

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 96/09  
11 TaBV 91/08  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
27. Oktober 2010

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 27. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Vorbau und Willms für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 7. April 2009 - 11 TaBV 91/08 - wird zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

### Gründe

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Betriebsrat bei der Zuordnung zum Normalvertrag Bühne (*NV Bühne*) ein Mitbestimmungsrecht zusteht, wenn die Arbeitgeberin mit einem Arbeitnehmer der in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen vereinbart, dass er überwiegend künstlerisch tätig ist. 1

Die Arbeitgeberin betreibt in Hannover das Niedersächsische Staatstheater. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer. Für den Betrieb ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat errichtet. 2

Die Arbeitgeberin wendet auf Arbeitsverhältnisse in nicht künstlerischen, vor allem technischen Berufen den TVöD an. Mit Solomitgliedern, überwiegend künstlerisch tätigen Bühnentechnikern, Opernchor- und Tanzgruppenmitgliedern wird die Geltung des NV Bühne vereinbart. In § 1 Abs. 1 und 3 NV Bühne vom 15. Oktober 2002 ist geregelt: 3

„(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 Ausstattungswerk-

stätten, 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.“

Für Bühnentechniker bestimmt § 67 Abs. 1 Unterabs. 1 NV Bühne, dass im Arbeitsvertrag eine Gage zu vereinbaren ist, die seit 1. Januar 2009 mindestens 1.600,00 Euro monatlich beträgt. Gestufte Vergütungsordnungen sieht der NV Bühne nur für die Bereiche Chor und Tanz vor. 4

Die Arbeitgeberin beschäftigt etwa zehn Beleuchtungsmeister, für die der TVöD gilt. Sie informierte den Betriebsrat mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 darüber, dass sie beabsichtige, Herrn H als Beleuchtungsmeister befristet für die Zeit vom 1. April 2008 bis 31. Juli 2010 einzustellen. Ferner war das Feld „Normalvertrag (NV) Bühne“ mit dem handschriftlichen Zusatz „BT“ angekreuzt. Der Betriebsrat teilte mit Schreiben vom 14. Dezember 2007 mit, er stimme der Einstellung nicht zu. Beleuchtungsmeister fielen, weil sie nicht überwiegend künstlerisch tätig seien, unter den Geltungsbereich des TVöD. Die Arbeitgeberin schloss dennoch am 16. Januar 2008 einen Arbeitsvertrag für Bühnentechniker mit Herrn H. § 1 des Arbeitsvertrags beschreibt die Tätigkeit mit „Beleuchtungsmeister Oper mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit“. Die weiteren Arbeitsbedingungen nehmen auf den NV Bühne Bezug. § 4 des Arbeitsvertrags sieht ein festes monatliches Gehalt von 3.200,00 Euro vor. Die Arbeitgeberin stellte Herrn H zum 1. April 2008 vorläufig ein. 5

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, ihre Entscheidung, mit einem sog. nachgeordneten Bühnentechniker die Ausübung überwiegend künstlerischer Tätigkeiten zu vereinbaren, sei nicht mitbestimmungspflichtig. Daraus ergebe sich zwingend die Zuordnung zum NV Bühne. Es handle sich 6

um reinen Normenvollzug und nicht um eine Eingruppierung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt

7

festzustellen, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich ihrer Entscheidung, den NV Bühne als Grundlage des Arbeitsvertrags gelten zu lassen, nicht besteht;

hilfsweise

festzustellen, dass für ihre Vereinbarung mit einem Arbeitnehmer durch Vereinbarung einer überwiegenden künstlerischen Tätigkeit einzelvertraglich der NV Bühne als Grundlage des Vertrags gelten soll, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht besteht (§ 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne).

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Er hat gemeint, bei der Beurteilung, anstelle des TVöD sei der NV Bühne anzuwenden, handle es sich um eine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

8

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Es hat den Antrag ausgelegt und festgestellt, dass für die Vereinbarung der Arbeitgeberin mit dem Arbeitnehmer H, den NV Bühne als Grundlage des Vertrags gelten zu lassen, kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Beschwerde des Betriebsrats den Hauptantrag und den in der Beschwerdeinstanz gestellten Hilfsantrag abgewiesen. Die Arbeitgeberin hat ihre vom Bundesarbeitsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde auf den Hilfsantrag beschränkt. Der Betriebsrat beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

9

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Hilfsantrag der Arbeitgeberin zu Recht abgewiesen.

10

I. Der Antrag ist zulässig, wenn auch auslegungsbedürftig.

11

1. Der Antrag muss ausgelegt werden. Obwohl der Antragswortlaut dies nahelegt, ist der Antrag nicht auf das Nichtbestehen eines Mitbestimmungs-

12

rechts bei der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit gerichtet. Der Betriebsrat berührt sich keines Mitbestimmungsrechts bei der einzelvertraglichen Vereinbarung, wie sein Verfahrensbevollmächtigter in der Anhörung vor dem Senat ausdrücklich erklärt hat. Die Arbeitgeberin will mit dem Antrag vielmehr festgestellt wissen, dass dem Betriebsrat bei der Zuordnung zum NV Bühne kein Mitbestimmungsrecht zusteht, wenn mit einem Arbeitnehmer der in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen im Arbeitsvertrag vereinbart wurde, dass er überwiegend künstlerisch tätig ist. Mit dem Antrag soll geklärt werden, ob noch Raum für eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der tariflichen Zuordnung des Arbeitnehmers ist, obwohl eine überwiegend künstlerische Tätigkeit vereinbart wurde.

2. Mit diesem Verständnis ist der Antrag zulässig. 13
- a) Er ist insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Zweifel am Umfang der objektiven Rechtskraft einer dem Antrag stattgebenden oder ihn abweisenden Sachentscheidung sind nicht zu besorgen. 14
- b) Der Antrag wird den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO gerecht. Für die erstrebte Feststellung des Nichtbestehens eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG besteht das notwendige gegenwärtige Feststellungsinteresse. 15
- aa) Das Bestehen, der Inhalt oder der Umfang eines Mitbestimmungsrechts können im Beschlussverfahren gelöst von einem konkreten Ausgangsfall geklärt werden, wenn die Maßnahme, für die ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch genommen wird, im Betrieb häufiger auftritt und sich auch künftig jederzeit wiederholen kann (*vgl. BAG 28. Mai 2002 - 1 ABR 35/01 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 101, 232*). 16
- bb) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Entscheidung, einem Angehörigen der in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen eine überwiegend künstlerische Tätigkeit zu übertragen, ist bei der Arbeit- 17

geberin ein Vorgang, der auch künftig regelmäßig wieder auftreten kann. Hiervon gehen ersichtlich auch die Beteiligten aus. Die Zuordnung des Arbeitnehmers H zum NV Bühne belegt den Konflikt beispielhaft. Der negative Feststellungsantrag der Arbeitgeberin führt den zugrunde liegenden Streit der Beteiligten über das Bestehen des Mitbestimmungsrechts einer umfassenden Klärung zu.

II. Der negative Feststellungsantrag der Arbeitgeberin ist unbegründet. 18  
Der Betriebsrat ist bei der Zuordnung zum NV Bühne nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auch dann zu beteiligen, wenn mit einem Angehörigen der in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen im Arbeitsvertrag vereinbart wird, dass er überwiegend künstlerisch tätig ist. Die Vereinbarung der überwiegend künstlerischen Tätigkeit ist mitbestimmungsfrei. Der Betriebsrat hat jedoch mitzubeurteilen, ob der betreffende Arbeitnehmer einer der Berufsgruppen des § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne angehört und damit die Vergütungsordnung des NV Bühne anzuwenden ist.

1. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat ua. vor jeder Ein- 19  
gruppierung zu unterrichten und seine Zustimmung zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Das „Mitbestimmungsrecht“ besteht in den Fällen der Ein- und Umgruppierung nicht in einem Mitgestaltungs-, sondern in einem Mitbeurteilungsrecht. Das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats bei Ein- und Umgruppierungen setzt voraus, dass der Arbeitgeber überhaupt eine Ein- oder Umgruppierung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vornehmen will (vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 1 ABR 13/06 - Rn. 13, BAGE 120, 303). Eine Eingruppierung in diesem Sinn besteht in der rechtlichen Beurteilung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit einer bestimmten Vergütungsgruppe oder jedenfalls einer von mehreren Vergütungsordnungen zuzuordnen ist. Diese Beurteilung hat der Arbeitgeber bei jeder Einstellung und Versetzung vorzunehmen. Das folgt bereits aus § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, der für diese Fälle die Unterrichtung des Betriebsrats über die vorgesehene Eingruppierung ausdrücklich vorschreibt (vgl. für die st. Rspr. BAG 12. Dezember 2006 - 1 ABR 13/06 - Rn. 14, aaO).

2. Nach diesen Grundsätzen handelt es sich nicht um eine Eingruppierung, wenn die Arbeitgeberin mit einem Arbeitnehmer vereinbart, dass er überwiegend künstlerisch iSv. § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne tätig wird. 20

a) Der Geltungsbereich des NV Bühne wird im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal nach § 1 Abs. 1, Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne konstitutiv durch die vertragliche Übereinkunft eröffnet. Das Kriterium für den maßgebenden Vertragsinhalt ist die vom Arbeitnehmer auszuübende Tätigkeit, die durch die individualvertragliche Vereinbarung definiert wird. Diese Vereinbarung bestimmt den Inhalt der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit (vgl. BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 23; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 26, BAGE 129, 225). Machen die Arbeitsvertragsparteien von dieser Möglichkeit einer vertraglichen Eingrenzung Gebrauch, ist der maßgebende Tätigkeitsbereich schon aufgrund der Willensübereinkunft als überwiegend künstlerisch anzusehen. Die vereinbarte Tätigkeit ist sachlich geeignet, den besonderen Regelungen des speziell für den künstlerischen Bereich geschaffenen Tarifvertrags NV Bühne zu unterfallen (vgl. BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 27, aaO). Der Inhalt eines solchen Arbeitsverhältnisses ist durch die Vereinbarung festgelegt, ohne dass dem Betriebsrat dabei ein Mitbestimmungsrecht zukommt. § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne will damit auch auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG Rücksicht nehmen (vgl. noch zu § 3 NV Solo BVerwG 22. April 1998 - 6 P 4.97 - zu II 3 b der Gründe, NZA-RR 1999, 274). 21

b) Ein möglicher Widerspruch zwischen dem, was ein Angehöriger der in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen tatsächlich an Arbeitsleistung erbringt, und der Charakterisierung dieser Tätigkeit als überwiegend künstlerisch ist keine Frage des personellen Anwendungsbereichs des NV Bühne, sondern ein Problem der vertragsgemäßen Beschäftigung (vgl. BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 28, BAGE 129, 225). 22

3. Die Vereinbarung einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit ist jedoch nicht das einzige Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne. Obwohl die Vereinbarung der überwiegend künstlerischen Tätigkeit mit- 23

bestimmungsfrei ist, hat der Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitzubeurteilen, ob der betreffende Arbeitnehmer einer der Berufsgruppen der sog. nachgeordneten Bühnentechniker des § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne angehört und deshalb die Vergütungsordnung des NV Bühne anzuwenden ist.

a) Gibt es im Betrieb mehrere in Betracht kommende Vergütungsordnungen, hat der Betriebsrat nicht nur ein Mitbeurteilungsrecht bei der Einordnung eines Arbeitnehmers innerhalb einer der Vergütungsordnungen, sondern auch bei der Frage, ob der Arbeitnehmer in die zutreffende Vergütungsordnung eingruppiert wird. Er kann die Zustimmung zu einer beabsichtigten Eingruppierung mit der Begründung verweigern, die Vergütungsordnung, in die der Arbeitgeber den Arbeitnehmer eingruppieren wolle, sei nicht die richtige. Daher hat der Betriebsrat beispielsweise mitzubeurteilen, ob ein Arbeitnehmer aufgrund einer Vertragsänderung nicht mehr der bisherigen Vergütungsordnung unterfällt, sondern einem außertariflichen - nicht weiter gestuften - Bereich zuzuordnen ist. Diese Beurteilung ist nicht identisch mit dem nicht mitbestimmten Abschluss des Änderungsvertrags. Sie ist erst dessen Folge. Sie der Mitbeurteilung des Betriebsrats zu unterziehen, entspricht Sinn und Zweck der Mitwirkung nach § 99 BetrVG bei einer Umgruppierung. Das Mitbeurteilungsrecht dient der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Lohn- und Gehaltsgruppenordnung(en) in gleichen oder vergleichbaren Fällen. Es soll innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und Transparenz der im Betrieb vorgenommenen Eingruppierungen gewährleisten (vgl. BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 37/07 - Rn. 19, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 126 = EzA BetrVG 2001 § 99 Umgruppierung Nr. 4; 26. Oktober 2004 - 1 ABR 37/03 - zu B II 2 a aa und bb der Gründe, BAGE 112, 238).

24

b) Diese Grundsätze sind auch auf den Streitfall anwendbar. Im Betrieb der Arbeitgeberin werden nebeneinander mehrere Vergütungsordnungen - zumindest der TVöD und der NV Bühne - angewandt. Die Arbeitgeberin hat zu beurteilen, ob ein Arbeitnehmer dem Vergütungsregime des TVöD oder dem des NV Bühne unterfällt. Bei dieser Beurteilung ist der Betriebsrat zu beteiligen. Das gilt auch dann, wenn die Arbeitgeberin mit einem Angehörigen der in § 1

25



Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen im Arbeitsvertrag eine überwiegend künstlerische Tätigkeit vereinbart hat. Eine solche arbeitsvertragliche Vereinbarung ist eine Vorgabe bei der Beurteilung der Zuordnung zum NV Bühne, die für die Betriebsparteien hinsichtlich des Merkmals „überwiegend künstlerische Tätigkeit“ verbindlich ist. Durch sie wird der Inhalt des Arbeitsverhältnisses auch in tarifrechtlich zulässiger Weise festgelegt (vgl. BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 25; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 29 f., BAGE 129, 225). Dadurch bleiben dem Betriebsrat für eine mögliche Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG zwar nur wenige in Betracht kommende Gründe. Sein Mitbeurteilungsrecht aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wird aber nicht als solches ausgeschlossen. Er kann bei der von der Arbeitgeberin beabsichtigten Zuordnung zum NV Bühne insbesondere noch selbständig und unabhängig von der arbeitsvertraglichen Vereinbarung der überwiegend künstlerischen Tätigkeit prüfen, ob der Arbeitnehmer zu den in § 1 Abs. 3 Unterabs. 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen der sog. nachgeordneten Bühnentechniker gehört. Der Umstand, dass sich die Zuordnung zum NV Bühne als Normenvollzug darstellt, führt entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht dazu, dass es sich um keine Eingruppierung handelte. Bei tariflichen Vergütungsordnungen ist Eingruppierung vielmehr regelmäßig vom Betriebsrat mitzubeurteilender Normenvollzug des Arbeitgebers.

Linsenmaier

Schmidt

Gallner

Vorbau

Willms