



Verkündet am 01.12.2016

Dallemagne
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Stiftung Oper in Berlin (Staatsballett Berlin), vertreten durch den
Generaldirektor G /i/ Am Wriezener Bahnhof 1, 10243 Berlin,

- Aufhebungsklägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt

g e g e n

- Aufhebungsbeklagte, und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Parsch & Partner Rechtsanwälte,
Kurfürstendamm 50, 10707 Berlin,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 01.12.2016
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Czinczoll als
Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Herr Wenn und Herr
Bürgerhausen

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des
Arbeitsgerichts Köln vom 22.12.2015 in Sachen 6 Ha 10/15
wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Aufhebung eines Schiedsspruchs des Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt am Main vom 09.02.2015.

Die am .1977 geborene Beklagte ist seit der Spielzeit 2004/2005 bei dem von der Aufhebungsklägerin unterhaltenen Staatsballett Berlin als Gruppentänzerin beschäftigt. Ihre Gage lag bei ca. -- € brutto monatlich. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Normalvertrag Bühne (NV-Bühne) Anwendung.

Zum Ende der Spielzeit 2013/2014 kam es beim Staatsballett Berlin zu einem Intendantenwechsel. Der designierte neue Intendant N D verfügte seit dem 07.06.2013 über die Vollmacht, Dienstverträge abzuschließen und aufzulösen und insbesondere Nichtverlängerungsmitteilungen auszusprechen.

Am 27.06.2013 fand ein Anhörungsgespräch der Beklagten mit dem designierten Intendanten D statt. In diesem Gespräch eröffnete der designierte neue Intendant der Beklagten, dass er nicht beabsichtige, das Arbeitsverhältnis der Parteien über das Ende der Spielzeit 2013/2014 hinaus zu verlängern. Der vollständige Inhalt des Anhörungsgesprächs ist im Übrigen zwischen den Parteien streitig geblieben.

Mit Schreiben vom 28.06.2013 wurde der Beklagten die Nichtverlängerung ihres Vertrages zum 31.07.2014 wegen Intendantenwechsels gemäß § 96 NV-Bühne mitgeteilt. Neben der Beklagten erhielten mindestens zwei weitere Gruppentänzer/-innen des Staatsballetts Nichtverlängerungsmitteilungen. In beiden Instanzen der nachfolgend mit der Angelegenheit befassten Bühnenschiedsgerichtsbarkeit blieb unstreitig, dass es sich dabei um die drei an Lebensjahren ältesten Gruppentänzer/-innen des Balletts handelte.

Am 25.11.2013 erhob die hiesige Beklagte Klage beim Bezirksbühnenschiedsgericht Berlin gegen die Nichtverlängerungsmitteilung. Dabei berief sie sich u. a. darauf, dass die Nichtverlängerungsmitteilung willkürlich und rechtsmissbräuchlich erfolgt sei und eine Altersdiskriminierung nach dem AGG darstelle.

Mit Schiedsspruch vom 05.05.2014 wies das Bezirksbühnenschiedsgericht Berlin die Klage ab. Zur Begründung führte das Bühnenschiedsgericht aus, dass die dortige Beklagte und hiesige Klägerin zwar dem Vorwurf der Altersdiskriminierung nicht ausreichend entgegengetreten sei. Der gerügte Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung führe jedoch nicht zu der gewünschten Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Verlängerungsmitteilung. Dies folge aus § 15 Abs. 6 AGG. § 15 AGG sehe als Rechtsfolge lediglich Schadensersatzansprüche vor.

Gegen den ihr am 20.06.2014 zugestellten Schiedsspruch des Bezirksbühnenschiedsgerichts Berlin legte die hiesige Beklagte am 03.07.2014 Berufung zum Bühnenoberschiedsgericht in Frankfurt ein. Mit Schiedsspruch vom 09.02.2015 stellte das Bühnenoberschiedsgericht Frankfurt am Main fest, dass die Nichtverlängerungsmitteilung der Beklagten vom 28. Juni 2013 unwirksam sei und der Arbeitsvertrag der Parteien zu unveränderten Bedingungen fortbestehe. Zur Begründung führte das Bühnenoberschiedsgericht aus, dass die Klägerin in unzulässiger Weise wegen ihres Alters benachteiligt worden sei. Dies folge indiziell aus der unbestrittenen Tatsache, dass den drei ältesten Tanzgruppenmitgliedern gegenüber Nichtverlängerungsmitteilungen ausgesprochen worden seien. Die dortige Beklagte und hiesige Klägerin habe sich demgegenüber nicht auf den Standpunkt stellen dürfen, dass allein der Intendantenwechsel ausreichende Rechtfertigung für die Nichtverlängerung sei. Die dortige Beklagte habe es entgegen § 22 AGG versäumt, den Diskriminierungsvorwurf zu entkräften. Der Verstoß gegen das gesetzliche Diskriminierungsverbot führe zur Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung. Entgegen der Auffassung des Bühnenschiedsgerichts stehe § 15 Abs. 6 AGG der Verlängerung des zwischen

den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht entgegen; denn diese folge aufgrund der Unwirksamkeit der Nichtverlängerungsmitteilung bereits unmittelbar aus § 96 Abs. 2 NV-Bühne und stehe nicht einer Neueinstellung im Sinne von § 15 Abs. 6 AGG gleich.

Der Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt wurde der hiesigen Aufhebungsklägerin am 18.03.2015 zugestellt. Sie hat am 27.03.2015 beim zuständigen Arbeitsgericht Köln Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs erhoben. Zur Begründung führte die Aufhebungsklägerin aus, dass das Bühnenoberschiedsgericht gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG Rechtsnormen verletzt habe.

So habe das Bühnenoberschiedsgericht die Bedeutung der nach § 96 NV-Bühne vorgeschriebenen Anhörung verkannt. Es habe übersehen, dass die Mitteilung des Intendantenwechsels als Grund für die Nichtverlängerung ausreiche und weitere Gründe nicht mitgeteilt werden müssten. Zudem habe das Bühnenoberschiedsgericht es versäumt, den angebotenen Beweis durch Vernehmung des designierten Intendanten N D als Zeugen zu erheben. Der Zeuge D hätte Auskünfte über den Verlauf der Anhörung der Beklagten und vor allem auch über seine künstlerische Konzeption geben können und damit auch die Nichtverlängerung der Verträge der streitgegenständlichen Tänzer/-innen erklären können, die nicht vorrangig auf Grundlage ihres Alters erfolgt sei. Das Bühnenoberschiedsgericht habe weiter verkannt, dass die Aufhebungsklägerin die Auffassung vertreten habe, sie müsse zu einer Nichtverlängerung aus Anlass eines Intendantenwechsels nichts weiter darlegen, damit aber keineswegs die behauptete Altersbenachteiligung unstreitig gestellt habe. Die Aufhebungsklägerin hat in ihrer Aufhebungsklage eine Anlage K 4 (Bl. 32 d. A.) vorgelegt, aus der sich u.a. ergeben soll, dass der älteste Gruppentänzer keine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten habe. Außerdem sei dem Bezirksbühnenschiedsgericht darin zuzustimmen, dass selbst ein etwaiger Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG wegen § 15 Abs. 6 AGG nicht zu einer Verlängerung des Vertrages, sondern allenfalls zu Schadensersatzansprüchen führen könne.

Das Arbeitsgericht Köln hat mit Urteil vom 22.12.2015 die Aufhebungsklage abgewiesen. Es ist der Auffassung des Bühnenoberschiedsgerichts beigetreten, dass die Nichtverlängerungsmitteilung wegen Altersdiskriminierung unwirksam und die Aufhebungsbeklagte daher auch weiter zu beschäftigen sei. Es hat dahingestellt sein lassen, ob die Aufhebungsklägerin mit ihrer erstmals in der Aufhebungsinstanz vorgelegten Anlage K 4 und dem entsprechenden Tatsachenvortrag zur nicht gegebenen Altersdiskriminierung nicht ohnehin bereits ausgeschlossen gewesen sei. Denn selbst aus der Anlage K 4 ergebe sich, dass die Aufhebungsklägerin von den fünf ältesten Gruppentänzern drei nicht verlängert habe, was ebenfalls indiziell eine Altersdiskriminierung indiziere, die die Aufhebungsklägerin nicht habe widerlegen können. Auch dass die Klägerin zwischenzeitlich – unstreitig – eine Abfindung nach § 97 NV-Bühne in Höhe von . -- € erhalten habe, schließe die Vertragsfortsetzung nicht aus.

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde der Aufhebungsklägerin am 27.01.2016 zugestellt. Sie hat hiergegen am 11.02.2016 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Frist am 29.04.2016 begründet.

Die Berufungsklägerin macht geltend, dass nach bisheriger Rechtsprechung der eindeutige und abschließende Hinweis auf einen Intendantenwechsel als Grund für den Ausspruch einer Nichtverlängerungsmitteilung ausreiche. Entgegen der Meinung des Arbeitsgerichts sei ein designierter Intendant nicht verpflichtet, seine neue künstlerische Ausrichtung darzulegen oder gar zu beweisen. Dem Anhörungsgespräch sei folglich kein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot zu entnehmen.

Aber auch die Darstellung des Arbeitsgerichts sei unrichtig, dass mehr als die Hälfte der ältesten Tänzer nicht verlängert worden sei. Aus der Anlage K 4 ergebe sich, dass eine ganze Reihe von gleichaltrigen oder gar älteren Tänzern nicht nichtverlängert worden seien. Somit sei auch die vom Arbeitsgericht als Rückschluss bezeichnete Schlussfolgerung, das Alter der

Berufungsbeklagten sei Bestandteil eines Motivbündels für die Nichtverlängerung gewesen, unrichtig. Sie, die Berufungsklägerin, habe dadurch, dass sie ältere Tänzer weiterbeschäftigt hat, den Beweis erbracht, dass ausschließlich der Intendantenwechsel der Grund der Nichtverlängerung gewesen und das Alter nicht Teil eines Motivbündels gewesen sei. Der Intendant habe nur so viele Tänzer nicht verlängert, wie notwendig gewesen sei, um seine künstlerischen Ziele zu erreichen.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 22.12.2015,
6 Ha 10/15, abzuändern, den Schiedsspruch des
Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt am Main vom
09.02.2015, BOSchG 5/14 aufzuheben und die
Klage abzuweisen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung der Aufhebungsklägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, das Bühnenoberschiedsgericht und Arbeitsgericht den Rechtsstreit richtig entschieden hätten. Die Berufungsbeklagte macht ferner geltend, dass die Berufungsklägerin mit der Vorlage der erst im revisionsähnlich ausgestalteten Aufhebungsverfahren vor dem Arbeitsgericht beigebrachten Anlage K 4 ausgeschlossen sei. Im Übrigen belege selbst diese Anlage auch das Indiz der Altersdiskriminierung; denn die in der Anlage aufgeführten Solotänzer/-innen und diejenigen Ballettmitglieder, die wegen einer über 15jährigen Beschäftigung tariflich weiterbeschäftigt werden müssten, seien aus der Betrachtung auszunehmen.

Auf den vollständigen Inhalt der Berufungsbegründungsschrift der Berufungsklägerin und der Erwidernungsschrift der Berufungsbeklagten wird ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung der Aufhebungsklägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 22.12.2015 ist zulässig. Die Berufung ist gemäß § 64 Abs. 2 c) ArbGG statthaft. Sie wurde auch formell ordnungsgemäß und innerhalb der in § 66 Abs. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen eingelegt und begründet.

II. Die Berufung der Aufhebungsklägerin kann jedoch keinen Erfolg haben. Das Arbeitsgericht hat in dem angegriffenen Urteil die Aufhebungsklage zu Recht zurückgewiesen. Der Schiedsspruch des Bühnenoberschiedsgerichts Frankfurt am Main vom 09.02.2015 ist nicht zu beanstanden. Das Bühnenoberschiedsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Nichtverlängerungsmitteilung der dortigen Beklagten vom 28.06.2013 unwirksam ist und der Arbeitsvertrag der Parteien sich daher nach § 96 Abs. 2 NV-Bühne (zunächst) um ein Jahr verlängert.

1. Die Nichtverlängerungsmitteilung im Sinne von § 96 NV-Bühne stellt zunächst vordergründig nur einen Hinweis darauf dar, dass sich der zwischen den Parteien bestehende befristete Arbeitsvertrag nach dem Willen der Arbeitgeberin nicht verlängern soll. Im Allgemeinen finden wirksam befristete Arbeitsverträge ohne weiteres Zutun der Arbeitsvertragsparteien mit dem Ablauf des Befristungszeitraums ihr Ende. Dementsprechend stellt die Nichtverlängerungsmitteilung auch keine Kündigung dar. Eine gerichtliche Überprüfung einer Nichtverlängerungsmitteilung auf deren sachliche Rechtfertigung findet grundsätzlich nicht statt (BAG vom 06.04.2011, 7 AZR 524/09, NZA 2011, 970; LAG Köln vom 03.06.2014, 12 Sa 911/13). Das Kündigungsgesetz findet auf die Nichtverlängerungsmitteilung keine Anwendung.

2. Nach § 96 Abs. 2 NV-Bühne besteht allerdings die tarifrechtliche Besonderheit, dass sich das befristete Arbeitsverhältnis des Bühnenkünstlers automatisch um ein Jahr verlängert, wenn eine Nichtverlängerungsmitteilung nicht oder nicht wirksam vorgenommen worden ist (vgl. BAG vom 15.05.2013,

7 AZR 665/11, ZTR 2014, 40). Der Arbeitgeber, der den Willen gebildet hat, das befristete Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Befristungszeitraums enden zu lassen, ist somit gehalten, eine – wirksame – Nichtverlängerungsmitteilung vorzunehmen, um die Rechtsfolge des § 96 Abs. 2 NV-Bühne zu vermeiden. Aus diesem Grunde stellt die Nichtverlängerungsmitteilung letztlich doch mehr dar als nur einen deklaratorischen Hinweis auf eine allgemeine Rechtslage im Befristungsrecht, verbunden mit der bloßen Absichtserklärung, keine weiteren, die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bedingenden Geschäfte vornehmen zu wollen. Da die Nichtverlängerungsmitteilung notwendig ist, um das Ende des befristeten Bühnenarbeitsverhältnisses zum Ablauf des Befristungszeitraums herbeizuführen, handelt es sich um eine auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete rechtsgeschäftliche Willenserklärung (ebenso: LAG Köln vom 03.06.2014, 12 Sa 911/13; offengelassen in BAG vom 23.10.1991, 7 AZR 56/91).

3. Auch wenn eine Nichtverlängerungsmitteilung anders als eine Kündigung, die unter den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, an sich keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf, ist sie darauf hin zu überprüfen, ob sie gegen höherrangige gesetzliche Verbote verstößt (der Sache nach ebenso: BAG vom 23.10.1991, 7 AZR 56/91). § 134 BGB bestimmt nämlich, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

a. Auch eine Nichtverlängerungsmitteilung, die mit einem Intendantenwechsel begründet wird, darf im Einzelfall nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Auch wenn §§ 96, 97 NV-Bühne die Nichtverlängerung eines befristeten Bühnenarbeitsvertrages für den Fall eines Intendantenwechsels erleichtern wollen, stellen § 134 BGB und die darin in Bezug genommenen gesetzlichen Verbotsnormen im Vergleich zum Tarifrecht höherrangiges Recht dar.

b. Zu den in § 134 BGB angesprochenen gesetzlichen Verbotsnormen gehören auch die §§ 1, 3, 7 Abs. 1 des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

Eine Nichtverlängerungsmitteilung, die eine nach § 7 Abs. 1 AGG verbotene Benachteiligung des Bühnenkünstlers aufgrund eines der in § 1 AGG genannten persönlichen Merkmale darstellt, ist nichtig.

c. Die Klägerin des Schiedsgerichtsverfahrens und jetzige Aufhebungsbeklagte hat bereits in den Schiedsgerichtsinstanzen schlüssig dargelegt, dass Indizien dafür bestehen, dass die Nichtverlängerungsmitteilung vom 28.06.2013 zumindest auch im Hinblick auf ihr für eine Berufsballetttänzerin bereits fortgeschrittenes Lebensalter vorgenommen wurde.

aa. Es kommt dabei nicht darauf an, ob das Lebensalter der Aufhebungsbeklagten seinerzeit den alleinigen oder allein maßgebenden Grund für die Vornahme der Nichtverlängerungsmitteilung bildete. Eine nach § 7 Abs. 1 AGG verbotene Benachteiligung liegt vielmehr schon dann vor, wenn eines der in § 1 AGG genannten Kriterien den Bestandteil eines Motivbündels darstellt, das für die die Bühnenkünstlerin zurücksetzende Entscheidung der Arbeitgeberseite ausschlaggebend war (BAG vom 18.02.2014, 3 AZR 833/12, NJW 2011, 2458; LAG Köln vom 03.06.2014, 12 Sa 911/13).

bb. Die Aufhebungsbeklagte war im Zeitpunkt des Zugangs der streitigen Nichtverlängerungsmitteilung 36 Jahre alt und wäre am 31.07.2014, dem Zeitpunkt, zu dem das Engagement nach dem Willen der Aufhebungsklägerin hätte enden sollen, 37 Jahre alt gewesen. Sie befand sich damit auch nach der Diktion der Aufhebungsklägerin bereits im „*vorgerückten Tanzalter*“.

cc. Zusammen mit der Aufhebungsbeklagten erhielten allerdings auch die Gruppentänzer (Parallelverfahren Köln, 7 Sa 180/16, beendet durch Vergleich) und eine Nichtverlängerungsmitteilung. Auch diese Gruppentänzer befanden sich im „*vorgerückten Tanzalter*“ (Jahrgang 1974, bzw. 1978). In beiden Bühnenschiedsgerichtsinstanzen war bis zuletzt unstreitig, dass es sich bei der Aufhebungsbeklagten und ihren Kollegen und „*um die drei ältesten Tanzgruppenmitglieder*“, bzw. „*die lebensältesten Mitglieder*“

des *Balletts*“ handelte. Konsequenterweise wurde dies sowohl im Schiedsspruch des Bezirksbühnenschiedsgerichts Berlin vom 05.05.2014 wie auch in dem Schiedsspruch des Bühnenschiedsgerichts Frankfurt am Main vom 09.02.2015 im unstreitigen Teil des Tatbestands dargestellt.

dd. Die Behandlung dieser Behauptung der damaligen Klägerin als unstreitig beruht auch nicht auf einem Verfahrensverstoß der Bühnenschiedsinstanzen. Einen solchen hat die Aufhebungsklägerin nicht aufzeigen können. Unerheblich erscheint, dass sie in den Bühnenschiedsinstanzen dem Tatsachenvortrag der dortigen Klägerin nach eigenem Bekunden deshalb nicht entgegengetreten sein will, weil sie ihn in Anbetracht der Tatsache, dass die Nichtverlängerungsmitteilung mit einem Intendantenwechsel begründet wurde, für unerheblich hielt. Aus welchen Motiven heraus die Partei eines zivilrechtlichen Streitverfahrens es unterlässt, einem gegnerischen Tatsachenvortrag entgegenzutreten, ist für dessen Einordnung als unstreitiger Tatsachenvortrag ohne Bedeutung, zumal das (Schieds-)Gericht solche Motive nicht kennen kann.

ee. Dies gilt umso mehr, als bereits das erstinstanzliche Bühnenschiedsgericht Berlin unter Ziffer 3.4 der Entscheidungsgründe seines Schiedsspruchs ausgeführt hat, dass die dortige Beklagte der von der dortigen Klägerin erhobenen Rüge der Altersdiskriminierung nicht ausreichend entgegengetreten ist. Das erstinstanzliche Bühnenschiedsgericht hat die Klage lediglich deshalb abgewiesen, weil es angenommen hat, dass der Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG wegen § 15 Abs. 6 AGG nicht zu der Rechtsfolge eines Fortbestands des Arbeitsverhältnisses der Parteien führen könne.

ff. Den Umstand, dass ausgerechnet die drei lebensältesten von insgesamt 41 Tanzgruppenmitgliedern eine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten hatten, haben die Vorinstanzen zu Recht als gewichtiges Indiz dafür gewertet, dass die seinerzeitigen Nichtverlängerungsmitteilungen – zumindest auch – maßgeblich darauf beruhten, dass sich die fraglichen Ballettmitglieder in einem „vorgerückten Tanzalter“ befanden.

d. Liegen entsprechende Indizien einer Altersdiskriminierung vor, so trifft den Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Dieser Beweislast, der auch eine entsprechende Darlegungslast vorgelagert ist, ist die Aufhebungsklägerin weder in den Schiedsgerichtsinstanzen noch in den Instanzen der Aufhebungsklage ausreichend gerecht geworden.

aa. Die Aufhebungsklägerin hat sich vielmehr darauf beschränkt, ihre Rechtsauffassung darzustellen, dass ein Intendantenwechsel als Begründung für eine Nichtverlängerung stets ausreiche und es auf die von der damaligen Klägerin angenommene Altersdiskriminierung nicht ankomme, da der Tarifvertrag mit seiner Abfindungsregelung in § 97 NV-Bühne einen Schadensausgleich bereit halte. Das Bühnenoberschiedsgericht hat daraus, aus Sicht des Berufungsgerichts zu Recht, folgenden Schluss gezogen:

„Die Beklagte bestätigt damit vielmehr inzident, dass das Alter der Klägerin und ihrer Kollegen, wenn nicht das einzige Motiv, so doch zumindest ein Teil des Motivbündels war, das zur getroffenen Auswahlentscheidung führte. Denn aus ihrem Vortrag folgt in eindeutiger Weise, dass sie sich zur Nichtverlängerung der Arbeitsverträge mit den ältesten Tanzgruppenmitgliedern im Rahmen eines Intendantenwechsels für berechtigt hielt.“

bb. In ihrer Aufhebungsklage vom 27.03.2015 beanstandet die Aufhebungsklägerin u. a., dass das Bühnenoberschiedsgericht den designierten Intendanten D nicht als Zeugen angehört habe. Wäre dies geschehen, *„hätte er seine künstlerische Konzeption erklären können und damit auch die Nichtverlängerung der streitgegenständlichen Tänzer, die nicht vorrangig [!] auf Grundlage ihres Alters erfolgte....“*. Auch diese Formulierung der Aufhebungsklägerin erscheint nicht geeignet, die für eine Altersdiskriminierung sprechenden Indizien im Sinne von § 22 AGG zu entkräften, sondern bestätigt wiederum eher, dass das Lebensalter der Aufhebungsbeklagten und ihrer beiden Kollegen Teil des Motivbündels war, welches zur Nichtverlängerung der Verträge führte.

cc. Im Übrigen hatte das Bühnenoberschiedsgericht den designierten Intendanten Duato zu Recht nicht als Zeugen vernommen; denn die Funktion einer Zeugenaussage im Zivilprozess besteht darin, zuvor zunächst von einer Partei dargelegten Tatsachenvortrag zu bestätigen oder zu widerlegen. Er besteht dagegen nicht darin, dass Zeugen etwas „*erklären*“, was zuvor von keiner Partei dargelegt worden ist.

e. Ohne Erfolg versucht die Aufhebungsklägerin des Weiteren in der Aufhebungsklage, die von der Aufhebungsbeklagten vorgetragenen und in den Schiedsinstanzen unstreitigen Tatsachen zu entkräften, die die Vorinstanzen als Indiz für eine Diskriminierung der Aufhebungsbeklagten wegen ihres Lebensalters gewertet haben.

aa. Die Aufhebungsklägerin hat ihrer Aufhebungsklage eine Anlage K 4 (Bl. 32 d. A.) beigefügt, die belegen soll, dass es sich bei der Aufhebungsbeklagten und ihren Kollegen und in Wirklichkeit nicht um die ältesten Ensemblemitglieder gehandelt habe und dass weitere „im vorgerückten Tanzalter befindliche“ Ensemblemitglieder keine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten hätten.

bb. Mit der Vorlage der Anlage K 4 und dem dazu gehaltenen Sachvortrag ist die Aufhebungsklägerin in den Aufhebungsinstanzen ausgeschlossen; denn es handelt sich insoweit um neuen Tatsachenvortrag. Die arbeitsgerichtlichen Instanzen werden im Rahmen einer Aufhebungsklage nach § 110 ArbGG wie Revisionsinstanzen tätig. Gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG kann eine Revision nur darauf gestützt werden, dass das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht. Das Revisionsverfahren dient dazu, die rechtliche Beurteilung des von den Tatsacheninstanzen festgestellten Sach- und Streitstandes zu überprüfen. Dagegen kann der Sach- und Streitstand in der Revisionsinstanz nicht mehr durch Vortrag neuer entscheidungserheblicher Tatsachen verändert werden.

cc. Die Revisionsähnlichkeit der Aufhebungsklage wird dadurch unterstrichen, dass § 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG wortgleich mit § 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG bestimmt, dass auf Aufhebung eines Schiedsspruchs geklagt werden kann, „*wenn der Schiedsspruch auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht*“. Die Aufhebungsklägerin hatte spätestens, als das Bühnenschiedsgericht erster Instanz den Tatbestand einer Altersdiskriminierung festgestellt hatte, allen Grund und Anlass, Tatsachen vorzutragen und unter Beweis zu stellen, mit denen dies in Frage gestellt werden konnte. Dies hat sie jedoch in den Schiedsgerichtsinstanzen unterlassen. Im Rahmen der Aufhebungsklage kann sie nicht mehr damit gehört werden.

f. Unabhängig davon wäre aber auch der Auffassung des Arbeitsgerichts beizutreten, dass Indizien für eine Altersdiskriminierung der Aufhebungsbeklagten selbst dann nicht ausgeräumt sind, wenn man die Einführung der Anlage K 4 in den Prozess durch die Aufhebungsklägerin noch zuließe.

aa. Nach Auffassung des Berufungsgerichts zu Recht beschränkt die Aufhebungsbeklagte den Kreis der mit ihr vergleichbaren Balletttänzer/-innen auf die Gruppentänzer, die noch keine 15 Jahre bei der Bühne beschäftigt sind und deshalb im Falle einer Nichtverlängerungsmitteilung keinen Anspruch darauf haben, vom Arbeitgeber anderweitig weiterbeschäftigt zu werden.

bb. Wertet man die Anlage K 4 auf diese Vergleichsgruppe hin aus, so zeigt sich, dass mit der Aufhebungsbeklagten und ihren Kollegen zwei der drei lebensältesten Gruppentänzer/-innen eine Nichtverlängerungsmitteilung erhalten haben. Dem Arbeitsgericht ist darin beizutreten, dass auch dies zusammen mit den übrigen angesprochenen Gesichtspunkten als Indiz dafür ausreicht, dass bei der Entscheidung, eine Nichtverlängerungsmitteilung auszusprechen, das Lebensalter der Betroffenen zumindest auch ausschlaggebend war.

g. Die Aufhebungsklägerin hat auch keinen Versuch unternommen, die nach Maßgabe des Vorstehenden indizierte Benachteiligung der Aufhebungsbeklagten wegen ihres Lebensalters mit sachlichen Gründen im Sinne von § 8 AGG zu rechtfertigen.

h. Beinhaltet die Nichtverlängerungsmitteilung gegenüber der Aufhebungsbeklagten vom 28.06.2013 somit eine von der Aufhebungsklägerin nicht entkräftete und nicht gerechtfertigte Benachteiligung wegen ihres Lebensalters, so erweist sich die Nichtverlängerungsmitteilung gemäß § 134 BGB als nichtig.

4. Die Nichtigkeit der Nichtverlängerungsmitteilung führt nach § 96 Abs. 2 NV-Bühne dazu, dass sich das Arbeitsverhältnis der Parteien automatisch zunächst um eine weitere Spielzeit verlängert hat. Dem steht § 15 Abs. 6 AGG nicht entgegen. Auch insoweit tritt das Berufungsgericht dem Bühnenoberschiedsgericht und dem Arbeitsgericht bei.

§ 15 Abs. 6 AGG bestimmt u. a., dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses hervorruft. Diese Vorschrift passt nicht auf Fälle wie den vorliegenden. Die Aufhebungsbeklagte macht vorliegend keinen Anspruch auf Begründung eines neuen Beschäftigungsverhältnisses geltend, sondern einen Anspruch auf Fortsetzung eines bereits zuvor begründeten und im Zeitpunkt der Nichtverlängerungsmitteilung, also des benachteiligenden Umstands, bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich bereits aus § 96 Abs. 2 NV-Bühne und nicht erst aus den Vorschriften des AGG selbst (ebenso: LAG Köln vom 03.06.2014, 12 Sa 911/13).

5. Die Aufhebungsklage konnte somit auch in der Berufungsinstanz keinen Erfolg haben.

III. Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs.1 ZPO.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zuzulassen, da noch nicht alle durch den vorliegenden Fall aufgeworfenen Rechtsfragen, soweit ersichtlich, höchstrichterlich geklärt sind.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Urteil kann von der Aufhebungsklägerin

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für die Aufhebungsbeklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat 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 Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift 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 Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse 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 Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.

Dr. Czinczoll

Wenn

Bürgerhausen