges Konzert im tariflichen Sinne vor, weil es sich bei derartigen Leistungen um für das Berufsbild des Opernchormitglieds nichttypische, über den Kernbereich seiner Tätigkeit hinausgehende Aufgaben handelt (*vgl. Senat 20. Juli 2000 - 6 AZR 56/99 - AP BGB § 611 Bühnengagementsvertrag Nr. 56 = EzA TVG § 4 Bühnen Nr. 10 zu § 4 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. d Doppelbuchst. aa NV Chor*). Bei den nicht aufgeführten Teilen der Lyrischen Suite handelte es sich jedoch unstreitig um bloße Striche, 34

also nur um die Verkürzung um einzelne Nummern oder Abschnitte, ohne dass dadurch der Gesamteindruck des Werkes als Ganzes verändert worden ist. Diese Verkürzung führt darum nicht bereits zur Annahme der Mitwirkung an einem Konzert im tariflichen Sinne.

bb) Nach den bindenden Feststellungen des Bühnenoberschiedsgerichts haben die Parteien unstreitig gestellt, dass die Lyrische Suite von Nick ein musikalisches Bühnenwerk ist. 35

(1) Die Bindungswirkung des § 559 Abs. 2 ZPO iVm. § 110 ArbGG erfasst nicht nur einzelne Umstände als tatbestandliche Voraussetzungen von Rechtsfolgen. Die Rechtsprechung stellt tatsächlichen Umständen (§ 138 Abs. 1 ZPO) Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung gleich, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist. Unter diesen Voraussetzungen können Tatsachen von den Parteien auch als Erklärungen über Rechtstatsachen in das Verfahren eingeführt werden (*BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 28, NZA-RR 2008, 362; 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 13, BAGE 124, 323; BGH 19. März 2004 - VZR 104/03 - BGHZ 158, 295*). 36

(2) Das „musikalische Bühnenwerk“ iSd. § 79 Abs. 3 NV Bühne ist ein einfacher Rechtsbegriff, der den Teilnehmern am Bühnenarbeitsleben geläufig ist. Es ist der Grundbegriff für das von Bühnenmitgliedern und Arbeitgebern gemeinsam geschaffene Arbeitsergebnis. Darauf, dass die Feststellung der Voraussetzungen für die Annahme eines musikalischen Bühnenwerkes im konkreten Fall rechtlich und tatsächlich schwierig sein kann, wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt, kommt es nicht an. Maßgebend ist allein, ob der Begriff selbst eine solche Einfachheit für sich beanspruchen kann (*BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 28, NZA-RR 2008, 362*). Die Erklärung vor einem Bühnenschiedsgericht, bei einem bestimmten aufgeführten Werk habe es sich um ein musikalisches Bühnenwerk gehandelt, ist darum eine rechtliche Einkleidung tatsächlicher Umstände, die einer bindenden tatsächlichen Feststellung zugänglich ist. 37

(3) Das Nichtbestreiten von Rechtstatsachen hat die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO zur Folge (*Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 138 Rn. 11a*). Das Bühnenoberschiedsgericht konnte mithin diesen Charakter der Lyrischen Suite von Nick als unstreitig gestellte Tatsache seiner Entscheidung zugrunde legen. 38

cc) Die Verfahrensrüge der Kläger zu 2), 5), 6) und 7), das Bühnenoberschiedsgericht habe rechtsfehlerhaft festgestellt, die Lyrische Suite von Edmund Nick sei unstreitig ein musikalisches Bühnenwerk, ist nicht rechtzeitig erhoben worden und daher unbeachtlich. 39

Wegen des revisionsähnlichen Charakters des Aufhebungsverfahrens nach § 110 ArbGG können Verfahrensfehler, die nicht bereits von Amts wegen zu beachten sind, entsprechend § 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO in allen drei Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit nur Berücksichtigung finden, wenn sie in der von § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO verlangten Form vorgetragen werden (*vgl. Senat 26. April 1990 - 6 AZR 462/88 - BAGE 64, 348, 353 f.*). Ob die Notfrist des § 110 Abs. 3 ArbGG den Aufhebungskläger dazu zwingt, Verfahrensfehler in der Aufhebungsklage selbst binnen zwei Wochen zu rügen (*in diesem Sinne BAG 27. Mai 1970 - 5 AZR 425/69 - BAGE 22, 356, 358; GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2010 § 110 Rn. 7; GMP/Germelmann 7. Aufl. § 110 Rn. 9*) oder ob es ausreicht, wenn der Verfahrensmangel unverzüglich nach Erhebung der Aufhebungsklage, spätestens innerhalb einer der Revisionsfrist des § 74 ArbGG entsprechenden Frist von einem Monat gerügt wird (*in diesem Sinne Senat 26. April 1990 - 6 AZR 462/88 - BAGE 64, 348, 354*), kann dahinstehen. Die Kläger zu 2), 5), 6) und 7) haben erstmals im Schriftsatz vom 2. April 2008 und damit knapp ein Jahr nach Zustellung des Schiedsspruches gerügt, dass das Bühnenoberschiedsgericht fehlerhaft angenommen habe, die Lyrische Suite sei unstreitig ein musikalisches Bühnenwerk. 40

III. Die Revisionskläger haben gemäß § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Fischermeier

Brühler

Spelge

Klapproth

Jerchel