



Willms
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren
unter Beteiligung

1. der Neue T. GmbH – E. Schauspielhaus, vertreten durch den Geschäftsführer Generalintendant X. T. und die kaufmännische Geschäftsführerin D. T., H.-H.-Platz 1, E.,

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt S. L., L. Straße 1, L.,

2. des Betriebsrats der Neue T. GmbH – E. Schauspielhaus, vertreten durch die Vorsitzende C. I., H.-H.-Platz 1, E.,

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte X. & Partner,
B. str. 80, C.,

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Anhörung vom 23.05.2019
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Salchow als
Vorsitzende sowie der ehrenamtlichen Richterin Schloß und den
ehrenamtlichen Richter Hammentgen

b e s c h l o s s e n :

1. Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 02.07.2018 – Az. 9 BV 45/18 – wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beteiligten streiten über die Zustimmung zu einer Eingruppierung.

Die antragstellende Beteiligte zu 1. (nachfolgend: Arbeitgeberin) betreibt ein Schauspielhaus in E. und ist Mitglied des Deutschen Bühnenvereins. Der Beteiligte zu 2. ist der bei ihr bestehende Betriebsrat (nachfolgend: Betriebsrat). Bei den Arbeitsverhältnissen mit der Arbeitgeberin kommen teils der zwischen dem Deutschen Bühnenverein und der Genossenschaft Deutscher Bühnen-Angehöriger sowie der Vereinigung deutscher Opernchöre und Bühnentänzer e.V. geschlossene Tarifvertrag Normalvertrag Bühne (im Folgenden NV Bühne), teils der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (im Folgenden TVöD) zur Anwendung.

§ 1 NV Bühne lautet auszugsweise:

„§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieser Tarifvertrag gilt für Solomitglieder und Bühnentechniker sowie Opernchor- und Tanzgruppenmitglieder (im Folgenden insgesamt als Mitglieder bezeichnet) an Bühnen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland [...].

(2) Solomitglieder sind Einzeldarsteller [...], Dirigenten, Kapellmeister, Studienleiter, Repetitoren, Orchestergeschäftsführer, Direktoren des künstlerischen Betriebs [...], Spielleiter (Regisseure), Chordirektoren, Choreografen, Tanz-/Ballettmeister sowie Trainingsleiter, Dramaturgen, Leiter des künstlerischen Betriebsbüros, Disponenten, Ausstattungsleiter, Bühnenbildner, Kostümbildner und Lightdesigner, Inspizienten, Theaterpädagogen, Schauspielmusiker, Referenten und Assistenten von Intendanten sowie des künstlerischen Betriebs, Souffleure, Theaterfotografen und Grafiker, Pressereferenten und Referenden der Öffentlichkeitsarbeit sowie Personen in ähnlicher Stellung.

(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.“

Im Dezember 2017 schrieb die Arbeitgeberin die Stelle als „Leistungsassistent/-in für das Junge T.“ aus. In der Stellenausschreibung (Bl. 12 d.A.), auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, heißt es auszugsweise:

„Das sind die Aufgaben:

- Mitarbeit bei allen administrativen und organisatorischen Aufgaben, insbesondere bei der Budgetplanung und -kontrolle, der Disposition von Vorstellungen und Sonderveranstaltungen und bei der Organisation des Kartenverkaufs
- Unterstützung von Gastspielen
- Unterstützung für die Stellung von Projektanträgen sowie die Koordination der Projekte und Zuarbeit bei der Abrechnung
- Kommunikatives Bindeglied innerhalb des Jungen T. und zu allen Abteilungen des Schauspielhauses

Sie sind dem Leiter Junges T., Herrn T. G.-G., zugeordnet.

Ihr Profil:

Wir suchen eine theateraffine Persönlichkeit, die bestens organisiert und strukturiert ist sowie über eine hohe Einsatzbereitschaft und kommunikative Fähigkeiten verfügt.“

Die ausgeschriebene Stelle wurde neu geschaffen. Sie stellt das kommunikative Bindeglied zwischen Jungem T. und allen Abteilungen des Schauspielhauses dar. Aufgaben der Leitungsassistentin für das Junge T. waren zuvor von dem Mitarbeiter S. erbracht worden, dem zusätzlich die Regieassistentin oblag; Letzteres übt er auch weiterhin aus.

Mit Schreiben vom 07.02.2018 (Bl. 13 d.A.), beim Betriebsrat eingegangen am 09.02.2018, bat die Arbeitgeberin um Zustimmung zur Einstellung der

Bewerberin I. N. und zur Eingruppierung in den NV Bühne. In der Sitzung vom 14.02.2018 beschloss der Betriebsrat, der Einstimmung zuzustimmen, nicht aber der Eingruppierung. Dies teilte er mit Schreiben vom 16.02.2018, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 14 d.A.), der Arbeitgeberin mit und führt darin aus, dass das Aufgabengebiet lediglich administrative und organisatorische Aufgaben umfasse.

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, die Zustimmung zur Eingruppierung gelte als erteilt, da der Betriebsrat nicht ausgeführt habe, gegen welche Bestimmung des § 99 Abs. 2 BetrVG sie verstoßen habe.

Jedenfalls sei die Zustimmung zur Eingruppierung in den NV Bühne zu ersetzen. Das Arbeitsverhältnis mit Frau N. als Leitungsassistentin Junges T. falle in den Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 NV Bühne. Die Tarifregelung enthalte die normative Wertung, dass die dort genannten Solomitglieder künstlerisch tätig seien. Davon erfasst sei auch die Leitungsassistentin Junges T., die den Leiter des Jungen T. unterstütze und so Assistentin des künstlerischen Betriebs sei.

Die Tätigkeit habe zwar administrative Teile, sei aber gleichzeitig künstlerisch. Dies gelte etwa für die Budgetplanung und der Disposition von Vorstellungen wegen der dafür jeweils notwendigen Kenntnisse, für die Betreuung von Schulen beim Kartenverkauf wegen der erforderlichen Einschätzung, welche Aufführung für welche Klasse künstlerisch und pädagogisch wertvoll ist, und für die Organisation von Gastspielen.

Die Arbeitgeberin hat behauptet, dass bei der Betreuung der Gastkünstler Absprachen hinsichtlich der Proben- und Aufführungstermine im Vordergrund stünden und dass Frau N. Projektanträge an Fördereinrichtungen zu stellen habe. Die Anträge verlangten Kenntnisse der Fördereinrichtungen; zudem sei eine künstlerische Beurteilung notwendig. Als kommunikatives Bindeglied zwischen Jungem T. und allen anderen Abteilungen müsse sie stets sicherstellen, dass die künstlerische Planung umgesetzt werden könne, und aus künstlerischer Sicht einschätzen, was machbar sei. Zudem werde die künstlerische Ausrichtung der Stelle durch die von der Stellenausschreibung verlangte Theateraffinität sowie durch den überwiegend künstlerischen Werdegang der Frau N. belegt.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

1. festzustellen, dass sie die Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung der Mitarbeiterin Frau I. N. nach NV Bühne SR Solo als Leitungsassistentin Junges T. nicht benötige,
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens festzustellen, dass die Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung der Mitarbeiterin Frau I. N. nach NV Bühne SR Solo als Leitungsassistentin Junges T. erteilt ist und
3. äußerst hilfsweise für den Fall des Unterliegens die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung der Mitarbeiterin Frau I. N. nach NV Bühne SR Solo als Leitungsassistentin Junges T. zu ersetzen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, der Antrag zu 1. sei mangels Begründung unzulässig, die übrigen Anträge unbegründet. Er habe in dem Schreiben vom 16.02.2018 hinreichend deutlich auf den Verweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG Bezug genommen und die Zustimmung zur Eingruppierung zu Recht verweigert. Maßgeblich zur Abgrenzung zwischen NV Bühne und TVöD müsse sein, welche Aufgaben ein einzugruppierender Mitarbeiter wahrnehmen soll; diese Aufgaben müssten unter § 1 Abs. 2 NV Bühne subsumiert werden können. Die Leitungsassistentin Junges T. erbringe ausschließlich administrative und organisatorische Aufgaben. Nicht Frau N. sei für die Disposition und Verwaltung von Proben und Vorstellungen und dort für Umbesetzungen zuständig; das mache der Regieassistent S. und der Leiter G.-G. selbst. Bei der Organisation der Gastspiele sei Frau N. für Reisebuchungen und Rechnungen zuständig, bei der Betreuung der Gastkünstler für Unterbringung und sonstige Betreuung. Zwar ist sie – unstreitig – kommunikatives Bindeglied. Die Funktion bestehe aber eben in der Kommunikation; Frau N. sei bei Sitzungen anwesend und nehme dabei passiv künstlerische Planungen entgegen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge zurückgewiesen. Gegen den ihr am 25.07.2018 zugestellten Beschluss hat die Arbeitgeberin mit am 13.08.2018 eingegangenem Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese – nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis zum 25.10.2018 – mit am 25.10.2018 eingegangenem Schriftsatz begründet.

Mit der Beschwerde wehrt sie sich noch gegen die Abweisung ihres äußerst hilfswiese gestellten Antrags zu 3.. Sie ist der Meinung, ein etwaiges Fehlen künstlerischer Beschäftigung könne ggf. Frau N. gerichtlich geltend machen, also auf angemessene künstlerische Beschäftigung klagen. Dies ändere aber nichts an ihrem Recht, Frau N. nach dem NV Bühne einzugruppieren. Es entspreche auch betrieblichen Bedürfnissen, dass für die Leitungsassistenten dieselben Regelungen z.B. zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gälten wie für andere Künstler. Kein Intendant „übernehme“ die Leitungsassistenten seines Vorgängers. Die Tarifvertragsparteien hätten – wie sich durch den Vergleich von Abs. 2 und Abs. 3 des § 1 zeige - bei den Referenten und Assistenten von Intendanten sowie der künstlerischen Betriebs bewusst auf eine Unterscheidung zwischen überwiegend künstlerisch tätigen und den übrigen verzichtet. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die Stelle nicht nur die Aufgaben in der Stellenausschreibung umfasse, sondern sich noch entwickeln werde.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 02.07.2018 – Az. 9 BV 45/18 – abzuändern und die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung der Mitarbeiterin I. N. nach Tarifvertrag NV Bühne SR Solo zu ersetzen.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er meint, für eine Anwendung des NV Bühne könne nicht ausreichen, dass die Arbeitsvertragsparteien dies vereinbarten. Maßgeblich müsse allein sein, ob ein Arbeitnehmer tatsächlich an der Umsetzung des künstlerischen Konzepts mitwirke. Zu angeblichen weiteren Tätigkeiten, die – was den künstlerischen Inhalt betrifft – über den Ausschreibungstext hinausgingen, habe die Arbeitgeberin nichts vorgetragen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Ergebnis der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin hat keinen Erfolg.

I. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG an sich statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1, 89 Abs. 2 ArbGG.

II. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Nach der Beschränkung der Beschwerde durch die Arbeitgeberin war nur noch über den ursprünglich äußerst hilfsweise gestellten Antrag zu 3. auf Zustimmungsersetzung zu entscheiden.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit dieses Antrags auf Zustimmungsersetzung bestehen nicht.

a) Der Antrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Zwar ist dem Antrag – anders als dies bei „typischen“ Zustimmungsersetzungsverfahren erforderlich ist – keine bestimmte Vergütungsgruppe zu entnehmen. Hierauf muss im vorliegenden Fall aber verzichtet werden, da der NV Bühne nur eine Mindestgage für einzelne Beschäftigtengruppen vorsieht, ohne darüber hinaus einzelne Vergütungsgruppen mit verschiedenen Tätigkeitsmerkmalen zu benennen. Die Formulierung „Eingruppierung“ ist insoweit zwar nicht ganz treffend, meint aber erkennbar (nur) die Zuordnung zum NV Bühne (vgl. BAG, Beschluss vom 09.03.2011 - 7 ABR 118/09 – zitiert nach Juris), wobei konkret die Sonderregelungen (SR) Solo zur Anwendung gelangen sollen.

b) Es besteht auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG setzt voraus, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungs- oder Mitbeurteilungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG bei der vom Arbeitgeber beabsichtigten endgültigen personellen Einzelmaßnahme hat und der Arbeitgeber daher der Zustimmung des Betriebsrats bedarf (BAG, Beschluss vom 19.04.2012 - 7 ABR 52/10 zitiert nach Juris; BAG, Beschluss vom 10.10.2012 - 7 ABR 42/11 – zitiert nach Juris).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, handelt es sich bei der Zuordnung eines Arbeitnehmers zum NV Bühne und damit der Entscheidung, ob ein Arbeitsverhältnis nach den tariflichen Eingruppierungsvorschriften des öffentlichen Dienstes (hier: TVöD-VKA) oder nach dem Grundsatz der freien Gagenvereinbarung nach dem NV-Bühne zu behandeln ist, um eine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung nach § 99 Abs. 1 S 1 BetrVG. Bei dieser hat der Betriebsrat mitzubeurteilen, ob der betreffende Arbeitnehmer einer der Berufsgruppen des § 1 NV Bühne angehört und deshalb die Vergütungsordnung des NV Bühne anzuwenden ist (BAG, Beschluss vom 09.03.2011 – 7 ABR 118/09 – zitiert nach Juris).

2. Der Zustimmungsersetzungsantrag ist begründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Betriebsrat sich zu Recht geweigert hat, der Eingruppierung der Mitarbeiterin I. N. nach NV Bühne SR Solo zuzustimmen.

a) Die Zustimmung gilt nicht § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat mit dem Schreiben vom 16.02.2018 rechtzeitig und ausreichend

begründet innerhalb Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die Zustimmung verweigert. Insofern wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG auf die zutreffenden Ausführungen der erstinstanzlichen Entscheidung unter Ziffer II. 2 der der Gründe verwiesen.

b) Die Mitarbeiterin I. N. ist nicht dem NV Bühne zuzuordnen, so dass die Zustimmung nicht ersetzt werden kann.

Frau N. ist entsprechend der Ausschreibung als „Leitungsassistentin für das Junge T.“ eingestellt und dem Leiter Junges T., Herrn T. G.-G., zugeordnet worden. Zwar obliegt Herrn G.-G. unzweifelhaft die künstlerische Leitung des Jungen T., so dass er zum künstlerischen Betrieb des Hauses zählt. Auch ist die Tätigkeit von Frau N. durch die Arbeitgeberin als „Assistenz“ bezeichnet worden. Dem Anwendungsbereich des NV Bühne unterfällt ihr Arbeitsverhältnis gleichwohl nicht, da sie keine „Assistent(in) von Intendanten oder des künstlerischen Betriebs“ im Sinne der Tarifnorm ist.

aa) § 1 Abs. 2 NV Bühne ist dahin auszulegen, dass eine Arbeitnehmerin – unabhängig von ihrer Bezeichnung – nur dann als „Assistentin des künstlerischen Betriebs“ anzusehen und damit dem Tarifvertrag zuzuordnen ist, wenn sie tatsächlich überwiegend eine künstlerische Tätigkeit ausübt.

(1) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags folgt den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Über den reinen Wortlaut hinaus ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und der damit von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Tarifnorm zu berücksichtigen, sofern und soweit er in den tariflichen Regelungen und ihrem systematischen Zusammenhang Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis der Regelung führt (BAG, Urteil vom 19.06.2018 - 9 AZR 564/17 – zitiert nach Juris; BAG, Urteil vom 24.01.2017 – 3 AZR 372/15 – zitiert nach Juris; BAG, Urteil vom 11.11.2014 - 3 AZR 191/12).

(2) Dem reinen Wortlaut des § 1 Abs. 2 NV Bühne ist nicht zweifelsfrei zu entnehmen, welche Anforderungen an eine/n „Assistenten/in von Intendanten sowie des künstlerischen Betriebs“ zu stellen sind. Die Tarifnorm erlaubt sowohl ein Verständnis in der Weise, dass jede Form der Zuarbeit genügt, als auch eine einschränkende Auslegung in der Weise, dass die Eingruppierung unter den Tarifvertrag eine künstlerische Tätigkeit voraussetzt. Der Begriff der Assistenz

bzw. des Assistenten/der Assistentin umfasst nämlich beide Varianten: Zum einen kann der Begriff der Assistenz weit verstanden werden, so dass jede, wie auch immer geartete Dienstleistung darunter zu fassen ist (vgl. www.duden.de). Im zweiten Fall wird mit der Bezeichnung Assistent/in deutlich gemacht, dass jemand als eine Art Sekundant/in oder rechte Hand (vgl. www.duden.de) – sozusagen in zweiter Reihe stehend – bei der inhaltlichen Tätigkeit der Führungskraft mitwirkt.

(3) Der Systematik des Tarifvertrags ist zu entnehmen, dass eine „Assistenz“ im Sinne von § 1 Abs. 2 TV Bühne trotz Vereinbarung einer entsprechend bezeichneten Funktion nicht vorliegt, wenn tatsächlich keine (überwiegend) künstlerischen Tätigkeiten ausgeübt werden.

Der Arbeitgeberin ist allerdings darin zuzustimmen, dass der Vergleich zwischen § 1 Abs. 2 und § 1 Abs. 3 NV Bühne auf den ersten Blick eher gegen die oben dargelegte einschränkende Auslegung sprechen könnte. Denn die Tarifvertragsparteien haben für die Bühnentechniker ausdrücklich differenziert: Die näher bezeichneten Bühnentechniker in Leitungsfunktionen (z.B. Tonmeister, Vorstände der Malsäle) werden – ohne weitere Voraussetzung – dem NV Bühne zugeordnet, während alle einfachen Techniker (z.B. Tontechniker, Theatermaler) nur dann als „Bühnentechniker“ im Sinne der Tarifnorm gelten, wenn „mit ihnen im Arbeitsvertrag vereinbart wird, dass sie überwiegend künstlerisch tätig sind“. Daraus, dass § 1 Abs. 2 NV Bühne eine solche differenzierte Betrachtung nicht vorsieht, könnte im Umkehrschluss gefolgert werden, dass bei den dort genannten Arbeitnehmergruppen eben keine weitere Prüfung der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit erforderlich ist. Es könnte argumentiert werden, die Tarifvertragsparteien hätten durch den Verzicht in § 1 Abs. 2 NV Bühne deutlich gemacht, dass bei den dort genannten Tätigkeiten in jedem Fall, also unabhängig von der konkreten Ausgestaltung, eine entsprechende Eingruppierung erfolgen solle.

Dieser Schluss ist aber nicht zwingend. Denn die Tarifvertragsparteien haben das Erfordernis der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer künstlerischen Tätigkeit in § 1 Abs. 3 NV Bühne aufgenommen, weil bei den dort genannten Berufsgruppen als Regelfall eben nicht von einer künstlerischen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Der Umkehrschluss bedeutet demzufolge nur, dass bei den in § 1 Abs. 2 NV Bühne aufgeführten Aufgaben *im Regelfall* eine künstlerische Tätigkeit ausgeübt wird. Daraus folgt, dass die Tarifnorm für die genannten beruflichen Funktionen lediglich eine Indizwirkung schafft. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer aufgrund

der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit und des fehlenden künstlerischen Schwerpunkts aus dem Anwendungsbereich des NV Bühne herausfällt.

(4) Allein die zuletzt dargelegte Auslegung entspricht Sinn und Zweck der Tarifnorm, führt zu sachgerechten, gesetzeskonformen Ergebnissen und hat in den tariflichen Regelungen auch ihren Niederschlag gefunden.

In öffentlich-rechtlichen Theaterbetrieben finden regelmäßig mehrere Tarifverträge Anwendung. Sofern es sich (rechtlich oder wirtschaftlich) um städtische Träger handelt, sind dies – wie im vorliegenden Fall - zum einen der im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) geltende Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD-VKA), zum anderen der NV Bühne. Während ein großer Teil der Solisten, der Dramaturgen, aber auch der Intendanten, nur zeitweilig an einem Haus arbeiten, bleiben Orchester und Bühnentechnik, Verwaltung und Kollektive in anderen Intervallen den jeweiligen Theatern arbeitsrechtlich, sozial und organisatorisch verbunden (HK-NV-Bühne-Nix, 2. Auflage, 2012, Einleitung Rdnr. 17). Der NV Bühne soll kreative Arbeit ermöglichen und die Ausübung der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG unter anderem dadurch gewährleisten, dass auf ein in Tarifverträgen sonst übliches Vergütungssystem verzichtet und die Möglichkeit der Nichtverlängerung des befristeten Vertrages besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts trägt die Befristung dem berechtigten Bestreben der Bühne Rechnung, künstlerische Vorstellungen des Intendanten mit dem von ihm dafür geeignet gehaltenen künstlerischen Bühnenpersonal zu verwirklichen und damit zugleich dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums entgegen zu kommen (BAG, Urteil vom 21.05.1981 – 2 AZR 1117/78 – zitiert nach Juris).

Die Unterscheidung zwischen der für öffentliche Verwaltungen geltende Tarifstruktur einerseits und den besonderen Bedingungen des NV Bühne andererseits rechtfertigen sich vor dem Hintergrund der beschriebenen besonderen Verhältnisse Theaterbetriebs. Diese Tarifverträge widersprechen sich nicht, sondern ergänzen sich dadurch, dass wesentliches Kriterium der Abgrenzung die (überwiegend) künstlerische Tätigkeit des Bühnenschaffenden ist (vgl. BayVGH, Beschluss vom 02.02.2007 – 17 P 06.470 – zitiert nach Juris).

Für eine derartige Abgrenzung kann nach deren Sinn und Zweck demnach nicht allein ausreichend sein, welche Berufs- oder Funktionsbezeichnungen die Parteien für eine wählen. Dies gilt auch und vor allem für den unscharfen Begriff der Assistentin bzw. des Assistenten. Wie oben dargelegt wurde, können ganz unterschiedliche Tätigkeiten zu deren bzw. dessen Aufgaben zählen. Bereits das Arbeitsgericht hat zutreffend auf den vielfältigen Sprachgebrauch hingewiesen.

Der Assistent oder die Assistentin einer Führungskraft kann als eine Art Stellvertreter fungieren und damit selbst inhaltliche Aufgaben übernehmen. Ebenso möglich ist nach der Bezeichnung aber auch, dass bloße Sekretariatsaufgaben anfallen, dass also rein administrative (Büro-)Tätigkeiten übernommen werden, die in keiner Form eine Mitwirkung bei der Bewältigung der inhaltlichen Aufgabe darstellt. Bei einer solchen Assistententätigkeit macht es keinen maßgeblichen Unterschied, ob sie für den Leiter eines Theaters oder z.B. für den Manager einer Softwarefirma erbracht wird. Insofern kann entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin nicht davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien schon bei der Wahl der Funktionsbezeichnung „Assistent von Intendanten sowie des künstlerischen Betriebs“ eine normative Wertung vorgenommen und die Funktion per se als künstlerisch qualifiziert haben. Allein die Betrachtung und Einordnung im Einzelfall lässt eine sinnvolle Differenzierung zu.

Anders als bei § 1 Abs. 3 Untersatz 2 NV Bühne ist die Zuordnung zum richtigen Tarifwerk nicht dadurch abgesichert, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer dann, wenn sie oder er entgegen der konstitutiven Absprache im Vertrag (vgl. HK-NV-Bühne-Nix, 2. Auflage, 2012, § 1 Rdnr. 4) ohne (überwiegenden) Kunstbezug eingesetzt wird, eine vertragsgemäße Beschäftigung verlangen und diese ggf. einklagen könnte. Denn mit dem Abschluss eines Vertrags als Assistent/in des Intendanten oder des künstlerischen Betriebs kann eben durchaus, wie oben dargelegt wurde, *keine* künstlerische Tätigkeit gemeint sein. Ist die „Assistenz“ nach Ausschreibung und vertraglichen Absprachen als administrative Zu- und Nacharbeit gemeint, so hilft die Einforderung einer künstlerischen Tätigkeit nicht weiter, weil darauf gerade kein Anspruch besteht.

(5) Das Argument, die Tarifvertragsparteien hätten durch die Aufnahme von bestimmten Berufsgruppen in § 1 Abs. 2 NV Bühne eine Einzelfallprüfung gerade überflüssig machen wollen, kann dieser zweckorientierten Auslegung nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Zwar würde es zu einer wesentlichen Vereinfachung führen, wenn allen Personen, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter eine der in § 1 Abs. 2 NV Bühne aufgeführten Berufsbezeichnungen gefasst werden, schlicht unterstellt würde, dass sie „ausreichend künstlerisch“ tätig seien. Eine derart formale Betrachtung ist nach Überzeugung der Kammer aber – gerade mit Blick auf die beschriebene Ungenauigkeit der verwandten Begrifflichkeiten - zu kurz gegriffen und trägt dem Willen der Tarifvertragsparteien nicht ausreichend Rechnung. Denn damit würde unterstellt, dass die Tarifvertragsparteien hier zugunsten einer unkomplizierten Handhabung auf eine angemessene Tarifzuordnung im Einzelfall verzichten

wollten. Davon ist ohne konkrete Anhaltspunkte nicht auszugehen. Wenn die Tarifvertragsparteien eine solche – ungewöhnliche – Formalbetrachtung beabsichtigt hätten, wäre zu erwarten gewesen, dass sie dies im Vertragstext entsprechend deutlich zum Ausdruck gebracht hätten.

Die Tarifvertragsparteien haben stattdessen den Anwendungsbereich ersichtlich auf das künstlerisch tätige Personal beschränken wollen. Das zeigt auch und gerade die Regelung in § 1 Abs. 3 NV Bühne. Zwar lassen die Tarifparteien dort die arbeitsvertragliche Vereinbarung genügen. Eine solche Vereinbarung setzt aber gerade die Einzelfallprüfung durch die Arbeitsvertragsparteien voraus, dass der konkret zugewiesene Tätigkeitsbereich als überwiegend künstlerisch anzusehen ist (vgl. BAG, Urteil vom 02.08.2017 – 7 AZR 601/15 – zitiert nach Juris).

(6) Zu berücksichtigen ist schließlich folgender Aspekt: Die Unterscheidung zwischen künstlerischer und nicht-künstlerischer Tätigkeit hat nicht nur Relevanz für die Anwendung tarifvertraglicher Regelungen nach dem NV Bühne - etwa zur Arbeitszeit oder zur Zahlung von Sondervergütungen. Die Anwendung gesetzlicher Tatbestände verlangt in bestimmten Bereichen entweder ebenfalls eine entsprechende Abgrenzung, so z.B. beim Sachgrund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG: Eigenart der Arbeitsleistung), oder sie hängt sogar durch gesetzliche Verweisung von der Zuordnung des Arbeitsverhältnisses zum NV Bühne ab, so z.B. die Bestimmung des Umfangs betrieblicher Mitbestimmung im öffentlichen Dienst (z.B. § 72 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 LPVG NW). Die gesetzlich vorgesehene Einschränkung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes bzw. der betrieblichen Mitbestimmung ist dort nur gerechtfertigt, wenn auch tatsächlich künstlerische Leistungen erbracht werden (vgl. APS/Backhaus, 5. Auflage, 2017, § 14 TzBfG Rdnr. 191). Eine unterschiedliche Abgrenzung im Tarifrecht einerseits und bei der Anwendung gesetzlicher Normen andererseits würde im Ergebnis nicht zu einer Vereinfachung, sondern zu einer Verkomplizierung führen.

Auch vor diesem Hintergrund entspricht es einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis, für die Anwendung des NV Bühne in jedem Einzelfall eine kunstbezogene Tätigkeit zu verlangen.

Für Assistentinnen und Assistenten von Intendanten sowie des künstlerischen Betriebs im Sinne des § 1 Abs. 2 NV Bühne bedeutet das: Im Regelfall ist von einer künstlerischen Tätigkeit auszugehen, eine Zuordnung scheidet aber aus, wenn realiter keine oder nur in geringem Umfang künstlerische Aufgaben

wahrgenommen werden (so wohl auch HK-NV Bühne-Nix, 2. Auflage, 2012, § 1 Rdnr. 3). Wenn ein Solomitglied nicht berufstypisch und künstlerisch, sondern überwiegend mit Verwaltungsaufgaben beschäftigt wird, entfällt die Einbeziehung in den persönlichen Geltungsbereich des NV Bühne (so wohl auch Bolwin/Sponer, Bühnen- und Orchesterrecht, Stand Mai 2019, § 1 Rdnr. 40).

bb) Bei der zwischen der Arbeitgeberin und Frau N. vereinbarten Assistenz Tätigkeit handelt es sich nicht um eine überwiegend künstlerische Tätigkeit.

(1) Auszugehen ist insoweit von dem Aufgabenspektrum, wie es von der Arbeitgeberin für die Stelle in der Ausschreibung näher beschrieben worden ist und wie es sich bis heute tatsächlich darstellt.

Die gegenwarts- und zukunftsbezogene Frage der zutreffenden Eingruppierung ist nach der Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung zu beantworten (so zu Einstellung und Versetzung BAG, Urteil vom 22.04.2010 – 2 AZR 491/09 – zitiert nach Juris; Fitting, BetrVG, 29. Auflage, 2018, § 99 Rdnr. 277). Das bedeutet einerseits, dass Veränderungen tatsächlicher Art bis zum Schluss der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen sind (BAG, Beschluss vom 16.01.2007 - 1 ABR 16/06 – zitiert nach Juris). Andererseits hat die von der Arbeitgeberin für möglich gehaltene „Weiterentwicklung“ der Tätigkeit keine Relevanz. Sollte es zukünftig zu einer maßgeblichen Veränderung des Aufgabenspektrums kommen, so wäre ggf. eine Umgruppierung vorzunehmen.

(2) Als künstlerisch tätig sind diejenigen Personen anzusehen, die an der Erarbeitung und Umsetzung der künstlerischen Konzeption eines Werkes unmittelbar mitarbeiten und damit im Gegensatz zu solchen Personen stehen, die hierfür lediglich die notwendigen technischen, organisatorischen oder wirtschaftlichen Rahmenbedingungen schaffen (zu § 1 Abs. 3 NV Bühne vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2017 – 7 AZR 369/16 – zitiert nach Juris; BAG, Urteil vom 26.08.1998 – 7 AZR 263/97 – zitiert nach Juris; OVG NW, Beschluss vom 09.06.2004 – 1L A 2774/02.PVL – zitiert nach Juris). Wie schon die Aufnahme der Pressereferenten und Referenten der Öffentlichkeitsarbeit in § 1 Abs. 2 NV Bühne zeigt, ist nicht erforderlich, dass unmittelbar an der Produktion eines Bühnenwerks mitgewirkt wird. In jedem Fall muss die Tätigkeit aber ein Verständnis der konzipierten und angebotenen Kunstprodukte voraussetzen (zu § 1 Abs. 3 NV Bühne vgl. OVG NW, Beschluss vom 09.06.2004 – 1L A 2774/02.PVL – zitiert nach Juris) und einen gewissen künstlerischen Spielraum

beinhalten (zu § 1 Abs. 3 NV Bühne vgl. BAG, Urteil vom 02.08.2017 - 7 AZR 601/15 – zitiert nach Juris).

(3) Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die von Frau N. übernommenen Aufgaben vor allem administrativen und organisatorischen Charakter haben. Es hat dabei nicht nur auf die in der Stellenausschreibung benannten Tätigkeiten abgestellt, sondern auch den ergänzenden Vortrag der Arbeitgeberin zu den konkret zugewiesenen Einzelaufgaben berücksichtigt.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht zunächst festgestellt, dass der Ausschreibungstext – dies wird auch von der Arbeitgeberin nicht in Abrede gestellt - vor allem administrative und organisatorische Aufgaben benennt, deren künstlerischer Bezug sich der Beschreibung nicht entnehmen lässt. Aber auch bei näherer Betrachtung des Tätigkeitsfelds von Frau N. und ihrer Arbeitsumgebung, des Theaters, ergibt sich nichts anderes.

Zwar hat die Arbeitgeberin vorgetragen, die Budgetplanung erfordere eine Einschätzung der voraussichtlichen Häufigkeit der jeweiligen Aufführungen sowie der zu zahlenden Gagen für Schauspieler, Regisseure, Ausstatter etc.. Dem Arbeitsgericht ist aber darin zuzustimmen, dass mit dieser Aufgabe weder ein Einfluss auf die Produktion selbst, noch auf deren Wahrnehmung in der Öffentlichkeit verbunden ist. Zwar mag der Arbeitgeberin darin zuzustimmen sein, dass für die geforderte Einschätzung ein künstlerischer Sachverstand hilfreich ist. Nicht ersichtlich ist aber, inwiefern Frau N. bei den von ihr zu treffenden Entscheidungen ein künstlerischer Spielraum eröffnet ist, der von ihr genutzt werden könnte. Bei Budget und Gage geht es um eine Prognose, welche Resonanz eine Inszenierung beim Publikum haben wird, sowie die daran anknüpfende Kalkulation. Es wird weder eine Aussage über den künstlerischen Wert, noch eine auf die Kunst selbst bezogene Entscheidung getroffen. Die Einschätzung, wie gut sich eine Produktion „verkauft“, ist keine künstlerische, sondern eine wirtschaftliche. Gleiches gilt für die Disposition von Vorstellungen und Sonderveranstaltungen, also die Einschätzung der richtigen Wochentage und der Häufigkeit der Vorstellungen.

Ähnlich verhält es sich mit der Organisation des Kartenverkaufs. Wenn hierbei im Einzelfall - über die bloße administrative und organisatorische Tätigkeit hinaus, die ohne Zweifel den Schwerpunkt bildet – eine eigenständige Beurteilung vorzunehmen ist, handelt es sich nicht um eine künstlerische. Wie die Arbeitgeberin unwidersprochen vorgetragen hat, geht es hierbei unter anderem

um die Betreuung der Düsseldorfer Schulen. Kaum nachvollziehbar ist, wenn die Arbeitgeberin vorträgt, Frau N. müsse hier einordnen, welchen künstlerischen Wert eine Inszenierung habe. Es erscheint der Kammer kaum vorstellbar, dass es der Assistentin des Leiters obliegt, eine solche Bewertung vorzunehmen und daran die Entscheidung über den Kartenverkauf an Schulklassen zu knüpfen. Die Einschätzung, welche Aufführung sich für welche Schulklasse eignet, erfordert in gewissem Umfang pädagogische Kenntnisse. Ein eigener künstlerischer Spielraum besteht, ist dagegen nicht ersichtlich.

Auch im Hinblick auf Umbesetzungen von Rollen und kunstbezogene Absprachen mit Schauspielern hat Frau N. jedenfalls ganz überwiegend nur organisatorische Funktionen wahrzunehmen, das heißt, die Entscheidungen des künstlerischen Leiters, des Regisseurs oder des Regieassistenten umzusetzen. Selbst wenn der Vortrag der Arbeitgeberin richtig sein sollte, dass Frau N. bei besonderer Eile, wenn keiner vom künstlerischen Personal zu erreichen ist, selbst entscheiden muss, welcher Schauspieler zu kontaktieren ist, so handelt es sich jedenfalls nur um Ausnahmefälle. Dem Vortrag des Betriebsrats, in der Praxis sei es zu solchen Einsätzen von Frau N. im vergangenen Jahr nicht gekommen, hat die Arbeitgeberin jedenfalls nicht widersprochen.

Bei der Organisation von Gastspielen geht es vor allem, dies ist zwischen den Beteiligten unstrittig, um die äußeren Rahmenbedingungen, also um Reisebuchung, Unterbringung, räumliche Voraussetzungen am Gastspielort und sonstige Koordinierungstätigkeiten. Die Arbeitgeberin hat ihren Vortrag, von Frau N. werde auch die „künstlerische Begleitung“ erwartet, in der mündlichen Verhandlung dahingehend konkretisiert, hierunter werde z.B. die Auswahl geeigneter Bühnen verstanden. Auch hierzu hat allerdings der Betriebsrat unwidersprochen vorgetragen, dass diese Aufgabe nicht Frau N., sondern dem technischen Leiter Herrn H. obliege, ggf. würden Regieassistenten, der künstlerische Leiter oder der Regisseur hinzugezogen. Zwar hat die Arbeitgeberin die Auffassung vertreten, sie könne einen entsprechenden (vertretungsweise) Einsatz bei Bedarf auch von Frau N. verlangen. Angesichts des Umstandes, dass in der Ausschreibung von einer „künstlerischen Begleitung“ keine Rede ist und es offenbar bislang nie zur Zuweisung entsprechender Tätigkeiten gekommen ist, kann allenfalls von einer Aufgabe ganz untergeordneten Umfangs die Rede sein.

Soweit es um die Stellung von Projektanträgen geht, ist der Arbeitgeberin zuzugeben, dass es für die richtige Auswahl geeigneter Darbietungen und passender Förderer nicht nur einer Kenntnis der entsprechenden Einrichtungen, sondern auch einer Beurteilung der künstlerischen Produkte selbst bedarf. Zum

einen ist aber schon fraglich, ob hierbei überhaupt ein unmittelbarer Bezug zur Erarbeitung und Umsetzung der künstlerischen Konzeption eines Werkes anzuerkennen ist. Zum anderen hat Frau N. ausweislich der Ausschreibung lediglich die Aufgabe die „Unterstützung für die Stellung von Projektanträgen“ zu leisten, so dass ein etwaiger künstlerischer Aspekt der Tätigkeit nicht im Vordergrund steht.

Die kommunikativen Aufgaben von Frau N. haben schließlich ebenfalls keinen künstlerischen Charakter. Zwar ist selbstverständlich, dass die Kommunikation mit den Abteilungen eines Theaters ein Verständnis des Theaterbetriebs und der dortigen Abläufe erfordert. Inwiefern für die konkreten Abstimmungsprozesse aber eine Einschätzung aus künstlerischer Sicht erforderlich ist, erschließt sich der Kammer nicht. Es geht vielmehr um eine „Übersetzung“ der von anderen Personen getroffenen künstlerischen Entscheidungen, z.B. zu Veränderungen an einer Produktion, in organisatorische Maßnahmen. Insofern dient auch diese Tätigkeit von Frau N. lediglich dazu, durch Übermittlung von Informationen und Absprachen mit den Beteiligten die notwendigen Rahmenbedingungen für die Erarbeitung und Umsetzung des künstlerischen Werks zu schaffen.

III. Die Kammer hat der entscheidungserheblichen Rechtsfrage im Zusammenhang mit der Auslegung des § 1 NV Bühne grundsätzliche Bedeutung beigemessen und deshalb die Rechtsbeschwerde gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von der Arbeitgeberin

RECHTSBESCHWERDE

eingelegt werden.

Für weitere Beteiligte ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

nach der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Rechtsbeschwerdeschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Rechtsbeschwerdeschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Beteiligte, die als Bevollmächtigte zugelassen sind, können sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

(Salchow)

(Schloß)

(Hammentgen)