

Die betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung
von Bühnenbetrieben

von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I) Einleitung

Theaterkassen gehen anders. Ohne daß sich die juristische Öffentlichkeit viel darum gekümmert hätte, hat sich im Bereich der Bühnenbetriebe eine arbeitsrechtliche Sonderordnung erhalten, die nur relativ wenige Gemeinsamkeiten mit dem Arbeitsrecht von Industriebetrieben oder gewöhnlichen Dienstleistungsunternehmen hat. Ich will diese Sonderordnung, die durch die tariflichen Schiedsgerichte eine zusätzliche Verstärkung erfuhr, hier nicht im einzelnen charakterisieren. Am heutigen Nachmittag geht es vielmehr nur um zwei, allerdings sehr wesentliche Spezifika der Bühnenbetriebe: Die Befristung praktisch aller Arbeitsverhältnisse und der sogenannte Tendenzschutz. Beide hängen eng miteinander zusammen; die Freiheit des Intendanten zur Verwirklichung seiner Vorstellungen wird auch und gerade deshalb zum Problem, weil der in anderen Tendenzbetrieben jedenfalls prinzipiell eingreifende Kündigungsschutz angesichts der Befristungspraxis so gut wie garnicht wirksam wird.

Im Folgenden soll es um die Frage gehen, welche Möglichkeiten die betriebliche Interessenvertretung besitzt, um soziale Korrekturen zu erzwingen. Dabei wird es entgegen der Formulierung des Themas nicht ausschließlich um den Betriebsrat gehen; da zahlreiche Theater als Regiebetriebe der öffentlichen Hand geführt werden¹⁾, muß auch die in solchen Fällen eingreifende Personalvertretung einbezogen werden.

II) Tendenzschutz bei Bühnenbetrieben - allgemeine Grundsätze

Fragt man nach den Rechtsnormen, die die betriebliche Interessenvertretung in Bühnenbetrieben regulieren, so erhält man sehr unterschiedliche Antworten. Woltereck hat mit Recht davon gesprochen, hier sei die Landkarte des Rechts "immer noch bunt-scheckig wie ein Narrenkostüm"²⁾. Wie verhält es sich konkret?

Soweit das Theater in privatrechtlicher Form organisiert ist, greift das Betriebsverfassungsgesetz ein. Dies gilt einmal für alle Privattheater, aber auch für Bühnenbetriebe der öffentlichen Hand, die in Form einer GmbH eines eingetragenen Vereins, als Genossenschaft oder auch als Aktiengesellschaft betrieben werden. In allen diesen Fällen muß ein Betriebsrat gewählt werden, der grundsätzlich alle Rechte aus dem BetrVG besitzt. "Grundsätzlich" bedeutet nun allerdings, daß man die Ausnahme gleich mitdenken muß: Nach § 118 Abs.1 Ziffer 1 BetrVG gilt dies nicht, wenn die künstlerische Eigenart des Unternehmens oder Betriebs entgegensteht. Nach einer mittlerweile gefestigten und vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Rechtsprechung des BAG bedeutet dies nur, daß Mitbestimmungsrechte, nicht aber sonstige Einflußmöglichkeiten des Betriebsrats gegenüber dem künstlerischen Leiter versagen³⁾. Weiter setzt der die betriebliche Interessenvertretung beschränkende Tendenzschutz voraus, daß die in Frage stehende Maßnahme einen "Tendenzträger" (hier also: einen überwiegend künstlerisch tätigen Arbeitnehmer) betrifft und daß sie "tendenzbezogen" ist, also ihre Begründung in der spezifisch künstlerischen Zielsetzung des Unternehmens hat. Geht es um die Arbeitsverhältnisse von Reinigungskräften oder Garderobefrauen, so greift der Tendenzschutz ebensowenig ein wie dann, wenn ein Schauspieler wegen Krankheit (und damit aus einem tendenzunabhängigen Grund) nicht weiter beschäftigt wird. Im einzelnen kann die Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten, doch kann dies hier nicht im einzelnen weiter verfolgt werden.

Wird das Theater als Regiebetrieb der öffentlichen Hand oder als Anstalt der öffentlichen Rechts geführt, so ist es im Rechtssinne eine "Dienststelle"; es unterliegt damit dem Personalvertretungsrecht. Da es wegen der Kulturhoheit der Länder jedenfalls im Inland kein Bundestheater gibt, greifen die Personalvertretungsgesetze der einzelnen Länder ein. Sie enthalten

für den hier interessierenden Bereich sehr unterschiedliche Regelungen, da § 95 Abs.1 BPersVG dem Landesgesetzgeber insoweit freie Hand läßt⁵⁾. Das Bundesland Bremen hat als einziges keinen "öffentlich-rechtlichen Tendenzschutz" eingeführt und behandelt die Bühnenbetriebe wie andere Dienststellen. Mit Rücksicht auf die Generalklausel des § 52 unterliegen demnach alle Maßnahmen der Theaterleitung der Mitbestimmung durch den Personalrat⁶⁾. In allen anderen Bundesländern hat man es für notwendig gehalten, in Bezug auf die überwiegend künstlerisch tätigen Arbeitnehmer eine Sonderregelung einzuführen. Sie reicht von der im Grunde harmlosen Regelung, daß die Ausübung der Mitbestimmungsrechte von einem entsprechenden Ersuchen des betroffenen Arbeitnehmers abhängt⁷⁾, bis zu einem generellen Ausschluß aller Beteiligungsrechte (also nicht nur der Mitbestimmungsrechte!) in personellen Angelegenheiten⁸⁾. Die Regelungen sind insofern ungleich schematischer als die des § 118 BetrVG, als sie nicht auf die Tendenzbezogenheit bestimmter Maßnahmen abstellen und auch nicht nur Mitbestimmungsrechte betreffen. Auch wenn ein überzeugender Grund für die Differenzierung zwischen personalvertretungsrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Regelung fehlt, wird es angesichts der in den 50er Jahren eingeführten Zweiteilung der Interessenvertretung schwer fallen, hier von einem Verstoß gegen das Willkürverbot des Art.3 Abs.1 GG zu sprechen. Daß die landesrechtlichen Regelungen unterschiedlich ausfallen, obwohl die Sachprobleme identisch sind, ist in einem föderalistischen Gemeinwesen sowieso selbstverständlich.

III) Die Rechte der betrieblichen Interessenvertretung bei Nichtverlängerung von Arbeitsverträgen

Ob und in welchem Umfang Beteiligungsrechte des Betriebsrats bzw. des Personalrats bestehen, ist unter den gegebenen Verhältnissen insbesondere dann von Bedeutung, wenn ein bestehendes

Arbeitsverhältnis in der folgenden Spielzeit nicht fortgesetzt werden soll. Geht man einmal davon aus, daß Arbeitsverhältnisse in Bühnenbetrieben zulässigerweise befristet werden können, so scheint - vom Sonderfall des bremischen Personalvertretungsrechts einmal abgesehen^{8a)} die Mitbestimmungsfrage schnell erledigt: Ohne daß man überhaupt auf die Tragweite des Tendenzschutzes zurückgreifen muß, fehlt es beim Auslaufen befristeter Arbeitsverhältnisse schon an einem Mitbestimmungstatbestand, da beispielsweise § 102 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat nur bei "Kündigungen", nicht aber bei sonstigen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einschaltet.

Die scheinbar so einfachen Dinge werden dadurch ungleich komplizierter, daß der Tarifvertrag über die Mitteilungspflicht Vorschriften enthält, die deutlich vom Normalmodell eines befristeten Arbeitsverhältnisses abweichen. Nach § 2 Abs. 1 des Tarifvertrags verlängert sich der für eine Spielzeit abgeschlossene Arbeitsvertrag automatisch um ein Jahr, wenn nicht bis zum 31. Oktober die eine Seite der anderen schriftlich mitgeteilt hat, sie beabsichtige nicht, den Arbeitsvertrag zu verlängern. Nach § 2 Abs. 2 desselben Tarifvertrags muß diese Erklärung bereits am 31. Juli eingegangen sein, wenn das Arbeitsverhältnis bereits ununterbrochen mehr als 8 Jahre gedauert hat. Nach § 2 Abs. 3 kann der Arbeitgeber nach mehr als 15 Jahren Betriebszugehörigkeit "eine Nichtverlängerungsmittteilung nach Abs. 2 nur aussprechen, um das Arbeitsverhältnis unter anderen Vertragsbedingungen - auch außerhalb des im Arbeitsvertrag angegebenen Theaters - fortzusetzen!" Hat der Arbeitnehmer das 58. bzw. das 55. Lebensjahr vollendet, so kommt nur eine Weiterbeschäftigung im selben Theater in Betracht. Angesichts dieser Regeln liegt es nahe, die "Nichtverlängerungsmittteilung" als Kündigung zu betrachten, macht es doch für den betroffenen Arbeitnehmer scheinbar keinen Unterschied, ob sich der Arbeitsvertrag

ohne die Mitteilung automatisch verlängert oder ab erstmals zum Ende der Spielzeit unter Wahrung einer bestimmten Frist gekündigt werden kann. Wäre dem so, dann würden die Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung eingreifen, soweit nicht der Tendenzschutz entgegensteht.

Das Bühnenoberschiedsgericht⁹⁾ hat genau wie das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁾ den Standpunkt vertreten, es liege keine Kündigung vor. Die Mitteilungspflicht bringe nur das zum Ausdruck, was seit Jahrzehnten üblich sei. Der Tarifvertrag gehe nur insofern über die vorher bestehende Rechtslage hinaus, als die unterlassene Mitteilung jetzt zu einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führe, während der betroffene Arbeitnehmer früher auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt gewesen sei¹¹⁾. Es werde daher nicht der Vertragsinhalt geregelt, sondern lediglich die Verhandlung über einen neuen Vertrag vorverlegt und an bestimmte Fristen gebunden.

Soweit es nur um die schlichte Mitteilung der Nichtverlängerung geht, wird man dem schwerlich widersprechen können. Die Tarifparteien wollten in der Tat am Grundsatz des befristeten Arbeitsverhältnisses festhalten und nicht etwa ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Kündigungsmöglichkeit schaffen: Hätten sie dies gewollt, so wäre die ausdrückliche Bekundung in § 2 Abs. 1 Satz 1 des Tarifvertrags nicht verständlich, wonach das Arbeitsverhältnis mit dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Zeitpunkt endet. Weiter zeigt die jahrzehntelange Praxis, daß es offensichtlich nicht darum ging, die Mitteilung der Nichtverlängerung an bestimmte sachliche Voraussetzungen zu binden; dies wäre aber mit Rücksicht auf § 1 Abs. 2 KSchG der Fall, da dann in jedem Einzelfall die soziale Rechtfertigung belegt werden müßte. Tarifrechtlich gesprochen handelt es sich um Abschlußnormen, die als Adressatenkreis eben nicht beliebige Bewerber, sondern nur solche Personen kennen, die schon bisher eine kürzere oder eine längere Zeit beim Arbeitgeber beschäftigt waren. Damit erklären sich auch die in § 2 Abs. 3 des Tarifvertrags vorgesehenen Ansprüche

auf andere Arbeitsplätze zugunsten von langjährigen Beschäftigten.

Die Tatsache, daß es sich um keine Kündigung im Rechtssinne handelt, steht jedoch einer analogen Anwendung des § 102 Abs. 1 und 3 BetrVG und der entsprechenden Vorschriften der Personalvertretungsgesetze nicht entgegen. Ihrem Sinn und Zweck nach wollen diese Bestimmungen die Kooperation im Betrieb bzw. in der Dienststelle in zweierlei Weise fördern: Zum einen soll der betrieblichen Interessenvertretung die Möglichkeit gegeben werden, den Standpunkt der Belegschaft zu der beabsichtigten Maßnahme darzulegen, zum andern soll der Arbeitgeber seine Position verständlich machen und potentielle Gegengründe erfahren können, um so zu einer rationaleren Entscheidung zu gelangen. Dieser Grundgedanke greift dann nicht Platz, wenn es wie bei zulässig befristeten Arbeitsverhältnissen gar nichts zu entscheiden gibt, wenn lediglich der Automatismus der Fristen seinen Lauf nimmt. Im Falle der Mitteilung ist dies gerade nicht der Fall - hier können zahlreiche Gesichtspunkte für wie gegen eine bestimmte Arbeitgeberentscheidung ins Feld geführt werden. Die Tatsache, daß das Kündigungsschutzgesetz nicht eingreift, der Arbeitgeber also rechtlich kaum gebunden ist, steht der Einschaltung der betrieblichen Interessenvertretung nicht entgegen, da sie anerkanntermaßen auch dann nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört werden muß, wenn der zu kündigende Arbeitnehmer noch keine sechs Monate im Betrieb gearbeitet hat und deshalb das Kündigungsschutzgesetz nicht eingreift¹²⁾. Die Nähe der Mitteilung zur Kündigung wird trotz der anderen formalrechtlichen Konstruktion bei den langjährig Beschäftigten besonders deutlich: bei ihnen ist die Verstetigung des Arbeitsverhältnisses soweit gediehen, daß ähnlich wie nach dem BAT und anderen Tarifwerken des öffentlichen Dienstes allenfalls noch eine Versetzung in Betracht kommt. Wie groß die Chance für den Einzelnen ist, jemals in den Genuß dieser Vorschriften zu kommen, braucht uns an dieser Stelle nicht zu interessieren: fest steht, daß die Entscheidungssituation des Arbeitgebers wie die Betroffenheit des Arbeitnehmers genau

so wie bei der Kündigung beschaffen ist. Wertungsmäßig drängt sich daher eine Analogie auf, zumal sich anders als bei normalen befristeten Arbeitsverhältnissen auch keine praktischen Schwierigkeiten ergeben würden.

Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Nach der gesetzlichen Regelung werden Betriebsräte bzw. Personalräte auf 3 Jahre gewählt. Anders als bei der Bordvertretung in der Seeschifffahrt nach § 115 BetrVG, wo mit Rücksicht auf die relativ kurzfristigen Arbeitsverhältnisse eine einjährige Wahlperiode vorgesehen ist, ging der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, daß im Normalfall auch Theater-Betriebsräte zumindest drei Jahre im selben Bühnenbetrieb beschäftigt sind. Würde man nun die Mitteilung der Nichtweiterbeschäftigung als völliges aliud gegenüber der Kündigung behandeln, so wäre damit auch der Kündigungsschutz von Betriebs- bzw. Personalräten weithin gegenstandslos: Wo es praktisch nur befristete Arbeitsverhältnisse gibt, muß ein Betriebsrat bei entsprechendem Engagement immer damit rechnen, bei der Verlängerung seines Vertrags nicht eben bevorzugt zu werden. Das bedeutet ganz konkret, daß ein zentrales Anliegen der gesetzlichen Interessenvertretung - nämlich die Sicherung der Unabhängigkeit der Interessenvertreter - ausgehöhlt und unterlaufen würde. Sicherlich kann es auch in anderen Betrieben im Einzelfall vorkommen, daß ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt wird und so der nötigen Unabhängigkeit entbehrt - ist dies jedoch nicht nur ein Einzelfall sondern die Regel, so ist die Unabhängigkeit der Institution Betriebsrat insgesamt gefährdet. Das bedeutet, daß die "Mitteilung" betriebsverfassungsrechtlich wie eine Kündigung behandelt werden muß¹³⁾. Die Rechtsprechung des Bühnenoberschiedsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bedarf insoweit der Revision. Ein neues Verfahren in Gang zu setzen erscheint auch deshalb angebracht, weil sich die Rechtsgrundlagen seit Mitte der 60er Jahre, als die Entscheidungen ergingen, geändert haben. Zum einen sah der Tarifvertrag in der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Fassung vom 10.10.1947 lediglich eine Frist für die Mitteilung vor,

enthielt aber noch nicht den definitiven Arbeitsplatzschutz für langjährige und ältere Beschäftigte. Zum andern hat das Betriebsverfassungsgesetz 1972 der Einschaltung des Betriebsrats in die Kündigung einen höheren Stellenwert vermittelt als das Gesetz von 1952, was sich unter anderem daran zeigt, daß die Nichtanhörung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt und daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht besteht, das zur Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens führt. Weiter ist die Unabhängigkeit der betrieblichen Interessenvertretung dadurch verstärkt worden, daß die Kündigung nicht nur vom Vorliegen eines wichtigen Grundes, sondern auch davon abhängig gemacht wurde, daß die Betriebsratsmehrheit bzw. das Arbeitsgericht zustimmt. Entsprechendes gilt für die Personalvertretung.

Entschließt man sich nicht zu neuen gerichtlichen Verfahren, so gibt es nur zwei Wege, um der betrieblichen Interessenvertretung zu ihrem Recht zu verhelfen. Der Eine ist wirksam, wenn auch beschwerlich: Rechtlich bestehen keine Hindernisse, durch Tarifvertrag die Befristung zu verbieten und nur noch unbefristete Arbeitsverhältnisse mit Kündigungsmöglichkeiten vorzusehen. Der zweite Weg führt über den Gesetzgeber, der die Befristung einschränken oder aber die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ausdrücklich auf den Fall der "Mitteilung" erstrecken könnte. Soweit es um die Befristung als solche geht, wäre wohl auch der Landesgesetzgeber zuständig, da es ähnlich wie in Hochschulrecht um Spezifika bestimmter Beschäftigungsverhältnisse geht, die unmittelbar mit der Kulturhoheit der Länder zusammenhängen. Was die Mitbestimmung betrifft, so lassen sich Betriebsratsbefugnisse allerdings nur durch den Bundesgesetzgeber erweitern, während das hier einschlägige Personalvertretungsrecht ja Ländersache ist.

IV) Sozialplan bei Intendantenwechsel?

Ein weiteres "heißes Eisen" sind jene personalpolitischen

Konsequenzen, die mit dem Dienstantritt eines neuen Intendanten möglicherweise verbunden sind. Der erwähnte Tarifvertrag sieht in § 2 Abs. 7 Abfindungen vor, wenn der Arbeitnehmer in der ersten Spielzeit nach dem Intendantenwechsel aus diesem Anlaß eine Nichtverlängerungsmitteilung erhält. Dies steht jedenfalls im Geltungsbereich des BetrVG dem Abschluß eines Sozialplans nicht entgegen, da § 112 Abs. 1 Satz 4 ausdrücklich den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG ausschließt. Auch in der Personalvertretung, wo eine entsprechende Regelung fehlt, dürfte jedenfalls für solche Maßnahmen, die außerhalb des einen Jahres nach dem Intendantenwechsel getroffen wurden, dem Abschluß eines Sozialplanes nichts Grundsätzliches entgegenstehen. Auch der Tendenzcharakter steht nicht entgegen, da § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zwar den Interessenausgleich, nicht aber den Sozialplan ausschließt.

Voraussetzung für den Abschluß eines Sozialplanes ist im Anwendungsbereich des BetrVG, daß eine "Betriebsänderung" im Sinne des § 111 BetrVG vorliegt. Nach dem Katalog des § 111 Satz 2 BetrVG ist sie einmal dann gegeben, wenn der ganze Betrieb oder wenn wesentliche Betriebsteile eingeschränkt oder stillgelegt werden. Wie das BAG vor nicht allzu langer Zeit entschieden hat, liegt eine Betriebseinschränkung im Sinne dieser Vorschrift auch dann vor, wenn die Produktionskapazität als solche unverändert bleibt und wenn lediglich ein ins Gewicht fallender Personalabbau erfolgt¹⁴⁾. Richtschnur für die Relevanz des Personalabbaus sind die in § 17 Abs. 1 KSchG genannten Zahlen, die jedoch nicht innerhalb eines Monats, sondern lediglich auf Grund ein und derselben Maßnahme erreicht werden müßten. Konkret bedeutet dies, daß eine Betriebsänderung dann vorliegt, wenn in Betrieben zwischen 20 und 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer "abgebaut" werden oder wenn in Betrieben zwischen 60 und 500 Beschäftigten mehr als 25 oder 10 % der regelmäßig beschäftigten Belegschaft mit demselben Schicksal konfrontiert werden. Auch hier stellt sich allerdings wieder die Frage, ob § 111 Satz 2 Nr. 1 nur einen

Abbau auf Grund von Kündigungen oder auch auf Grund anderer Beendigungstatbestände erfaßt. Das BAG hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden, jedoch betont, daß es genüge, wenn der Arbeitgeber "notfalls" kündigen würde, wenn der "natürliche Abgang" für die geplante Personalverringerung nicht ausreichen sollte¹⁵⁾. Auch hier kann es keinen Unterschied machen, auf welche rechtliche Art und Weise der Personalabbau vor sich geht, zumal § 111 BetrVG schon seinem Wortlaut nach nicht an traditionelle rechtsgeschäftliche Tatbestände wie die Kündigung anknüpft, sondern den wirtschaftlichen Vorgang der "Betriebsänderung" bzw. Betriebseinschränkung in den Vordergrund stellt. Führt also der Intendantenwechsel dazu, daß ein Personalabbau in dem skizzierten Rahmen erfolgt, so muß ein Sozialplan abgeschlossen werden, was der Betriebsrat notfalls über die Einigungsstelle erzwingen kann. Geht es allerdings nur darum - und dies sei zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich betont -, daß das Personal ausgewechselt wird, ohne daß dadurch eine entsprechende Verringerung der Beschäftigtenzahl eintritt, so greift § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG nicht ein. Erwägenswert wäre, in solchen Fällen § 111 Satz 2 Nr. 5 eingreifen zu lassen, wonach eine Betriebsänderung auch bei Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden anzunehmen ist. Hier wird man allerdings im Einzelfall differenzieren müssen; so mag es Fälle geben, in denen wirklich von Grund auf anders gearbeitet wird, während sonst nur geringe Akzentverschiebungen und persönliche Präferenzen vorliegen mögen. Es bleibt daher ein großer Bereich, wo kein Sozialplan eingreift und die Betroffenen auf die Regelung des Tarifvertrags angewiesen sind. Erhalten sie ihre "Mitteilung" erst nach der ersten Spielzeit, so gehen sie insoweit leer aus. Im Bereich der Personalvertretung verhält es sich ähnlich, da dort der Sozialplan in der Regel an das Vorliegen einer "Rationalisierungsmaßnahme" geknüpft ist. Sie kann im Einzelfall vorliegen, braucht es aber nicht: So sind durchaus personalpolitische Maßnahmen neuer Intendanten denkbar, die nicht einmal den Anspruch erheben, irgend etwas mit Rationalisierung zu tun zu haben. Neue oder andersartige künstlerische Vorstellungen mögen im Gegenteil aufwendiger sein und von manchen Beobachtern

- zu Recht oder zu Unrecht, dies sei dahin gestellt - als absolut irrational eingestuft werden.

V) Freiheit der Kunst für alle Beteiligten?

Die Abschwächung der Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung wird gewöhnlich mit dem Argument gerechtfertigt, der Betriebsrat dürfe den Arbeitgeber nicht daran hindern, sein Grundrecht auf Pressefreiheit, Bekenntnisfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und eben auch Kunstfreiheit ungestört auszuüben¹⁶⁾. Dabei stellt sich jedoch das Problem, daß ja nicht nur der Arbeitgeber als solcher Inhaber des in Frage stehenden Grundrechts ist, sondern daß auch die Tendenzträger ihrerseits sich auf dasselbe Grundrecht berufen können. Dem Grundrecht der Pressefreiheit des Verlegers steht so unbestrittenermaßen das Grundrecht auf Pressefreiheit des Redakteurs gegenüber¹⁷⁾. Dasselbe gilt in unserem Zusammenhang: auch wenn manche Autoren offensichtlich nur die Kunstfreiheit des Intendanten im Auge haben¹⁸⁾, gibt es doch keinen ernsthaften Zweifel, daß auch die abhängig beschäftigten Schauspieler, Musiker und Tänzer Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG sind¹⁹⁾.

Das eigentliche Problem besteht nun darin, wie diese beiden Grundrechtssphären miteinander in Einklang zu bringen sind. In der Diskussion um die Pressefreiheit versucht man dies in der Weise, daß man die Richtlinienkompetenz dem Verleger überträgt, während dem Journalisten ein Kernbereich redaktioneller Eigenverantwortung innerhalb des so gezogenen Rahmens verbleiben soll²⁰⁾. Konkret bedeutet dies, daß es zweierlei Arten von Grundrechten gibt: Das Groß- oder Vollgrundrecht, das die Bestimmung der Ziele der Publikation und damit der Tendenz gestattet, und das Miniaturgrundrecht des Journalisten, der sich im Rahmen der von anderen gesetzten Vorgaben entfalten darf. Durch die Praxis der Befristung ist das Ungleichgewicht im Theater noch um einiges ausgeprägter: wer

sich dem Intendanten gegenüber auf seine Grundrechte beruft, hat gute Chancen, die nächste Spielzeit an einem anderen Ort zu verbringen oder einmal wöchentlich das Arbeitsamt aufzusuchen.

Das Grundgesetz kennt solche Abstufungen der Grundrechtsträgerschaft nicht. Konsequenterweise und dem Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG voll entsprechend wäre daher ein genossenschaftliches Modell, bei dem zumindest die zentralen personalpolitischen Entscheidungen in demokratischer Weise durch alle "Tendenzträger" getroffen werden. Auch wenn es Versuche dieser Art in der Praxis gibt²¹⁾, wäre es vermessen, ein entsprechendes rechtliches Gebot aus dem Grundgesetz herauszulesen. Die Grundrechte des Grundgesetzes sind primär Freiheitsrechte, von denen der einzelne im Rahmen seiner Möglichkeiten Gebrauch macht. Der Gesetzgeber kann hierfür Hilfe leisten, wozu ihn insbesondere das Sozialstaatsprinzip legitimiert. Er ist zur Intervention verpflichtet, um untragbare Zustände zu beseitigen und jedermann ein menschenwürdiges Dasein zu sichern. Daß diese Schwelle im hier untersuchten Bereich überschritten wäre, ist jedenfalls auf der Basis der hier vertretenen Auslegung nicht einsichtig. Hat der Gesetzgeber aber nicht interveniert, um einer bestimmten Freiheit zu praktischer Realisierung zu verhelfen, so sind ihre Träger auf das traditionelle zivilrechtliche Instrumentarium verwiesen. Das bedeutet beispielsweise im Rahmen der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, daß mangels staatlicher "Förderung" in vielen Klein- und Mittelbetrieben keine Gewerkschaft existiert, ein von der Verfassung garantiertes Grundrecht daher auf dem Papier steht. Der Arbeitnehmer ist unter diesen Bedingungen gezwungen, seine Berufsfreiheit nach Art. 12 allein in den Formen des Arbeitsvertragsrechts auszuüben, was praktisch der Unterwerfung unter das Diktat des Arbeitgebers gleichkommt. Die Beziehungen zwischen den verschiedenen Trägern des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG sind nun in derselben Weise der gesellschaftlichen Selbstregulierung überlassen. Das bedeutet, daß alle von der Rechtsordnung eröffneten Möglichkeiten einschließlich des Abschlus-

ses von Tarifverträgen eingesetzt werden können, um das Grundrecht der abhängig beschäftigten Künstler gegenüber dem Grundrecht des Intendanten zur Geltung zu bringen. Das Grundrecht ist insoweit ein Ermöglichungsrecht, ein Recht, für die eigenen Interessen kämpfen zu können, nicht aber eine Freifahrkarte in ein Theater der Freien und Gleichen, das man über den Rechtsweg erreichen könnte. Das Recht öffnet gewissermaßen die Türen - hindurchzugehen und vorwärtszuschreiten ist Sache der unmittelbar Betroffenen. Es ist ihnen überlassen, jene Mitbestimmungslücke zu schließen, die die Tendenzvorschriften gelassen haben.

Anmerkungen:

- 1.) Dünnwald (Die Rechtsstellung des Theaterintendanten, Diss.Köln 1964, S.38 ff.) berichtet, daß von 86 Theatern der öffentlichen Hand 54 als Regiebetriebe und nur 23 privatrechtlich, d.h. in der Regel als GmbH oder Verein organisiert waren.
- 2.) Woltereck, Mitbestimmung und künstlerische Vielfalt im Theater, PersV 1976, 86
- 3.) BAG AP Nr.2 und 4 zu § 118 BetrVG 1972; bestätigt durch BVerfG AuR 1980, 285 ff. Dazu eingehend Ihlefeld, Betriebsverfassungsrechtlicher Tendenzschutz und Pressefreiheit, AuR 1980, 257 ff.
- 4.) S. die Nachweise bei Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG, Kommentar, Neuwied und Darmstadt 1979, § 118 Rn 38
- 5.) Anders die Einschätzung bei Dietz-Richardi, Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 1978, § 95 Rn 15.
- 6.) Großmann-Rohr-Mönch, Bremisches Personalvertretungsrecht, Kommentar, Neuwied und Darmstadt 1979, § 1 Rn 99 unter Zitierung einer Entscheidung des VG Bremen vom 6.11.1978.
- 7.) § 90 Abs.1 Nr.2 HambPersVG
- 8.) § 81 bwPersVG. Ein Überblick über die landesrechtlichen Regelungen findet sich bei Woltereck PersV 1976, 86 f. und bei Dietz-Richardi, BPersVG, Vorbem. zu § 85, Rn 13 - 23
- 8a.) Mitbestimmung auch über Befristung: Großmann-Rohr-Mönch, § 65 Rn 162
- 9.) Entscheidung vom 11.6.1953, zitiert nach Engelhard-Ballerstedt, Personalvertretungsgesetz für das Land Niedersachsen, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1973, § 101 Rn 16a.
- 10.) BVerwGE 22, 92 ff.
- 11.) Vgl. auch Schöndienst-Dünnwald, Die bühnenrechtliche Nichtverlängerungsmittelung und das Personalvertretungsrecht, RdA 1966, 129 ff.

- 12.) BAG BB 1979, 322; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG-Kommentar, 12. Aufl., München 1977, § 102 Rn 2; Kammann-Hess-Schlochauer § 102 Rn 6; Bösche, Die Rechte des Betriebsrats bei Kündigungen, Köln 1979, S. 24
- 13.) Entgegen Schöndienst-Dünnwald RdA 1966, 133 bedeutet dies nicht, daß auch bei der Anwendung anderer Gesetze vom Vorliegen einer Kündigung ausgegangen wird. Eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 BetrVG wird im übrigen auch für vom Arbeitgeber veranlaßte Aufhebungsverträge vertreten - so Säcker, Kündigungsschutztagungen der IG Metall, Protokoll, Frankfurt/Main 1978, S. 143.
- 14.) BAG DB 1979, 1753; BAG DB 1979, 1896; BAG DB 1979, 1897
- 15.) BAG DB 1979, 1899
- 16.) Kammann-Hess-Schlochauer § 118 Rn 2; Däubler, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Reinbek 1977, S. 278 ff. mwN
- 17.) BVerfGE 20, 162, 175; zuletzt bestätigt in BVerfG AuR 1980, 285 ff. Aus der Literatur s. etwa Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe, 1979; Ihlefeld AuR 1980, 265
- 18.) Bezeichnend etwa Hewig, Künstlerische Regiebetriebe der öffentlichen Hand, BayVBl 1977, 38 re. Sp.
- 19.) Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl., München 1977 ff., Art. 5 Abs. III Rn 43 ff. Woltereck PersV 1976, 88
- 20.) Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 5 Rn 174 ff.
- 21.) S. Bittner-Roloff, Mitbestimmung als demokratischer Weg zur Selbstbestimmung. Zur Mitbestimmungsdiskussion am Theater, DuR 1975, 332 ff.