

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 13. Dezember 2017
- 7 AZR 369/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:131217.U.7AZR369.16.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 3. September 2015
- 5 Ha 7/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 17. Mai 2016
- 12 Sa 991/15 -

Entscheidungsstichworte:

Befristung - Eigenart der Arbeitsleistung - Maskenbildner

Leitsatz:

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

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 369/16
12 Sa 991/15
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Dezember 2017

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie den ehrenamtlichen Richter Glock und die ehrenamtliche Richterin Schuh für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 17. Mai 2016 - 12 Sa 991/15 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses und die Wirksamkeit einer Nichtverlängerungsmitteilung. 1

Der beklagte Freistaat ist Träger der Bayerischen Staatsoper. Die Klägerin war beim Beklagten in der Zeit von September 2004 bis zum 31. August 2008 und - nach einer Unterbrechung der Beschäftigung wegen Mutterschutzes und Elternzeit - ab dem 4. Dezember 2012 als Maskenbildnerin an der Bayerischen Staatsoper tätig. Der letzte, für die Zeit vom 4. Dezember 2012 bis zum 31. August 2014 begründete schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien vom 2./7. Mai 2012 sieht in § 1 vor, dass die Klägerin als Maskenbildnerin für die Bayerische Staatsoper eingestellt wird und überwiegend künstlerisch tätig ist. Gemäß § 5 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. Nach § 6 des Arbeitsvertrags sind für alle Rechtsstreitigkeiten iSd. § 2 ArbGG zwischen den Arbeitsvertragsparteien unter Ausschluss der Arbeitsgerichte ausschließlich die zwischen den Tarifvertragsparteien des NV Bühne vereinbarten Schiedsgerichte zuständig. 2

Der NV Bühne enthält ua. folgende Bestimmungen: 3

„§ 1

Geltungsbereich

(1) Dieser Tarifvertrag gilt für Solomitglieder und Büh-

nentechniker 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.

- ...
- (4) Bevor der Arbeitgeber eine Nichtverlängerungsmittteilung ausspricht, hat er den Bühnentechniker - auf dessen schriftlichen Wunsch den Sprecher der Sparte, der der Bühnentechniker angehört, oder das von dem Bühnentechniker benannte Vorstandsmitglied des Orts-/Lokalverbands einer der vertragschließenden Gewerkschaften, das an der gleichen Bühne beschäftigt ist - zu hören. Der Bühnentechniker 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) Der Bühnentechniker und der von ihm nach Absatz 4 Benannte sind unter Berücksichtigung der durch die Theaterferien oder einen Gastierurlaub bedingten Abwesenheit des Bühnentechnikers spätestens zwei Wochen vor den in Absatz 2 genannten Zeitpunkten zu hören, es sei denn, der Bühnentechniker verzichtet schriftlich darauf, gehört zu werden; in diesem Fall findet Absatz 4 Satz 2 keine Anwendung. Unterlässt es der Arbeitgeber, den Bühnentechniker fristgerecht zu hören, ist die Nichtverlängerungsmittteilung unwirksam.
- ...
- (8) Klagen gegen Nichtverlängerungsmittteilungen sind innerhalb einer Ausschlussfrist von vier Monaten nach den in Absatz 2 genannten Terminen zur Nichtverlängerungsmittteilung zu erheben.

...“

Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 lud der Geschäftsführende Direktor der Bayerischen Staatsoper die Klägerin im Auftrag des Staatsintendanten zu einem Gespräch am 15. Juli 2013 ein. In diesem Schreiben heißt es ua.:

„Es handelt sich hierbei um einen Anhörungstermin, der einer möglichen Mitteilung einer Nichtverlängerung Ihres Arbeitsverhältnisses zum 31. August 2014 vorauszugehen hat. Das Anhörungsgespräch dient dem Zweck, Ihnen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, um dann nach Abwägung der Gesamtumstände eine Entscheidung über die Fortsetzung Ihres Vertrages zu treffen.“

Ausweislich des Protokolls des Gesprächs vom 15. Juli 2013, an dem
- neben der Klägerin - auch der Staatsintendant, der Geschäftsführende Direk- 5
tor und der Chefmaskenbildner teilnahmen, erklärte der Staatsintendant, die
Nichtverlängerungsmitteilung sei beabsichtigt, da die Vorgesetzten der Klägerin
mit ihren künstlerischen Arbeitsleistungen nicht zufrieden seien. Der Chefmas-
kenbildner beschrieb die Arbeit der Klägerin als uninspiriert und unselbständig.
Die Arbeitsweise sei zu langsam und bedächtig. Es fehle an Phantasie und Im-
provisationstalent.

Noch im Juli 2013 erhielt die Klägerin die undatierte, von dem Staatsin- 6
tendanten und dem Geschäftsführenden Direktor unterzeichnete Mitteilung,
dass ihr Arbeitsvertrag nicht über die Spielzeit 2013/2014 hinaus verlängert
werde.

Mit ihrer am 31. Oktober 2013 beim Bühnenschiedsgericht eingegan- 7
genen und dem Beklagten am 25. November 2013 zugestellten Klage hat die
Klägerin die Auffassung vertreten, die vereinbarte Befristung des Arbeitsver-
trags zum 31. August 2014 sei unwirksam. Die Befristung sei nicht wegen der
Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich ge-
rechtfertigt. Sie sei nicht überwiegend künstlerisch beschäftigt worden. Die Ver-
einbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit könne die Befristung allein nicht
rechtfertigen. Die Nichtverlängerungsmitteilung sei unwirksam, da aus der La-
dung zur Anhörung nicht erkennbar gewesen sei, dass es um die Beendigung
des Arbeitsvertrags gehen solle. Die im Anhörungsgespräch mitgeteilten Been-
digungsgründe träfen nicht zu.

Das Bühnenschiedsgericht hat die Schiedsklage, mit der die Klägerin 8
beantragt hatte

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Nichtverlängerungsmitteilung (ohne Datum), zugegangen im Juli 2013, nicht beendet worden ist,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zu unveränderten Bedingungen über den 31. August 2014 hinaus fortbesteht,

3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der Befristung nicht am 31. August 2014 endet (Befristungskontrollklage),

abgewiesen. Das Bühnenoberschiedsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 24. Februar 2015 zugestellten Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts hat die Klägerin am 5. März 2015 beim Arbeitsgericht die vorliegende Aufhebungsklage eingereicht. Sie hat geltend gemacht, das Bühnenoberschiedsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag eines Maskenbildners die Befristung rechtfertigen könne. Es habe zudem verkannt, dass die Gründe für die Nichtverlängerung dem Arbeitnehmer vor der Anhörung mitgeteilt werden und Beendigungsgründe, die allein das Verhalten betreffen, richtig und beweisbar sein müssten.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

den Spruch des Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt am Main vom 19. Januar 2015 - BOSchG 6/14 - aufzuheben, den Schiedsspruch des Bühnenschiedsgerichts München vom 12. Mai 2014 - Reg. Nr.: 9/13 - abzuändern und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristung im Arbeitsvertrag vom 7. Mai 2012 am 31. August 2014 beendet worden ist,
2. hilfsweise im Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. festzustellen, dass die der Klägerin gegenüber von dem Beklagten im Juli 2013 ausgesprochene Nichtverlängerungsmitteilung unwirksam ist,
3. hilfsweise im Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Aufhebungsklage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Aufhebungsklage mit den Sachanträgen auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Nichtverlängerungsmitteilung (ohne Datum), zugegangen im Juli 2013, nicht beendet worden ist und zu unveränderten Bedingungen über den 31. August 2014 hinaus fort-

besteht, und dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der Befristung nicht am 31. August 2014 endet, 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 mit der Maßgabe, dass der auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmittelung gerichtete Sachantrag zu 2. als Hauptantrag verfolgt wird. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Aufhebungsklage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der vereinbarten Befristung mit Ablauf des 31. August 2014 geendet. Die Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. August 2014 ist ebenso wirksam wie die Nichtverlängerungsmittelung vom Juli 2013. Der auf die Feststellung des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gerichtete Hilfsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 13

I. Die im Arbeitsvertrag vom 2./7. Mai 2012 vereinbarte Befristung zum 31. August 2014 ist wirksam. 14

1. Die Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. August 2014 gilt allerdings nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. 15

a) Nach § 17 Satz 1 TzBfG muss ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist, wenn er geltend machen will, dass die Befristung des Arbeitsvertrags unwirksam ist. Hat der Arbeitnehmer aufgrund einer Schiedsgerichtsvereinbarung die Unwirksamkeit der Befristung bei einem Schiedsgericht geltend zu machen, wahrt eine innerhalb der gesetzlichen Dreiwochenfrist erhobene Schiedsklage die Frist des § 17 Satz 1 TzBfG (GK- 16

ArbGG/Mikosch Stand November 2017 § 104 Rn. 16; Düwell/Lipke/Voßkühler 4. Aufl. § 104 Rn. 2; Schwab/Weth/Zimmerling ArbGG 4. Aufl. § 104 Rn. 2).

b) Danach hat die Klägerin die Rechtsunwirksamkeit der Befristung mit der am 31. Oktober 2013 beim Bühnenschiedsgericht eingegangenen Klage rechtzeitig geltend gemacht. Für die Befristungskontrollklage war das Bühnenschiedsgericht aufgrund der Schiedsgerichtsvereinbarung in § 53 NV Bühne zuständig. Das gilt gemäß § 101 Abs. 2 Satz 3 ArbGG auch dann, wenn die Klägerin nicht tarifgebunden sein sollte, da die Parteien dies in § 6 des Arbeitsvertrags ausdrücklich und schriftlich vereinbart haben und sich das Arbeitsverhältnis nach § 5 des Arbeitsvertrags nach dem NV Bühne bestimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats wahrt auch die Erhebung einer Klage vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 549/14 - Rn. 9 mwN*).

2. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt. 18

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 § 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. 19

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Befristung von Arbeitsverträgen des künstlerisch tätigen Bühnenpersonals sachlich gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber auf diese Weise die künstlerischen Vorstellungen des Intendanten mit dem von ihm dafür als geeignet angesehenen 20

künstlerischen Bühnenpersonal verwirklichen und dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums Rechnung tragen kann (*BAG 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 47; 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*).

(1) Allerdings kann allein die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem an der Erstellung des Kunstwerks mitwirkenden künstlerisch tätigen Arbeitnehmer nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG nicht rechtfertigen. Vielmehr ist bei dem in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG geregelten Sachgrund zu berücksichtigen, dass das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, das einen Mindestbestandsschutz gewährleistet, das Grundrecht der Kunstfreiheit des Arbeitgebers begrenzt. Daher sind die Gerichte grundsätzlich gehalten, einen Ausgleich der widerstreitenden grundrechtlichen Gewährleistungen im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz herbeizuführen. Dazu ist eine Abwägung der beiderseitigen Belange im Einzelfall geboten, bei der auch das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers angemessen Berücksichtigung finden muss. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen ist Bestandteil der Sachgrundprüfung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG (*dazu ausführlich BAG 30. August 2017 - 7 AZR 864/15 - Rn. 30 ff.*).

21

(2) Sind die widerstreitenden Interessen bereits in einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag zum Ausgleich gebracht und ist das Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer dabei angemessen berücksichtigt, ist das Gericht an diese von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Abwägung gebunden. Zwar bedürfen auch tarifliche Normen über Befristungen zu ihrer Wirksamkeit eines sie rechtfertigenden Sachgrunds iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG. Allerdings 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 verfü-

22

gen sie über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung. Das Erfordernis eines die Befristung rechtfertigenden Sachgrunds iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG entfällt dadurch nicht. Dessen Bestehen haben die Gerichte im Rahmen der Befristungskontrolle zu prüfen. Dabei haben sie jedoch die den Tarifvertragsparteien zustehende Einschätzungsprärogative zu respektieren. Diese ist nur überschritten, wenn für die getroffene Regelung plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar sind (*BAG 8. Dezember 2010 - 7 AZR 438/09 - Rn. 29, BAGE 136, 270*).

bb) Der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG erfasst im Bühnenbereich grundsätzlich nur künstlerisch tätiges Personal. Ob ein Arbeitnehmer künstlerisch tätig ist, beurteilt sich danach, ob und in welchem Umfang er nach der vertraglich geschuldeten Tätigkeit an der Umsetzung des künstlerischen Konzepts mitwirkt und damit auch die Umsetzung des Konzepts beeinflussen kann. Das Interesse der Bühne an der Befristung des Arbeitsvertrags überwiegt in der Regel das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitnehmer in verantwortlicher Weise bei der Umsetzung der künstlerischen Konzeption eines Werkes unmittelbar mitzuwirken hat (*vgl. zum Begriff des Bühnenkünstlers BAG 16. November 1995 - 6 AZR 229/95 - zu II 1 a der Gründe*). Dies erfordert nicht, 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 (*BAG 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 49*). Dagegen kann die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, der nach dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit keinen oder nur einen unmaßgeblichen Einfluss

23

auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption hat, nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden (*BAG 30. August 2017 - 7 AZR 864/15 - Rn. 33; 2. August 2017 - 7 AZR 601/15 - Rn. 48*).

cc) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag eines Maskenbildners geeignet, die Annahme zu begründen, die Befristung des Arbeitsvertrags sei nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt. 24

(1) 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 ist. 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*). 25

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 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 Willenserklärungen 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 26

niker demnach stets dann gelten, wenn dort - ähnlich wie im Bereich der in Satz 1 genannten Bühnentechniker von vorneherein 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 unterliegt, nicht von Bedeutung, sondern dafür, ob er vertragsgemäß beschäftigt wird oder nicht (*BAG 25. Februar 2009 - 7 AZR 942/07 - Rn. 23; 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 - Rn. 27 f., aaO*).

27

(2) Entgegen der Ansicht der Klägerin gelten diese Grundsätze auch für die Frage, ob die Befristung des Arbeitsvertrags eines Maskenbildners wegen der

28

Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt ist.

(a) Anknüpfungspunkt des Sachgrunds nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG ist die Art der auszuübenden Tätigkeit. Diese wird durch die individualvertragliche Vereinbarung festgelegt. Ob der Arbeitnehmer tatsächlich überwiegend künstlerisch tätig wird, kann schon deshalb nicht für die sachliche Rechtfertigung der Befristung entscheidend sein, weil es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Befristung und damit auch für die Frage, ob die Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung gerechtfertigt ist, auf die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt (*vgl. etwa BAG 28. September 2016 - 7 AZR 549/14 - Rn. 20 zur Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG*). 29

(b) Die Vereinbarung ist nicht deshalb ohne Bedeutung, weil einer individualvertraglichen Vereinbarung keine Indizwirkung zukommt (*so aber APS/Backhaus 5. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 193*). Aus § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne ergibt sich die Beurteilung der Tarifvertragsparteien, dass die Tätigkeiten der in dieser Vorschrift genannten Berufsgruppen neben rein technischen Zuarbeiten ohne jeden künstlerischen Spielraum auch künstlerische Aufgaben umfassen. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien, dass der Arbeitnehmer als Bühnentechniker überwiegend künstlerisch tätig ist, so ist der maßgebende Tätigkeitsbereich - von der bewussten übereinstimmenden Scheinabrede (§ 117 BGB) abgesehen - schon aufgrund dieser Willensübereinkunft als überwiegend künstlerisch anzusehen. Mit dieser Vereinbarung wird die Tätigkeit nicht nur „etikettiert“, sondern vertraglich eingegrenzt. Aufgrund dieser Eingrenzung hat der Bühnentechniker einen Anspruch darauf, überwiegend künstlerisch beschäftigt zu werden. 30

(c) Die Klägerin wendet ohne Erfolg ein, der Bühnentechniker werde durch die Verweisung auf den Beschäftigungsanspruch rechtlos gestellt, weil ein Antrag auf Beschäftigung als Maskenbildner mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit mangels Bestimmtheit des Begriffs „künstlerisch“ nicht durchsetzbar sei. Das trifft nicht zu. Ein Bühnentechniker arbeitet künstlerisch, wenn er an der 31

Umsetzung der künstlerischen Konzeption in verantwortlicher Weise, dh. durch eigenschöpferische Leistungen gestaltend mitarbeitet. Sowohl im Erkenntnis- wie auch im Vollstreckungsverfahren kann und muss das Gericht beurteilen, ob die zugewiesene Tätigkeit diese Voraussetzungen erfüllt. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt aus der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 11. März 1982 (- 2 AZR 233/81 - zu IV 1 der Gründe, BAGE 39, 1) nichts anderes. Dort ist ausgeführt, die Wertung, ein Arbeitnehmer entspreche in künstlerischer oder persönlicher Hinsicht nicht den Vorstellungen der Theaterleitung, sei nicht gerichtlich überprüfbar. Das bedeutet nicht, dass ein Gericht nicht überprüfen kann, ob ein Arbeitnehmer überwiegend künstlerisch beschäftigt wird. Auch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1984 (- 1 BvR 816/82 - BVerfGE 67, 213) kann nicht entnommen werden, dass eine Beschäftigung mit künstlerischen Tätigkeiten nicht durchsetzbar ist. Danach lassen sich zwar die Reichweite und der Inhalt der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben. Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indessen nicht von der Pflicht, bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegen (vgl. BVerfG 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 - zu C II 2 der Gründe, aaO).

Entgegen der Ansicht der Klägerin ergeben sich auch aus dem Umstand, dass eine Entscheidung über einen Antrag auf Beschäftigung mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit zukunftsgerichtet ist, keine besonderen Schwierigkeiten. Dem Beschäftigungsantrag ist zu entsprechen, wenn der Arbeitgeber seine Pflicht zur Beschäftigung mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit verletzt hat. Daher hat das Gericht zu prüfen, ob der Beschäftigungsanspruch in der Vergangenheit erfüllt wurde.

32

(d) Soweit die Klägerin einwendet, es sei dem Bühnentechniker nicht zuzumuten, den Sachgrund für die Befristung mit der Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs selbst herbeizuführen, übersieht sie, dass der Sachgrund der

33

Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG nicht von der Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs abhängt. Der Sachgrund besteht, wenn die vom Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag auszuübende Tätigkeit als überwiegend künstlerisch anzusehen ist.

(e) Die Maßgeblichkeit der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer überwiegend künstlerischen Tätigkeit für den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung bei Bühnentechnikern iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne führt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zu einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber hat darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung besteht. Dem kommt er nach, indem er darlegt, mit einem Arbeitnehmer der in § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne genannten Berufsgruppen vereinbart zu haben, dass dieser überwiegend künstlerisch tätig wird. Dem Arbeitnehmer bleibt es vorbehalten, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass es sich hierbei um eine Scheinabrede handelt, etwa weil nach dem Zuschnitt der Aufgaben an der Bühne keine überwiegend künstlerische Tätigkeit möglich oder beabsichtigt ist. 34

dd) Diese Grundsätze zur Auslegung und Anwendung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG entsprechen den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung. 35

(1) Die Befristung von Arbeitsverträgen mit künstlerisch tätigen Arbeitnehmern 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 nachgekommen, eine oder mehrere der in § 5 Nr. 1 Buchst. a bis c der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu verhindern. 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 kenn- 36

zeichnen 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; 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.] Rn. 88*). Eine nationale Vorschrift, die sich darauf beschränkte, den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge allgemein und abstrakt durch Gesetz zuzulassen, entspräche nicht den Erfordernissen der Rahmenvereinbarung.

(2) § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG genügt diesen Vorgaben. 37

Der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung nimmt keinen Beruf und keine Branche aus. Er rechtfertigt die Befristung eines Arbeitsvertrags im Bereich der Kunst nur bei künstlerisch tätigem Personal, das nach der vertraglich geschuldeten Tätigkeit an der Umsetzung des künstlerischen Konzepts mitwirkt und dieses beeinflussen kann. Damit sind die Umstände, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den 38

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

Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht 39
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.] Rn. 75; 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 59; 13. März 2014 - C-190/13 - [Márquez Samohano] Rn. 51*) geklärt.

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt, dass die Befristung 40
des Arbeitsvertrags der Klägerin durch den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sachlich gerechtfertigt ist.

aa) Die Befristung dient dem durch die Kunstfreiheit geprägten Gestaltungsinteresse 41
des Beklagten. Die Klägerin gehört zu dem künstlerischen Bühnenpersonal. Sie ist als Maskenbildnerin mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit eingestellt worden. Weiter gehender Zusagen oder Vereinbarungen bedarf es nicht. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dieser Vereinbarung um eine Scheinabrede handelt. Die Klägerin macht insbesondere nicht geltend, eine überwiegend künstlerische Tätigkeit sei von vorneherein nicht möglich oder nicht beabsichtigt gewesen. Der Aufgabenbereich eines Maskenbildners umfasst - auch nach Ansicht der Klägerin - künstlerische Tätigkeiten.

bb) Das durch die Kunstfreiheit geprägte Interesse des Beklagten an der Befristung des Arbeitsvertrags mit der Klägerin überwiegt deren durch Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Interesse an einer unbefristeten Beschäftigung. Das ergibt sich aus den Bestimmungen des NV Bühne, die auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung Anwendung finden. Die Tarifvertragsparteien haben das Interesse der Bühnen an der Befristung von Arbeitsverträgen mit Bühnentechnikern iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 NV Bühne, zu denen die Klägerin zählt, und das Bestandsschutzinteresse der Bühnentechniker zum Ausgleich gebracht. Nach § 2 Abs. 2 NV Bühne ist der Arbeitsvertrag mit Rücksicht auf die künstlerischen Belange der Bühne ein Zeitvertrag. Dem Bestandsschutzinteresse der Bühnentechniker ist durch die Regelungen zum Ausspruch der Nichtverlängerungsmittelung in § 69 NV Bühne angemessen Rechnung getragen. Nach § 69 Abs. 2 NV Bühne verlängert sich der befristete Arbeitsvertrag eines Bühnentechnikers um eine weitere Spielzeit, es sei denn, dass eine wirksame Nichtverlängerungsmittelung ausgesprochen wird. Der Arbeitgeber hat die Nichtverlängerungsmittelung bis zum 31. Oktober des Vorjahres auszusprechen; besteht das Arbeitsverhältnis mehr als acht Jahre, muss die Nichtverlängerungsmittelung bereits bis zum 31. Juli des Vorjahres erfolgen. Dadurch verbleibt dem von der Nichtverlängerungsmittelung betroffenen Bühnentechniker geraume Zeit, sich ein anderes Engagement zu suchen. Bühnentechniker, die zu diesem Zeitpunkt keine Nichtverlängerungsmittelung erhalten haben, wissen frühzeitig um die Verlängerung ihres Arbeitsvertrags und haben damit Planungssicherheit. Eine wirksame Nichtverlängerungsmittelung setzt eine ordnungsgemäße Anhörung des Bühnentechnikers voraus (§ 69 Abs. 4 NV Bühne), in deren Rahmen der Bühnentechniker zu den mitgeteilten Gründen für die Nichtverlängerung Stellung nehmen und Gründe für die Vertragsverlängerung vorbringen kann. Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit bei derselben Bühne ununterbrochen mehr als 15 Jahre, kann das Arbeitsverhältnis nicht mehr durch Ausspruch einer Nichtverlängerungsmittelung beendet werden. Nach § 69 Abs. 3 NV Bühne kann der Arbeitgeber in diesem Fall eine Nichtverlängerungsmittelung nur aussprechen, um das Arbeits-

42

verhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen. Mit diesen tariflichen Regelungen ist der gebotene Mindestbestandsschutz gewährleistet.

Diese Beurteilung und Abwägung der beiderseitigen Interessen durch die Tarifvertragsparteien ist zu respektieren. Für die getroffene Regelung gibt es einleuchtende Gründe. Es bestehen vorliegend auch keine besonderen Umstände, die in die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Interessenabwägung ersichtlich nicht eingeflossen sind. 43

II. Der auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmittteilung vom Juli 2013 gerichtete Klageantrag zu 2. ist zulässig, aber unbegründet. 44

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig. 45

a) Der Antrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO. Mit der Regelung in § 69 Abs. 8 NV Bühne haben die Tarifvertragsparteien die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmittteilung 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*). Da sich der Beklagte der Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmittteilung berührt, hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der begehrten alsbaldigen Feststellung. 46

b) Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass die Klägerin diesen Antrag in der Revision als Hauptantrag stellt, obwohl sie ihn beim Landesarbeitsgericht als Hilfsantrag verfolgt hat. Zwar ist eine Antragsänderung in der Revisionsinstanz grundsätzlich ausgeschlossen. Die Umstellung vom Hilfs- zum Hauptantrag kann aber aus prozessökonomischen Gründen zugelassen werden, wenn das Berufungsgericht - wie hier - über den Hilfsantrag entschieden hat. In diesem Fall ist mit der Antragsänderung keine Erweiterung des bisherigen Prüfungsprogramms verbunden, so dass prozessökonomische Gründe für seine Zulassung sprechen (*vgl. zur Umstellung der Reihenfolge von Hilfsanträgen BAG 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 13; zur Umstellung der Rei-* 47

henfolge von Haupt- und Hilfsanträgen BAG 17. November 2010 - 4 AZR 118/09 - Rn. 12).

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die im Juli 2013 ausgesprochene Nichtverlängerungsmitteilung ist wirksam. Die Klägerin wurde vor Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung ordnungsgemäß nach § 69 Abs. 5 Satz 2 iVm. Abs. 4 NV Bühne angehört. 48

a) Nach § 69 Abs. 5 Satz 2 NV Bühne ist eine Nichtverlängerungsmitteilung unwirksam, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, den Bühnentechniker fristgerecht zu hören. Diese Rechtsfolge tritt nicht nur dann ein, wenn eine Anhörung vollständig unterbleibt. Die Nichtverlängerungsmitteilung ist vielmehr auch dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber die tariflich vorgesehene Anhörung nicht ordnungsgemäß durchführt (*st. Rspr. des Senats, vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 41 mwN, BAGE 145, 142*). Ordnungsgemäß ist eine Anhörung des Bühnentechnikers nur, wenn der Arbeitgeber hierbei den nach dem NV Bühne bestehenden Obliegenheiten nachkommt. Der Arbeitgeber hat daher insbesondere die Regelungen in § 69 Abs. 4 bis 6 NV Bühne zu beachten (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 42, aaO*). 49

aa) Nach § 69 Abs. 4 Satz 1 NV Bühne hat der Arbeitgeber den Bühnentechniker zu hören, bevor er eine Nichtverlängerungsmitteilung ausspricht. Dem Anzuhörenden sind die Gründe für die beabsichtigte Nichtverlängerungsmitteilung zur Kenntnis zu geben, um ihm eine sachliche Stellungnahme hierzu zu ermöglichen. Die Anhörung darf sich nicht auf eine pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Bezeichnung der Gründe beschränken. Es bedarf vielmehr einer auf die Person des betroffenen Arbeitnehmers konkret bezogenen und nachvollziehbaren Begründung für die beabsichtigte Nichtverlängerung, damit der Arbeitnehmer bei der Darlegung seines Standpunkts auf sie eingehen kann (*vgl. BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 55, BAGE 157, 44; 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 51, 375*). Ausreichend ist es, dass der Intendant seine subjektive Motivation für die Nichtverlängerung des Vertrags offenlegt (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 -* 50

Rn. 55, aaO; 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 3 b der Gründe, BAGE 89, 339). Da ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis allein aufgrund der vereinbarten Befristung endet und die Tarifvertragsparteien auf die Festlegung materielle Gründe für die Nichtverlängerungsmittelung verzichtet haben, ist die Nichtverlängerungsmittelung nicht darauf zu überprüfen, ob sie durch das Vorliegen objektiver Gründe gerechtfertigt ist (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 45, BAGE 145, 142; 26. August 1998 - 7 AZR 263/97 - zu 3 der Gründe mwN, aaO).*

bb) Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört, dass diese durch die beim Arbeitgeber entscheidungsbefugte(n) Person(en) oder entsprechend der maßgeblichen Vertretungsregelung erfolgt. Eine Delegation der Anhörung auf Personen, die nicht zur Entscheidung über den Ausspruch der Nichtverlängerungsmittelung befugt sind, ist nicht zulässig (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 43, BAGE 145, 142).* Das bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber gehindert wäre, für Fälle seiner Verhinderung Vertretungsregelungen vorzusehen. Er kann aber nicht unabhängig vom Vorliegen eines Verhinderungsfalls einen nachgeordneten Mitarbeiter ausschließlich mit der Durchführung der Anhörung beauftragen (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 45, aaO).* 51

cc) Nach § 69 Abs. 4 Satz 2 NV Bühne ist der Bühnentechniker fünf Tage vor der Anhörung schriftlich hierzu zu laden. Die Ladung muss erkennbar zum Ausdruck bringen, dass die Anhörung den beabsichtigten Ausspruch einer Nichtverlängerungsmittelung betreffen soll. 52

Im Ladungsschreiben müssen die Gründe für die Nichtverlängerung nicht mitgeteilt werden (*Bolwin/Sponer Bühnen- und Orchesterrecht Stand November 2017 Teil A I § 61 NV Bühne Rn. 61; Schneider in Nix/Hegemann/Hemke Normalvertrag Bühne 2. Aufl. § 61 Rn. 35; vgl. zu § 24 Abs. 4 Normalvertrag Tanz BAG 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - zu III der Gründe, BAGE 51, 375).* Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Tarifbestimmung, von dem bei der Tarifauslegung vorrangig auszugehen ist (*st. Rspr., vgl. zB BAG 12. Dezember 2012 - 10 AZR 922/11 - Rn. 10, BAGE 144, 117).* Danach genügt die fristgerechte Ladung zur Anhörung; eine Ladung „unter Mitteilung der Gründe für die 53

Nichtverlängerung“ ist nicht vorgesehen. Die Anhörung beginnt im Anhörungstermin mit der Mitteilung der Gründe. Diesem Verständnis stehen auch Sinn und Zweck des Anhörungserfordernisses nicht entgegen. Die Anhörung soll dem Bühnentechniker Gelegenheit geben, zu den vom Arbeitgeber mitgeteilten Gründen für die Nichtverlängerung Stellung zu nehmen und die aus seiner Sicht für die Vertragsverlängerung sprechenden Gründe mitzuteilen, so dass der Arbeitgeber seine Entscheidung zum Ausspruch der Nichtverlängerungsmittteilung unter Berücksichtigung der von dem Bühnentechniker vorgetragenen Gegenargumente erneut überdenken und überprüfen kann. Dieser Zweck wird auch erreicht, wenn die Gründe für die Nichtverlängerung des Vertrags erst im Anhörungstermin mitgeteilt werden.

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Anhörung der Klägerin vom 15. Juli 2013 ordnungsgemäß erfolgt ist. 54

aa) Die Klägerin wurde form- und fristgerecht mit Schreiben vom 2. Juli 2013 zur Anhörung vom 15. Juli 2013 geladen. Das Schreiben enthält den Hinweis, dass es sich um einen Anhörungstermin handelt, der einer möglichen Mitteilung einer Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zum 31. August 2014 voranzugehen habe. Das Anhörungsgespräch diene dem Zweck, der Klägerin Gelegenheit zur Äußerung zu geben, um danach eine Entscheidung über die Fortsetzung ihres Vertrags zu treffen. Damit ist in dem Schreiben eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Anhörung den beabsichtigten Ausspruch einer Nichtverlängerungsmittteilung betreffen soll. 55

bb) Die Anhörung wurde von dem Staatsintendanten und dem Geschäftsführenden Direktor und damit von den beim Beklagten entscheidungsbefugten Personen durchgeführt. Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 der Grundordnung für die Bayerischen Staatstheater (Theatergrundordnung -Thgrund) in der Fassung der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 5. Dezember 1997 - Az. XII/2-K 2501-19/184 286 - verpflichten die Staatsintendanten das künstlerische Personal in eigener Zuständigkeit. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 Thgrund sind die Staatsintendanten innerhalb 56

ihres Aufgabengebiets berechtigt, gemeinsam mit dem Leiter der Verwaltung rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen des Beklagten abzugeben. Leiter der Verwaltung der Staatsoper ist der Geschäftsführende Direktor (*§ 8 Abs. 1 Thgrund*).

cc) In dem Anhörungsgespräch wurden der Klägerin die maßgeblichen Gründe für die Nichtverlängerung mitgeteilt und ihr Gelegenheit gegeben, sich zu den genannten Gründen zu äußern. Ausweislich des über den Ablauf der Anhörung erstellten Protokolls teilte der Staatsintendant der Klägerin mit, der Ausspruch der Nichtverlängerungsmittelung sei beabsichtigt, da die Vorgesetzten der Klägerin mit ihren künstlerischen Arbeitsleistungen nicht zufrieden seien. Der Chefmaskenbildner erläuterte, die Arbeit der Klägerin sei uninspiriert und unselbständig. Die Arbeitsweise sei zu langsam und bedächtig. Es fehle an Phantasie und Improvisationstalent. Damit wurde der Klägerin eine konkret auf ihre Person bezogene und nachvollziehbare Begründung für die beabsichtigte Nichtverlängerung mitgeteilt, die sich nicht auf eine pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Bezeichnung der Gründe beschränkte. Ob die genannten von subjektiven Einschätzungen geprägten Gründe objektiv gerechtfertigt sind, ist nicht zu überprüfen.

57

Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, die allein das Verhalten betreffenden Gründe müssten richtig und im Bestreitensfall auch nachweisbar sein. Nach den getroffenen Feststellungen wurde die Nichtverlängerungsmittelung damit begründet, dass die Vorgesetzten der Klägerin mit ihren künstlerischen Arbeitsleistungen nicht zufrieden seien. Die Nichtverlängerungsmittelung wurde damit nicht auf Gründe gestützt, die allein im Verhalten der Klägerin liegen. Diese von der Klägerin nicht angegriffene Feststellung ist für den Senat bindend (*§ 559 Abs. 2 ZPO*).

58

III. Der auf die Feststellung des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gerichtete Klageantrag zu 3. fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Dieser Antrag ist für den Fall des Obsiegens mit dem Befristungskontrollantrag gestellt. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

59

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

60

Gräfl

Waskow

M. Rennpferdt

Schuh

Glock