

**STRUKTURGUTACHTEN
THEATER UND ORCHESTER**

Band 1

Peter Raue · Gernod Meinel · Jan Hegemann

Hogan & Hartson Raue L.L.P.

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin, Deutschland

Telefon: +49 30 726 115 0

Telefax: +49 30 726 115 100

www.hhlaw.com

STRUKTURGUTACHTEN THEATER UND ORCHESTER

Rechtliche und strukturelle Rahmenbedingungen des Betriebs von
Theatern, Kulturorchestern und Opern in Deutschland unter
Betrachtung des Spannungsfeldes von freiwilligen kulturellen
Leistungen und Pflichtaufgaben der öffentlichen Hand

Gutachten

im Auftrage der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“
des Deutschen Bundestages
vorgelegt von den Rechtsanwälten

Prof. Dr. Peter Raue · Dr. Gernod Meinel · Prof. Dr. Jan Hegemann

HOGAN & HARTSON RAUE LLP

Berlin, im Dezember 2004

INHALTSÜBERSICHT

Band 1

Literaturverzeichnis	XIV
Einleitung	1
Erster Teil: Verfassungsrechtlicher Rahmen	7
A. Der Schutz der Kultur durch das Grundgesetz	7
B. Mögliche Reformen.....	7
I. Staatsziel Kultur	7
II. Schaffung von Kulturräumen	9
III. Mitwirkung des Bundes an der Förderung von Kunst und Kultur.....	10
C. Ergebnisse.....	11
Zweiter Teil: Europarechtlicher Rahmen	12
A. Einleitung	12
B. Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft	12
C. Andere Kompetenzen und Maßnahmen	13
I. Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 39 EG-Vertrag	14
II. Freier Dienstleistungsverkehr, Art. 49 EG-Vertrag	14
1. Rechtsrahmen	14
2. Bedeutung für Theater und Orchester	16
III. Beihilfenrecht	17
1. Darstellung des Rechtsrahmens.....	17
2. Bedeutung für Theater und Orchester	20
IV. Sonstige Maßnahmen.....	25

1. Richtlinie 2003/10/EG (Lärmschutz)	25
2. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums	28
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	29
Dritter Teil: Urheberrecht	31
A. Einleitung	31
B. Einführender Überblick über wesentliche Regelungsinhalte des Urheberrechtsgesetzes	32
I. Unterscheidung zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern	32
II. Unterscheidung zwischen Persönlichkeits- und Vermögensrechten	32
1. Persönlichkeitsrechte	32
2. Vermögensrechte	33
III. Übertragung von Nutzungsrechten	34
C. Praktischer Reformbedarf aus Sicht der Bühnen	34
I. Herstellung und zeitlich unbeschränkte Nutzung von Aufzeichnungen zu theaterinternen Zwecken	35
1. Gesetzeslage	35
2. Praxis der Bühnen	35
3. Fazit	37
II. Möglichkeit der zeitgleichen Übertragung von Aufführungen ins Foyer für zu spät kommendes Publikum	38
1. Gesetzeslage	38
2. Praxis der Bühnen	38
3. Fazit	39
III. Werbung der Theater im Internet mit Ausschnitten aus laufenden Produktionen	39

1. Gesetzeslage	39
2. Praxis der Bühnen	39
3. Fazit	41
IV. Möglichkeit der Nutzung bearbeiteter oder übersetzter Teile eines Werkes für Übertitelungsanlagen	41
1. Gesetzeslage	42
2. Praxis der Bühnen	42
3. Fazit	42
D. Forderung des Deutschen Bühnenvereins nach einer Reform des Urheberrechts- gesetzes	42
I. Änderung des § 19 Abs. 3 UrhG	43
1. Einfügung des Wortes „auch“ vor den Worten „außerhalb des Raumes“	43
2. Einfügung der Worte „sowie deren Text und Inhalt“ nach dem Wort „Auf- führung“	44
II. Änderung des § 58 Abs. 1 UrhG	44
III. Änderung des § 79 UrhG	45
IV. Streichung des § 53 Abs. 2 Unterabs. 2 Nr. 1 und 2 UrhG	46
V. Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG	48
E. Zusammenfassung	48
Vierter Teil: Organisationsstrukturen von Theatern und Orchestern	51
A. Betriebsformen	51
1. Theater	51
2. Kulturorchester	52
B. Rechtsformen	54
1. Grundsatz: Rechtsformneutralität	54
2. Häufigkeit der Rechtsformen	54

III. Darstellung der einzelnen Rechtsformen.....	56
1. Regiebetrieb	56
2. Eigenbetrieb.....	60
3. Zweckverband	64
4. Stiftung.....	66
5. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	71
6. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	75
7. Aktiengesellschaft (AG)	76
8. Eingetragener Verein (e. V.)	77
9. Genossenschaft.....	79
C. Leitungsstrukturen	82
I. Intendant.....	82
II. Verwaltungsdirektor bzw. Kaufmännischer Direktor	83
III. Kompetenzverteilung: Führungsmodelle	83
D. Aufsicht.....	84
I. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	84
II. Ergebnisse unserer Befragung	84
III. Eigene Bewertung	85
E. Verwaltung und Management.....	87
I. Ausgangslage	87
II. Auswertung unsere Befragung	87
1. Kooperation mit anderen Theater- oder Orchesterbetrieben	88
2. „Outsourcing“ von Leistungen.....	88
F. Zusammenfassende Bewertung	89

Fünfter Teil: Finanzierung	92
A. Allgemeines	92
B. Zuwendungen der öffentlichen Hand.....	93
I. Haushaltsgrundsätze	93
1. Jährlichkeit.....	93
2. Grundsatz der quantitativen, qualitativen und zeitlichen Spezialität.....	94
3. Prinzip der Nonaffektation.....	95
II. Rechnungslegung.....	95
III. Bewertung.....	96
IV. Lösungsansätze.....	96
1. Zuwendungsvertrag	96
2. Bei Förderung durch Zuwendungsbescheide: Generelle Möglichkeit der Bildung von Rücklagen	97
3. Doppelte Prüfungspflicht bei Eigenbetrieben nicht notwendig.....	97
C. Zuwendungen von privaten Einrichtungen oder Einzelpersonen	98
I. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden/Mitgliedsbeiträgen	98
1. Staffelung von Mitgliedsbeiträgen.....	99
2. Benefizveranstaltungen	99
II. Bewertung.....	100
D. Eigeneinnahmen.....	101
I. Allgemeines	101
II. Sponsoring.....	101
1. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen.....	101
2. Rechtsfolge für Sponsor	101
3. Rechtsfolge für Theater und Orchester.....	102
4. Bewertung.....	104

E. Zusammenfassung der Empfehlungen	105
Sechster Teil: Vergaberecht	107
A. Rechtlicher Rahmen	107
I. Rechtsgrundlagen.....	107
II. Regelungszweck.....	107
III. Regelungsinhalt	108
IV. Öffentliche Auftraggeber	109
1. Europäisches Vergaberecht	109
2. Nationales Vergaberecht	109
B. Bedeutung für die öffentlichen Theater und Orchester.....	110
I. Theater/Orchester als Auftragnehmer	110
II. Theater/Orchester als Auftraggeber	111
C. Bewertung.....	112
D. Ergebnis.....	113
Siebter Teil: Steuerrecht	115
A. Allgemeines	115
B. Ertragssteuer	116
I. Einnahmen aus Theater/Orchesterleistungen: Steuerfreier Zweckbetrieb	116
II. Einnahmen aus Nicht-Theater/Orchesterleistungen:	117
1. Steuerfreie Vermögensverwaltung oder steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb.....	117
2. Ermittlung des zu versteuernden Gewinns eines wirtschaftlichen Ge- schäftsbetriebs.....	118
3. Vorschlag	118

C. Umsatzsteuer.....	120
I. Leistungen der Theater/Orchesterbetriebe.....	120
1. Theater/Orchesterleistungen	120
2. Nicht-Theater/Orchesterleistungen.....	120
II. Leistungen freiberuflicher Künstler	121
1. Umsatzsteuerfreiheit für alle Einzelkünstler.....	122
2. Bescheinigungsverfahren gem. § 4 Nr. 20a S. 2 UStG	124
D. Lohnsteuer.....	125
E. Abzugssteuer bei im Ausland ansässigen Künstlern.....	126
I. Rechtliche Situation.....	126
1. Einkommensteuerrecht.....	127
2. Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung.....	128
3. Umsetzung der DBA in nationales Recht: Freistellungsverfahren	129
4. Zusammenfassung und Kritik	129
II. Vorschläge.....	130
1. Einheitlicher pauschaler Steuersatz.....	130
2. Reisekosten-Erstattung nicht Gegenstand von Steuerabzug	130
3. Vereinfachung des Freistellungsverfahrens.....	130
III. Hinweislich: Doppelbesteuerung von nicht-darbietenden Künstlern.....	132
1. Fallkonstellation: Im Ausland ansässiger nicht-darbietender Künstler ist in Deutschland tätig	132
2. Fallkonstellation: In Deutschland ansässiger nicht-darbietender Künstler ist im Ausland tätig.....	133
F. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge im Steuerrecht.....	133

Band 2

Achter Teil: Arbeitsrecht	135
A. Einführung	135
I. Die Bühnen und das Arbeitsrecht	135
II. Das Tarifsysteem der Bühnen	137
1. Der Deutsche Bühnenverein.....	138
2. Die Gewerkschaften	140
3. Tarifautonomie im Bühnenbereich	141
III. Grundannahmen und Vorgehensweise	143
B. Analyse der gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen.....	145
I. Arbeitszeit	145
1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen	145
2. Arbeitszeitgesetz und Europarecht – Ein Ausblick	155
3. Reformvorschläge – Ergebnis zu B.I.	156
II. Vergütung	161
1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen	161
2. Reformvorschläge – Ergebnis zu B.II.	166
III. Beendigung von Arbeitsverhältnissen – Insbesondere künstlerischer Bereich .	169
1. Befristungen.....	169
2. Beendigung durch Kündigung	179
IV. Teilzeitanspruch im künstlerischen Bereich.....	182
1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen	182
2. Gesetzliche Grundlagen	183
3. Konkretisierung durch die Rechtsprechung	184
4. Konsequenzen für die Praxis und Reformvorschläge.....	185

V.	Betriebliche Altersversorgung	185
1.	Zusatzversorgung für Mitarbeiter, die dem BAT, BMT-G oder MTArb unterliegen	186
2.	Zusatzversorgung für die künstlerischen Mitarbeiter	194
3.	Zusammenfassung	196
VI.	Betriebliche Mitbestimmung - Tendenzschutz	197
1.	Betriebsverfassungsgesetz.....	198
2.	Personalvertretungsgesetze	201
VII.	Bühnenschiedsgerichtsbarkeit.....	203
1.	Grundsätzliches	204
2.	Kritik.....	204
C.	Ausgliederung und rechtliche Verselbständigung.....	206
I.	Grundfall zum Betriebsübergang	207
1.	Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	208
2.	Tarifverträge	208
3.	Arbeitsvertragliche Regelungen, insbesondere Bezugnahmeklauseln.....	209
4.	Sonderfall NV Bühne?	210
5.	§ 10 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des Deutschen Bühnenvereins	210
6.	Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes	210
7.	Zwischenergebnis.....	211
II.	Personalüberleitungsverträge.....	211
III.	Widerspruch gegen den Betriebsübergang	212
1.	Grundsatz	212
2.	Sonderfall: Gründung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts...	213
IV.	Ablösung kollektiver Regelungen nach Betriebsübergang	215
1.	Tarifverträge	215

2.	Ablösung von Dienstvereinbarungen	219
V.	Ablösung sonstiger Arbeitsbedingungen	219
1.	Zur Änderungskündigung	220
2.	Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung	221
3.	Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten	224
4.	Ausnahme: Änderungskündigung zur Vermeidung von (Teil-) Schließungen	224
VI.	Rechtliche Verselbständigung und Mitbestimmung der Personalräte	225
1.	Mitwirkungsrechte bei Auflösung, Einschränkung, Verlegung und Zusammenlegung von Dienststellen	225
2.	Mitbestimmungsrechte über die Aufstellung von Sozialplänen	225
3.	Anwendbarkeit des BetrVG und Übergangsmandate des Personalrats	226
4.	Zusammenfassung	226
VII.	Erfolgreiche Ausgründungen und Modelle	227
1.	Das Weimarer Modell	227
2.	Berliner Ensemble	230
VIII.	Das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot	231
D.	Veränderungen auf tariflicher Ebene	232
I.	Vor- und Nachteile des „Einheitstarifvertrags“	232
II.	Verbands- oder Haustarifvertrag	233
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	234
I.	Tarifrecht	234
1.	Strukturfragen	234
2.	Inhaltliche Fragen	235
II.	Reformbedarf im Bereich der Gesetzgebung	235
1.	Befristungen	235

2. Tendenzschutz	236
3. Bünnenschiedsgerichtsbarkeit	236
4. Arbeitszeitgesetz	236
5. Änderung von Arbeitsbedingungen.....	236
6. Betriebsübergang	236
7. Besserstellungsverbot	237
Neunter Teil: Sozialrecht	238
A. Einleitung	238
B. Zum Problem der „Scheinselbständigkeit“	239
I. Rechtslage in der Sozialversicherung	239
1. Gesetzliche Rahmenbedingungen.....	239
2. Die Rechtsprechung von Bundessozial- und Bundesarbeitsgericht	242
3. Gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversiche- rung.....	245
II. Versicherung in der Künstlersozialversicherung.....	246
1. Allgemeines	246
2. Pflichtversicherte Personenkreise.....	247
3. Höhe der Beiträge.....	247
4. Künstlersozialabgabe	248
5. Ergebnisse der Befragungen	248
III. Rechtslage im Steuerrecht	248
1. Gesetzliche Regelungen.....	248
2. Rechtsprechung des BFH.....	249
3. Verwaltungspraxis der Finanzbehörden	249
4. Zusammenfassung	250

IV. Verfahrensfragen	251
1. Sozialversicherungsrecht.....	251
2. Steuerrecht	251
V. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansätze.....	252
C. Problem der derzeitigen beitragsrechtlichen Behandlung von Gastkünstlern	253
I. Versicherungs- und beitragsrechtliche Behandlung durch die Sozialversicherungsträger	254
II. Konsequenzen für die Betriebe und Künstler	254
III. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	255
1. Arbeitsrechtliche Einordnung der Gastspielverträge.....	256
2. Sozialrechtliche Folgen der arbeitsrechtlichen Einordnung	258
3. Besonderheiten im Bühnenbereich.....	260
IV. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansatz.....	261
D. Änderungen durch sog. Hartz-Gesetze	262
I. Verkürzung der Rahmenfrist.....	263
II. Verpflichtung zur Aufnahme berufsfremder Beschäftigungen	263
III. Zusammenfassung und Lösungsansatz	264
E. Beschäftigung von ausländischen Künstlern	264
I. Zur derzeitigen Rechtslage	265
1. Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung.....	265
2. Ausnahmebestimmungen und Sonderregelungen.....	265
II. Zur Rechtslage ab dem 1. Januar 2005	267
1. Neuregelungen durch das Aufenthaltsgesetz	267
2. Neuregelung durch den Entwurf der BeschV.....	267
III. Zur Verwaltungspraxis	268
IV. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansatz.....	269

F. Zusammenfassung der Ergebnisse zum Sozialrecht	270
Zehnter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	272
A. Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	272
B. Europarechtlicher Rahmen	272
C. Urheberrecht.....	274
D. Organisationsstrukturen.....	275
E. Finanzierung	277
F. Vergaberecht	278
G. Steuerrecht	278
H. Arbeitsrecht.....	279
I. Sozialrecht.....	282
Anhang: Auswertung der Fragebögen	285

LITERATURVERZEICHNIS

Monographien

- Buchna, Johannes (2003). Gemeinnützigkeit im Steuerrecht (8. Aufl.). Achim: E-
rich Fleischer Verlag.
- Dörner, Hans-Jürgen (2004). Der befristete Arbeitsvertrag. Eine systematische
Darstellung des Befristungsrechts. München: Verlag C. H. Beck.
- Gern, Alfons (2003). Deutsches Kommunalrecht (3. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Grabendorff, Walter; Ilbertz, Wilhelm; Widmaier, Ulrich (1999). Bundespersonal-
vertretungsgesetz. mit Wahlordnung unter Einbeziehung der Landespersonalver-
tretungsgesetze (9. Aufl.). Stuttgart, Berlin, Köln: Verlag W. Kohlhammer.
- Hoegl, Clemens (1995). Ökonomie der Oper. Grundlagen für das Musiktheater-
Management. Bonn: ARCult Media.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl (1967). Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter
Band. Kollektives Arbeitsrecht. Erster Halbband (7. Aufl.). Berlin, Frankfurt am
Main: Verlag Franz Vahlen.
- IG Medien, Hauptvorstand (1994). BAT-Handbuch für Musikschulen, Theater und
Bühnen. Vergütungstarifverträge zum BAT und zum BAT-O, Vergütungstabellen,
Tätigkeitsmerkmale, Zulagen, Urlaubsgeld, Zuwendung, vermögenswirksame
Leistungen. Stuttgart: IG Medien, Hauptvorstand.
- Jacobshagen, Arnold (2000). Strukturwandel der Orchesterlandschaft. Die Kultur-
orchester im wiedervereinigten Deutschland. Köln-Rheinkassel: Verlag Dohr.
- Katz, Alfred (2004). Kommunale Wirtschaft. Öffentliche Unternehmen zwischen
Gemeinwohl und Wettbewerb. Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Konietzka, Thomas; Küppers, Hans-Georg (1998). Neue Steuerung in der kom-
munalen Kulturarbeit. Alternative Formen der Organisation und Finanzwirtschaft
für Kultureinrichtungen. Alternative Formen der Organisation und Finanzwirtschaft
für Kultureinrichtungen. Bonn: Kulturpolitische Gesellschaft.
- Kurz, Hanns (1999). Praxishandbuch Theaterrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Leinemann, Ralf (2004). Die Vergabe öffentlicher Aufträge (3. Aufl.). Köln, Berlin,
München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Ress, Georg (1991). Kultur und Europäischer Binnenmarkt. Welche rechtlichen
Auswirkungen hat der EWG-Vertrag jetzt und nach der Verwirklichung des Euro-
päischen Binnenmarktes auf die Kulturpolitik der Bundesrepublik Deutschland,
insbesondere im Bereich der Kulturförderung?. Gutachten für das Bundesministe-
rium des Innern. Stuttgart, Berlin, Köln: Kohlhammer.
- Röper, Henning (2001). Handbuch Theater-Management. Betriebsführung, Finan-
zen, Legitimation und Alternativmodelle. Köln (u.a.): Böhlau.
- Scheytt, Oliver (1994). Rechtsgrundlagen der kommunalen Kulturarbeit. Köln:
Deutscher Gemeindeverlag.
- Schmidt, Karsten (2002). Gesellschaftsrecht (4. Aufl.). Köln (u.a.): C. Heymanns.
- Stöber, Kurt (2000). Handbuch zum Vereinsrecht (8. Aufl.). Köln: O. Schmidt.
- Waidelich, Jürgen-Dieter (1991). Theatermanagement/Theaterorganisation. Teil I:
Problemaufriß und Geschichte des Theatermanagements bis zur Gegenwart. Ha-
gen: Fernuniv.

Sammelband-/Loseblattbeiträge

- Adamaschek, Bernd; Adams, Karl-Heinz (1989). Regiebetriebe. In Chmielewicz, Klaus; Eichhorn, Peter (Hrsg.) (1989). Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft (1390-1395). Stuttgart: C.E.Poeschel Verlag.
- Ahlberg, Hartwig (2000). Einleitung. In Nicolini, Käte; Ahlberg, Hartwig (Hrsg.) (2000). Möhring Nicolini. Urheberrechtsgesetz. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag Franz Vahlen.
- Altvater, Lothar; Hamer, Wolfgang; Ohnesorg, Norbert; Peiseler, Manfred (2004). Bundespersonalvertretungsgesetz mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften. Kommentar für die Praxis. mit vergleichenden Anmerkungen zu den Landespersonalvertretungsgesetzen (5. Aufl.). Frankfurt am Main: Bund-Verlag.
- Backhaus, Ludger (2004). § 14 TzBfG. In Ascheid, Reiner; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (2004). Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck.
- Bauer, Jobst-Hubertus (1998). Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?. In Schlachter, Monika; Ascheid, Reiner; Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.) (1998). Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag (19-46). München: Verlag C. H. Beck.
- Benedens, Niels Peter (1993). § 100 Gemeindeordnung für das Land Brandenburg, Kommentar. In Schumacher, Paul; Augustesen, Jens; Benedens, Niels Peter; Bracker, Reimer (Hrsg.) (1993). Kommunalverfassungsrecht Brandenburg, Bd. 1. Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag.
- Bieback, Karl-Jürgen (2004). In Gagel, Alexander (2004). Sozialgesetzbuch III. Arbeitsförderung. Kommentar (22. Erg-lfg.). München: Verlag C. H. Beck.
- Bolwin, Rolf (2004). Lummerland und die Kunst oder warum wir Tarifverträge brauchen. In Institut für Kulturpolitik der Kulturpolitischen Gesellschaft (Hrsg.) (2004). Jahrbuch für Kulturpolitik 2004. Bd. 4. Thema: Theaterdebatte (172-183). Essen: Klartext Verlag.
- Bolwin, Rolf; Sponer, Wolfdieter (2004). Bühnentarifrecht (54. Erg-lfg.) Heidelberg: R. v. Decker.
- Büscher, Mareile (2002). § 73 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Büscher, Mareile (2003). §§ 74, 78 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2003). Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Ergänzungsband zum Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Bullinger, Winfried (2002). §§ 2, 3 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Campenhausen, Axel Freiherr von (1999). Allgemeine Grundlagen: § 1 Abgrenzung; Stiftung des öffentlichen Rechts: § 15 Standort, § 17 Rechtsgrundlagen; Kommunale Stiftungen: § 29 Standort. In Seifart, Werner; Campenhausen, Axel Freiherr von (Hrsg.) (1999). Handbuch des Stiftungsrechts. München: Verlag C.H. Beck.
- Clemens, Horst; Scheuring, Ottheinz; Steingen, Werner; Wiese, Friedrich (2004). Kommentar zum Bundes-Angestellentarifvertrag (191. Erg-lfg.) Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag.
- Dreier, Thomas (2004). §§ 74, 78 UrhG. In Dreier, Thomas; Schulze, Gernot (2004). Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz. Kommentar. München: Verlag C.H. Beck.
- Dreier, Thomas; Schulze, Gernot (2004). § 23 UrhG. In Dreier, Thomas; Schulze, Gernot (2004). Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz. Kommentar. München: Verlag C.H. Beck.

- Fabry, Beatrice (2002). Organisationsformen öffentlicher Unternehmen. In Fabry, Beatrice; Augsten, Ursula (Hrsg.) (2002). Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand (1-56). Baden-Baden: Nomos.
- Ehrhard, Jan (2003). § 19 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2003). Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Ergänzungsband zum Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Engert, Klaus (2002). Regiebetrieb. In Jacobshagen, Arnold (Hrsg.): Praxis Musiktheater. Ein Handbuch (S. 331-332). Laaber: Laaber-Verlag.
- Engert, Klaus (2002a). Eigenbetrieb. In Jacobshagen, Arnold (Hrsg.): Praxis Musiktheater. Ein Handbuch (S. 148-149). Laaber: Laaber-Verlag.
- Engert, Klaus (2002b). Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). In Jacobshagen, Arnold (Hrsg.): Praxis Musiktheater. Ein Handbuch (S. 181-183). Laaber: Laaber-Verlag.
- Fechner, Frank (2003). In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2003). Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 3 (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Fechner, Frank (2003a). Vorbem. zu Artikel 151 EG. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2003). Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 3 (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Finke, Hugo (2004). In Finke, Hugo; Brachmann, Wolfgang; Nordhausen, Willy (2004). Künstlersozialversicherungsgesetz. Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten. Kommentar. München: Verlag C. H. Beck.
- Fitting, Karl; Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang (2004). Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar (22. Aufl.). München: Verlag Franz Vahlen.
- Frahm, Jürgen (1989). Kulturunternehmen. In Chmielewicz, Klaus; Eichhorn, Peter (Hrsg.) (1989). Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft (866-872). Stuttgart: C. E. Poeschel Verlag.
- Germelmann, Claas-Hinrich (2004). § 110 ArbGG. In Germelmann, Claas-Hinrich; Matthes, Hans-Christoph; Müller-Glöge, Rudi; Prütting, Hans (2004). Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar (5. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck.
- Germelmann, Claas-Hinrich; Binkert, Gerhard (2002). Personalvertretungsgesetz Berlin mit Wahlordnung. Kommentar für die Praxis (2. Aufl.). Frankfurt am Main: Bund-Verlag.
- Gilbert, Hubertus; Hesse, Gerd; Bischoff, Percy (2002). Die Versorgung der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder. Kommentar (37. Erg.-Lfg). München: Verlag C. H. Beck.
- Heerma, Jan Dirk (2003). § 15 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2003). Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Ergänzungsband zum Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Heidenhain, Martin (2003). Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 lit.d EG – Förderung der Kultur und des kulturellen Erbes. In: Heidenhain, Martin (Hrsg.) (2003). Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts. München: Verlag C.H. Beck.
- Heinze, Meinhard (1998). Ausgewählte Rechtsfragen zu § 613 a BGB. In Schlachter, Monika; Ascheid, Reiner; Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.) (1998). Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag (275-294). München: Verlag C. H. Beck.

- Henssler, Martin (1998). Unternehmensumstrukturierung und Tarifrecht. In Schlachter, Monika; Ascheid, Reiner; Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.) (1998). Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag (311-336). München: Verlag C. H. Beck.
- Herdlein, Hans (1992). Der freischwebende Künstler. Tarifverträge – Teil der Sozialgeschichte des Theaters. In Herdlein, Hans (2001). Theater im Arbeitslicht. Kulturpolitische Kommentare zur Realität an deutschen Bühnen 1980 – 2000. Bd. 1 (486-493). Hamburg: Bühnenschriften-Vertriebs-GmbH.
- Heyn, Judith (2004). § 8 TzBfG. In Meinel, Gernod; Heyn, Judith; Herms, Sascha (2004). Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck.
- Hirte, Heribert (2003). § 12 InsO. In Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.) (2003). Insolvenzordnung Kommentar. München: 2003.
- Hochbaum, Ingfried F.; Klotz, Robert (2003). Artikel 86 EG-Vertrag. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (2003). Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2. Baden-Baden: Nomos.
- Hof, Hagen (1999). Stiftung bürgerlichen Rechts: § 8 Stiftungszweck. In Seifart, Werner; Campenhausen, Axel Freiherr von (Hrsg.) (1999). Handbuch des Stiftungsrechts. München: VERLAG C.H. Beck.
- Hohenstatt, Klaus-Stefan (2003). Auswirkungen der Unternehmensumstrukturierung auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. In Willemsen, Heinz Josef; Hohenstatt, Klaus-Stefan; Schweibert, Ulrike; Seibt, Christoph H. (2003). Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen. Arbeitsrechtliches Handbuch (2. Aufl.) (521-631). München: Verlag C. H. Beck.
- Ilbertz, Wilhelm; Widmaier, Ulrich (2004). Bundespersonalvertretungsgesetz. mit Wahlordnung unter Einbeziehung der Landespersonalvertretungsgesetze. Kommentar (10. Aufl.). Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.
- Jacobshagen, Arnold (2002). Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). In ders. (Hrsg.): Praxs Musiktheater. Ein Handbuch (S. 180). Laaber: Laaber-Verlag.
- Jost, Werner (2001). § 5 Abs. 1 Nr. 9 Körperschaftsteuergesetz. In Dötsch, Ewald; Eversberg, Horst; Jost, Werner; Pung, Alexandra; Witt, Georg (2004). Die Körperschaftsteuer. Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften der Anteilseignerbesteuerung (52. Erg-Lfg). Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag.
- Kroitzsch, Hermann (2000). § 14 UrhG. In Nicolini, Käte; Ahlberg, Hartwig (Hrsg.) (2000). Möhring Nicolini. Urheberrechtsgesetz. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag Franz Vahlen.
- Krüger, Christof (1999). § 73 UrhG. In Schricker, Gerhard (Hrsg.) (1999). Urheberrecht. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Küppers, Hans Georg (2004). Selbstständigkeit der Theater – Abhängigkeiten von der formellen und materiellen Organisation. In Nix, Christoph (Hrsg.) (2004). Das Theater und sein Erfolg. Beiträge zu einer endlosen Debatte (26-38). Giessen: Focus Verlag.
- Lipke, Gert-Albert (2004). § 14 TzBfG. In Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Bader, Peter; Fischermeier, Ernst; Friedrich, Hans-Wolf; Lipke, Gert-Albert; Pfeiffer, Thomas; Rost, Friedhelm; Spilger, Michael; Vogt, Norbert; Weigand, Horst; Wolff, Ingeborg (2004). Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (7. Aufl.) Neuwied, Kriftel: Luchterhand.
- Loewenheim, Ulrich (1999). § 23 UrhG. In Schricker, Gerhard (Hrsg.) (1999). Urheberrecht. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.

- Löwisch, Manfred; Bernards, Kordula (1987). Anmerkung zu BAG, Urteil vom 20. März 1986, 2 AZR 294/85. In Stahlhacke, Eugen (Hrsg.) (2003). Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (363. Erg-lfg.), Nr. 6 zu § 2 KSchG.
- Lüft, Stefan (2002). § 45 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Maschmann, Frank (2002). § 14 TzBfG. In Annuß, Georg; Thüsing, Gregor (Hrsg.) (2002). Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- Mederer, Wolfgang (2003). Artikel 87 Abs. 1 EG-Vertrag. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (2003). Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2. Baden-Baden: Nomos.
- Mederer, Wolfgang (2003a). Artikel 87 Abs. 3 EG-Vertrag. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (2003). Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2. Baden-Baden: Nomos.
- Meinel, Gernod (2004). § 14 TzBfG. In Meinel, Gernod; Heyn, Judith; Herms, Sascha (2004). Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar (2. Aufl.) München: Verlag C. H. Beck.
- Meininger, Frank (2002). Vergaberecht – Relevanz für öffentliche Unternehmen. In Farby, Beatrice; Augsten, Ursula (Hrsg.) (2002). Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand (S. 501-547). Baden-Baden: Nomos.
- Melichar, Ferdinand (1999). § Vor § 45 ff. UrhG. In Schricker, Gerhard (Hrsg.) (1999). Urheberrecht. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Minn, Norbert (2002). Die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung. Berufsmäßigkeit der unständigen Beschäftigungen. In Figge, Gustav (Hrsg.) (2004). Sozialversicherungs-Handbuch. Beitragsrecht. Das Beitrags- und Versicherungsrecht der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Arbeitsförderung (80. Erg-lfg.) (2.2.3.2.3). Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Mody, Dörte (2004). Art. 17 OECD Musterabkommen. In Strunk, Günther; Kaminski, Bert; Köhler, Stefan (2004). Kommentar zum Aussensteuergesetz und Doppelbesteuerungsabkommen (1. Aufl.). Bonn, Berlin: Stollfuß Verlag.
- Müller-Wrede, Malte (2003). § 2 VOF. In Ders. (Hrsg.) (2003). Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) (2. Aufl.). Düsseldorf: Werner.
- Nipperdey, Hans Carl (1937). Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz. Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip. In Kölner Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.) (1937). Festschrift für Heinrich Lehmann. zum sechzigsten Geburtstag. 20. Juli 1936 (257-269). Berlin: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung.
- Nix, Christoph (2004). Das Theater und sein Erfolg. Beiträge zu einer endlosen Debatte. Giessen: Focus Verlag.
- Nordemann, Wilhelm (1989). § Vor § 45 UrhG. In Fromm, Friedrich K.; Nordemann, Wilhelm (Hrsg.) (1989). Urheberrecht. Kommentar (9. Aufl.). Stuttgart: Kohlhammer.
- Palasch, Ulrich (2000). Arbeitsverhältnisse an Bühnen. In Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried (Hrsg.) (2000). Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht. Bd. 2. Individualarbeitsrecht II. (§ 199, 1653-1693). München: Verlag C. H. Beck.
- Plagemann, Herrman (2003). In Plagemann, Hermann (Hrsg.) (2003). Münchener AnwaltsHandbuch. Sozialrecht. München: Verlag C. H. Beck.
- Preis, Ulrich (2005). In Dieterich, Thomas; Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schaub, Günter (Hrsg.) (2005). Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (5. Aufl.) München: Verlag C. H. Beck.

- Preis, Ulrich (2002). In Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich; Vossen, Reinhard (2002) Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis (8. Aufl.), München: Verlag C. H. Beck.
- Reuter, Dieter (2001). § 21 BGB. In Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.) (2001). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (4. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Rojahn, Sabine (1999). § 79 UrhG. In Schricker, Gerhard (Hrsg.) (1999). Urheberrecht. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Schmidt, Jürgen (2001). Handlungsformen der Bewilligung von Zuwendungen- D VIII. In Krämer, Erwin / Schmidt, Jürgen (2004). Zuwendungsrecht Zuwendungspraxis (65. Erg-lfg.). Heidelberg: Verlag R. v. Decker.
- Schmidt, Jürgen (2002). Allgemeine Nebenbestimmungen - D XI. In Krämer, Erwin / Schmidt, Jürgen (2004). Zuwendungsrecht Zuwendungspraxis (65. Erg-lfg.). Heidelberg: Verlag R. v. Decker.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (1999). Kommunalrecht. In Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.) (1999) (11. Aufl.). Besonderes Verwaltungsrecht (1-104). Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- Schricker, Gerhard (1999). §§ 31/32 UrhG. In Schricker, Gerhard (Hrsg.) (1999). Urheberrecht. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Schuhmann, Helmut (1998). § 4 Nr. 20 Umsatzsteuergesetz. In Rau, Günter; Dürrwächter, Erich (1997). Umsatzsteuergesetz. Kommentar (8. Aufl., 119. Erg-lfg.). Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Seewald, Otfried (2004). § 7 SGB IV. In Niesel, Klaus (2004). Kasseler Kommentar. Sozialversicherungsrecht (44. Erg-lfg.). München: Verlag C. H. Beck.
- Spautz, Wolfgang (2000). §§ 31, 39 UrhG. In Nicolini, Käte; Ahlberg, Hartwig (Hrsg.) (2000). Möhring Nicolini. Urheberrechtsgesetz. Kommentar (2. Aufl.). München: Verlag Franz Vahlen.
- Stickler, Thomas (2003). §§ 97-100 GWB. In Reidt, Olaf; Stickler, Thomas; Glaß, Heike (Hrsg.) (2003). Vergaberecht Kommentar (2. Aufl.). Köln: Otto Schmidt.
- Thüsing, Gregor (2004). § 118 BetrVG. In Richardi, Reinhard (Hrsg.) (2004). Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar (9. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck.
- Thum, Dorothee (2002). § 7 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Tiedje, Jürgen; Troberg, Peter (2003). Artikel 50 EG. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2003). Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1 (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Tiedje, Jürgen; Troberg, Peter (2003a). Artikel 43 EG. In von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2003). Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1 (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Wallenhorst, Rolf (2004). Wirtschaftliche Betätigung. In Troll, Max; Wallenhorst, Rolf; Halaczinsky, Raymond (2004). Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine, Stiftungen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (5.Aufl.). München: Verlag Franz Vahlen.
- Wandtke, Artur-Axel (2002). § 43 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.
- Wandtke, Artur-Axel; Grunert, Eike Wilhelm (2002). Vor § 31ff. UrhG, § 39 UrhG. In Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried (2002). Praxiskommentar zum Urheberrecht. München: Verlag C.H. Beck.

- Wassermeyer, Franz (1997). Art. 17 Musterabkommen. In Debatin, Helmut; Wassermeyer, Franz (2002). Doppelbesteuerung - Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen (86. Erg-lfg). München: Verlag C.H. Beck.
- Weiss, Christina (2004). Vorwort. In Institut für Kulturpolitik der Kulturpolitischen Gesellschaft (Hrsg.) (2004). Jahrbuch für Kulturpolitik 2004. Bd. 4. Thema: Theaterdebatte (9-10). Essen: Klartext Verlag.
- Werner, Olaf (2004). §§ 80-88 BGB. In Westermann, Harm Peter (Hrsg.) (2004) (11. Aufl.). Erman. Bürgerliches Gesetzbuch. Band 1. Köln: Aschendorff.
- Zeiss, Friedrich (1989). Eigenbetriebe. In Chmielewicz, Klaus; Eichhorn, Peter (Hrsg.) (1989). Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft (282-294). Stuttgart: C.E.Poeschel Verlag.
- Zwanziger, Bertram (2004). § 8 TzBfG. In Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram (2004). Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis. zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (6. Aufl.). Frankfurt am Main: Bund-Berlag.

Zeitschriftenaufsätze

- Bauer, Thorsten; Meinel, Gernod (2000). Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb – Individualrechtliche Lösung statt Grundsatz der Tarifeinheit. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (4/2000), S. 181-188.
- Benedict, Christoph G. (1999). Abgestufte Harmonisierung im Vergaberecht. Zugleich Besprechung von EuGH, EuZW 1998, 660 – Tögel. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, S. 77-81.
- Clauß, Volkmar (1993). Intendanten gegen die Resignation. Die Deutsche Bühne (6/1993), 52-55.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (2004a). Weit vorangeschritten. Einblick 19/04, S. 3.
- Eikhof, Doris; Haunschild, Axel (2004). Die Arbeitskraft-Unternehmer. Ein Forschungsbericht über die Arbeitswelt Theater. Theaterheute, Nr. 3, März 2004, S. 4-11/14-17.
- Grunert, Eike Wilhelm (2001). Götterdämmerung, Iphigenie und die amputierte Csárdásfürstin – Urteile zum Urheberrecht des Theaterregisseurs und die Folgen für die Verwertung seiner Leistung. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2001, S. 210- 218.
- Hromadka, Wolfgang (1996b). Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei der Ausgründung von Betriebsteilen. Der Betrieb (37/1996). S. 1872-1879.
- Hromadka, Wolfgang (2002). Die Änderungskündigung – eine Skizze. Der Betrieb (25/2002), S. 1322-1326.
- Karpen, Ulrich; Hofer, Katrin (1990). Zur Verwaltung großer Bühneninstitute. Dargestellt am Beispiel der Hamburgischen Staatsoper. Verwaltungsarchiv, 81. Band (1990), S. 557-577.
- Köhnig, Christian; Kühling, Jürgen (2000). Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 7/2000, S. 197-203.
- Krause, Rüdiger (1995). Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung. Der Betrieb (11/1995), S. 574-579.
- Laudenbach, Peter (2004). Lonely Hartz. Theaterheute (10/2004), S. 4-11.
- Leuckfeld, Silke (2004). Die Schwarzarbeiter auf der Bühne. Schauspieler und andere künstlerische Beschäftigte in der Falle von Hartz IV. Sprachrohr. Zeitung für

- Medien, Kunst und Kultur, Druck und Papier, industrielle Dienstleistungen und Produktion Berlin – Brandenburg (10/2004), S. 7.
- Mahrenholz, Ernst Gottfried (2002). Die Kultur und der Bund. Kompetenzrechtliche Erwägungen anlässlich der Gründung der Bundeskulturstiftung im März 2002. Das Deutsche Verwaltungsblatt. 2002, S. 857-867.
 - Moll, Wilhelm (1996). Kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang. Recht der Arbeit (5/1996), S. 275-286.
 - Opolony, Bernhard (2004). Arbeitsrechtliche Fragen der Privatisierung von Bühnen. Zeitschrift für Tarifrecht, (7/2004), S. 338-341.
 - Pangert, Roland; Mill, Helmgard (2004). EU-Lärmrichtlinie. Dämpfer für Bach und Beethoven. faktor arbeitsschutz, Heft 1/2004, S. 13-15.
 - Reiserer, Kerstin; Freckmann, Anke (2003). Scheinselbstständigkeit – heute noch ein schillernder Rechtsbegriff. Neue Juristische Wochenschrift (3/2003), . 180-185.
 - Rittweger, Stephan (2004). Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis – Kein Sozialversicherungsschutz bei endgültigen Freistellungen. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (11/2004), 590-591.
 - Rolfs, Christian (2001). Das neue Recht der Teilzeitarbeit. Recht der Arbeit, Heft 3 (Mai/Juni 2001), S. 129-143.
 - Schnitger, Arne (2003). Das Ende der Bruttobesteuerung beschränkt Steuerpflichtiger – Die Lehren der Rs. Gerritse. In Finanz-Rundschau 2003, S. 745.
 - Sitte, Ralf (1998). Fortschritte im Stillstand. Eine Zwischenbilanz zu Versuchen der legislativen Eindämmung von Scheinselbstständigkeit. Sozialer Fortschritt (6/1998), S. 152-157.
 - Sommer, Thomas (2003). Ende der Scheinselbstständigkeit? Zur Neufassung des § 7 Abs. 4 SGB IV ab 1.1.2003 als Folge der „Ich-AG“ nach § 421 I SGB III. Neue Zeitschrift für Sozialrecht (4/2003), S. 169-175.
 - Uppenbrink, Eva (2004). Finanzverfassungsrechtliche Fragen der Stiftung Preussischer Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg. Landes- und Kommunalverwaltung 2004, S. 109-112.
 - Wegner-Wahnschaffe, Claudia (2004). Die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes im Kontext veränderter Rahmenbedingungen ihrer Mitglieder. Ein Beitrag zur Versachlichung der aktuellen Diskussion um Ausstiegsszenarien und die Lage der Zusatzversorgung. Zeitschrift für Tarifrecht (8/2004), S. 395-404.
 - Zöllner, Wolfgang (1995). Veränderung und Angleichung tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang. Der Betrieb (27/28/1995), S. 1401-1408.

Forschungsberichte, Geschäftsberichte, Gutachten, Studien etc.

- Arbeitsgruppe „Zukunft von Theatern und Opern in Deutschland“ (1992). Überlegungen zur Zukunft von Oper und Theater in Deutschland. Zwischenbericht zur Zukunft von Oper und Theater in Deutschland. Unveröffentlichtes Manuskript.
- Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (2001). Geschäftsbericht. Berlin.
- Deutscher Bühnenverein Bundesverband Deutscher Theater (2003a). Theaterstatistik 2002/2003. 38. Heft. Koblenz: graphoprint.
- Deutscher Bühnenverein, Bundesverband Deutscher Theater (2004). Rechtliche und strukturelle Rahmenbedingungen von Theatern und Orchestern in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie vorgelegt vom Deutschen Bühnenverein. 31. Oktober 2004. Köln: als Manuskript vervielfältigt.

- Deutscher Städtetag (1996). Neue Rechtsformen für Kultureinrichtungen. DST-Beiträge zur Bildungs- und Kulturpolitik, Heft 22. Von: Meyer, Bernd; Tiedtke, Markus; Meißner, Regine. Köln: DST.
- Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (1989). Führung und Steuerung des Theaters. Gutachten 2/1989. Köln: KGSt.

Bundestagsdrucksachen:

- Badura, Peter (2004). Stellungnahme. zur Vorbereitung der Öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Kultur in Deutschland“ am 20. September 2004 zum Thema „Kulturelle Staatszielbestimmungen“. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/177.
- Bundesregierung (2000). Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen. BT-Drs. 14/4374.
- Bundesregierung (2002). Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. November 2002. BT-Drs. 15/38.
- Häberle, Peter (2004). Schriftliche Beantwortung des Fragenkatalogs der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ des Deutschen Bundestages vom 8. Juli 2004. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/165.
- Hufen, Friedhelm (2004). Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Enquête-Kommission „Kultur in Deutschland. 20. September 2004. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/180.
- Karpen, Ulrich (2004). Öffentliche Anhörung zum Thema „Kulturelle Staatszielbestimmungen“ im Deutschen Bundestag am 20. September 2004. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/174.
- Mahrenholz, Ernst Gottfried (2004). Öffentliche Anhörung zum Thema „kulturelle Staatszielbestimmungen“. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/167.
- Pieroth, Bodo (2004). Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum Thema „Kulturellen Staatszielbestimmung“ der Enquête-Kommission des Bundestags „Kultur in Deutschland am 20. September 2004. Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-Drs. 15/178.
- Zimmermann, Olaf; Schulz, Gabriele (2001). Eine kurze Einführung in das Gesetz über die Sozialversicherung der Künstler und Publizisten. (Künstlersozialversicherungsgesetz – KSVG). Deutscher Bundestag, EK-Kultur, K-DRS. 15/010.

Quellen im WWW

- Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (1998). Einnahmeverluste der Sozialversicherung durch Schwarzarbeit, illegale Beschäftigung und Scheinselbständigkeit. Arbeitgeber-Info 02/1998.
http://www.bfa.de/ger/ger_zielgruppen.c/ger_arbeitgeber.c1/ger_aginfo.c10/ger_c10_9802.pdf (Stand: 3. Dezember 2004).
- Deutscher Bühnenverein (2003b). Entbürokratisierung oder wie man Theater und Orchester flexibel gestalten kann. Hintergrundinformation zu aktuellem Thema. Köln 17. Juli 2003.
http://www.buehnenverein.de/presse/presse_details.php?id=90&art=brief&start=0&qry= (Stand 3. Dezember 2004).

- Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand (2004b). Mitgliederzahlen 1950-1993. http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/gesamt1950_1993.htm (Stand 2. Dezember 2004).
- Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand (2004c). Mitglieder in den DGB-Gewerkschaften. <http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm> (Stand: 2. Dezember 2004).
- Mertens, Gerald (2004). Orchester, Musiktheater, Festivals. Online im Internet: <http://themen.miz.org/konzertemusiktheater/mertens.php> (Stand: 15. November 2004).
- Tarifgemeinschaft deutscher Länder (2003a). Prozessvereinbarung für die Tarifverhandlungen zur Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes (TVöD) vom 9. Januar 2003. [http://www.tdl.bayern.de/tarifrecht/prozessvereinbarung\(1\).asp](http://www.tdl.bayern.de/tarifrecht/prozessvereinbarung(1).asp) (Stand: 2. November 2004).
- Tarifgemeinschaft deutscher Länder (2003b). Ziele der TdL. <http://www.tdl.bayern.de/tarifrecht/ziele.asp?item=903> (Stand: 2. November 2004).
- Vereinigung der kommunalen Arbeitgeber (2004). Tarifreform im öffentlichen Dienst: Grünes Licht für die Fortsetzung der Verhandlungen. <http://www.vka.de/vka/aktuelles:liste/29092004.shtml> (Stand: 2. November 2004).

EINLEITUNG

*Drum seid nur brav und zeigt euch musterhaft;
Lasst Fantasie mit allen ihren Chören,
Vernunft, Verstand, Empfindung, Leidenschaft,
doch, merkt euch wohl! Nicht ohne Narrheit hören!*

(Johann Wolfgang von Goethe, Faust I, Vorspiel auf dem Theater)

„Rechtliche und strukturelle Rahmenbedingungen des Betriebs von Theatern, Kulturorchestern und Opern in Deutschland unter Betrachtung des Spannungsfeldes von freiwilligen kulturellen Leistungen und Pflichtaufgaben der öffentlichen Hand“ – spröder und sperriger lässt sich ein Titel für ein Gutachten kaum denken. Die Enquete-Kommission Kultur des Deutschen Bundestages hat uns beauftragt, die rechtlichen Rahmenbedingungen auszuleuchten, unter denen Theater, Opern und Kulturorchester in Deutschland arbeiten, Probleme aufzuzeigen und Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Der Gegenstand unserer Betrachtung ist weltweit einzigartig: 150 Theater und Opernhäuser und 48 Konzertorchester (ohne Rundfunkorchester und Festivalklangkörper!) werden in der Bundesrepublik Deutschland mit jährlich ca. 2,2 Milliarden Euro von der öffentlichen Hand gefördert. Etwa 42.500 Menschen sind in diesen Kulturinstitutionen beschäftigt und erreichen mit ihrer Leistung ca. 22 Millionen Zuschauer in den Theatern und Opern und ca. 2,5 Millionen Konzertbesucher (Deutscher Bühnenverein 2003a). Der größte wirtschaftliche Wachstumsfaktor der Bundesrepublik ist: die Kultur! Dennoch sind die Theater und Orchester in Not. Sie teilen die wirtschaftliche Notlage der öffentlichen Hände. Kommunen und Länder sind – mit einem deutlich erkennbaren Nord-Süd-Gefälle – seit Jahren schon kaum mehr in der Lage, ihre staatlichen Pflichtaufgaben zu erfüllen. Der personal- und damit kostenintensive Unterhalt von Einrichtungen der Hochkultur ist indes eine freiwillige Leistung des Staates. Wo Schulen verrotten, Kindergärten geschlossen werden, Verkehrsinfrastrukturen vergammeln und die Zahl derer, die auf finanzielle Überlebenshilfe des Staates angewiesen sind, immer weiter steigt, mit einem Wort: Wo die öffentlichen Haushalte zerrüttet sind, da steht die Existenz von Theatern, Opern und Orchestern jeden Tag erneut zur politischen Debatte, oft: zur Disposition der Geldgeber. Seit im Sommer 1993 mit den Staatlichen Schauspielbühnen auch das Schillertheater in Berlin geschlossen wurde, sind in vielen Bundesländern zahlreiche Theater geschlossen worden oder wurden mit anderen fusioniert, wurden Orchester abgewickelt und sind aus dem öffentlichen Kulturleben verschwunden. Während wir an dem hier vorgelegten Gutachten arbeiteten, kam das endgültige „Aus“ für die Berliner Symphoniker und überraschte der Bayerische Rundfunk mit der Entscheidung, das Rundfunksymphonieorchester abzuwickeln. Die Debatte über den Erhalt dreier großer Opernhäuser in Berlin dürfte durch die Gründung der Berliner Opernstiftung kaum mehr als suspendiert sein.

Bei der Erarbeitung unseres Gutachtens haben wir uns von zwei Axiomen und Überzeugungen leiten lassen, die wir nicht hinterfragen, obschon sie diskutiert werden könnten:

- ❖ Die Förderung von Hochkultur, von Theatern, Opern und Kulturorchestern (ebenso natürlich von Museen, Bibliotheken und vergleichbaren Einrichtungen) ist originäre und zentrale Aufgabe der öffentlichen Hand. Ganz unabhängig von der Frage, ob und in welchem Umfang diese Kulturförderung verfassungsrechtlich verankerte Pflichtaufgabe ist oder wird oder freiwillige Leistung bleibt – ein Gemeinwesen, das seine Kultureinrichtungen nicht erhalten kann oder will, verliert den Kitt, der es zusammenhält, lässt nicht nur das kulturelle, sondern das gesellschaftliche Leben im Stich und Kommunen veröden. Selbstverständlich ist diese Setzung dennoch nicht. Unter zahlreichen Gesichtspunkten lässt sich die Frage stellen, ob die vielfältige und im Kern am Modell des Stadttheaters orientierte Theater- und Orchesterstruktur in Deutschland noch zeitgemäß ist: Demographische Entwicklungen wie die Überalterung der Gesellschaft und der zunehmende Bevölkerungsanteil von Migranten in den Städten, ein stetig sich wandelndes Freizeitverhalten, die ungeheure Vielfältigkeit des Angebots elektronischer Medien auch und insbesondere an junge Menschen – all das mag die Zukunft des Modells Stadttheater mit festem Ensemble, Repertoireangebot und Mehrspartenbetrieb mit Fragezeichen versehen. Wenn wir diese Debatte hier nicht führen, so hat das mehrere Gründe: Zum einen beschränkt sich unser Auftrag auf die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen der heute bestehenden Theater und Orchesterstrukturen und das Auffinden von Problemlösungen und Innovationsmöglichkeiten. Unsere Auftraggeberin, die Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ des Deutschen Bundestages, sucht nach Mitteln und Wegen, die bestehende vielfältige Theater- und Orchesterstruktur für die Zukunft zu sichern – und nicht nach Wegen, sie abzuschaffen. Die Vielzahl der Kultureinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland ist ein gemeinsames reiches Erbe des aufgeklärten Bürgersinns im 19. Jahrhundert und der sonst viel gescholtenen deutschen Kleinstaaterei. Diese – teure – Vielfalt ist ein eigenständiger und wertvoller Gegenentwurf zum kulturellen und wirtschaftlichen Zentralismus anderer Länder und zur Übermacht der Metropolen. Schließlich entspricht die Verteidigung dieser kulturellen Vielfalt als einem der besten Teile des deutschen Erbes unserer eigenen Erfahrung. Alle Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, die an diesem Gutachten mitgearbeitet haben, sind selbst mit und in den Theatern und Konzertsälen erzogen worden. Wir teilen eine Überzeugung, die freilich keine soziale oder kulturwissenschaftliche Analyse empirisch wird jemals belegen können: Wo ein Gemeinwesen ein Theater oder Orchester verliert, verliert es selbst Bindungskraft, geht Erinnerung und geht Zukunft verloren. Freilich: Tomasi di Lampedusas Fürst Salina hat Recht: Alles muss sich ändern, damit alles so bleibt, wie es ist.
- ❖ Die staatliche Finanzierung der Hochkultur in der vielfältigen Struktur der deutschen Theater- und Orchesterlandschaft zu fordern, heißt aber auch, die Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand anzuerkennen. Mit anderen Worten: Wer die existentiellen Probleme der Kultureinrichtungen allein mit dem Ruf nach mehr Geld beantwortet, macht sich lächerlich. Die Verantwortlichen in Theatern und Orchestern und ihr Publikum müssen wissen, dass ihre Einrichtungen um die knappe

Ressource „öffentliche Mittel“ konkurrieren mit anderen, deren Belange nicht weniger gewichtig ist.

Mit diesem Gutachten analysieren wir die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Kultureinrichtungen in Deutschland arbeiten. Wir beleuchten nicht (oder nur am Rande) betriebswirtschaftliche und Managementfragen. Davon aber sind wir überzeugt: Mit politischer Vernunft, mit Sachverstand, Empfinden für die Belange der betroffenen Menschen und Leidenschaft für Theater und Musik lassen sich viele rechtliche Hemmnisse beseitigen, Strukturen verbessern und wirtschaftliche Ergebnisse optimieren. Und wir sind Narren genug, auch solche Vorschläge zu machen, von denen wir wissen, dass sie unter den obwaltenden politischen Gegebenheiten heute kaum Aussicht auf Umsetzung haben. Aber auch für solche Vorschläge wird die Zeit kommen.

*

Wir haben uns bei der Anfertigung dieses Gutachtens einigen Schwierigkeiten gegenüber gesehen, die schlaglichtartig Probleme beleuchten, wie sie die Theater allenthalben haben:

Der Zeitrahmen für die Erstellung dieses Gutachtens ist nicht etwa bestimmt durch Art und Umfang der erwarteten Leistung, durch die Tiefe und Präzision der erforderlichen juristischen Analyse und Darstellung oder durch zeitlichen Druck wegen einer konkret durch die Auftraggeberin zu treffenden Entscheidung. Nein, der Termin ist allein bestimmt durch die Zwänge des Haushaltsrechts. Nur im Jahr 2004 steht ein Titel für die Erstellung eines solchen Gutachtens zur Verfügung und spätestens im Dezember 2004 muss dieser Titel abgerufen werden, weil er sonst verfällt und im nächsten Haushaltsjahr nicht erneut in den Haushaltsplan eingestellt wird. Sachfremder kann eine Fristsetzung kaum sein. Diese Klage führen wir nicht wegen des Zeitdrucks, unter dem wir gearbeitet haben, sondern deshalb, weil dieses winzige Beispiel belegt, in welcher absurden Welt die Theater und Orchester sich bewegen müssen, die dem öffentlichen Haushaltsrecht und dem Jährlichkeitsprinzip unterworfen sind.

Der traditionsreiche „Deutscher Bühnenverein“ ist die Standesorganisation der deutschen Theater und Orchester. Er ist ihre Stimme gegenüber der Politik und der Öffentlichkeit und als Arbeitgeberverband der Verhandlungspartner der Gewerkschaften, freilich bislang nur für das künstlerische Personal. Der Deutsche Bühnenverein hat es für weise befunden, unsere Bitte um Informationsgespräche mit dem Geschäftsführer abzulehnen und statt dessen der Enquete-Kommission ein als „Expertise“ bezeichnetes eigenes Gutachten unbestellt vorzulegen. Mehr noch: Der Deutsche Bühnenverein hat seine Mitglieder schriftlich aufgefordert, einen von uns versandten Fragebogen entweder überhaupt nicht zu beantworten, oder ihn jedenfalls nicht an uns, sondern an den Deutschen Bühnenverein zum Zwecke der Auswertung der Ergebnisse für jene „Expertise“ zu übersenden. Die dankenswerte Intervention der Vorsitzenden der Enquete-Kommission hat dazu beigetragen, dass trotzdem etliche Theater und Orchester den Fragebogen ausgefüllt und an uns übersandt haben. Aber uns sind auch zahlreiche Briefe zugegangen, die – trotz der Bitte der Enquete-Kommission, die Fragen zu beantworten – die Weigerung zur Mitarbeit mit

dem Respekt vor der Weisung des Bühnenvereins begründen. Von 126 angeschriebenen Theatern und Orchestern haben lediglich 33 die beantworteten Fragebögen zurückgeschickt.

Thema unserer Ausarbeitung ist nicht die Auseinandersetzung mit der uns am 6. November 2004 zugegangenen Studie des Deutschen Bühnenvereins. An dieser ist vieles richtig oder jedenfalls gut vertretbar, manches schlicht falsch und fast alles recht oberflächlich. Erwähnt werden muss der Vorgang aber eben doch: Er zeigt, dass eine Diskussion über die rechtlichen und wirtschaftlichen Strukturen der Theater- und Orchesterlandschaft an den Strukturen der Interessenbündelung, der gemeinsamen Vertretung der Kultureinrichtungen nach Außen und den tarif- und verbandspolitischen Rahmenbedingungen nicht vorbeigehen kann. Ein wesentlicher Teil unseres Gutachtens wird sich mit den tarifrechtlichen Bedingungen der Kultureinrichtungen befassen. Wenn im Zusammenhang mit der Diskussion über Tarifverträge in gelegentlich oberflächlicher Weise die Gewerkschaften des Strukturkonservatismus geziehen und verkrustete Tarifstrukturen beklagt werden, dann lohnt es sich daran zu erinnern, dass an derartigen Tarifverträgen zwei Parteien beteiligt sind: Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Ein Arbeitgeberverband, der sich selbst eine „im Kern ... öffentliche Struktur“ zuweist und erklärt, dass er in „öffentlicher Verantwortung“ stehe (Deutscher Bühnenverein 2004: 8 f.), darf nicht das Gespräch verweigern mit unabhängigen Gutachtern, die von der Enquete-Kommission Kultur des Deutschen Bundestages bestellt worden sind. Ein solcher Arbeitgeberverband darf auch nicht sein strategisches Interesse am Erhalt seines Verhandlungsmonopols mit den Gewerkschaften über die Interessen der von ihm vertretenen Häuser stellen, wie dies der Deutsche Bühnenverein leider seit Jahren tut und es in seiner jüngst vorgelegten Studie wiederholt: Die außerhalb des Deutschen Bühnenvereins durchgeführten Reformen am Berliner Ensemble und mehr noch am Deutschen Nationaltheater Weimar sind offenbar für den Bühnenverein schwärende Wunden. Anders ist nicht zu erklären, dass das Berliner Ensemble und das Deutsche Nationaltheater in der Studie des Bühnenvereins in geradezu grotesker Weise mit Falschdarstellungen abgefertigt werden.

*

Die wesentlichen Ergebnisse unserer Untersuchung lassen sich wie folgt zusammen fassen:

- Wir empfehlen, die Theater, Opern und Orchester in der Bundesrepublik Deutschland rechtlich zu verselbständigen. Als bevorzugte Rechtsformen bieten sich hier die – gegebenenfalls gemeinnützige – Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder die Stiftung öffentlichen Rechts, bei Orchestern unter Umständen auch der rechtsfähige Verein an. Wir verkennen nicht, dass das immer wieder gegen die rechtliche Verselbständigung insbesondere in Form einer GmbH ins Feld geführte Argument der leichteren Abwicklung bzw. der Insolvenz schwer wiegt. Wir meinen aber, dass der politische Wille sich immer wieder eindeutig zur Existenz eines Theaters oder Orchesters bekennen muss. Wo dieser politische Wille fehlt, kann die Existenz eines Hauses auch innerhalb der Struktur der öffentlichen

Verwaltung nicht auf Dauer gesichert werden, wie zahlreiche Beispiele der Vergangenheit zeigen.

- Die Theater und Orchester sind aus hemmenden Beschränkungen des kommunalen und Landeshaushaltsrechts mit den Grundsätzen der Kameralistik und dem Jährlichkeitsprinzip zu befreien. Es ist ihnen eine mittelfristige Finanz- und Planungssicherheit zu verschaffen. Dies kann nicht allein durch die rechtliche Verselbständigung etwa in Form einer GmbH geschehen, denn so lange eine solche GmbH abhängig ist von jährlich erlassenen Zuwendungsbescheiden, die die Mittelverwendung ihrerseits wieder unter die Bedingungen der kommunalen oder Landeshaushaltsordnung stellt, ist nichts gewonnen. Mit den Theatern sind vielmehr mehrjährige, etwa auf fünf Jahre befristete Zuwendungsverträge zu schließen, die durchsetzbare Ansprüche gegen den Zuwendungsgeber begründen. Die Häuser müssen erwirtschaftete Überschüsse thesaurieren und mit den ihnen zuzuweisenden Mitteln in den Grenzen ihrer Zwecksetzung frei wirtschaften können.
- Die Bindung der Häuser an das Recht des öffentlichen Dienstes ist zu lösen. Das Dogma von der „Einheitlichkeit des öffentlichen Dienstes“ ist längst überholt und kann an den Theatern und Orchestern keine Geltung mehr haben. Für alle Beschäftigte an den Theatern und Orchestern, künstlerisches wie nicht-künstlerisches Personal, sind einheitliche Bühnentarifverträge zu entwickeln, die sich in ihren Standards an den bereits bestehenden Verträgen für das künstlerische Personal orientieren müssen. Der Deutsche Bühnenverein oder ein ggf. neu zu gründender Arbeitgeberverband muss der einheitliche Tarifpartner aller an den Theatern oder Orchestern vertretenen Gewerkschaften werden. Ist dies kurzfristig nicht zu erreichen, so ist der Abschluss von einheitlichen Haustarifverträgen jedenfalls der gegenwärtigen Zersplitterung der Tarifstruktur vorzuziehen.
- Im Steuerrecht muss – in Anerkennung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - die Umsatzsteuerbefreiung auch für die Leistungen von Regisseuren, Bühnenbildnern und anderen nicht-darbietenden Künstlern Anwendung finden. Die zur Gewährung der Umsatzsteuerbefreiung erforderliche Bescheinigung, dass Künstler kulturelle Aufgaben wahrnehmen, muss abgeschafft werden. Beim Einkommensteuerabzug für Künstler mit Wohnsitz im Ausland empfehlen wir - anstelle der unterschiedlichen Steuersätze für Selbständige und Nichtselbständige - die Einführung eines einheitlichen Pauschalsteuersatzes von 20%. Das Freistellungsverfahren ist zu vereinfachen. Schließlich sollte den Häusern die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Gewinne aus steuerbaren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben pauschal mit 15 % der Einnahmen zu ermitteln.
- Die für die Praxis der Bühnen und Orchester bedeutsamen Regelungen des Urheberrechts sind in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand von Reformvorschlägen gewesen. Der Deutsche Bühnenverein fordert - zuletzt in seinem Gutachten vom 31. Oktober 2004 - umfassende gesetzliche Änderungen, um die Rechte der Bühnen im Sinne einer möglichst weitgehenden Nutzung geschützter Werke

oder künstlerischer Darbietungen zu stärken. Um dem von den Bühnen geäußerten Reformbedarf Rechnung zu tragen, ist jedoch unseres Erachtens keine Änderung des Urheberrechtsgesetzes erforderlich. Vielmehr lassen sich die formulierten Ziele durch die bestehenden, in einigen Punkten freilich präzisierungs- und ergänzungsbedürftigen tarifvertraglichen Regelungen sowie durch eine Anpassung der sog. Regelsammlung erreichen.

- Für alle Beschäftigten in den Theatern und Orchestern sind bühngerechte Arbeitsbedingungen zu schaffen. Dies verlangt den Abschluss von Tarifverträgen für das künstlerische und nicht künstlerische Personal, orientiert an den Bedingungen des künstlerischen Betriebes. Um dies zu erreichen, müssen die Arbeitgeberinteressen in Tarifverhandlungen einheitlich vertreten werden. Die Aufspaltung der Tarifzuständigkeit auf den Deutschen Bühnenverein einerseits und die allgemeinen Arbeitgeberverbände des öffentlichen Dienstes andererseits steht dem entgegen. Tarifverträge sollten daher entweder von – rechtlich verselbständigten – Betrieben als Haustarifvertrag abgeschlossen werden oder als Verbandstarifverträge durch einen mit umfassender Tarifzuständigkeit versehenen Arbeitgeberverband.
- Im Sozialversicherungsrecht sprechen wir uns für eine Stärkung der Künstlersozialversicherung aus. Insbesondere gastspielverpflichteten Künstlern soll die Möglichkeit eingeräumt werden, einzelne Vertragsverhältnisse konstitutiv der Versicherungspflicht nach dem KSVG zu unterwerfen. Gestärkt werden soll hierdurch auch die Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit im arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Sinne.

*

An der Erstellung dieses Gutachtens haben Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen der Sozietät Hogan & Hartson Raue L.L.P. gemeinsam mit den beauftragten Gutachtern gearbeitet. Neben Professor Dr. Peter Raue und Professor Dr. Jan Hegemann ist Dr. Gernod Meinel für den arbeitsrechtlichen Teil federführend an dem Gutachten beteiligt. Unterstützt wurden wir im Verfassungsrecht von Dr. Klaus Goecke, im Urheberrecht von Dr. Mareile Büscher, im Steuer- und Finanzierungsrecht von Friedhelm Klinkertz, im Arbeitsrecht von Judith Heyn und im Sozialrecht von Dr. Sascha Herms. Für großartige Hilfe haben wir uns ferner zu bedanken bei unseren wissenschaftlichen Mitarbeitern Robert Heine, Carlos Katins, Julia Witt und Sophie Engelhardt.

Berlin, den 5. Dezember 2004

Peter Raue

Gernod Meinel

Jan Hegemann

ERSTER TEIL: VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN

*„Den unlösbaren Knoten zu zersäbeln,
gehörte zu dem Pensum Alexanders.
Und wie hieß jener, der den Knoten knüpfte?
Den kennt kein Mensch.*

(Doch sicher war es jemand anders.)

(Erich Kästner, Über den Nachruhm oder Der gordische Knoten)

A. Der Schutz der Kultur durch das Grundgesetz

Das Grundgesetz äußert sich zur Kultur nur sehr knapp. Das Wort Kultur findet sich nur in zwei praktisch bedeutungslosen Bestimmungen (in Art. 29 im Zusammenhang mit der Neubildung von Bundesländern; in Art. 75 im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten für den Schutz deutschen „Kulturgutes“ vor der Abwanderung ins Ausland). Auch wer die Begriffe „Theater“, „Oper“, „Musik“, „kulturelle Einrichtung“ im Grundgesetz sucht, tut dies vergebens.

Die – zurecht viel gerühmte – Knappheit und Prägnanz des Grundgesetzes darf aber nicht als Desinteresse der Verfassung an der Kultur missverstanden werden. Das Grundgesetz hat die Kultur nicht etwa vergessen, es erfasst die Kultur in der zentral wichtigen Grundrechtsbestimmung des Art. 5 Abs. 3 GG. Darin schützt das Grundgesetz die Freiheit der Kunst im weit verstandenen Sinne. Die Kunstfreiheit, die dort in den schrankenlos geschützten Verfassungsrang erhoben wird, wird dabei von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur als Freiheit der Kunst und Kultur von aller staatlicher Reglementierung und staatlichen Eingriffen verstanden. Art. 5 Abs. 3 GG enthält auch eine objektive Wertentscheidung des Staates, der damit zum Ausdruck bringt, dass er sich im Sinne einer Staatszielbestimmung als Kulturstaat versteht, der sich der Aufgabe unterworfen hat, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern (BVerfGE 36, 321, 331).

Das Grundgesetz sagt auch klar und deutlich, wer sich um die Kultur zu kümmern hat: Dies sind in erster Linie die Länder, und soweit es um Kultur im örtlichen Rahmen geht, die Kreise und Gemeinden (die Zuständigkeit der Länder folgt aus Art. 30, Art. 70 und Art. 28 GG).

B. Mögliche Reformen

I. Staatsziel Kultur

In den Verfassungen der meisten Bundesländer ist dem Staat ausdrücklich die Pflicht auferlegt worden, Kunst und Kultur zu schützen und zu fördern (Art. 3c Verf. Baden-

Württemberg; Art. 3, 10 Abs. 4, 140 Verf. Bayern, Art. 20 Abs. 2 Verf. Berlin; Art. 2 Abs. 1, Art. 34 Abs. 1 Verf. Brandenburg; Art. 11 Verf. Bremen; Art. 16 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 6 Verf. Niedersachsen; Art. 40 Abs. 1 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 34 Verf. Saarland; Art. 11 Abs. 1 Verf. Sachsen; Art. 36 Abs. 1 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 9 Verf. Schleswig-Holstein; Art. 30 Verf. Thüringen).

Es stellt sich die Frage, ob im Grundgesetz nach dem Vorbild der meisten Länderverfassungen ebenfalls eine ausdrückliche Pflicht des Staates zur Förderung der Kunst und der Kultur aufgenommen werden sollte. Zu dieser Frage hat die Enquete-Kommission des deutschen Bundestages namhafte Professoren des öffentlichen Rechts zu einer Stellungnahme gebeten. Die befragten Professoren äußern sich kontrovers (Für eine Staatszielbestimmung Kultur: Pieroth 2004, Hufen 2004, Häberle 2004. Gegen eine Staatszielbestimmung Kultur: Badura 2004, Karpen 2004, Mahrenholz 2004). Während die einen die Aufnahme einer Staatszielbestimmung empfehlen, die den Staat zur Förderung der Kunst und Kultur verpflichtet, raten die anderen von einer solchen Reform ab. In einem sind sich alle einig: Unmittelbare Rechtswirkungen für den einzelnen Künstler und die einzelne künstlerische oder kulturelle Einrichtung würden aus einer solchen Staatszielbestimmung nicht abgeleitet werden können. Mit anderen Worten: Niemand könnte unter Berufung auf eine solche Staatszielbestimmung einklagbare Rechte auf Förderung oder Erhalt einer kulturellen Einrichtung oder auf Kulturförderung geltend machen.

Eine Kulturstaatsklausel wird vor allem mit dem Argument befürwortet, ein Kulturstaatsauftrag könne zwar nicht den Einzelnen und die einzelne Einrichtung schützen, den Gesetzgeber aber seine Pflicht zur Kulturförderung vor Augen führen und sein Verhalten dadurch mitbestimmen. Darüber hinaus wird von den Befürwortern angeführt, dass die in den letzten Jahren aufgenommenen Staatszielbestimmungen Umweltschutz und Tierschutz der „Vervollständigung“ durch den Kulturschutz bedürften, um darauf hinzuweisen, dass sich der Staat Bundesrepublik Deutschland nicht nur seiner Verantwortung für die natürlichen Lebensgrundlagen bewusst sei, sondern sich auch zu den kulturellen Lebensgrundlagen bekennen sollte (Pieroth 2004: 4-6.).

Wir bezweifeln den von den Befürwortern erhofften Effekt: Eine unmittelbare Rechtswirkung lässt sich aus einer solchen Staatszielbestimmung im konkreten Konfliktfall für den Einzelnen und die jeweils betroffene Einrichtung nicht ableiten (eine Analyse der veröffentlichten Entscheidungen der Verfassungsgerichte der Länder und der Fachgerichtsbarkeit zeigt, dass dort in den letzten 25 Jahren die Kulturförderungsklauseln nicht ein einziges Mal relevant geworden sind). Ob der appellative Charakter, den eine Kulturstaatszielbestimmung auf den Gesetzgeber ausüben soll, in der Realität tatsächlich zu gesetzgeberischem Handeln führt, darf zumindest bezweifelt werden.

Im Ergebnis beurteilen wir die positiven Wirkungen einer Kulturstaatszielbestimmung sehr zurückhaltend. Von viel höherer Bedeutung als eine Verfassungsreform der Staatszielbestimmungen sind aus unserer Sicht konkrete Änderungen auf dem Gebiet des Staatsorganisationsrechts, des einfachen Rechts und Änderungen in der Organisation kultureller Einrichtungen, welche wir im folgenden näher vorschlagen und begründen wollen.

II. Schaffung von Kulturräumen

Der Freistaat Sachsen hat vor etwa 10 Jahren so genannte „Kulturräume“ geschaffen (Gesetz über die Kulturräume in Sachsen [Sächsisches Kulturraumgesetz – SächsKRG] vom 20. Januar 1994, SächsGVBl. S. 175, 17. Februar). Gemeinden und Landkreise schließen sich zu Kulturräumen zusammen, um kulturelle Einrichtungen gemeinsam zu finanzieren und zu erhalten. Das bedeutet: Landkreise und Gemeinden tragen zur Finanzierung von Kultur und kulturellen Einrichtungen bei, die sie selbst nicht vorhalten, die ihre Einwohner aber in Nachbargemeinden und Nachbarlandkreisen des Kulturraums besuchen. Die gemeinsame Wahrnehmung kultureller Aufgaben der Gemeinden und Landkreise des Kulturraums ermöglicht darüber hinaus eine häufig längerfristige und solidere Planung, als dies einer einzelnen Gemeinde oder einem einzelnen Landkreis möglich wäre. Der Freistaat Sachsen beteiligt sich durch einen stetigen, verlässlichen Mittelzufluss an der Finanzierung der Kultur des jeweiligen Kulturraums.

Das Modell hat sich nach der Überzeugung aller im sächsischen Landtag vertretenen Fraktionen und der meisten beteiligten Kommunen und Landkreise bewährt (Vgl. stenografisches Protokoll der gemeinsamen Sitzung der Enquete-Kommission des deutschen Bundestages mit dem Ausschuss für Wissenschaft und Hochschule, Kultur und Medien am 24. Mai 2004).

Die Vorteile des Kulturraumkonzepts liegen auf der Hand. Das Kulturraumkonzept ermöglicht es, auch in den ländlichen Räumen Kultureinrichtungen zu erhalten. Das Kulturraumkonzept erreicht dies dadurch, dass ein stetiger, verlässlicher und hinreichend großer Mittelzufluss garantiert werden kann. Dies wird dadurch erreicht werden, dass die Nachbargemeinden und Nachbarkreise mit in die Verantwortung genommen werden können, wobei das Land zusätzlich Mittel bereitstellt. Wir halten dieses Konzept für durchdacht und hilfreich. Es hat sich auch in der Praxis bewährt.

Verschiedentlich ist die Verfassungsmäßigkeit des Kulturraumgesetzes bezweifelt worden. Diese ist begründet worden mit einem angeblichen Verstoß gegen die Selbstverwaltungshoheit der Gemeinde und Gemeindeverbände gemäß Art. 28 des Grundgesetzes (Nähere Erläuterungen zu den von den Kritikern geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken und ihrer Auswirkung auf das Kulturraumgesetz – insbesondere der deswegen beschlossenen Befristung des Gesetzes – finden sich in den Ausführungen des Abgeordneten Dr. Grüning, CDU, in: stenografisches Protokoll der gemeinsamen Sitzung der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages mit dem Ausschuss für Wissenschaft und Hochschule, Kultur und Medien am 24. Mai 2004).

Weil sich das Modell der Kulturräume jedenfalls im Rahmen der tatsächlichen kulturellen Verhältnisse in Sachsen bewährt hat, schlagen wir vor, in Art. 28 des Grundgesetzes die Länder ausdrücklich zu ermächtigen, Kulturräume nach dem Vorbild des Freistaates Sachsen zu schaffen. Damit werden etwa noch vorhandene verfassungsrechtliche Bedenken – welche nicht völlig von der Hand zu weisen sind – ausgeräumt. Zugleich wird ein Zeichen gesetzt, dass der Grundgesetzgeber ein solches Modell ausdrücklich befür-

wortet und nicht nur in Sachsen ausdrücklich billigt, sondern auch andern Ländern als Modell zur Erhaltung und Förderung ländlicher kultureller Einrichtungen empfiehlt.

Der Grundgesetzgeber sollte sich aber darauf beschränken, die Länder zur Schaffung von Kulturräumen zu ermächtigen, ohne ihnen eine entsprechende Pflicht aufzuerlegen. Die unterschiedlichen tatsächlichen Bedingungen in den einzelnen Bundesländern könnten verschiedene Modelle nahe legen.

Wir schlagen vor, Art. 28 Abs. 2 GG wie folgt zu ändern:

„In Art. 28 wird folgender Satz 3 angefügt:

Gemeinden und Kreise können zur gemeinsamen Förderung örtlicher Kultur und kultureller Einrichtungen zu Kulturräumen zusammengeschlossen werden.“

III. Mitwirkung des Bundes an der Förderung von Kunst und Kultur

Die Kulturförderung ist in Deutschland nie ausschließlich Ländersache gewesen. Der Bund kümmert sich traditionell um die Förderung deutscher Kultur im Ausland mithilfe insbesondere der Goethe-Institute und der Deutsche Welle.

Der Bund hat seine Tätigkeit bei der Finanzierung und Förderung der Kultur in den letzten Jahren verstärkt. Am 23. Februar 2002 nahm in Halle die Kulturstiftung des Bundes ihre Arbeit auf. Sie widmet sich der Förderung von Kunst und Kultur „im Rahmen der Zuständigkeit des Bundes“. Schwerpunkt soll dabei die „Förderung innovativer Programme und Projekte im internationalen Kontext sein“ (so § 2 der Stiftungssatzung). Der Bund bezuschusst die Bayreuther Festspiele. Einen besonderen Schwerpunkt der kulturellen Betätigung des Bundes bildet mittlerweile die Förderung der Kultur in der Bundeshauptstadt. Im Rahmen des Hauptstadtkulturvertrages hat der Bund die Förderung des Jüdischen Museums, der Berliner Festspiele, des Hauses der Kulturen der Welt und des Martin-Gropius-Baus übernommen und finanziert die Akademie der Künste. Er hat des weiteren die Anschubfinanzierung der Opernstiftung in Berlin übernommen. Zugleich ist ein vom Bund finanzierter Hauptstadtkulturfonds geschaffen worden, mit dem für Berlin als Bundeshauptstadt bedeutsame Einzelmaßnahmen und Veranstaltungen gefördert werden, „die nationale oder internationale Ausstrahlung haben oder besonders innovativ sind“. Der Bund beteiligt sich an der Finanzierung der Stiftung Preußischer Schlösser und Gärten (Staatsvertrag über die Errichtung einer „Stiftung Preußischer Schlösser und Gärten Berlin/Brandenburg, Berliner Gesetz- und Verordnungsblatt 1994, 515). Damit knüpft er an eine bereits vor der Wiedervereinigung bestehende Praxis der Mitfinanzierung oder alleinigen Finanzierung bedeutsamer kultureller Einrichtungen an.

Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Sie schränkt die Kulturhoheit der Länder nicht ein, weil sie sich im wesentlichen auf die Gewährung finanzieller Hilfe beschränkt, ohne dass Verwaltungs- oder Entscheidungsbefugnisse in vollem Umfang auf den Bund übertragen worden wären.

Dennoch sind immer wieder verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Engagement des Bundes im Bereich der Kulturförderung erhoben worden (vgl. z. B. Uppenbrink 2004: 109; zum Engagement des Bundes bei der Förderung der Stiftung preußischer Schlösser und Gärten; allgemein instruktiv dazu: Mahrenholz 2002: 857 ff.). Solange der Bund sich auf die Gewährung finanzieller Hilfen beschränkt, kann darin schwerlich ein Eingriff in den Grundsatz der Kulturhoheit der Länder gesehen werden (so überzeugend Mahrenholz 2002: 857 ff.). Es ist deshalb auch nicht weiter verwunderlich, dass die Länder die Finanzhilfen des Bundes in allen Fällen jeweils gern entgegengenommen haben.

Um den Bund weiter zu ermutigen, in diesem Bereich Verantwortung zu übernehmen, und eventuelle verfassungsrechtliche Bedenken der Entscheidungsträger im Bund auszuräumen, sollte jedoch die Tätigkeit des Bundes im Bereich der Kulturförderung auf eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage gestellt werden. Hierzu schlagen wir in Anlehnung an die bereits im Bereich der Wissenschaftsförderung vorgesehene Mitwirkung des Bundes in Art. 91b GG eine Klausel vor, die den Bund zur Kulturförderung ermächtigt.

Wir schlagen folgende Grundgesetzänderung vor:

„In Art. 91b wird folgender Absatz 2 angefügt:

Neben den Ländern, Kreisen und Gemeinden oder im Zusammenwirken mit diesen kann auch der Bund die Kultur und kulturelle Einrichtungen fördern oder an deren Förderung mitwirken.“

Damit wird im Bereich der Kulturförderung dem Bund ein „Eintrittsrecht“ gewährt, aufgrund dessen der Bund berechtigt ist, Förderungsaufgaben, die von den Ländern, Kreisen und Gemeinden nicht wahrgenommen werden können – insbesondere mangels finanzieller Mittel – , selbst zu übernehmen oder mit den Ländern gemeinsam wahrzunehmen.

C. Ergebnisse

1. Eine Aufnahme eines Staatsziels Kultur in das Grundgesetz beurteilen wir eher skeptisch. Eine unmittelbare Rechtswirkung ließe sich aus einer solchen Staatszielbestimmung im konkreten Konfliktfall nicht ableiten. Allerdings hätte eine Staatszielbestimmung Kultur eine appellative Bedeutung für den Bundes- und auch die Landesgesetzgeber, die in ihrer Wirkung aber ebenfalls nicht überschätzt werden sollte.
2. Wir begrüßen die im Freistaat Sachsen geschaffenen sog. „Kulturräume“, die sich als Modell bewährt haben. Wir schlagen vor, in Art. 28 des Grundgesetzes die Länder ausdrücklich zu ermächtigen, Kulturräume nach dem Vorbild des Freistaates Sachsen zu schaffen.
3. Ebenso begrüßen wir die Mitwirkung des Bundes an der Förderung von Kunst und Kultur. Deswegen schlagen wir eine klarstellende Änderung des Art. 91b GG vor.

ZWEITER TEIL: EUROPARECHTLICHER RAHMEN

im nein das ja
im ja im nein das nein
im nein im ja im nein das ja
im ja im nein im ja im nein das nein
im nein im ja im nein im ja im nein das ja
im ja im nein im ja im nein im ja im nein das nein
ach wie kanns möglich sein

(Helmut Heissenbüttel: negative Dialektik I)

A. Einleitung

„Würde ich noch einmal anfangen können, würde ich mit der Kultur beginnen.“ So bilanzierte Jean Monnet, einer der Gründerväter der europäischen Gemeinschaften, den europäischen Integrationsprozess, der, anstatt mit der „Kultur zu beginnen“, von Anfang an im Wesentlichen von der Idee des Gemeinsamen Markts beseelt war.

Wirtschaft und Kultur existieren aber nicht nebeneinander. Bücher müssen verkauft, Komponisten und Autoren für ihre Leistungen entschädigt und Schauspieler beschäftigt werden. Filmproduzenten stehen im Wettbewerb um staatliche Förderungen. In all diesen Bereichen setzt europäisches (Wirtschafts-)Recht heute zentrale Akzente. So muss sich die deutsche Buchpreisbindung am europäischen Wettbewerbsrecht messen lassen, reguliert die europäische Gemeinschaft die Urheberrechte der Mitgliedstaaten und wird der nationalen Filmförderung durch das europäische Beihilfenrecht Grenzen gesetzt. Aus der wirtschaftlichen Integration ist – jedenfalls in Teilbereichen – längst auch eine kulturelle geworden.

Bemerkenswert ist daher, dass die große Mehrzahl der von uns befragten Theater und Orchester dem europäischen Recht gar keine, oder jedenfalls nur wenig Relevanz für ihr Unternehmen beimessen. In der folgenden Analyse des europäischen Rechtsrahmens soll untersucht werden, ob diese Einschätzung zutrifft.

B. Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft

Die Kultur ist im EG-Vertrag seit dem Vertrag von Maastricht in einem eigenen Titel geregelt. Mit Art. 151 EG-Vertrag verfügt die Europäische Gemeinschaft seitdem über eine eigene Kulturkompetenz, die ihr erlaubt, „einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt sowie gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes“ zu leisten.

Die Gemeinschaft kann in diesem Rahmen jedoch nur Fördermaßnahmen und Empfehlungen treffen. Eine Rechtsharmonisierung ist ihr ausdrücklich nicht erlaubt (Art. 151 Abs. 5 EG-Vertrag). Förderprogramme wie das europäische Programm „Kultur 2000“, mit dessen Hilfe zum Beispiel Gastspielreisen von Theatern in Europa gefördert werden,¹ haben ihrer Art und ihrem Umfang nach keine nennenswerten, jedenfalls keine strukturellen Auswirkungen auf die deutschen Theater und Orchester.

Auch der am 29. Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs unterzeichnete (und nunmehr in den Mitgliedstaaten zu ratifizierende) europäische Verfassungsvertrag wird die Kulturkompetenz der Europäischen Union nicht erweitern. Vielmehr wird die bestehende Regelung in Art. 151 EG-Vertrag ohne Änderung übernommen (Art. III-181).

C. Andere Kompetenzen und Maßnahmen

Mit der Nennung der eng umgrenzten unmittelbaren Kulturkompetenzen der Gemeinschaft ist das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zur Kultur jedoch nicht abschließend beschrieben. Das Gemeinschaftsrecht enthält eine Fülle von Regelungen mit kulturellen Bezügen, die auf andere Gemeinschaftskompetenzen als diejenigen für die Kulturpolitik gestützt sind.

Zu beachten ist dabei, dass die Gemeinschaft auch bei ihren primär wirtschaftlich ausgerichteten Tätigkeiten gemäß Art. 151 Abs. 4 EG-Vertrag den kulturellen Belangen Rechnung zu tragen hat (sog. „Kulturverträglichkeitsklausel“). Zu diesen Aspekten gehört nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift insbesondere die Wahrung und die Förderung der Vielfalt der Kulturen innerhalb der Gemeinschaft. Bei Art. 151 Abs. 4 EG-Vertrag handelt es sich nicht um einen bloßen politischen Appell, sondern um eine verpflichtende Regelung, wobei die Gemeinschaft im Einzelnen über ein Ermessen darüber verfügt, wie sie die betroffenen wirtschaftlichen und kulturellen Belange untereinander gewichtet (Fechner 2003: Rn. 34).

Das Gewicht, das die kulturellen Belange beim Tätigwerden der Gemeinschaft einnehmen, ist zudem durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstärkt worden. Gemäß Art. 22 der Grundrechtscharta achtet die Union die Vielfalt ihrer Kulturen. Im Wortlaut ebenso lapidar und vorbehaltlos wie das deutsche Grundgesetz gewährleistet die Charta in Artikel 13 zudem die Freiheit der Kunst. Die Grundrechtscharta ist anlässlich des Gipfels in Nizza im Dezember 2000 vom Rat, dem Europäischen Parlament und der Kommission unterzeichnet und feierlich verkündet worden. Allerdings wurde kein Beschluss über die Einbeziehung der Charta in die bestehenden Gemeinschaftsverträge gefasst. Die Charta ist jedoch Bestandteil des (von den Mitgliedstaaten nun zu ratifizierenden) Europäischen Verfassungsvertrags. Die Bestimmung des genauen Inhalts und Um-

¹ Nähere Informationen hierzu stellt die Kommission im Internet auf ihrem „Kulturportal“ unter http://europa.eu.int/comm/culture/index_de.htm bereit.

fangs der gewährleisteten Grundrechte durch den Europäischen Gerichtshof bleibt abzuwarten.

I. Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 39 EG-Vertrag

Art. 39 des EG-Vertrags gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft. Die Norm regelt in erster Linie ein Diskriminierungsverbot. Die Mitgliedstaaten dürfen Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten („Wanderarbeitnehmer“) im Grundsatz nicht anders behandeln als ihre eigenen Arbeitnehmer. Das hat erhebliche aufenthaltsrechtliche Konsequenzen: Arbeitnehmer aus EG-Staaten genießen das Recht der freien Einreise, sie sind zum Aufenthalt und zur Ausübung einer Beschäftigung ohne besondere Arbeitserlaubnis berechtigt.

Mit dem am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen Beitrittsvertrag ist die Europäische Union um zehn neue Mitgliedstaaten erweitert worden. Mit Ausnahme von Malta und Zypern können sich die Arbeitnehmer aus den Beitrittsstaaten in Deutschland innerhalb einer Übergangsfrist von zunächst zwei Jahren noch nicht in vollem Umfang auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen. Deshalb bedürfen Arbeitnehmer aus den Beitrittsländern grundsätzlich weiterhin einer Arbeitsgenehmigung (§ 284 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III). Die Bundesrepublik ist berechtigt, die Übergangsfrist nach Ablauf der zwei Jahre bis zu weiteren fünf Jahren zu verlängern (vgl. Art. 24 der Beitrittsakte i. V. m. den Anhängen V-XIV).

Theater und Orchester in Deutschland beschäftigen vor allem im künstlerischen Bereich eine Vielzahl von Arbeitnehmern sowohl aus dem außer- als auch aus dem innereuropäischen Ausland. Die Mehrzahl der von uns befragten Kulturbetriebe bewertet das Verfahren zum Erwerb einer Arbeitsgenehmigung für ausländische Künstler als kompliziert mit der Folge eines hohen Verwaltungsaufwands. Daher bedeutet die Freistellung der EG-Arbeitnehmer vom Erfordernis einer Arbeitserlaubnis eine erhebliche Erleichterung für die Theater und Orchester. Wir empfehlen, dies bei der Entscheidung über eine weitere Suspension der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Arbeitnehmer aus den Beitrittsstaaten zu berücksichtigen.

II. Freier Dienstleistungsverkehr, Art. 49 EG-Vertrag

1. Rechtsrahmen

Art. 49 EG-Vertrag gewährleistet die Freizügigkeit der Erbringer von Dienstleistungen. Ähnlich wie Art. 39 EG-Vertrag die Wanderarbeitnehmer vor Ungleichbehandlungen schützt, verbietet Art. 49 EG-Vertrag in erster Linie diskriminierende Maßnahmen, durch die grenzüberschreitende Dienstleistungen von Selbständigen erschwert werden. Diskriminierend wirken zum Beispiel Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die für eine Tätigkeit eine Niederlassung im Inland oder einen im Inland erworbenen Hochschulabschluss erforderlich machen. Darüber hinaus ist es einem Mitgliedstaat aber auch verwehrt, die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in seinem

Hoheitsgebiet von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig zu machen, die für eine Niederlassung gelten. Vielmehr soll ein Dienstleistender, der in seinem Herkunftsstaat seine Leistungen rechtmäßig erbringt, dies grundsätzlich auch grenzüberschreitend tun können, wenn nicht zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses dagegen stehen. Dieses „Herkunftslandsprinzip“ ist auch das Herzstück des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) vom 25. Februar 2004,² vgl. Artikel 16 des Entwurfes.

Als Dienstleistungserbringer im Sinne des EG-Vertrags und der geplanten Dienstleistungsrichtlinie kommen zum einen natürliche Personen (etwa einzelne Künstler) in Betracht. Darüber hinaus können sich gemäß Art. 55 i. V. m. 48 EG-Vertrag aber auch juristische Personen (wie Theater- und Orchestergesellschaften) auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. In Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit schützt die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich nur vorübergehend erbrachte Leistungen, deren Erbringung keine Eingliederung in die Wirtschaft des Aufnahmestaates erfordert (Tiedje/Troberg 2003a: Rn. 13).

Den eigentlichen Begriff der Dienstleistung versteht der EG-Vertrag weit. Der in Art. 50 EG-Vertrag enthaltene Katalog der umfassten Tätigkeiten (gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten) ist nur beispielhaft (Tiedje/Troberg 2003: Rn. 4) und schließt künstlerische Tätigkeiten nicht aus (Fechner 2003a: Rn. 28). Auch öffentliche Kulturinstitutionen können Erbringer von Dienstleistungen sein, denn die Privatnützigkeit ist hierfür keine Voraussetzung (Tiedje/Troberg 2003: Rn. 7).

Für die Einordnung einer Tätigkeit als Dienstleistung ist aber erforderlich, dass die Leistung „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht wird (Art. 50 EG-Vertrag). Auch hierfür macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Dienstleistung von einem Privaten oder vom Staat erbracht wird. Den Dienstleistungscharakter von Hochschul- und Schulunterricht an öffentlichen Schulen hat der Europäische Gerichtshof in älteren Entscheidungen zwar mit der Begründung verneint, dass über Schulgeld etc. nur ein teilweises Entgelt erbracht werde und der Unterricht ganz hauptsächlich aus dem Staatshaushalt finanziert werde (EuGHE 1988, 5365 – *Humbel*; EuGH EuZW 1994, 93 – *Wirth*). Danach könnte auch die Aufführungstätigkeit eines staatlichen Theaters oder Orchesters wegen der verhältnismäßig geringen Eigeneinnahmequote nicht als Dienstleistung zu beurteilen sein. In zwei jüngeren Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof jedoch auch die Tätigkeit staatlicher Museen, allein weil diese einen Eintritt verlangen, als Dienstleistungen angesehen (Rs. C-45/93; C-388/01). Demnach setzt eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrags nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht mehr voraus, dass das vom Dienstleistungsempfänger erhobene Entgelt die gesamten wirtschaftlichen Kosten der Leistung abdeckt.

² KOM(2004)2.

2. Bedeutung für Theater und Orchester

Künstler aus dem EG-Ausland, die in deutschen Theatern aufgrund von Gastspielverträgen tätig sind, ohne dabei abhängig beschäftigt zu sein, erbringen eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EG-Vertrag und genießen folglich den Schutz der Dienstleistungsfreiheit mit der Folge des Rechts auf freie Einreise und Aufenthalt. Für das Engagement europäischer Künstler als Dienstleistungserbringer gilt daher das zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Gesagte entsprechend. Im Unterschied zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sind die Übergangsbestimmungen für die Beitrittsstaaten in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit aber auf eine begrenzte Anzahl von Wirtschaftsbereichen, zu denen der Kulturbereich nicht gehört, begrenzt. Selbständige Künstler aus den Beitrittsstaaten, die vorübergehend in Deutschland tätig sind, können sich daher bereits jetzt auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

Die Art. 49 ff. EG-Vertrag erfassen nicht nur die Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat. Umgekehrt schützt die Dienstleistungsfreiheit auch den Empfänger einer Dienstleistung, der sich hierfür in einen anderen Mitgliedstaat be gibt. Deshalb darf ein Mitgliedstaat Touristen aus anderen Mitgliedstaaten beim Erwerb von Eintrittskarten für Museen, Theater, Konzerte etc. gegenüber inländischen Besuchern tariflich nicht diskriminieren. Derartige Regelungen in Spanien und in Italien hat der Europäische Gerichtshof für gemeinschaftswidrig erklärt (Urteil vom 16. Januar 2003, Kommission/Italienische Republik, Rs. C-388/01, und Urteil vom 15. März 1994, Kommission/Königreich Spanien, Rs. C-45/93). Entsprechende Differenzierungen in der Tarifstruktur deutscher öffentlicher Kulturbetriebe, die uns jedoch nicht bekannt sind, verstießen daher ebenfalls gegen Gemeinschaftsrecht.

In seiner Studie vom 31. Oktober 2004 setzt sich der Deutsche Bühnenverein (2004) unter anderem mit der Frage auseinander, ob und, wenn ja, mit welchen Folgen das Angebot der öffentlich und privat getragenen Kulturinstitutionen dem Dienstleistungsbegriff zuzuordnen sei. Die vom Bühnenverein in diesem Zusammenhang formulierte Position, den Bereich der Kunst generell dem Dienstleistungsbegriff im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu entziehen, erscheint rechtlich nicht haltbar. Eine solche Auslegung widerspricht nicht nur dem klaren Wortlaut des Art. 50 EG-Vertrag, sondern der insofern ebenfalls eindeutigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die auch künstlerische Leistungen, sofern sie gegen Entgelt erbracht werden, ohne Weiteres als Dienstleistung beurteilt. Für die Kultur sieht der EG-Vertrag eben keine Bereichsausnahme von den Grundfreiheiten vor (vgl. Fechner 2003a: Rn. 28; Ress 1991: 28). Auch der Kommissionsentwurf für eine Dienstleistungsrichtlinie sieht inso weit keine Änderungen vor, sondern orientiert sich am Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages (vgl. Art. 4 Nr. 1 des Entwurfs). Insgesamt verortet der Bühnenverein die (im Kern beihilfenrechtliche) Problematik, ob die öffentliche Kultursubventionierung mit Europäischem Recht vereinbar ist, unzutreffend in der Dienstleistungsfreiheit.

III. Beihilfenrecht

1. Darstellung des Rechtsrahmens

a) Tatbestand des Beihilfenverbots

Das europäische Beihilfenrecht dient dem Schutz des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs vor Verfälschungen durch staatliche Beihilfen.

Nach der Grundnorm des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sind staatliche Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt prinzipiell unvereinbar und deshalb unzulässig, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen und nicht einer der Tatbestandsausnahmen des Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag unterfallen (letztere sind für den Kulturbereich allerdings ohne Bedeutung).

Dabei ist der Begriff der Beihilfe weit auszulegen. Grundsätzlich ist damit jede Begünstigung, gleich welcher Art, gemeint, sofern sie unentgeltlich oder für ein zu niedriges Entgelt gewährt wird. Dazu gehören nicht nur klassische Subventionen in Form unmittelbarer finanzieller Zuwendungen, sondern auch Steuerbefreiungen, die Gewährung von Bürgschaften, die Überlassung von Gebäuden oder andere Formen von Begünstigungen. Die Begünstigung muss aber „staatlich“ oder „aus staatlichen Mitteln“ gewährt sein. Private Zuwendungen werden nicht vom Beihilfenrecht umfasst. Zu den staatlich gewährten Begünstigungen zählen neben Beihilfen des Bundes aber auch Zuwendungen, die von den Bundesländern, den Gemeinden sowie allen sonstigen rechtlich selbständigen oder unselbständigen öffentlichen Einrichtungen gewährt werden.

Als Beihilfenempfänger kommen sowohl private als auch öffentliche Unternehmen in Betracht. Der Unternehmensbegriff wird dabei weit verstanden: Jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von der Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung fällt darunter (Mederer 2003: Rn. 31). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Deshalb können auch rechtlich unselbständige öffentliche Einrichtungen Empfänger einer unzulässigen Beihilfe sein.

Voraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestands des Beihilfenverbots ist darüber hinaus, dass die Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und dass sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Damit sind solche Zuwendungen vom Beihilfeverbot ausgenommen, die nur einen lokalen oder regionalen Markt betreffen.³ Das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung hat die Kommission in einer Entscheidung, die die staatliche Subventionierung eines örtlichen Freizeitbads mit einem Einzugsgebiet von ca. 50 km betraf,

³ Von vornherein ausgenommen sind nach der „de-minimis“-Verordnung (VO Nr. 69/2001, ABl. 2001 Nr. L 10 S. 30) ferner alle Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 100.000 Euro, bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren, nicht übersteigen.

verneint, weil ein nur örtlicher, die Grenzen zu einem anderen Mitgliedstaat nicht überschreitender Markt betroffen war (Entscheidung der Kommission N 258/00 vom 12. Januar 2001 – Freizeitbad Dorsten). Im Übrigen sind die Erfordernisse einer Wettbewerbsverfälschung und einer Handelsbeeinträchtigung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes jedoch relativ leicht erfüllt. Die Europäische Kommission (als zuständiges Organ der Beihilfenkontrolle) muss danach zwar den Nachweis einer zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung erbringen, sie kann sich dabei jedoch auf eine summarische Darlegung der Wettbewerbsverhältnisse und eine plausible Begründung beschränken.

b) Rechtsfolgen einer unzulässigen Beihilfe

Handelt es sich bei der staatlichen Gewährung von Mitteln um eine Beihilfe, ist verfahrensrechtlich und im Hinblick auf die Rechtsfolgen zwischen bestehenden und neu eingeführten bzw. umgestalteten Beihilfen zu unterscheiden. Bestehende Beihilfen, d.h. solche, die bereits vor Inkrafttreten des EG-Vertrages bestanden, werden von der Kommission fortlaufend auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 87 EG-Vertrag überprüft (Art. 88 Abs. 1 EG-Vertrag). Hingegen müssen die Mitgliedstaaten neue bzw. umgestaltete Beihilfen jeweils rechtzeitig vor ihrer Gewährung der Kommission „notifizieren“. Bis zur Entscheidung der Kommission über die Untersagung oder Genehmigung der notifizierten Beihilfe besteht ein Durchführungsverbot (Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG-Vertrag). Der betreffende Mitgliedstaat darf eine Finanzierungshilfe z.B. nicht auszahlen.

Gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, ist der Mitgliedstaat grundsätzlich zur Rückabwicklung der Beihilfe verpflichtet. Insoweit ist abermals die Unterscheidung zwischen bestehenden und neuen Beihilfen relevant. Denn die Kommission kann im Falle bestehender Beihilfen die Umgestaltung oder Aufhebung der Beihilfe nur mit Wirkung für die Zukunft vorschlagen. Lediglich bei neuen Beihilfen kann deren Rückforderung für die Vergangenheit angeordnet werden.

c) Genehmigung einer Beihilfe gem. Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag („Kulturvorbehalt“)

Gem. Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag kann die Kommission bestimmte Beihilfen, die an sich den Tatbestand des Beihilfenverbots erfüllen, ausnahmsweise genehmigen. Genehmigungsfähig sind unter anderem „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“ (Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag).

Zu beachten ist, dass dieser Kulturvorbehalt in Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag nach einhelliger Auffassung keine Bereichsausnahme in dem Sinne darstellt, dass Maßnahmen zur Kulturförderung von vornherein der Beihilfenkontrolle ent-

zogen wären (Koenig/Kühling 2000:197). Vielmehr bedarf es hier stets einer Einzel- oder Gruppenfreistellungsentscheidung der Kommission. Dabei hat die Kommission einen weiten Ermessensspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (Mederer 2003a: Rn. 143). Um ihre Ermessensausübung für die Mitgliedstaaten und die betroffenen Unternehmen transparenter und voraussehbarer zu machen, erlässt die Kommission konkretisierende Leitlinien. Solche Leitlinien bestehen im Rahmen des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag bislang jedoch nur für den Bereich der Filmförderung.⁴ Pläne der Kommission, Leitlinien auch für andere Bereiche der Kulturförderung zu erlassen, sind bislang nicht verwirklicht worden.

Der Europäische Gerichtshof hat sich zum Begriff der Kultur in Art. 87 Abs. 3 lit. d. EG-Vertrag – soweit ersichtlich – bislang noch nicht geäußert. Es ist aber davon auszugehen, dass der Begriff der Kultur jedenfalls die klassischen Kultursparten wie Literatur, Schauspiel, Musiktheater und Konzerte umfasst (Koenig/Kühling 2000:201).

Nicht als Maßnahme der Kulturförderung wurde dagegen die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Spartenprogramme „Kinderkanal“ und „Phoenix“ angesehen. Sie dienen nach Auffassung der Kommission der Befriedigung der „demokratischen und erzieherischen Bedürfnisse der deutschen Gesellschaft“, nicht aber kulturellen Anliegen.⁵ Überhaupt lehnt es die Kommission ab, den Rundfunkbereich pauschal der Kulturförderung zu unterstellen.⁶ Als von Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG-Vertrag gedeckt hat die Kommission indessen z.B. Exportbeihilfen zur Förderung der französischen Sprache im französischsprachigen Ausland bewertet⁷ und auch die Bewahrung und Wiederherstellung der ältesten Salzgewinnungsstätte der Welt in Hallstatt/Tirol als Förderung zur Erhaltung des kulturellen Erbes⁸ angesehen.

d) Freistellung vom Beihilfenverbot gem. Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag

Gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag können Unternehmen, die mit Dienstleistungen von *allgemeinem wirtschaftlichem Interesse* betraut sind, von den Wettbewerbsregeln des Vertrages, zu denen auch die Vorschriften zum Beihilfenrecht zählen, ausgenommen werden. Die Vorschrift umfasst öffentlich-rechtlich wie privat-

⁴ Mitteilung der Kommission zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Produkten vom 26. September 2001, KOM/2001/0534.

⁵ Kommission vom 22. März 1999, Beihilfe NN 70/98, „Staatliche Beihilfe für die öffentlichen Fernsehprogramme Kinderkanal und Phoenix“.

⁶ Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 15. November 2001 (ABl. C 320 S. 8).

⁷ Kommission v. 10. Juni 1998, ABl. 1999 L 44/37.

⁸ Kommission vom 26. Januar 1999, Beihilfe N 494/98 – Österreich/Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt.

rechtlich geführte Unternehmen gleichermaßen. In der Praxis hat sie erhebliche Bedeutung für die beihilfenrechtliche Würdigung der öffentlichen Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (dazu unten). Voraussetzung für eine Freistellung gem. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist ein staatlicher Betrauungsakt. Danach muss das Unternehmen kraft Gesetzes oder eines sonstigen Aktes öffentlicher Gewalt mit der Erbringung der Dienstleistung betraut worden sein (Hochbaum/Klotz 2003: 937). Weitere Voraussetzung ist, dass die Anwendung des Beihilfenrechts die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe „rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Ferner darf durch die Freistellung die „Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“ (Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG-Vertrag).

Die Kommission – als für das Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zuständige Organ (Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag) – hat bislang nicht zu der Frage Stellung genommen, ob und inwieweit die staatliche Förderung von Theatern und Orchestern und die Erbringung von kulturellen Leistungen durch den Staat selbst als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ anzusehen ist und unter die Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag subsumiert werden kann. In ihrem jüngst veröffentlichten Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12. Mai 2004, KOM(2004) 374 fasst die Kommission die bisherige Gemeinschaftspraxis zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dahingehend zusammen, dass sich Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf *„wirtschaftliche Tätigkeiten bezieht, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden“* (S. 27). Beispielhaft hebt die Kommission das Verkehrswesen, die Postdienste, den Energiesektor und die Telekommunikation als mögliche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hervor. Die Kulturförderung wird nicht erwähnt.

2. Bedeutung für Theater und Orchester

Fraglich ist, wie die Zuwendungen der öffentlichen Hand an die deutschen Theater und Orchester beihilferechtlich zu würdigen sind.

a) Theater und Orchester im Allgemeinen

aa) Theater und Orchester als Unternehmen

Bei Theater- und Orchesterbetrieben handelt es sich regelmäßig um Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, denn sie bieten Dienstleistungen (Theateraufführungen oder Konzerte, CD-Aufnahmen etc.) auf einem bestimmten Markt an. Dabei stehen sie in zumindest potentiell Wettbewerbsverhältnis mit anderen Theater- und Orchesterunternehmen. Unerheblich ist in-

soweit, ob die Kulturbetriebe öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich geführt werden. Auch öffentliche bzw. staatliche Theater und Orchester unterliegen grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Beihilfenrechts.

bb) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Gewährung öffentlicher Zuwendungen an Theaterbetriebe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag „den Wettbewerb verfälschen“ und den „Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“ können. Theater wirken im Wesentlichen auf einem lokal begrenzten Bereich, der die Grenzen Deutschlands – bereits sprachlich bedingt – gewöhnlich nicht überschreitet. Wettbewerbsverhältnisse zu Theaterbetrieben, die außerhalb Deutschlands ansässig sind, sind zwar insbesondere im Grenzgebiet mit Österreich denkbar. Noch weitere räumliche Märkte kommen auch hinsichtlich der Gastspielaufführungen von Theatern und der Teilnahme an internationalen Theaterfestivals in Betracht. Der Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung in Bezug auf den Gemeinsamen Markt wird jedoch – soweit ersichtlich – trotz der geringen Anforderungen nur im Ausnahmefall möglich sein (Heidenhain 2003: 459).

Einen potentiell weiteren räumlichen Wirkungsbereich haben dagegen zum einen Musiktheater, insbesondere aber Orchester. Der relevante räumliche Markt ist hier nicht durch Sprachgrenzen vorgegeben. Die Sprache der Musik wird in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen verstanden. Das Entstehen einer Wettbewerbsverfälschung durch die Gewährung staatlicher Beihilfe ist im Orchesterbereich daher grundsätzlich wahrscheinlicher, bedürfte aber gleichwohl einer konkreten Prüfung im Einzelfall. Insbesondere bei der Verwertung von Tonträgeraufnahmen, aber auch bei Tourneen und Gastspielen der Orchester ist die Annahme eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs verschiedener Orchester allerdings nicht ausgeschlossen.

cc) Genehmigung gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag („Kulturklausel“)

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob eine Genehmigung aufgrund der „Kulturklausel“ in Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag in Betracht kommt. Wegen der nur fallweisen Befassung der Kommission mit der Kulturklausel lassen sich bislang allerdings keine allgemeingültigen Kriterien für die Auslegung des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag aufstellen. Auch wenn eine Beihilfe als Maßnahme der Kulturförderung gekennzeichnet werden kann, verlangt Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag seinem Wortlaut nach im Weiteren eine Abwägung zwischen den berechtigten mitgliedstaatlichen Kulturinteressen und dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsschutz. Dieser Abwägungsvorbehalt und der Charakter der Norm als Ermessensvorschrift machen die strukturpolitische Komponente des Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag deutlich. Die

Kommission hat bei der Genehmigung von Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag ein beträchtliches Maß an politischer Gestaltungsfreiheit.

dd) Freistellung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

Neben einer Genehmigung aufgrund der „Kulturklausel“ ist auch die Möglichkeit einer Freistellung gem. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag in Betracht zu ziehen. Dafür gälte es zunächst zu begründen, dass die öffentlich subventionierten Theater und Orchester eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ erbringen.

Öffentliche Theater und Orchester erfüllen einen kulturpolitischen Auftrag, dies in Bezug auf den *künstlerischen* Wert ihrer Arbeit (Fortentwicklung der Aufführungs- und Interpretationskunst, Wahrung des kulturellen Erbes), aber auch in *gesellschaftspolitischer* (Stabilisierung der Gesellschaft, Kritik ihrer Missstände, Entwicklung zukünftiger Lebens- und Gemeinschaftsformen) und *sozialpolitischer* Hinsicht (Bildungs- und Erziehungswert des Theater- und Orchesterangebots, Teilhabe sozial schwacher Bevölkerungskreise durch Subventionierung der Eintrittspreise). Insofern ist davon auszugehen, dass öffentliche Theater und Orchester grundsätzlich Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erbringen.

Dennoch ist insgesamt zweifelhaft, ob Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag in Bezug auf die Subventionierung öffentlicher Theater und Orchester Anwendung finden kann. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass eine Abweichung von den Vertragsregeln nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nur dann geltend gemacht werden kann, wenn auch die Freistellungsmöglichkeiten gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG-Vertrag ausgeschöpft sind (Hochbaum/Klotz 2003: 941). Dafür spricht, dass Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag gegenüber Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag das inhaltlich speziellere Gesetz ist. Das Verhältnis von „Kulturklausel“ und der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag hat der Europäische Gerichtshof bislang jedoch nicht abschließend geklärt.

ee) Ergebnis

Die beihilfenrechtliche Vereinbarkeit der staatlichen Förderung von Theatern und Orchestern ist gegenwärtig insgesamt durch ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit gekennzeichnet. Die gebotene Auslegung des Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag in Bezug auf die staatliche Subventionierung öffentlicher Theater und Orchester ist mangels einschlägiger Gemeinschaftspraxis bislang ungeklärt. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Freistellungsmöglichkeit gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Aus dem Umstand, dass die Kommission die in den Mitgliedstaaten praktizierte Fördermaßnahmen bislang noch nicht ins Visier genommen hat, kann nicht deren rechtliche Unbedenklichkeit gefolgert werden.

Wir empfehlen daher, staatliche Fördermaßnahmen zugunsten von Theatern und Orchestern verstärkt auf ihre wettbewerbliche Relevanz zu überprüfen und gegebenenfalls vor der Kommission zu notifizieren. Ferner sollte die Bundesrepublik Deutschland vor der Kommission auf die Formulierung von Leitlinien für die Auslegung der Kulturklausel in Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag bzw. der Freistellung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag hinwirken.

b) Finanzierung der Rundfunkorchester im Besonderen

Einen beihilfenrechtlichen Sonderfall stellen wegen ihrer Finanzierung durch die Rundfunkgebühren die Orchester der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dar.

Das System der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten war bereits mehrfach Gegenstand beihilfenrechtlicher Entscheidungen der Kommission. Aktuell steht speziell die Situation in Deutschland auf dem Prüfstand des europäischen Beihilfenrechts, nämlich zum einen im Hinblick auf die Online-Angebote von ARD und ZDF und zum anderen mit Blick auf die Zuschüsse der Landesmedienanstalten zum Wechsel vom analogen auf das digitale Antennenfernsehen (DVB-T). Zunehmend in das beihilfenrechtliche Interesse der Kommission rückt darüber hinaus das Bieterverhalten der öffentlich-rechtlichen Sender beim Einkauf von Sportrechten.

Die Kommission geht in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis grundsätzlich davon aus, dass die Gebührenfinanzierung in den Mitgliedstaaten den Tatbestand einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag verwirklicht. Dabei argumentiert sie, dass (1) die von der GEZ eingezogenen Gebühren zwar nicht unmittelbar „staatliche“, aber doch wenigstens – durch den Rundfunkgebührenstaatsvertrag – staatlich *veranlasste* Mittel sind, (2) auch eine tatbestandsmäßige „Begünstigung“ vorliegt, weil die Gebührenfinanzierung eine Überkompensation im Verhältnis zur Übernahme des Grundversorgungsauftrags durch die Rundfunkanstalten darstellt, und (3) sich öffentlich-rechtliche und private Sender in einem Wettbewerb befinden und deshalb auch eine „Wettbewerbsverfälschung“ droht. Hiergegen wird immer wieder insbesondere vorgebracht, es handle sich bei der deutschen Rundfunkgebühr schon wegen der verfassungsrechtlich geforderten Staatsferne des Rundfunks und seiner Finanzierung nicht um „staatliche Mittel“ im Sinne des Beihilfenbegriffs. Die Kommission hat sich hiervon indes bislang nicht überzeugen lassen, und die jüngste Einflussnahme der Ministerpräsidenten auf die Gebührenempfehlung der dafür eigentlich zuständigen unabhängigen Kommission (KEF) dürfte eine solche Argumentation noch zusätzlich erschweren.

Gleichzeitig haben die Parteien des Amsterdamer Vertrages in einem gesonderten Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedsstaaten (sog. Amsterdamer Protokoll) anerkannt, dass die Mitgliedsstaaten grundsätzlich frei sein sollen, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren. In einer ge-

sonderten Mitteilung vom 15. November 2001 hat die Kommission allerdings drei Bedingungen aufgestellt: (1) Der Mitgliedsstaat muss den öffentlich-rechtlichen Auftrag klar und präzise definiert haben, (2) es muss eine förmliche Beauftragung – z.B. durch ein Rundfunkgesetz – eines oder mehrerer Unternehmen mit der Ausführung des Rundfunkauftrags erfolgt sein, und (3) die Gebührenfinanzierung muss verhältnismäßig sein. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind (wofür sich die Kommission ausdrücklich das Recht zur Einzelfallprüfung vorbehalten hat), will die Kommission das Beihilfenrecht gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht auf den gebührenfinanzierten Rundfunk anwenden.⁹

Bei den genannten Kriterien handelt es sich letztlich um formale Anforderungen der Kommission. Sie erkennt in ihrer Mitteilung ausdrücklich an, nur die Verhältnismäßigkeit der Gebührenfinanzierung prüfen zu wollen und die *inhaltliche* Definition des Grundversorgungsauftrags den Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Kulturhoheit zu überlassen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang gleichwohl, dass die deutschen Landesgesetzgeber bislang überhaupt keine – wie auch immer geartete – hinreichend klare Definition des Grundversorgungsauftrags von ARD und ZDF vorgenommen haben. Es existieren lediglich Vorschläge entsprechender Selbstverpflichtungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Es muss bezweifelt werden, dass dies von der Kommission als ausreichend angesehen wird.

Solange diese Kriterien nicht klar erfüllt sind, besteht die Gefahr, dass die Kommission sich grundsätzlich gegen das System der Gebührenfinanzierung in Deutschland stellen könnte. Damit geht eine gewisse Rechtsunsicherheit auch für die Rundfunkorchester einher, deren Tätigkeit in den Rundfunkgesetzen und -staatsverträgen der Bundesländer bislang ebenfalls nicht ausdrücklich dem öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsauftrag zugerechnet wird. Das Profil des klassischen Rundfunkorchesters hat sich zudem längst dem des Konzertorchesters angenähert. Die Anzahl der Radioproduktionen ist im Verhältnis zu den Konzerten allgemein gesunken (Jacobshagen 2000, 34), auch die Rundfunkorchester drängen auf den Plattenmarkt. Auch aus diesem Grund erscheint es fragwürdig, die allgemeinen kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunk-Sinfonieorchester noch insgesamt ohne Weiteres zum öffentlich-rechtlichen Sendeauftrag der Rundfunkanstalten zu zählen.

Aufgrund dieser Bedenken empfehlen wir, den öffentlichen Auftrag der Rundfunkorchester durch die Schaffung klarer gesetzlicher Regelungen in den Rundfunkgesetzen der Länder zu verdeutlichen und dabei insbesondere den Anforderungen der Kommission Rechnung zu tragen.

⁹ Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 15. November 2001 (ABl. C 320 S. 5 ff.).

IV. Sonstige Maßnahmen

1. Richtlinie 2003/10/EG (Lärmschutz)

a) Regelungsinhalt

Die Richtlinie 2003/10/EG über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (Lärm) vom 6. Februar 2003 (Amtsblatt der EU, Nr. L 42/38 vom 15. Februar 2003) dient dem Schutz von Arbeitnehmern vor übermäßigen Lärmeinwirkungen am Arbeitsplatz.

Die Vorschriften richten sich an private wie öffentliche Arbeitgeber. Bei der Bestimmung des Begriffes „Lärm“ unterscheidet die Richtlinie nicht nach der (ästhetischen) Beschaffenheit oder der Struktur der Immission. Ob der Arbeitnehmer den Klang einer Piccoloflöte im Ohr hat oder ob er dem Wüten eines Presslufthammers ausgesetzt ist, spielt insoweit keine Rolle. Entscheidend ist das Erreichen bestimmter physikalischer Geräuschpegel. In der Terminologie der Richtlinie sind das „Expositionspegel“. Die Richtlinie legt drei solcher Expositionswerte fest, die in einem Stufenverhältnis angeordnet sind:

- Als sog. „*Unteren Auslösewert*“ bestimmt die Richtlinie 80 dB(A) (Artikel 3 Abs. 1 lit. c). Ist der Arbeitnehmer diesem akustischen Pegel ausgesetzt, muss ihm sein Arbeitgeber einen persönlichen Gehörschutz zur Verfügung stellen. Der Arbeitgeber ist ferner zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die durch den Lärm entstehenden Risiken verpflichtet. Bei Bestehen eines Gesundheitsrisikos hat der Arbeitnehmer auch Anspruch auf vorbeugende medizinische audiometrische Untersuchungen.
- Weitergehende Verpflichtungen entstehen, wenn der „*Obere Auslösewert*“ von 85 dB(A) erreicht wird (zur Orientierung: Ein solcher Wert entspricht ungefähr dem Lärm eines vorbeifahrenden Lastwagens). In diesem Fall hat der Arbeitgeber technische oder organisatorische Maßnahmen zur Lärmverringerung durchzuführen (Art. 5 Abs. 2). Dazu gehören etwa Luftschallminderungen (wie Abschirmungen), der Einsatz weniger lärm-emittierender Arbeitsmittel, die Umgestaltung der Arbeitsstätte oder auch arbeitsorganisatorische Maßnahmen zur Begrenzung der Dauer der Lärmexposition. Arbeitsplätze, an denen die Geräuschwerte erreicht werden, sind mit einer geeigneten Kennzeichnung zu versehen (Art. 5 Abs. 3). Ein persönlicher Gehörschutz ist den Arbeitnehmern nicht mehr nur (wie beim Erreichen des unteren Auslösewerts) zu Verfügung zu stellen, seine Verwendung ist obligatorisch (Art. 6 Abs. 1 lit. b). Den Beschäftigten muss ferner eine arbeitsmedizinische Überwachung ermöglicht werden (Art. 10 Abs. 2 S. 1).

- Ein Überschreiten des *Expositionsgrenzwertes* von 87 dB(A) duldet die Richtlinie unter keinen Umständen (Art. 7 Abs. 1). Anders als bei der Ermittlung der Auslösewerte wird bei der Messung des Expositionsgrenzwertes jedoch die dämmende Wirkung eines persönlichen Gehörschutzes berücksichtigt (Art. 3 Abs. 2 S. 2).

Die Richtlinie sieht vor, dass die maßgeblichen Auslöse- und Grenzwerte grundsätzlich über die Zeit eines nominalen Achtstundentags gemittelt werden. Nur ausnahmsweise können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 3 für Tätigkeiten, bei denen die Lärmexposition von einem Arbeitstag zum anderen erheblich schwankt, stattdessen einen Wochen-Expositionspegel zugrunde legen. In diesen Fall werden die Werte für eine nominale Woche mit fünf Achtstundentagen gemittelt (Art. 2 lit. c).

Die Richtlinie gilt grundsätzlich für alle Arbeitsbereiche. Eine Besonderheit gilt aber für den Musik- und Unterhaltungssektor: Zwar enthält die Richtlinie keine Bereichsausnahme für die Unterhaltungsbranche. Dort gilt das gleiche Schutzniveau wie in allen anderen Bereichen. Der Richtliniengeber berücksichtigt aber „die besonderen Charakteristika des Musik- und Unterhaltssektors“ (13. Erwägungsgrund der Richtlinie). Deshalb sieht die Richtlinie in Art. 14 vor, dass die Mitgliedstaaten einen „Kodex für einen praktischen Leitfaden“ ausarbeiten, um Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Musik- und Unterhaltungssektor zu helfen, den Verpflichtungen aus der Richtlinie zu entsprechen. Mit der Ausarbeitung eines solchen Kodexes für Deutschland ist derzeit die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) befasst, die sich dieser Aufgabe unter der Projektnummer F 2091, Fachgruppe 2.6: „Emission von Maschinen, Lärm“ unter Konsultation von Sachverständigen aus dem Theater- und Orchesterbereich widmet.

Die Richtlinie ist von den Mitgliedstaaten bis zum 15. Februar 2006 umzusetzen. Für den Musik- und Unterhaltungssektor können die Mitgliedstaaten die Umsetzungsfrist jedoch bis zum 15. Februar 2008 verlängern, um die Ausarbeitung eines Kodexes im Sinne des Art. 14 zu ermöglichen. Gemäß Art. 16 haben die Mitgliedstaaten der Kommission alle fünf Jahre Bericht zu erstatten über die praktische Durchführung der Richtlinie. Die Richtlinie sieht vor, dass die Kommission in ihrer daraufhin vorzunehmenden Gesamtbewertung auch die Auswirkungen der Richtlinie auf den Musik- und Unterhaltungssektor untersucht und darlegt.

b) Bedeutung für die Theater und Orchester

Die Richtlinie wird praktische Bedeutung für den Orchesterbereich haben. Nach fernmündlicher Auskunft eines Mitarbeiters der BAuA sind Orchestermusiker ungefähr einem wöchentlichen Expositionspegel von ca. 85-95 db(A) ausgesetzt. Der konkrete Geräuschpegel hängt allerdings von mehreren Faktoren ab und variiert im Einzelnen. Maßgeblich für den erreichten „Lärmpegel“ ist primär das In-

strument. Der Spitzenpegel einer Posaune kann 116 db(A), bei einem Cello 99 db(A) betragen (vgl. Pangert/Mill: 2004: 15). Entscheidend ist auch die örtliche Position eines Musikers im Orchester. So ist die unmittelbar vor den Blechbläsern spielende Gruppe der Holzbläser regelmäßig einer höheren Schalleinwirkung ausgesetzt als die in einigem Abstand positionierten Ersten Geigen. Zusätzlich hängt der genaue Geräuschpegel von den raumakustischen Gegebenheiten ab. So verstärkt ein Orchestergraben die Schallreflexion.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die von der Richtlinie festgesetzten Auslöse- und Grenzwerte von Musikern und Kulturorchestern gewöhnlich erreicht werden. Das gilt nicht nur für Aufführungen und Proben musikalischer Großwerke (wie der 8. Sinfonie „der Tausend“ von Gustav Mahler, die eine Mitwirkung von insgesamt drei Chören, 50 Streichern, 40 Bläsern, einer Orgel und diversen Schlaginstrumenten verlangt). Auch bei kleineren Besetzungen und der Darbietung von orchestral weniger aufwendigen Werken werden die zulässigen Pegel im Orchester häufig überschritten.

c) **Bewertung**

Der Erlass der Richtlinie hat eine im Grundsatz begrüßenswerten Diskussion über die Gefährdungen von Orchestermusikern durch Schalleinwirkungen in Gang gesetzt. Viele Orchestermusiker erleiden im Laufe ihrer Karriere Hörschäden. Nach fernmündlicher Auskunft des Bundesamtes für Arbeitssicherheit ist nahezu die Hälfte aller Orchestermusiker betroffen. Daher hieße es wohl, über das Ziel hinaus zu schießen, wenn der Orchesterbereich insgesamt aus den Vorschriften über den Lärmschutz ausgeklammert würde.

Auf der anderen Seite stößt der in der Richtlinie gewählte Ansatz, alle Vorgaben unterschiedslos auch auf den Orchesterbereich zu erstrecken, auf erhebliche grundrechtliche Bedenken im Hinblick auf die in Artikel 22 der Grundrechtscharta sowie in Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit der Kunst. Die vorgesehenen Maßnahmen zur Verringerung der Lärmgefährdung gingen nämlich im Orchesterbereich, würden sie realisiert werden, zum größten Teil auf Kosten der künstlerischen Ausdrucksfreiheit:

- „Alternative Arbeitsverfahren“ oder die „Auswahl anderer Arbeitsmittel“ (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b) scheiden als mögliche Maßnahmen naturgemäß aus.
- Maßnahmen der besonderen „Gestaltung der Arbeitsstätten“ oder der „technischen Lärminderung“, wie die Errichtung von Schallschutzwänden oder die Anhebung der Orchestergräben, würden die Schalleinwirkung auf die Musiker zwar vermindern, hätten aber gleichzeitig eine unerwünschte Erhöhung der vom Publikum empfundenen Lautstärke zur Folge.

- Durch arbeitsorganisatorische Maßnahmen („Begrenzung der Dauer der Exposition“, „zweckmäßige Arbeitspläne mit ausreichenden Ruhezeiten“, Art. 5 lit. g) wären zwar ebenfalls Immissionsminderungen zu erreichen. Sie machten aber eine (arbeits- bzw. tarifvertragliche) Verringerung der Dienstverpflichtungen der Orchestermusiker erforderlich. Dies wäre überwiegend nicht finanzierbar und stünde jedenfalls in einem unangemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck.
- Vollends abzulehnen wären Umgestaltungen der Spielpläne nach physikalisch-akustischen Maßstäben (mehr Haydn, weniger Richard Strauss) oder gar dynamische Vorgaben an die Werkinterpretation.
- Als grundsätzlich geeignete Maßnahme erscheint hingegen die Verwendung von Otoplastiken. Zutreffend führt der Deutsche Bühnenverein in seiner Studie vom 31. Oktober 2004 jedoch aus, dass viele Orchestermusiker das Tragen eines Gehörschutzes als störend empfinden. Auch wenn Musiker zum Tragen eines Gehörschutzes vertraglich verpflichtet würden, wäre ein beträchtliches „Vollzugsdefizit“ vorauszusehen.
- Zu einem regelrecht absurd anmutenden Ergebnis führt schließlich die Kennzeichnungsvorschrift in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie, wenn man sich nur einen aus Lärmschutzgründen speziell gekennzeichneten Orchestergraben denkt.

Insgesamt bleibt abzuwarten, ob die von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin befasste Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Kodexes im Sinne des Art. 14 handhabbare Lösungen zur Lärmverringerung findet. Eine Reduzierung des im Orchesterbereich zugrunde zu legenden Lärmpegels könnte etwa durch die Zugrundelegung eines „Wochen-Lärmexpositionspegels“ erreicht werden (Art. 3 Abs. 3). Sollte sich jedoch im Ergebnis erweisen, dass die Richtlinie im Orchesterbereich nicht, oder jedenfalls nicht ohne Einfluss auf die künstlerische Gestaltungsfreiheit der Orchester umsetzbar ist, wäre dies in dem der Kommission nach Ablauf von fünf Jahre zu erstattenden Bericht (Art. 16) darzulegen und auf eine Änderung der Richtlinie hinzuwirken.

2. Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums

Am 29. April 2004 hat die Europäische Gemeinschaft die Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums erlassen (Amtsblatt der EU, Nr. L 157 vom 30. April 2004). Mit dieser Richtlinie harmonisiert die Gemeinschaft die Maßnahmen, die Rechteinhaber gegen Verletzer von geistigem Eigentum (Urheberrechte, Patentrechte, Markenrechte u.a.) vor Gericht beantragen können. Die Mitgliedstaaten haben bis zum 29. April 2006 Zeit zur Umsetzung in nationales Recht.

Die Regelung geht auf einen Richtlinienvorschlag der Kommission vom 30. Januar 2003 zurück. Nach dem Vorschlag der Kommission sollte die zu erlassende Richtlinie die Bezeichnung „Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum“ tragen. Der Deutsche Bühnenverein setzt sich in seiner Studie vom 31. Oktober 2004 mit der Regelung in Artikel 17 dieses Richtlinienentwurfes auseinander. Dort war vorgesehen, dass der geschädigten Partei im Falle einer vorsätzlichen Schutzrechtsverletzung ein pauschaler Schadensersatzanspruch in doppelter Höhe der Vergütung oder der fiktiven Lizenzgebühr gewährt werden sollte. An diesem Vorschlag setzt der Bühnenverein in seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2004 aus, dass eine solche Regelung wegen der „fließenden Grenzen“ zwischen urheberrechtlich zulässigen und unzulässigen Bearbeitungen zu „erheblichen Mehrbelastungen der Theater“ führe.

Die Kommission hat ihren Vorschlag, in der Richtlinie einen „doppelten Schadensersatz“ festzuschreiben, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens jedoch fallengelassen. Die Richtlinie vom 29. April 2004 in ihrer endgültigen Fassung sieht in Artikel 13 Abs. 1 lit. b) die Gewährung eines pauschalen Schadensersatzes auf der Grundlage der einfachen Vergütung bzw. Lizenzgebühr vor. Aus diesem Grund sind die vom Bühnenverein geäußerten und nachvollziehbaren Bedenken gegen den (nicht mehr existierenden) Kommissionsvorschlag gegenstandslos.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Kulturpolitik liegt im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Die europäische Gemeinschaft hat in der Kulturpolitik keine unmittelbare Regelungskompetenz. An dieser Ausgangslage wird sich auch durch die Ratifizierung und das Inkrafttreten des Europäischen Verfassungsvertrages nichts ändern. Gleichwohl gibt es eine Vielzahl von Gemeinschaftsregelungen, die auf andere Kompetenzen als die Kulturkompetenz der Gemeinschaft gestützt sind und die erhebliche *mittelbare* Auswirkungen auf die Kulturpolitiken der Mitgliedstaaten haben.
2. Dabei ist die Europäische Gemeinschaft dazu verpflichtet, bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen (Art. 151 Abs. 4 EG-Vertrag). Auch zur Beachtung der Kunstfreiheit ist sie nach der Charta der Grundrechte verpflichtet. In dieser Hinsicht stößt die von der Gemeinschaft jüngst verabschiedete Richtlinie über Mindestvorschriften zum Schutz vor Lärm (RL 2003/10/EG) auf schwerwiegende Bedenken, da die Vorgaben der Richtlinie auf den Orchesterbereich nicht abgestimmt und insoweit möglicherweise nicht ohne schwerwiegende Eingriffe in die künstlerische Freiheit der Orchester umsetzbar sind. Sollte die von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin eingesetzte Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Kodexes im Sinne des Art. 14 der Richtlinie keine handhabbaren Lösungen zur Lärmverringerung finden, ist auf eine Änderung der Richtlinie hinzuwirken, mit der Sonderregelungen für den Orchesterbereich geschaffen werden.

3. In Bezug auf die beihilfenrechtliche Überprüfung der staatlichen Subventionierung und der Gewährung anderer staatlicher Begünstigungen an öffentliche Theater und Orchester hat die Europäische Kommission bislang Zurückhaltung geübt. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht die rechtliche Unbedenklichkeit dieser Fördermaßnahmen gefolgert werden. Das europäische Beihilfenrecht verfügt aber über geeignete Instrumentarien für eine Würdigung der staatlichen Fördermaßnahmen, die der kulturpolitischen Bedeutung der Theater und Orchester angemessen ist. Dazu gehört die Möglichkeit, Kulturfördermaßnahmen aufgrund der Kulturklausel in Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag zu genehmigen, sowie die Möglichkeit, die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vom Beihilfenverbot freizustellen. Rechtssicherheit kann in diesem Bereich aber nur durch eine verstärkte Notifizierung staatlicher Fördermaßnahmen vor der Kommission erlangt werden.
4. Gleichwohl ist insgesamt davon auszugehen, dass die Kerntätigkeiten der Theater und Orchester in Deutschland, nämlich die Darbietungen in deren Stammhäusern, durch das Beihilfenverbot nicht berührt werden, da hier in der Regel lediglich lokale/regionale Märkte betroffen sind. Das Bestehen eines weiteren Marktes ist jedoch insbesondere im Orchesterbereich nicht ausgeschlossen, bedürfte aber einer Prüfung im Einzelfall. Für die von den öffentlichen Rundfunkanstalten unterhaltenen Rundfunkorchester besteht dagegen die konkrete Gefahr, dass sich die Kommission grundsätzlich gegen das System der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland stellen könnte. Wir empfehlen, den öffentlichen Auftrag der Rundfunkorchester durch die Schaffung klarer gesetzlicher Regelungen in den Rundfunkgesetzen der Länder zu verdeutlichen.
5. Das Kulturangebot der Theater und Orchester ist grundsätzlich dem Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages zuzuordnen. Daraus ergeben sich jedoch keine grundlegenden Folgen für die öffentliche Finanzierung der Kulturbetriebe. Die Vereinbarkeit der öffentlichen Theater- und Orchestersubventionierung mit Europäischem Recht ist im Kern eine beihilfenrechtliche Problematik. Die im Vertrag gewährleistete Dienstleistungsfreiheit bringt (ebenso wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit) den Theatern und Orchestern wirtschaftliche Vorteile, da die Freistellung von Staatsangehörigen aus EG-Mitgliedstaaten vom Erfordernis einer Arbeitsgenehmigung für die – traditionell eine Vielzahl von Gastkünstlern beschäftigenden – Theater und Orchester eine Erleichterung bedeutet.
6. Die vom Deutschen Bühnenverein in seiner Studie vom 30. Oktober 2004 geäußerten Bedenken gegen den Kommissionsentwurf für eine „Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum“ sind gegenstandslos, da das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist und die im Kommissionsvorschlag ursprünglich enthaltene Regelung eines doppelten Schadensersatzanspruches im Falle einer Urheberrechtsverletzung nicht in die endgültig verabschiedete Richtlinie übernommen wurde.

DRITTER TEIL: URHEBERRECHT

*So eine Arbeit wird eigentlich nie fertig,
man muß sie für fertig erklären,
wenn man nach Zeit und Umständen
das mögliche getan hat.*

(Johann Wolfgang von Goethe, Italienische Reise, 1787)

A. Einleitung

Das Urheberrecht ist mit der Praxis der Bühnen, Orchester und Opernhäuser – insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Digitalisierung und der neuen Entwicklungen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie – eng verwoben. Regisseure, Schauspieler, Bühnen- und Kostümbildner, Komponisten, Orchestermusiker, Dirigenten, Sänger und Solisten sind als Urheber bzw. ausübende Künstler durch das Urheberrechtsgesetz (UrhG) in ihren Rechten geschützt. Jede Verwertung eines urheberrechtlichen Werkes oder einer künstlerischen Darbietung bedarf nach dem Urheberrechtsgesetz grundsätzlich der Einwilligung des Urhebers/ausübenden Künstlers. Damit ein Bühnenstück aufgeführt, ein Konzert aufgenommen und gesendet werden kann, ist eine Vielzahl von Rechteeinräumungen nötig. Für die an den Bühnen Beschäftigten sind entsprechende Rechteübertragungen tarifvertraglich verankert. Im übrigen (etwa bei dem Engagement von Gastsolisten) bedarf es individualvertraglicher Vereinbarungen darüber, in welchem Umfang den Bühnen Rechte eingeräumt werden.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, wenn die Mehrzahl der befragten Bühnen und Orchester im Rahmen der von uns durchgeführten Befragung dem Urheberrecht eine gewichtige Rolle zumisst. Dabei wird akuter Reformbedarf vor allem im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeiten von künstlerischen Leistungen (beispielsweise in Form von Werbung, Archivierung etc.) gesehen. Insbesondere soll es den Bühnen zu Werbezwecken möglich sein, Ausschnitte aus aktuellen Produktionen auf der Internet Website zu präsentieren. Auf diese Art können Einblicke in die laufenden Inszenierungen gewährt und Publikumsanreize geschaffen werden.

Soweit die befragten Häuser konkrete Anregungen für eine Reform des Urheberrechts gemacht haben, beziehen sich diese vor allem auf eine Ausdehnung der Nutzungsrechte bei der Verwertung der künstlerischen Darbietungen. Hier besteht in der Praxis offensichtlich ein Bedürfnis nach größerer Flexibilität. Eine detaillierte Auswertung der Fragebögen ergibt sich aus dem **Anhang**.

Im folgenden werden wir zunächst in die für das Verständnis der diskutierten Reformbestrebungen maßgeblichen Begrifflichkeiten und wesentlichen Regelungsinhalte des Urheberrechtsgesetzes einführen (B.). Im Anschluss folgt eine Analyse der bestehenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Bestimmungen im Hinblick auf den konkret geäußerten

Reformbedarf der befragten Bühnen (C.). Schließlich setzen wir uns mit den Forderungen des Deutschen Bühnenvereins nach einer Änderung des Urheberrechtsgesetzes auseinander und nehmen zu den konkreten Reformvorschlägen im Gutachten vom 31. Oktober 2004 Stellung (D.). Die wesentlichen Ergebnisse unserer Untersuchung sowie Vorschläge für eine Präzisierung oder Ergänzung der bestehenden Regelungen werden abschließend zusammengefasst (E.).

B. Einführender Überblick über wesentliche Regelungsinhalte des Urheberrechtsgesetzes

I. Unterscheidung zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern

Das Urheberrechtsgesetz unterscheidet zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern. Wer ein Werk der Literatur, Wissenschaft oder Kunst schafft, genießt als Urheber für seine persönliche geistige Schöpfung den Schutz des Urheberrechtsgesetzes (§§ 1, 2 UrhG). Ausübender Künstler ist nach der Begriffsbestimmung des Gesetzes (§ 73 UrhG), wer ein (urheberrechtlich geschütztes) Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst aufführt, singt, spielt oder auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt (vgl. hierzu im einzelnen Büscher 2002: § 73, Rn. 3 ff.). Für den Bereich der Bühnen bedeutet dies: Urheber sind beispielsweise der Autor eines Bühnenstückes oder der Komponist eines Orchesterwerkes, während Schauspieler, Orchestermusiker, Dirigenten, Sänger, Solisten und Regisseure – um einige Beispiele zu nennen – als ausübende Künstler einzustufen sind (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14. November 1980, GRUR 1981, 419, 421; Thum 2002: § 7, Rn. 3; Büscher 2002: § 73, Rn. 3 ff., 10 f.; Krüger 1999: § 73, Rn. 24; vereinzelt wird dem Regisseur auch ein Bearbeiter-Urheberrecht zugebilligt, vgl. zum Streitstand Bullinger 2002: § 2, Rn. 54, § 3, Rn. 26 mit weiteren Nachweisen).

II. Unterscheidung zwischen Persönlichkeits- und Vermögensrechten

1. Persönlichkeitsrechte

Zu den persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen von Urhebern und ausübenden Künstlern gehört zunächst das Namensnennungs- und Anerkennungsrecht. Dieses stand ursprünglich nur den Urhebern zu. Mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (2003) wurde in Gestalt des § 74 n. F. UrhG nunmehr auch ein Namensnennungs- und Anerkennungsrecht der ausübenden Künstler begründet. Gemäß § 74 Abs. 1 n. F. UrhG steht den ausübenden Künstlern – entsprechend der für Urheber geltenden Vorschrift des § 13 UrhG – das Recht zu, in Bezug auf ihre Darbietungen als solche anerkannt zu werden. Dieses Recht umfasst insbesondere die Bestimmung darüber, ob und mit welchem Namen der ausübende Künstler genannt werden möchte (vgl. hierzu ausführlich Büscher 2003: § 74, Rn. 6 ff.; Dreier 2004: § 74, Rn. 4 ff.). Die Theater sind somit zur entsprechenden Nennung al-

ler Rechteinhaber (ggf. als Künstlergruppe) verpflichtet. Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler erstreckt sich ferner darauf, eine Entstellung oder andere Beeinträchtigung zu untersagen, die geeignet ist, die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers am Werk / bzw. das Ansehen oder den Ruf als ausübender Künstler zu gefährden (§§ 14, 75 n. F. UrhG). Diese Regelungen können in der Praxis der Bühnen zum Beispiel dann eine Rolle spielen, wenn es um entstellende Veränderungen einer Inszenierung gegen den Willen des Regisseurs geht (OLG Dresden, Urteil vom 16. Mai 2000, ZUM 2000, 955 – Czárdásfürstin). In dem vom OLG Dresden zu entscheidenden Fall wurde dem Regisseur Peter Konwitschny das Recht zuerkannt, die Aufführung einer gegen seinen Willen geänderten Inszenierung der Operette „Die Csárdásfürstin“ von Emmerich Kálmán zu untersagen, da die vom Intendanten vorgenommenen Eingriffe in die Inszenierung nach Überzeugung des Gerichts als unmittelbarer Eingriff in die Substanz der Regieleistung zu bewerten waren (zu dieser Entscheidung vgl. Wandtke/Grunert 2002: § 39, Rn. 31 f.; Spautz 2000: § 39 Rn. 13; Grunert 2001: 210 ff.). Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen – wenn auch bedeutsamen – Einzelfall. Nach übereinstimmender Ansicht der befragten Bühnen spielt der Integritätsschutz von Regisseuren in der täglichen Praxis keine erwähnenswerte Rolle. Die gesetzlichen Regelungen zum Schutz der Regisseure (sei es als Bearbeiter-Urheber nach § 3 UrhG, sei es als ausübende Künstler nach § 75 n. F. UrhG) werden als ausreichend und nicht reformbedürftig empfunden.

2. Vermögensrechte

Neben den Persönlichkeitsrechten steht den Urhebern und ausübenden Künstlern ferner das ausschließliche Recht zu, ihre Werke/künstlerischen Darbietungen zu verwerten. Die aus dem Urheberrecht resultierenden vermögenswerten Rechte in Gestalt von Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechten sowie von Vergütungsansprüchen stehen den Rechteinhabern zu. Gemäß § 15 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten. Dies umschließt insbesondere das Vervielfältigungs- (§ 16 UrhG), Verbreitungs- (§ 17 UrhG) und Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG). Dem Urheber steht gemäß § 15 Abs. 2 UrhG ferner das Recht der öffentlichen Wiedergabe zu. Hierzu zählen beispielsweise das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG), das – neu eingefügte – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) und das Senderecht (§ 20 UrhG). Für die ausübenden Künstler sind diese vermögenswerten Rechte in den §§ 77, 78 n. F. UrhG normiert. Dabei regelt § 77 UrhG die Aufnahme-, Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte. Die Vorschrift des § 78 n. F. UrhG betrifft das ausschließliche Recht der öffentlichen Wiedergabe und damit verbundene Vergütungsansprüche des ausübenden Künstlers (zu der Neuregelung des § 78 n. F. UrhG vgl. ausführlich Büscher 2003: § 78, Rn. 2 ff.).

III. Übertragung von Nutzungsrechten

Die Verwertungsrechte an einem schutzfähigen Werk oder einer künstlerischen Darbietung liegen nach der Systematik des Urheberrechtsgesetzes zunächst beim Urheber bzw. ausübenden Künstler. Damit ein urheberrechtlich geschütztes Werk von Dritten (z. B. einem Theater, einem Bühnenverleger) ausgewertet werden kann, müssen sich diese die Nutzungsrechte vom Rechteinhaber einräumen lassen. In welchem Umfang Nutzungsrechte eingeräumt oder übertragen werden können, ist im einzelnen in §§ 31 ff. UrhG (sog. Urhebervertragsrecht) geregelt. Nach der in § 31 Abs. 5 UrhG normierten „Zweckübertragungslehre“, die sowohl auf Urheber als auch auf ausübende Künstler Anwendung findet (vgl. den klarstellenden Verweis in § 79 Abs. 2 S. 2 n. F. UrhG), gilt: Der Urheber überträgt im Zweifel keine weitergehenden Rechte, als es der Zweck der Verfügung erfordert (BGH, Urteil vom 22. September 1983, GRUR 1984, 119, 121; BGH, Urteil vom 27. September 1995, GRUR 1996, 121, 122; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002, GRUR 2003, 234, 236; Wandtke/Grunert 2002: Vor § 31 ff., Rn. 17, § 31, Rn. 70; Ahlberg 2000: Einl., Rn. 49; Spautz 2000: § 31, Rn. 47). Soweit Nutzungsrechte für unbekanntere Nutzungsarten eingeräumt werden sollen, ist dies durch die Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG ausgeschlossen. Diese Vorschrift findet auf Nutzungsverträge mit ausübenden Künstlern freilich keine Anwendung (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002, GRUR 2003, 234). Im Rahmen der bevorstehenden Novellierung des Urheberrechtsgesetzes („Zweiter Korb“) wird diskutiert, die in ihrer Berechtigung seit langem höchst umstrittene Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG ganz abzuschaffen (vgl. dazu unter D.).

Die zum Teil von den Theatern geforderte Einräumung eines umfassenden Rechts zur Bearbeitung von Theaterwerken für die jeweiligen Produktionsbedingungen der einzelnen Theater kann nicht als Gegenstand einer möglichen Änderung des Urheberrechtsgesetzes betrachtet werden. Zwar ist verständlich, dass die Möglichkeit für eine derartige Bearbeitung für die Theaterpraxis eine erhebliche Arbeitserleichterung bedeuten würde. Gleichwohl würde eine Ausweitung des Bearbeiterrechts eine Beschneidung der Rechte des Urhebers in einer Weise nach sich ziehen, die mit der Systematik des deutschen Urheberrechtsgesetz nicht vereinbar wäre. Grundsätzlich geht das Urheberrechtsgesetz davon aus, dass ausschließlich dem Werkschöpfer die Entscheidung darüber zusteht, ob und in welcher Weise sein Werk einer Bearbeitung unterzogen werden soll (Bullinger 2002: § 23, Rn. 1 ff.; Kroitzsch 2000: § 23, Rn. 1 ff.; Loewenheim 1999: § 23 Rn. 1 ff.; Dreier/Schulze 2004: § 23 Rn. 1 ff.). Es handelt sich dabei um einen Grundpfeiler des UrhG, der einer so weitgehenden Abänderung, wie von einigen der befragten Bühnen gefordert, nicht offen steht. Wer einen Text (z. B. Hauptmanns „Weber“ in Dresden) verändert auf die Bühne bringen will, sollte sich dieses Recht bei Abschluss des Vertrages sichern.

C. Praktischer Reformbedarf aus Sicht der Bühnen

Im folgenden werden wir im einzelnen darauf eingehen, inwieweit die bestehenden Bestimmungen im Hinblick auf die Erfordernisse im täglichen Bühnenbetrieb reformbedürftig sind. Soweit die an den Bühnen Beschäftigten ihre Leistungen im Rahmen arbeitsvertrag-

licher Bestimmungen erbringen, unterliegen sie den bühnenspezifischen Tarifverträgen (Normalvertrag <NV> Bühne vom 15. Oktober 2002, 1. Änderung-TV vom 15. April 2003, bzw. Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern <TVK> vom 4. Dezember 2002). Die Tarifverträge enthalten detaillierte Mitwirkungspflichten und Rechteeräumungen, auf die sogleich im einzelnen einzugehen sein wird. Soweit Urheber/ausübende Künstler ihre Leistungen z. B. als Gast-Regisseure oder Gast-Solisten erbringen, erfolgt dies auf der Basis individualvertraglicher Vereinbarungen, die regelmäßig eine von den Tarifverträgen abweichende, gesonderte Rechteeräumung erfordern. Für den wichtigen Bereich der Aufführungsrechte (d. h. die Vereinbarungen zwischen Bühnen und Bühnenverlagen und/oder Autoren) existiert die sog. „*Regelsammlung*“ (aktuelle Fassung: Spielzeit 2002/2003) – eine Vereinbarung zwischen Bühnen und dem Verband Deutscher Bühnen- und Medienverleger, die dem Wortlaut nach zwar „*unverbindliche*“, aber in der Praxis meist beachtete Regeln für den Abschluss von Aufführungsverträgen enthält.

Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die bestehenden Tarifverträge und die Bestimmungen der Regelsammlung.¹⁰ Soweit etwa im Zuge einer Änderung der Rechtsform eines Bühnen- oder Orchesterbetriebs die bestehenden Tarifverträge keine Bindung mehr entfalten, sollten die anhand der aktuellen Tarifverträge entwickelten Reformvorschläge beim Abschluss von Haustarifverträgen gleichermaßen beachtet werden.

I. Herstellung und zeitlich unbeschränkte Nutzung von Aufzeichnungen zu theaterinternen Zwecken

1. Gesetzeslage

Nach dem Urheberrechtsgesetz steht Urhebern und ausübenden Künstlern das ausschließliche Recht zu, ihr Werk/ihre Darbietung aufzunehmen und öffentlich wiederzugeben (§§ 15 Abs. 2, 77, 78 UrhG). Die Herstellung und Nutzung von Aufzeichnungen einer Opern-/Theateraufführung oder eines Konzerts bedarf somit der Einwilligung der beteiligten Urheber und ausübenden Künstler. Hierzu zählt auch die Archivierung von Aufzeichnungen zu theaterinternen Zwecken.

2. Praxis der Bühnen

a) NV Bühne

Der Tarifvertrag NV Bühne unterscheidet zwischen Mitwirkungspflichten und Rechteübertragungen im Hinblick auf Aufführungen und Aufzeichnungen auf Bild- und/oder Tonträger.

¹⁰ Zu den vom Deutschen Bühnenverein in seinem der Enquete-Kommission am 31. Oktober 2004 vorgelegten Gutachten geforderten umfassenden Reformen der Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes werden wir unter D. im einzelnen Stellung nehmen.

Gemäß § 7 Abs. 1 NV Bühne besteht für die dem Tarifvertrag unterworfenen Künstler eine umfassende Mitwirkungspflicht bei Aufführungen und Aufzeichnungen auf Bild- und/oder Tonträger. Diese Mitwirkungspflicht ist denkbar weitgehend normiert. Sie umfasst „*alle Veranstaltungen (Aufführungen und Proben) der Bühnen in allen Kunstgattungen*“. Als Veranstaltungen in diesem Sinne gelten auch die Übertragung der Darbietungen durch Funk (Hörfunk und Fernsehen) sowie die Aufzeichnung auf Ton- und/oder Bildträger sowie Bildtonträger (vgl. Bolwin/Sponer 2004: § 7 NV Bühne, Rn. 4 ff., 37 ff.; Rojahn 1999: § 79, Rn. 36 zu § 4 NV Solo a. F., Rn. 42 zu § 4 Abs. 4 NV-Tanz a. F., die § 7 Abs. 1 NV Bühne n. F. entsprechen; Wandtke 2002: § 43 Rn. 129).

§ 8 NV Bühne normiert eine zeitlich und räumlich unbegrenzte Duldungspflicht der dem Tarifvertrag unterworfenen Künstler bei solchen Veranstaltungen, die auf Ton- und/oder Bildträger zu theatereigenen Zwecken aufgenommen werden, im Hinblick auf die Vervielfältigung, Verbreitung oder Wiedergabe (im Unterschied zu § 4 Abs. 4 NV-Tanz a. F., der durch § 8 NV Bühne n. F. ersetzt worden ist; vgl. zu § 4 Abs. 4 NV-Tanz a. F. Rojahn 1999: § 79, Rn. 42).

Die genannten Bestimmungen ermöglichen eine umfassende Dokumentation und Archivierung von Aufführungen im Theaterbereich auch in digitaler Form. Wird eine Aufnahme ausschließlich für den theatereigenen Gebrauch verwertet (einschließlich der Nutzung als kostenloses oder gegen Schutzgebühr abgegebenes Werbemittel), so besteht gemäß §§ 59 Abs. 4 NV Bühne keine Sondervergütungspflicht an die mitwirkenden Solisten.

b) TVK

Auch der Tarifvertrag für Musiker in Kulturorchestern statuiert in § 7 Abs. 2 c TVK eine Mitwirkungspflicht der Orchestermusiker bei Bandaufnahmen für den theatereigenen Gebrauch. Anders als der Tarifvertrag NV Bühne regelt der TVK allerdings weder eine Duldungs- noch Einwilligungspflicht der Orchestermusiker in Hinsicht auf die Verwertung einer Aufnahme für theaterinterne Zwecke. Insoweit besteht Ergänzungsbedarf dahingehend, dass die Orchestermusiker in eine zeitlich unbegrenzte Archivierung von Bandaufnahmen zu ausschließlich theatereigenen Gebrauchszwecken ihre Einwilligung erteilen.

Zu diesem Punkt hat der Deutsche Bühnenverein im Entwurf des TVK vom 17. März 2004 eine konkrete Änderung des Tarifvertrages vorgeschlagen. § 9 Abs. 2 des Entwurfs sieht vor:

“Bei Veranstaltungen, die auf Ton- und/oder Bildträger sowie Bildtonträger zu theater- und orchestereigenen Zwecken aufgenommen werden, hat der Musiker die für diese Zwecke vorgenommene Vervielfältigung, Verbreitung sowie die – auch durch Dritte vorgenommene – Wiedergabe zu dulden. Er räumt dem Arbeitgeber die dafür erforderlichen zeitlich und räumlich unbegrenzten Rechte ein. (...)“

c) Regelsammlung

Gemäß Ziffer 8.1 der Regelsammlung bedarf eine Aufzeichnung zum Zwecke der Archivierung oder einer anderen Nutzung für betriebsinterne Zwecke einer Genehmigung der Bühnenverlage. Sie ist vom Aufführungsvertrag nicht automatisch mit umfasst.

Wird die Genehmigung erteilt, so ist die Bühne gemäß Ziffer 8.2 der Regelsammlung berechtigt, zwei Bild- und/oder Tonträger (jeweils ein Mutterband und eine Kopie) herzustellen. Das Recht zur Verwendung der Bilder für archivalische Zwecke wird unbefristet, für andere betriebsinterne Zwecke für die Dauer von 3 Jahren eingeräumt. Das bedeutet: Soll ein Bandmitschnitt einer Inszenierung etwa im Rahmen von Wiederaufnahmeproben verwendet werden, die länger als drei Jahre zurückliegt, so ist dies ohne Einwilligung des Verlages nicht (ohne weiteres) möglich. Die in der Regelsammlung vorgesehene Aufspaltung in „*archivalische und andere betriebsinterne Zwecke*“ erscheint im Hinblick auf die praktischen Bedürfnisse der Theater nicht sachgerecht. Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, dass es für die Bühnen wünschenswert wäre, Video-Mitschnitte von Aufführungen für Einspringer- bzw. Wiederaufnahmeproben unbegrenzt nutzen zu dürfen.

Insoweit sollte eine Änderung der Regelsammlung in diesem Punkt erwogen werden. (Konkreter Formulierungsvorschlag siehe unter 3.)

3. Fazit

- Wir schließen uns dem oben zitierten Änderungsvorschlag des Deutschen Bühnenvereins an, wonach die Orchestermusiker in eine zeitlich unbegrenzte Archivierung von Bandaufnahmen zu ausschließlich theatereigenen Gebrauchszwecken ihre Einwilligung erteilen.
- Die in der Regelsammlung enthaltene zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit von Archivierungen für „*betriebsinterne Zwecke*“ sollte aufgegeben werden. Statt dessen sollte Ziffer 8.2 der Regelsammlung wie folgt lauten:

„Wird die Genehmigung erteilt, so ist die Bühne berechtigt, zwei Bild- und/oder Tonträger sowie Bildtonträger (jeweils ein Mutterband und eine Kopie) herzustellen. Das Recht zur Verwendung der Aufnahmen für archivalische Zwecke oder andere ausschließlich betriebsinterne Zwecke wird zeitlich unbefristet eingeräumt.“

II. Möglichkeit der zeitgleichen Übertragung von Aufführungen ins Foyer für zu spät kommendes Publikum

1. Gesetzeslage

Grundsätzlich steht den Urhebern und ausübenden Künstlern das ausschließliche Recht zu, ihre Werke/Darbietungen öffentlich wiederzugeben. Dieses Recht umfasst insbesondere das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§§ 15 Abs. 2 Nr. 1, 19, 78 UrhG), d. h. das Recht, Vorträge und Aufführungen außerhalb des Raumes, in dem die persönliche Darbietung stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen.

Die außerhalb des Darbietungsraums stattfindende öffentliche Wahrnehmbarmachung bedarf also nach der gesetzlichen Wertung der Einwilligung der betroffenen Urheber/ausübenden Künstler. Dies betrifft in erster Linie Live-Übertragungen auf öffentliche Plätze oder in öffentlich zugängliche Räume, aber auch Übertragungen der Aufführungen ins Foyer, selbst wenn sie lediglich zu spät kommenden Besuchern wahrnehmbar gemacht werden. Eine Veranstaltung ist nämlich bereits dann im Sinne des § 19 Abs. 3 i. V. m. § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich wahrnehmbar, wenn der Eintritt jedermann – gegebenenfalls auch erst nach dem Kauf einer Eintrittskarte – frei steht (Heerma 2003: § 15, Rn. 12, 16; Erhardt 2003: § 19, Rn. 7; Krüger 1999: § 74, Rn. 3; anders nur Kurz 1999: 13. Kapitel, Rn. 79, der bei einer Übertragung ins Foyer für zu spät kommende Besucher aufgrund des abgegrenzten Personenkreises eine öffentliche Wahrnehmbarmachung verneint). Sinn der Regelung ist es, dem Urheber/ausübenden Künstler eine Kontrollmöglichkeit dahingehend zu gewähren, dass seine Darbietung nicht gegen seinen Willen einem anderen als dem am Ort der Live-Darbietung anwesenden Publikum zugänglich gemacht wird (Dreier 2004: § 78, Rn. 8).

2. Praxis der Bühnen

Die Frage der Zulässigkeit einer Übertragung ins Foyer wird in den Tarifverträgen bzw. in der Regelsammlung ausdrücklich geregelt:

a) NV Bühne

Gemäß § 8 Abs. 3 NV Bühne werden die Rechte der Künstler für zeitgleiche öffentliche Wahrnehmbarmachung einer künstlerischen Darbietung durch Bildschirm, Lautsprecher etc. innerhalb des Theaters an den Arbeitgeber übertragen. Eine zeitgleiche Ausstrahlung einer künstlerischen Darbietung ins Foyer für zu spät kommende Besucher oder für mitwirkende Akteure hinter die Bühne ist somit nach dem Tarifvertrag ohne weiteres zulässig und bei den meisten Häusern auch gängige Praxis.

b) TVK

Gemäß § 7 Abs. 2 e TVK ist eine Mitwirkungspflicht der Musiker bei einer unmittelbaren Übertragung der Veranstaltung einschließlich der dafür erforderlichen Rechteübertragungen vorgesehen. Dies gilt bei Einverständnis des Orchester Vorstandes sogar über die Innenräume des Theaters hinaus. Die zeitgleiche Übertragung eines Konzerts ins Foyer oder hinter die Bühne stellt sich vor dem Hintergrund des geltenden Tarifvertrages somit nicht als Problem dar (Bolwin/Sponer 2004: § 7 TVK, Rn. 26 a).

c) Regelsammlung

Schließlich ermöglicht auch die Regelsammlung (Ziffer 2.7) eine Übertragung ins Foyer für Inhaber einer Eintrittskarte, ohne dass hierzu eine gesonderte Einwilligung der Bühnenverlage einzuholen wäre.

3. Fazit

Die Möglichkeit einer zeitgleichen Übertragung von Aufführungen ins Foyer für zu spät kommende Besucher ist den Theatern durch tarifvertragliche Regelungen und die in der Regelsammlung vorgesehenen Bestimmungen eingeräumt und bedarf keiner gesonderten gesetzlichen Regelung im Urheberrechtsgesetz.

III. Werbung der Theater im Internet mit Ausschnitten aus laufenden Produktionen

1. Gesetzeslage

Nach der geltenden Rechtslage sind die Theater nicht in der Lage, eigenmächtig Ausschnitte aus den laufenden Produktionen im Internet zu präsentieren. Gemäß §§ 19 Abs. 3, 19a, 37 Abs. 3, 78 UrhG stehen den Urhebern sowie den ausübenden Künstlern die Rechte zu, über eine derartige Verbreitung und Zugänglichmachung der Aufführung zu entscheiden und die Abrufbarkeit im Internet zuzulassen.

2. Praxis der Bühnen

a) NV- Bühne

Gemäß § 8 Abs. 2 NV Bühne überträgt der Künstler seine Rechte dem Theater bei Aufnahmen, die zu theatereigenen Zwecken aufgenommen werden. Theater-eigene Zwecke umfassen dabei ausdrücklich auch Werbezwecke. Übertragen werden durch § 8 Abs. 2 NV Bühne die räumlich und zeitlich unbegrenzten Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und Wiedergabe der Aufführung.

Aus Klarstellungsgründen schlagen wir vor, die tarifvertragliche Regelung des § 8 Abs. 2 NV Bühne dahingehend zu präzisieren, dass den Bühnen ausdrücklich auch das Recht eingeräumt wird, Ausschnitte aktueller Produktionen zu Werbezwecken auf der Internet Website wiederzugeben (Konkreter Formulierungsvorschlag siehe unter 3.).

Besondere Regelungen werden getroffen für Aufführungen, die von vornherein (auch) zum Zwecke einer Aufnahme veranstaltet werden, wie beispielsweise Rundfunk- oder Fernsehaufzeichnungen von Aufführungen. Gemäß § 8 Abs. 1 NV Bühne überträgt der Künstler bei Veranstaltungen für Funkzwecke dem Arbeitgeber, mithin dem Theater, die für die Sendung und deren Wiedergabe erforderlichen zeitlich, räumlich und inhaltlich unbegrenzten Rechte und willigt in die Verwertung dieser Rechte ein. Diese Einwilligung umfasst gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 NV Bühne ausdrücklich auch die Verwertung für Online-Dienste.

Künstler, auf die der einschlägige Tarifvertrag keine Anwendung findet, müssen jedoch ausdrücklich einzelvertraglich in eine derartige Verwertung für Werbezwecke – auch im Internet – einwilligen. Die Online-Verwertung von Aufführungen zu Werbezwecken des Theaters ist nicht ohne weiteres umfasst von einer vertraglichen Verpflichtung zur Mitwirkung in einer Aufführung.

b) TVK

Im TVK sind keine Regelungen hinsichtlich einer Rechteübertragung an das Theater/ den Arbeitgeber für Werbezwecke enthalten.

Hier sollte eine Ergänzung des TVK gleich lautend zu § 8 NV Bühne dahingehend erfolgen, dass die Musiker dem Arbeitgeber das Recht einräumen, für aktuelle Konzertprogramme mit Aufnahmen zu werben, die zu theatereigenen Zwecken aufgenommen worden sind.

Zu diesem Punkt hat der Deutsche Bühnenverein im Entwurf des TVK vom 17. März 2004 in Anlehnung an die geltenden Vorschriften des NV Bühne eine konkrete Änderung des Tarifvertrages vorgeschlagen. § 9 Abs. 2 des Entwurfs sieht vor:

“Bei Veranstaltungen, die auf Ton- und/oder Bildträger sowie Bildtonträger zu theater- und orchestereigenen Zwecken aufgenommen werden, hat der Musiker die für diese Zwecke vorgenommene Vervielfältigung, Verbreitung sowie die – auch durch Dritte vorgenommene – Wiedergabe zu dulden. Er räumt dem Arbeitgeber die dafür erforderlichen zeitlich und räumlich unbegrenzten Rechte ein. Zu den theater- und orchestereigenen Zwecken gehören auch die Werbezwecke des Arbeitgebers.“

Diese Regelung sollte – wie bereits oben für die entsprechende Regelung des NV Bühne vorgeschlagen – dahingehend präzisiert werden, dass den Bühnen

ausdrücklich auch das Recht eingeräumt wird, Ausschnitte aktueller Konzertprogramme zu Werbezwecken auf der Internet Website wiederzugeben (Konkreter Formulierungsvorschlag siehe unter 3.).

c) Regelsammlung

Eine Bestimmung zu Werbemöglichkeiten der Bühnen ist in der Regsammlung nicht enthalten. In diesem Punkt sollte die Regelsammlung ergänzt und an die tarifvertraglichen Regelungen angeglichen werden. (Konkreter Formulierungsvorschlag siehe unter 3.)

3. Fazit

- Die Regelung des § 8 Abs. 2 NV Bühne sollte um folgenden klarstellenden Hinweis ergänzt werden:

„Vom Werbezweck umfasst ist insbesondere das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

- Wir schließen uns dem Änderungsvorschlag des Deutschen Bühnenvereins in soweit an, als zu den theater- und orchestereigenen Zwecken auch die Werbezwecke des Arbeitgebers gehören (vgl. § 9 Abs. 2 des Entwurfs des TVK vom 17. März 2004).

In die vorgeschlagene Formulierung ist zusätzlich folgender Satz einzufügen:

„Hiervon erfasst ist auch das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

- Eine entsprechende Regelung sollte auch in die Regelsammlung aufgenommen werden.

“Der Verlag räumt der Bühne das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen ein.“

IV. Möglichkeit der Nutzung bearbeiteter oder übersetzter Teile eines Werkes für Übertitelungsanlagen

Der Deutsche Bühnenverein sieht ein Regelungsbedürfnis im Hinblick auf die bei der Opernregie üblich gewordene Verwendung von Übertitelungsanlagen, mit denen der Text des Librettos (ggf. in übersetzter Form) dem Publikum zum besseren Verständnis der Handlung zugänglich gemacht wird.

1. Gesetzeslage

Nach dem Urheberrechtsgesetz steht den Rechteinhabern (regelmäßig den Bühnenverlagen) das ausschließliche Recht zu, den Bühnen das Recht zur bühnenmäßigen Aufführung des Werkes zu übertragen (§ 15 Abs. 2 UrhG). Für eine bearbeitete und übersetzte Nutzung des Bühnenwerkes zu Zwecken der Übertitelung bedürfen die Bühnen nach geltender Gesetzeslage der Einwilligung der Bühnenverlage. Sofern es lediglich um eine Zusammenfassung der Handlung geht, die dem Publikum über eine Übertitelungsanlage zugänglich gemacht werden soll, bedarf dies keiner gesonderten Rechteeinräumung. Denn eine Zusammenfassung ist keine Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG.

2. Praxis der Bühnen

Die Regelsammlung enthält keine Bestimmung, die den Bühnen die Möglichkeit einräumt, übersetzte Teile des Librettos auf einer Übertitelungsanlage dem Publikum zugänglich zu machen. In diesem Punkt sollte die Regelsammlung ergänzt werden. (Konkreter Formulierungsvorschlag siehe unter 3.)

3. Fazit

Sofern Übertitelungen an Opernhäusern vorgesehen sind, regen wir an, die Regelsammlung um den folgenden Hinweis zu ergänzen:

„Das Aufführungsrecht umfasst das Recht, den Text des Werkes im Original, in einer Übersetzung, in einer sonstigen Bearbeitung auf Übertitelungsanlagen für das Publikum wahrnehmbar zu machen.“

D. Forderung des Deutschen Bühnenvereins nach einer Reform des Urheberrechtsgesetzes

Der Deutsche Bühnenverein (2004: 37-41) hat in seinem Gutachten vom 31. Oktober 2004 Vorschläge zur Novellierung des Urheberrechtsgesetzes unterbreitet. Das Urheberrecht wird – wie es bereits in einer Mitteilung des Deutschen Bühnenvereins vom 17. Juli 2003 heißt – als eine „*Ansammlung gesetzgeberischer Hindernisse*“ empfunden, die den praktischen Bedürfnissen der Bühnen nicht angemessen Rechnung trägt (Deutscher Bühnenverein 2003). Die Forderung nach einer grundlegenden Reform der urheberrechtlichen Bestimmungen erweist sich bei genauerer Betrachtung indes als nicht gerechtfertigt. Zum einen sind einzelne Vorschläge des Bühnenvereins mit der Systematik des Urheberrechts nicht vereinbar. Zum anderen besteht für eine Änderung des Gesetzes vor dem Hintergrund tarifvertraglicher Regelungsmöglichkeiten und der Möglichkeit von individualvertraglichen Absprachen keine Notwendigkeit. Schließlich bleiben einige Reformvorschläge schon im Ansatz unverständlich.

Im Einzelnen:

I. Änderung des § 19 Abs. 3 UrhG

Gemäß § 19 Abs. 3 UrhG ist dem Urheber mit dem Vortrags- und Aufführungsrecht das Recht vorbehalten,

„Vorträge und Aufführungen außerhalb des Raumes, in dem die persönliche Darbietung stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen“.

Der Deutsche Bühnenverein fordert, die Regelung dahingehend zu ergänzen, dass das Vortrags- und Aufführungsrecht das Recht umfassen,

*„Vorträge und Aufführungen **„sowie deren Text und Inhalt“** „auch“ außerhalb des Raumes, in dem die persönliche Darbietung stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen“* (Hervorhebungen vom Verf.).

Diese Ergänzungsvorschläge sind mit der Systematik des Urheberrechts nicht in Einklang zu bringen. Im Einzelnen:

1. Einfügung des Wortes „auch“ vor den Worten „außerhalb des Raumes“

Die Forderung nach der Einfügung des Wortes „auch“ ergibt keinen rechten Sinn. Offenbar ist der Bühnenverein der Ansicht, dass dem Urheber gesondert das Recht vorbehalten bleiben muss, über eine bestimmte Art der öffentlichen Wahrnehmbarmachung nicht nur außerhalb, sondern auch *innerhalb* des Raumes, in die die Aufführung stattfindet, zu entscheiden. Gedacht ist an Theaterinszenierungen, in denen bestimmte Sequenzen der Aufführung etwa live auf Bildschirmen zu sehen sind oder auf Leinwände projiziert werden (vgl. Deutscher Bühnenverein 2004: 37).

Hierbei werden Sinn und Zweck des § 19 Abs. 3 UrhG offenbar verkannt: Die Regelung des § 19 Abs. 3 UrhG hat den Zweck, dem Urheber auch hinsichtlich der Übertragung über die Grenzen des Veranstaltungsortes hinaus ein dingliches Ausschließlichkeitsrecht zu gewähren (Dreier 2004: § 19, Rn. 14). Der Urheber soll nach der gesetzlichen Wertung darüber entscheiden, ob seine Darbietung außerhalb des Aufführungsraumes wahrnehmbar gemacht werden soll oder nicht.

Dem Bühnenverein scheint es – verstehen wir die knappen Ausführungen im Gutachten richtig – vielmehr darum zu gehen, eine bestimmte Nutzungsart gesetzlich zu normieren. Denn dass dem Urheber hinsichtlich der Aufführung als solcher (sc. innerhalb des Veranstaltungsraumes) ein Ausschließlichkeitsrecht zusteht, wird auch der Bühnenverein nicht ernsthaft in Zweifel ziehen wollen. In welchem Umfang und für welche Nutzungsarten der Urheber Rechte einräumt, gehört freilich nicht in die

abstrakten Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, sondern muss vertraglich geregelt werden.

2. Einfügung der Worte „sowie deren Text und Inhalt“ nach dem Wort „Aufführung“

Der Bühnenverein meint, die vor allem im Opernbereich mittlerweile übliche Verwendung von Übertitelungsanlagen stelle ein „Problem“ dar, welches in § 19 Abs. 3 UrhG gelöst werden solle, „*zumindest sofern der Rechteinhaber, der das Aufführungsrecht einräumt, das Recht am Libretto bzw. dessen Übersetzung hat*“ (vgl. Deutscher Bühnenverein 2004, 37 f.).

Systematisch ist dieser Vorschlag verfehlt. Denn die Frage der Verwendung von Übertitelungsanlagen betrifft ausschließlich die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Bühne und Rechteinhabern (regelmäßig Bühnenverlage) und ist Gegenstand des Aufführungsvertrags unter Ziffer 1 der Regelsammlung (siehe dazu bereits oben unter C.IV.). Auf den Regelungsbereich des § 19 Abs. 3 UrhG kann eine Bestimmung der Nutzungsarten keine Auswirkung haben.

Die Regelung des § 19 Abs. 3 UrhG sollte daher unverändert beibehalten werden.

II. Änderung des § 58 Abs. 1 UrhG

Nach der Schrankenregelung des § 58 Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung von öffentlich ausgestellten oder zur öffentlichen Ausstellung/zum öffentlichen Verkauf bestimmten Werken der bildenden Künste und Lichtbildwerken zu Zwecken der Werbung zulässig, soweit dies zur Förderung der Verkaufsveranstaltung erforderlich ist. Der Bühnenverein schlägt in seinem Gutachten (Deutscher Bühnenverein 2004: 38) vor, die Regelung allgemein auf „*künstlerische Werke*“ auszudehnen. Eine Beschränkung auf „*Werke der bildenden Kunst und Lichtbildwerke*“ sei durch Art. 5 Abs. 3 Buchst. j der Richtlinie der Europäischen Union 2001/29 EG (im folgenden: „Richtlinie“) nicht indiziert.

Die Richtlinie regelt in Art. 5 Abs. 3 lit. j, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf die in Art. 2 und 3 normierten Rechte (u. a. ausschließliches Vervielfältigungsrecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ausübender Künstler) Ausnahmen oder Beschränkungen vorsehen können

„für die Nutzung zum Zwecke der Werbung für die öffentliche Ausstellung oder den öffentlichen Verkauf von künstlerischen Werken in dem zur Förderung der betreffenden Veranstaltung erforderlichen Ausmaß unter Ausschluss jeglicher anderer kommerzieller Nutzung.“

Gleichzeitig weist Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie darauf hin, dass diese Ausnahmen nur „in bestimmten Sonderfällen angewandt werden“ dürfen, in denen „die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden“.

Wenn die Richtlinie im Zusammenhang mit der Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 3 lit. j von „künstlerischen Werken“ spricht, so bezieht sie sich auf die „in Art. 2 und 3 vorgesehenen Rechte“. Auf die Terminologie des Urheberrechtsgesetzes ist der Begriff des „künstlerischen Werks“ freilich nicht ohne weiteres übertragbar. Will man ernsthaft über die Schaffung einer so breit angelegten Ausnahmeklausel diskutieren, wie sie der Bühnenverein fordert, so ist zuerst einmal eine Klärung der Begrifflichkeiten angezeigt. Ferner ist – gerade im Hinblick auf die Einschränkung des Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie – zu bedenken, dass durch eine gesetzlich garantierte Möglichkeit zur Veröffentlichung von Ausschnitten aus laufenden Produktionen im Internet auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der abgebildeten ausübenden Künstler eingeschränkt sein kann.

Dringender Reformbedarf im Hinblick auf eine *gesetzliche* Erweiterung der Werbemöglichkeiten besteht nicht. Da das von den Bühnen angestrebte Ziel einer möglichst umfassenden Nutzung laufender Produktionen zu Werbezwecken durch tarif- und einzelvertragliche Regelungen ohne weiteres erreicht werden kann, empfehlen wir, die Forderung, die bestehende gesetzliche Regelung des § 58 Abs. 1 UrhG zu ändern, nicht zu übernehmen.

III. Änderung des § 79 UrhG

Die Vorschrift des § 79 UrhG betrifft die Übertragung von Nutzungsrechten durch den ausübenden Künstler. Gemäß § 79 Abs. 2 UrhG finden die meisten Bestimmungen des Urhebervertragsrechts auf ausübende Künstler entsprechend Anwendung. Verwiesen wird insbesondere auch auf die zentrale Vorschrift des § 43 UrhG, welche die Rechte des Urhebers in Arbeits- oder Dienstverhältnissen betrifft. Danach finden die Vorschriften über Nutzungsrechte (§§ 31 ff. UrhG) auch dann Anwendung, wenn der Urheber ein Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, allerdings nur, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.

In diesem Zusammenhang schlägt der Bühnenverein folgende Regelung vor:

„Im Falle des § 43 gelten die Rechte nach § 77 Abs. 2 und nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung insoweit auf den Dienstherrn oder Arbeitgeber übertragen, als die Nutzung dieser Rechte zur Realisierung der Darbietung geboten und auf einen begrenzten Personenkreis beschränkt ist; der Anspruch gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 ist mit der vertraglich vereinbarten Vergütung abgegolten.“

Diese Änderung sei erforderlich, um die Übertragung einer Theateraufführung in andere Räume des Theaters sowie ins Foyer (für zu spät kommende Besucher) zu ermöglichen. Sie soll ferner garantieren, dass Aufzeichnungen von Aufführungen an Künstler und ande-

re an einer Produktion Beteiligte weitergegeben werden können, wenn sie etwa als Einspringer für einen erkrankten Kollegen auftreten müssen (Deutscher Bühnenverein 2004: 39).

Die formulierten Ziele mögen für die Bühnenpraxis sinnvoll sein; die vom Bühnenverein geforderte Gesetzesänderung freilich lässt sich im Hinblick auf die dargestellten Notwendigkeiten nicht rechtfertigen. Sie schießt weit über das angestrebte Ziel hinaus. Die gewünschten Verwertungsformen künstlerischer Darbietungen lassen sich – wie oben im einzelnen ausgeführt worden ist – durch Modifikationen auf tarifvertraglicher und einzelvertraglicher Ebene ohne weiteres erreichen. Sie entsprechen bereits jetzt ständiger Theaterpraxis.

Mit seinem Reformvorschlag zu § 79 UrhG erfasst der Deutsche Bühnenverein – womöglich ohne dies zu wollen – neben den Bühnen unzählige weitere Fallgestaltungen. Die grundsätzliche Wertung des Gesetzes würde durch die angestrebte Reform ins Gegenteil verkehrt: Während das Urheberrechtsgesetz nämlich davon ausgeht (und in seiner Struktur darauf aufbaut), dass die Verwertungsrechte grundsätzlich dem Urheber/ausübenden Künstler zustehen und von Dritten nur insoweit genutzt werden dürfen, als ihnen vom Rechteinhaber entsprechende Nutzungsrechte eingeräumt werden, gehen die Reformbestrebungen des Deutschen Bühnenvereins zielorientiert dahin, dass die für die Realisierung einer Aufführung notwendigen Rechte im Zweifel beim Arbeitgeber (sc. bei den Bühnen) liegen. Mit der Systematik des Urheberrechtsgesetzes, welches eben – anders als etwa das US-amerikanische System – gerade kein „*work made for hire*“-Prinzip kennt, ist ein solches Vorhaben nicht in Einklang zu bringen. Die Bühnen müssen durch entsprechende tarif- oder einzelvertragliche Regelungen sicherstellen, dass ihnen die zur Wahrnehmung der beschriebenen, höchst nachvollziehbaren Ziele erforderlichen Rechte übertragen werden.

IV. Streichung des § 53 Abs. 2 Unterabs. 2 Nr. 1 und 2 UrhG

Der Deutsche Bühnenverein fordert die Streichung des § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG. Danach ist eine Vervielfältigung von Werken zu eigenen Archivierungszwecken ohne vorherige Rechteeinräumung nur möglich, wenn die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels photomechanischer Verfahren aufgenommen wird oder eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet. Eine digitale Archivierung von Aufführungen ohne vorherige tarif- oder einzelvertragliche Nutzungsrechtseinräumung ist danach nicht möglich, sofern das Archiv keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt, § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG. Gegen diese Einschränkung der Vervielfältigungshandlungen ohne vorherige Rechteeinräumung hinsichtlich der Informations- und Datenträger des Archivmaterials richtet sich die Forderung des Deutschen Bühnenvereins. Nach Vorstellung des Bühnenvereins soll es offenbar künftig uneingeschränkt möglich sein, digitale Archive auch ohne die ausschließlichen Vervielfältigungsrechte zu eigenen Zwecken anlegen zu können. Über die mit einer so einschneidenden Änderung der Schrankenregelung für die Rechtsstellung von Urhebern und ausübenden Künstlern

verbundenen Konsequenzen scheint sich der Bühnenverein – so jedenfalls legen es seine knappen Ausführungen nahe – keine Gedanken zu machen.

Die Forderung nach einer Streichung des § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG ist unhaltbar:

- Der Bühnenverein verkennt offensichtlich, dass es sich bei den in §§ 44 a ff. enthaltenen Schrankenregelungen um eng auszulegende Ausnahmenvorschriften handelt (BGH, Urteil vom 3. April 1968, BGHZ 50, 147; BGH, 4. Mai 2000, GRUR 2001, 51; Melichar 1999: § 45 ff., Rn. 15 f.; Nordemann 1998: Vor. § 45, Rn. 3; Lüft 2002: § 45 Rn. 1). Urheber und ausübende Künstler, auf die die Schrankenregelungen gem. § 83 UrhG entsprechend anzuwenden sind, müssen Beschränkungen der ihnen nach der Systematik des Urheberrechtsgesetzes zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte nur in eng begrenzten Ausnahmefällen dulden (Wandtke/Bullinger 2002: § 45, Rn. 1). Die Forderung des Bühnenvereins nach einer uneingeschränkt zulässigen – auch digitalen – Vervielfältigung geschützter Werke und Darbietungen zu Archivzwecken ist weder durch die Erfordernisse an den Bühnen zwingend geboten, noch im Hinblick auf den Ausnahmecharakter des § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG zu rechtfertigen.
- Darüber hinaus sieht die Richtlinie vom 22. Mai 2001 gerade die Möglichkeit einer derartigen Schrankenregelung vor. Durch Einführung der Schrankenregelung des § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG mit dem Ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (2003) hat der Gesetzgeber von dieser durch Art. 5 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. o der Richtlinie konkretisierten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Vervielfältigungsstücke eines Werkes zur Aufnahme in ein eigenes Archiv ohne vorherige Rechteeinräumungen nur in bestimmten Formen zuzulassen (Bundesregierung 2002: 47-49). Hinter dieser von der Richtlinie eingeräumten Möglichkeit steht der Gedanke, dass eine digitale private Vervielfältigung eine sehr viel weitere Verbreitung finden und damit eine weitaus größere wirtschaftliche Bedeutung erlangen dürfte, als eine Vervielfältigung von Werken auf Papier oder ähnlichen Trägern oder als eine analoge Nutzung. Eine Unterscheidung zwischen analoger und fest verkörperter Vervielfältigung einerseits und digitaler Vervielfältigung andererseits ist gerechtfertigt, weil andernfalls das Funktionieren des europäischen Binnenmarktes beeinträchtigt werden könnte (vgl. Abs. 38 der Gründe zu der EG Richtlinie 2001/29/EG).
- Ein dringendes Reformbedürfnis – wie vom Deutschen Bühnenverein reklamiert – ist nicht erkennbar. Die Theater und Bühnen können (und müssen) sich tarif- und einzelvertraglich die Vervielfältigungsrechte für betriebsinterne Archive in digitaler Form übertragen bzw. nachträglich einräumen lassen. Auf die Ausführungen und Ergänzungsvorschläge der tarifvertraglichen Bestimmungen sowie der Feststellungen der Regelsammlung wird insoweit verwiesen (vgl. C I). Eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes in diesem Punkt ginge weit über die vertraglich ohne weiteres zu erreichenden Ziele der Bühnen hinaus und ist abzulehnen.

V. Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG

Der Deutsche Bühnenverein fordert die Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG. Danach ist eine Übertragung von Rechten für noch unbekannte Nutzungsarten weder einzel- noch tarifvertraglich möglich (zu § 31 Abs. 4 UrhG vgl. bereits oben B III sowie Wandtke/Grunert 2002: § 31, Rn. 38; Schricker 1999: §§ 31/32, Rn. 25; Spautz 2000: § 31, Rn. 42). Gleichzeitig verlangt der Deutsche Bühnenverein eine Klarstellung, dass zu den nicht „genannten“ (gemeint ist wohl: nicht „bekannt“) Nutzungsarten „auch solche Nutzungen gehören müssen, die aufgrund neuer technischer Entwicklungen entstehen“ (Deutscher Bühnenverein 2004: 40).

Die Abschaffung des § 31 Abs. 4 UrhG ist keine originäre Idee des Deutschen Bühnenvereins; sie wird seit langem vom Gesetzgeber diskutiert. Der Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sog. „Zweiter Korb“) sieht – nachdem sich der Gesetzgeber bislang nicht zu einer Abschaffung des § 31 Abs. 4 UrhG durchringen konnte – nunmehr die Streichung der Vorschrift unter Schaffung ausgleichender Form- und Vergütungsvorschriften (§§ 31 a, 32 c, 137 UrhG-E) vor (Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Stand 27. September 2004, 2-3, 13). Motiv für die Abschaffung des Übertragungsverbots ist die „rasante technische Entwicklung der letzten Jahre und das daraus resultierende Aufkommen neuer Nutzungsarten“ (S. 19 des Entwurfs „Zweiter Korb“). So könnten die „in zahlreichen Archiven ruhenden Schätze“ neuen Nutzungsarten, z.B. digitalen Fernsehübertragungen, zugänglich gemacht werden (S. 39 des Entwurfs „Zweiter Korb“).

Eine abschließende Stellungnahme zu dem komplexen Themenkreis der beabsichtigten Abschaffung des § 31 Abs. 4 UrhG würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, ist im Hinblick auf die strukturellen Erfordernisse der Bühnen aber auch gar nicht erforderlich. Denn bereits nach geltender Rechtslage hat die Vorschrift des § 31 Abs. 4 UrhG für den praktischen Bühnenbetrieb nur begrenzte Auswirkungen, da sie auf ausübende Künstler keine Anwendung findet (vgl. dazu B III). Das bedeutet: Bezogen auf die Darbietungen der Schauspieler, Sänger, Orchestermusiker, Regisseure etc. stellt sich die Nichtübertragbarkeit von Rechten für unbekannte Nutzungsarten nach geltender Rechtslage nicht als Problem dar. Vielmehr betrifft die Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG ausschließlich die Rechte der Urheber.

E. Zusammenfassung

1. Eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes wird nicht für erforderlich gehalten. Die Forderungen der Bühnen lassen sich – wie gezeigt – durch einzelvertragliche Absprachen, die Anpassung der geltenden Tarifverträge (NV Bühne, TVK) sowie die Anpassung der Festlegungen der Regelsammlung erzielen.
2. Um den Bühnen eine umfassende Archivierung von Aufnahmen und die auszugsweise Wiedergabe von Aufführungen im Internet auf der Web-Site des Theaters zum

Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen zu ermöglichen, bedarf es einer Anpassung der tarifvertraglichen Regelungen. Der TVK ist um folgende umfassende Rechteeinräumung zu ergänzen:

„Bei Veranstaltungen, die auf Ton- und/oder Bildträger sowie Bildtonträger zu theater- und orchestereigenen Zwecken aufgenommen werden, hat der Musiker die für diese Zwecke vorgenommene Vervielfältigung, Verbreitung sowie die – auch durch Dritte vorgenommene – Wiedergabe zu dulden. Er räumt dem Arbeitgeber die dafür erforderlichen zeitlich und räumlich unbegrenzten Rechte ein. Zu den theater- und orchestereigenen Zwecken gehören auch die Werbezwecke des Arbeitgebers. Hiervon umfasst ist insbesondere das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Website der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

Die Regelung des § 8 Abs. 2 NV Bühne ist ebenfalls um folgenden klarstellenden Zusatz zu ergänzen:

„Vom Werbezweck umfasst ist insbesondere das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

3. Die Regelsammlung ist zum Zwecke der Ermöglichung einer umfassenden, zeitlich unbegrenzten Archivierung, der Werbung im Internet sowie der Herstellung von Übertitelungen nach Wünschen der Theater um folgende Punkte zu erweitern:

a) Ziffer 8.2

„Wird die Genehmigung erteilt, so ist die Bühne berechtigt, zwei Bild- und/oder Tonträger sowie Bildtonträger (jeweils ein Mutterband und eine Kopie) herzustellen. Das Recht zur Verwendung der Aufnahmen für archivalische Zwecke oder andere ausschließlich betriebsinterne Zwecke wird zeitlich unbefristet eingeräumt.“

b) Als Ziffer 1.6 sollte ergänzt werden:

„Der Verlag räumt der Bühne das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen ein.“

c) Als Ziffer 1.7 sollte ergänzt werden:

„Das Aufführungsrecht umfasst das Recht, den Text des Werkes im Original, in einer Übersetzung, in einer sonstigen Bearbeitung auf Übertitelungsanlagen für das Publikum wahrnehmbar zu machen.“

4. Soweit im Zuge einer Änderung der Rechtsform eines Bühnen- oder Orchesterbetriebs die bestehenden Tarifverträge keine Bindung mehr entfalten, sollten die in den Tarifverträgen enthaltenen Regelungen der Mitwirkungspflichten und Rechteübertragungen (§§ 7, 8 NV Bühne sowie § 7 TVK) sowie die insoweit vorgeschlagenen Ergänzungen und Präzisierungen beim Abschluss von Haustarifverträgen übernommen werden.

VIERTER TEIL: ORGANISATIONSSTRUKTUREN VON THEATERN UND ORCHESTERN

„Nichts ist für das Wohl eines Theaters gefährlicher, als wenn die Direktion so gestellt ist, dass eine größere oder geringere Einnahme der Kasse sie persönlich nicht weiter berührt und sie in der sorglosen Gewissheit hinleben kann, dass dasjenige, was im Laufe des Jahres an der Einnahme der Theaterkasse gefehlt hat, am Ende desselben aus irgendeiner anderen Quelle ersetzt wird. Es liegt einmal in der menschlichen Natur, dass sie leicht erschläft, wenn persönliche Vorteile oder Nachteile sie nicht nötigen.... Wäre ich der Großherzog, so würde ich künftig, bei einer etwa eintretenden Veränderung in der Direktion, als jährlichen Zuschuss ein für allemal eine fest Summe bestimmen; ... Dann würde ich aber einen Schritt weitergehen und sagen: Wenn der Direktor mit seinen Regisseuren durch eine kluge und energische Leistung es dahin bringt, dass die Kasse am Ende des Jahres einen Überschuss hat, so soll von diesem Überschuss dem Direktor, den Regisseuren und den vorzüglichsten Mitgliedern der Bühne eine Remuneration zugeteilt werden. Da solltet ihr einmal sehen, wie es sich regen und wie die Anstalt aus dem Halbschlafe, in welchem sie nach und nach geraten muss, erwachen würde!“

(Eckermann: Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens)

A. Betriebsformen

I. Theater

Öffentliche Theater in Deutschland haben sich historisch in den Betriebsformen Staats-, Stadt- oder Landestheater entwickelt:

Die *Staatstheater* gehen in der Regel auf die ehemaligen Hof- und Residenztheater zurück, die im 17. und 18. Jahrhundert von den Landesherren gegründet und nach dem Zusammenbruch des Kaiserreiches in staatliche Regie und Finanzierung übernommen wurden. Die Staatstheater befinden sich regelmäßig in Rechtsträgerschaft der jeweiligen Bundesländer und werden von diesen überwiegend finanziert. Abgesehen von den Ländern Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen verfügen heute alle deutschen Landeshauptstädte über mindestens ein Staatstheater (z. B. die Staatsoper München, das Staatstheater in Stuttgart oder die Sächsische Staatsoper in Dresden). Aber auch in anderen Städten als Landeshauptstädten gibt es Staatstheater, so zum Beispiel in Braunschweig, Darmstadt, Kassel oder Oldenburg.

Träger der *Stadttheater* sind dagegen in der Regel die Kommunen, wobei auch eine Trägerschaft zweier oder mehrerer Gemeinden oder eine gemeinsame Trägerschaft mit einem Bundesland möglich ist. Den Ursprung der Stadttheater bilden meist die bürgerlichen

Theaterbetriebe, die sich neben den Hoftheatern im 18. und 19. Jahrhundert gebildet haben. Zu den ältesten Stadttheatern zählen das Nationaltheater Mannheim, das in diesem Jahr sein 225-jähriges Bestehen feiert, und das 1868 gegründete Stadttheater Freiburg.

Die *Landestheater* befinden sich regelmäßig in Trägerschaft eines Landes und einer oder mehrerer Kommunen. Sie sind historisch meist aus Wanderbühnen hervorgegangen und führen einen erheblichen Teil aller Vorstellungen außerhalb ihres Stammsitzes, aber innerhalb eines bestimmten Spielgebietes auf. So bespielt etwa die Landesbühne Hannover, die als kommunaler Zweckverband von mehreren Gemeinden und Landkreisen Niedersachsens geführt wird, Spielstätten in über 90 niedersächsischen Gemeinden. Einige Landestheater, wie zum Beispiel die vom Land getragenen Landesbühnen Sachsen oder das von der Stadt getragene Landestheater Coburg, verfügen über eine eigene Musiktheatersparte.

Das Mehrspartentheater ist mit einem Anteil von über 50 % das in der deutschen Theaterlandschaft am häufigsten anzufindende Theater, gefolgt von den reinen Schauspieltheatern (37 %) und den Musiktheatern mit 12 % (Angaben von Röper 2001: 14 – Stand: 1998/99). Vor allem für Stadttheater typisch ist das Dreispartentheater mit den Bereichen Oper, Schauspiel und Tanz. Unter allen Theaterformen gibt es ein überaus breites Größenspektrum: Außer den vielen kleinen und mittleren Mehrspartenhäusern (wie z. B. Koblenz oder Freiburg) gibt es sehr große Mehrspartentheater (Staatstheater Stuttgart, Staatstheater Hannover, Bühnen Köln), deren Etatvolumen das Vielfache der Budgets der kleinen Mehrspartentheater beträgt. Auch unter den reinen Musiktheatern finden sich sehr große (z. B. die Hamburgische und die Bayerische Staatsoper), mittlere (Oper Leipzig) und kleinere wie z. B. das Opernhaus Halle. Deutlich geringer als die Etats der Mehrspartentheater fallen regelmäßig die Budgets der reinen Schauspieltheater aus, zu dessen großen etwa das Deutsche Theater in Berlin oder das Düsseldorfer Schauspielhaus und zu dessen kleinen z.B. die Theater in Celle oder in Senftenberg gehören.

II. Kulturorchester

Unter Kulturorchestern versteht man – in Anlehnung an die Terminologie des Tarifvertrags für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) – Opern- und Konzertorchester, die „ernst zu wertende Musik“ spielen. In Deutschland gibt es derzeit 136 öffentlich subventionierte Kulturorchester (Mertens 2004).¹¹

Abhängig von ihrem Tätigkeitsschwerpunkt können die Kulturorchester in die Betriebsformen (bzw. Orchesterprofile) Konzert-, Kammer-, Theater- und Rundfunk-Sinfonieorchester unterschieden werden (vgl. Jacobshagen 2000: 26).

Konzertorchester sind im Gegensatz zu den *Theaterorchestern* nicht mit einem Theaterbetrieb verbunden. Ihre Tätigkeit besteht in erster Linie in der Konzertvorbereitung und -

¹¹ Einen Überblick über die deutschen (öffentlichen wie privaten) Kulturorchester bietet die vom Deutschen Musikrat betriebene Datenbank „Deutsches Musikinformationszentrum“ unter www.miz.org/index.php.

darbietung. Öffentliche Konzertorchester befinden sich in der Regel in der Rechtsträgerschaft der Stadt, in der sie ansässig sind (Beispiele: Münchner Philharmoniker, Gewandhaus-Orchester Leipzig). Träger der Staatsorchester sind entweder die Bundesländer (z.B. ist Rechtsträger des Staatsorchesters Rheinische Philharmonie das Land Rheinland-Pfalz) oder die Städte (zum Beispiel Frankfurt/Oder als Träger des Brandenburgischen Staatsorchesters Frankfurt). Die *Landesorchester* haben, ebenso wie die *Städtebundorchester*, einen überregionalen Wirkungsbereich und werden von mehreren Trägern gehalten.

Eine kleinere Besetzung als die Konzertorchester haben die in Deutschland zahlreichen *Kammerorchester*, von denen einige – wie etwa das Stuttgarter oder das Münchner Kammerorchester – ebenfalls überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.

Theaterorchester zeichnen sich dadurch aus, dass sie schwerpunktmäßig (jedoch nicht ausschließlich) an Bühnenproduktionen mitwirken. Theaterorchester können entweder institutionell oder vertraglich mit einem Theaterbetrieb verbunden sein. Der Deutsche Bühnenverein verzeichnet in seiner Theaterstatistik nur die institutionell mit einem Theaterbetrieb verbundenen Orchester als Theaterorchester.¹² Neben der Staatskapelle Berlin als Orchester der Staatsoper Berlin können das Württembergische Staatsorchester Stuttgart (als Orchester der Staatsoper Stuttgart), das Orchester des Theaters Magdeburg, die Philharmonie Magdeburg, oder der Klangkörper der Semperoper, die Sächsische Staatskapelle Dresden, als weitere Beispiele für institutionell mit einer Bühne verbundene Orchester genannt werden. Den Theaterdienst für Theater, die über kein eigenes Orchester verfügen, versehen etwa (für das Bremer Theater) das Philharmonische Staatsorchester Bremen oder für die Oper Leipzig das Leipziger Gewandhausorchester.

Die *Rundfunk-Sinfonieorchester* haben gemeinsam, dass sie – mit Ausnahme des Rundfunksinfonie-Orchesters Berlin (RSB)¹³ – von den Rundfunkanstalten der Länder getragen und somit im Wesentlichen durch Rundfunkgebühren finanziert werden. Die Größe (Stellenanzahl), die musikalische Ausrichtung und auch die Tätigkeitsschwerpunkte (Verhältnis zwischen Radioproduktionen und Konzerten) der einzelnen Rundfunk-Sinfonieorchester variieren dagegen zum Teil erheblich (Jacobshagen 2000: 34). Insgesamt unterhalten die Rundfunkanstalten – abgesehen vom RSO Berlin – zwölf Kulturochester (z.B. das SWR Radio-Sinfonieorchester Stuttgart, das WDR Sinfonieorchester Köln oder das NDR Sinfonieorchester in Hamburg). Im Oktober 2004 hat der Bayerische Rundfunk bekannt gegeben, eines seiner beiden Klangkörper, das Münchner Rundfunkorchester zum Sommer 2006 aufzulösen.

¹² Vgl. die Erläuterung Deutscher Bühnenverein 2003: 161.

¹³ Das RSB gehört der Trägergesellschaft Rundfunk-Orchester und –Chöre GmbH Berlin an, die zum größeren Teil vom Bund (35 %), vom Land Berlin (20 %) und vom Deutschlandradio (40 %), und nur im Übrigen (5 %) vom Rundfunk Berlin-Brandenburg getragen wird.

B. Rechtsformen

I. Grundsatz: Rechtsformneutralität

Der Betrieb von staatlichen Kultureinrichtungen ist prinzipiell rechtsformneutral. Es herrscht der Grundsatz der Formenwahlfreiheit. Deshalb müssen öffentliche Theater- und Orchesterunternehmen nicht von Rechts wegen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, sondern können auch in privater Rechtsform, und zwar in allen zivilrechtlich bekannten Formen geführt werden.

II. Häufigkeit der Rechtsformen

Trotz der grundsätzlichen Rechtsformneutralität staatlicher Kultureinrichtungen wird die Mehrzahl der öffentlichen Theater in Deutschland tatsächlich in öffentlich-rechtlicher Rechtsform betrieben.

Ausweislich der Theaterstatistik des Deutschen Bühnenvereins 2002/2003 (im Folgenden: „Theaterstatistik“) werden etwa zwei Drittel der 150 verzeichneten öffentlichen *Theater* in den herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Formen des Regie- bzw. Eigenbetriebs, des Zweckverbands oder der Anstalt des öffentlichen Rechts geführt:

Rechtsformen der öffentlichen Theater in Deutschland und ihre Häufigkeit

<i>Rechtsform</i>	<i>Anzahl</i>	<i>Prozent (gerundet)</i>
Regiebetrieb	65	43
Eigenbetrieb	20	13
Zweckverband	8	5
Anstalt öffentlichen Rechts	2	1
GmbH	43	29
e.V.	8	5
GbR	3	2

Stiftung	1	<1
<i>Insgesamt</i>	150	
<i>Quelle: Eigene Auswertung der Theaterstatistik 2002/2003 des Deutschen Bühnenvereins</i>		

Zu einem höheren Anteil der in öffentlich-rechtlicher Form geführten Theater käme man freilich dann, wenn man auch diejenigen Häuser zu den öffentlichen Theatern zählte, die sich zwar in privater Trägerschaft, finanziell aber in nahezu vollkommener staatlicher Abhängigkeit befinden (Beispiele: Schaubühne am Lehniner Platz, Berliner Ensemble). Die Theaterstatistik rechnet diese Theater, deren Anzahl aus der Statistik nicht ersichtlich wird, zu den Privattheatern (Deutscher Bühnenverein 2003: 165 ff.).

Die (knappe) Mehrzahl der in der Theaterstatistik verzeichneten *Kulturorchester*¹⁴ wird dagegen in privater Rechtsform geführt: Von den insgesamt 48 verzeichneten Orchestern werden nur 22 in den klassischen öffentlich-rechtlichen Rechtsformen betrieben.¹⁵ Insgesamt 24 der 48 aufgeführten Orchester werden in den privatrechtlichen Rechtsformen des eingetragenen Vereins und der GmbH betrieben, zwei Kulturorchester werden als Stiftung geführt.

Rechtsformen der öffentlichen Kulturorchester in Deutschland und ihre Häufigkeit *

Rechtsform	Anzahl	Prozent (gerundet)
Öffentlich-rechtliche Rechtsform (Regie- oder Eigenbetrieb, Zweckverband)	22	46
Eingetragener Verein (e.V.)	18	37,5
GmbH	6	4
Stiftung	2	1,33

¹⁴ Dies unter Nichtberücksichtigung der *institutionell* mit Theaterbetrieben verbundenen Kulturorchester.

¹⁵ Eine Einteilung in Regiebetriebe, Eigenbetriebe und Anstalten des öffentlichen Rechts wird in der Theaterstatistik 2002/2003 nicht vorgenommen.

Insgesamt	48	
Quelle: Eigene Auswertung der Theaterstatistik 2002/2003 des Deutschen Bühnenvereins (2003)		
* Die Rundfunk-Sinfonieorchester sind in der Statistik nicht berücksichtigt.		

III. Darstellung der einzelnen Rechtsformen

1. Regiebetrieb

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Regiebetriebe sind öffentliche Verwaltungsbetriebe, die organisatorisch, rechtlich und haushaltsmäßig – entweder als Abteilung oder als Amt – vollständig in die Kommunalverwaltung eingegliedert sind (Katz 2004: Rn. 81).

Der Regiebetrieb hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Neben der formalrechtlichen fehlt ihm auch die ökonomische, satzungsmäßige und organisatorische Selbständigkeit (Adamaschek 1989: Sp. 1392). Unter den öffentlichrechtlichen Rechtsformen ist der Regiebetrieb somit derjenige Typus, der sich am engsten an die Gemeindeadministration anlehnt (Schmidt-Aßmann 1999: 85).

Wegen ihrer Eingliederung in die Kommunalverwaltung werden Regiebetriebe im Allgemeinen nicht den kommunalen Wirtschaftsunternehmen zugerechnet. Aus diesem Grund werden Regiebetriebe außerhalb des Kulturbereichs vorwiegend für kleinere Betriebseinheiten gewählt, die keine besondere Selbständigkeit und Flexibilität erfordern (Benedens 1993: Zf. 4.2.).

Der Regiebetrieb ist die historisch *ursprüngliche* Organisationsform für öffentliche Theater in Deutschland. Als Regiebetrieb war schon das erste stehende deutsche Hoftheater in Gotha organisiert, mit dessen Errichtung im Jahre 1775 Herzog Ludwig Ernst II. Bühnenmanagement-Geschichte schrieb, weil er sein Hoftheater fest in seine eigene Verwaltung institutionalisierte und beaufsichtigte, anstatt, wie zu dieser Zeit allgemein üblich, einem auf eigene Rechnung wirtschaftenden Prinzipal lediglich eine Konzession und einen Zuschuss zu gewähren (Waidelich 1991: 26). Der Regiebetrieb hat aber nicht nur eine lang zurück reichende Geschichte, er ist auch heute noch die *häufigste* Organisationsform für öffentliche Theater. Von den 150 öffentlichen Theatern, die in der Theaterstatistik verzeichnet sind, werden 65, also mehr als ein Drittel als Regiebetrieb geführt. Die meisten deutschen Staatstheater sind, sofern sie öffentlich-rechtlich geführt

werden, Regiebetriebe.¹⁶ Auch unter den Kulturorchestern ist die Rechtsform des Regiebetriebs häufig vertreten.¹⁷

Die Anzahl der als Regiebetrieb organisierten Theaterunternehmen und Kulturorchester nimmt jedoch in jüngerer Zeit tendenziell zugunsten anderer Rechtsformen (Eigenbetrieb, GmbH) ab (Jacobshagen 2000, 38; Engert 2002: 331). So wurden noch Ende der neunziger Jahre ca. 60 % der öffentlichen Theaterbetriebe in Deutschland als Regiebetriebe geführt (Frahm 1989: Sp. 867).

b) Rechtspersönlichkeit/Trägerschaft

Regiebetriebe haben keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie sind rechtlich vollständig in die Kommunalverwaltung integriert. Unmittelbarer und alleiniger Träger eines Regiebetriebs ist die Gemeinde bzw. das Land, in dessen Verwaltung der Regiebetrieb eingegliedert ist. Der öffentliche Träger ist Arbeitgeber des am Theater/Orchester beschäftigten Personals.

c) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die als Regiebetrieb organisierten Einrichtungen bilden die Gemeindeordnungen der Länder und das Haushaltsrecht des öffentlichen Trägers.

Die Gründung und Organisation eines Regiebetriebs beruhen auf verwaltungsinernen Regelungen. Einer förmlichen Satzung bedarf es hierfür nicht.

Die Organisationsstruktur eines Regiebetriebs (Zuständigkeiten der administrativen Entscheidungsinstanzen, Form der Theater-/Orchesterleitung) wird in den allgemeinen oder in speziellen kommunalen Geschäftsordnungen definiert und auch durch die konkrete Fassung der Dienstverträge, die der Träger mit der Theaterleitung abschließt, mitbestimmt.

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Der Regiebetrieb hat keine verselbständigte Betriebsorganisation und keine eigenen Organe. Er unterscheidet sich formell nicht von anderen Ämtern bzw. Abteilungen der kommunalen bzw. Landes-Verwaltung. Deshalb ergibt sich die Leitungsstruktur eines als Regiebetrieb geführten Theaters grundsätzlich aus der administrativen Hierarchie der Trägerkörperschaft.

¹⁶ So z. B. das Staatstheater Stuttgart, das Badische Staatstheater, das Hessische Staatstheater, das Staatstheater Braunschweig, das Staatstheater Kassel, das Staatstheater Mainz, das Oldenburgische Staatstheater, das Staatstheater Darmstadt und das Staatstheater Cottbus (Deutscher Bühnenverein 2003).

¹⁷ Nach Jacobshagen 2000: 38, beträgt der Anteil der Regiebetriebe unter den deutschen Kulturorchestern 43 % (Stand: 2000).

An der Spitze eines kommunalen Regiebetriebs steht der Stadtrat als oberstes gemeindliches Beschlussorgan. Häufig überträgt er seine Zuständigkeiten für den Kulturbereich auf den städtischen Kulturausschuss, der dann über die Grundsatzfragen des Theaters/Kulturorchesters, d.h. über den Haushalt, die Bestellung der Theaterleitung, die Festlegung der Eintrittspreise etc. entweder als sog. vorbereitender Ausschuss vorberät oder als beschließender Ausschuss selbständig entscheidet (Kurz 1999: 45).

Für das laufende Geschäft des städtischen Regiebetriebs ist der oberste Beamte der Stadtverwaltung, der erste Bürgermeister zuständig, der allerdings regelmäßig einen Teil seiner Zuständigkeiten auf die Theater-/Orchesterleitung überträgt. Auf der zweiten Stufe steht in der Regel der Kulturdezernent oder -referent, auf der dritten der Intendant als Amtsleiter, dem wiederum, abhängig vom gewählten Führungsmodell, der Verwaltungsdirektor des Theaters/Orchesters unter- oder beigeordnet ist.

Die Personalverwaltung für die nicht-künstlerischen Mitarbeiter sowie andere Administrationsbereiche werden von den zuständigen Querschnittsämtern der Stadtverwaltung, also etwa vom Personalamt, Liegenschaftsamt, der EDV-Abteilung etc. wahrgenommen.

Die Geschäftsverteilung innerhalb des Leitungskollegiums wird in einer eigenen Dienstanweisung geregelt, in der entweder die gemeinsame Führung des Hauses durch den Intendanten und den Verwaltungsdirektor bestimmt wird oder die Letztentscheidungskompetenz über alle künstlerischen und wirtschaftlichen Belange des Theaterbetriebs dem Intendanten übertragen wird (reine Intendantenführung).

e) Finanzierung und Wirtschaftsführung

Für die Gründung eines Regiebetriebs bedarf es keines Stammkapitals. Als Teil der Verwaltung der Trägerkörperschaft gilt für den Regiebetrieb das kommunale bzw. das Landeshaushaltsrecht. Die Rechnungsführung erfolgt grundsätzlich kameralistisch.

Soweit es das jeweilige Haushaltsrecht der Trägerkörperschaft zulässt, können einzelne Elemente der klassischen öffentlichen Betriebsführung allerdings flexibilisiert werden. Man spricht dann von einem „optimierten Regiebetrieb“. In diesem Rahmen kann für einen Kulturbetrieb die kaufmännische Buchführung vorgeschrieben, Personal- und Sachkosten für deckungsfähig erklärt und eine Ertrags- und Kostenrechnung eingeführt werden.

f) Bewertung

aa) Ergebnisse der Befragung

Als wichtigstes Kriterium für die Eignung einer Rechtsform beurteilen die von uns befragten Kulturbetriebe beinahe durchgängig die Gewährleistung der wirtschaftlichen und künstlerischen Eigenständigkeit und Handlungsfähigkeit eines Theaters bzw. Orchesters.

Mehrheitlich wird die Rechtsform des Regiebetriebs als hierfür ungeeignet angesehen. Der Regiebetrieb behindere das unternehmerische Denken und Handeln, ermögliche der Theaterleitung nur wenig Spielraum für eine flexible Führung, bewirke häufig ein unerwünschtes „Hineinregieren“ des Trägers in die Betriebsführung und führe zu schwerfälligen Entscheidungsstrukturen mit der Folge von Zeit- und Reibungsverlusten. Auch das Fehlen eines eigenen Aufsichtsgremiums beim Regiebetrieb wird beanstandet. Als besonders nachteilig für einen Theater-/Orchesterbetrieb wird häufig das kameralistische Haushalts- und Rechnungssystem genannt. Bemängelt werden also im Ergebnis sowohl Defizite in der Wirtschaftsführung als auch in der Leitungs- und Aufsichtsstruktur des Regiebetriebs.

Auf der anderen Seite finden sich einige wenige Stimmen, die den Regiebetrieb als besonders geeignete Organisationsform bewerten, dabei aber gleichzeitig betonen, dass auch beim Regiebetrieb die notwendigen Rahmenbedingungen für eine kaufmännische Betriebsführung zu gewährleisten seien, es sich aber jedenfalls um optimierte Regiebetriebe handeln müsse.

bb) Eigene Bewertung

Insgesamt wird aus den Ergebnissen der Befragung deutlich, dass sich die Ausgestaltung als Regiebetrieb regelmäßig negativ auf die betriebswirtschaftliche Führung eines Theaters auswirkt. Das gilt in besonderem Maße für den klassischen Regiebetrieb, dessen „kameralistischen Zwänge“ (so die Wortwahl mancher Theater und Orchester) insbesondere zu folgenden Schwierigkeiten führt:

- fehlende Deckungsfähigkeit der einzelnen Etattitel,
- Verfall unverbrauchter Haushaltsmittel zum Jahresende (mit der Folge des sog. „Dezemberfiebers“),
- Inkongruenz zwischen Haushaltsjahr und Spielplan und Beschränkung des finanziellen Planungshorizonts auf ein Jahr,
- die Ausgliederung von Teilen des Budgets in Sammelnachweise,

- die Gefahr von Haushaltssperren und
- die fehlende Verfügungsgewalt und Verantwortung in Bezug auf die Eigeneinnahmen.

Die haushaltsrechtlich bedingten Defizite des klassischen Regiebetriebs lassen sich zum Teil beheben, ohne dass es hierfür einer Änderung der Rechtsform bedarf („optimierter Regiebetrieb“). Die Vorzüge des optimierten Regiebetriebs beschränken sich jedoch vornehmlich auf Verbesserungen im Haushalts- und Rechnungswesen. Die Organisation bleibt bei der Optimierung hingegen regelmäßig ausgeklammert, so dass die Abhängigkeit des Kulturbetriebs von der Zusammenarbeit mit den Querschnittsämtern bestehen bleibt. Zudem zeigt die Erfahrung, dass die bloße Reorganisation eines Regiebetriebs in der Praxis meist schwerfällig vonstatten geht, weil die Befreiung von den überkommenen haushaltsrechtlichen Prinzipien Schritt für Schritt verhandelt und nicht – wie es bei einem Rechtsformwechsel der Fall ist – mit einem Mal durchgesetzt wird.

Ein wesentlicher Nachteil des Regiebetriebs, der auch für den „optimierten“ Regiebetrieb gilt, liegt in den beschränkten personalwirtschaftlichen Möglichkeiten dieser Organisationsform. Der Regiebetrieb ist rechtlich unselbständig. Arbeitgeber der beim Regiebetrieb beschäftigten Arbeitnehmer ist die Trägerkörperschaft. Somit gilt öffentliches Dienstrecht, mit der Folge der Bindung des Theaters an die für die künstlerischen und nicht-künstlerischen Mitarbeiter jeweils geltenden Tarifverträge. Die Vereinbarung von Haustarifverträgen, die leistungs- und erfolgsabhängige Elemente der Vergütung und weniger restriktive Arbeitszeitregelungen festsetzen, ist für die als Regiebetriebe organisierten Theater- und Orchester nicht möglich.

Im Ergebnis bewerten wir die Organisationsform des Regiebetriebs als für Theater und Orchester weitgehend ungeeignet.

2. Eigenbetrieb

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Die Organisationsform des Eigenbetriebs hat sich aus den Regiebetrieben entwickelt. Sie nimmt im Theater- und Orchesterbereich seit den neunziger Jahren einen immer größeren Stellenwert ein (Jacobshagen 2000: 39; Engert 2002a: 148). Von den 150 in der Theaterstatistik erfassten öffentlichen Theaterunternehmen werden 20 als Eigenbetrieb geführt.

Wie der Regiebetrieb hat der Eigenbetrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern ist unselbständiger Bestandteil der Kommunalverwaltung. Der Eigenbe-

trieb ist aber im Gegensatz zum Regiebetrieb organisatorisch und wirtschaftlich verselbständigt.

Anders als beim Regiebetrieb handelt es sich beim Eigenbetrieb grundsätzlich um ein wirtschaftliches kommunales Unternehmen im Sinne der Gemeindeordnungen. Als wirtschaftliche Unternehmen verfolgen Eigenbetriebe neben ihrem öffentlichen Zweck im Allgemeinen eine wirtschaftliche Zielrichtung. Sie sollen insbesondere einen Gewinn für den Haushalt abwerfen. Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks hat aber auch bei Eigenbetrieben stets Vorrang. Deshalb kommt die Organisation als Eigenbetrieb bzw. als „eigenbetriebsähnliche Einrichtung“ auch für Theaterunternehmen in Betracht, die zur Gewinnerzielung nicht in der Lage sind.

b) Trägerschaft

Der Eigenbetrieb hat keine Rechtspersönlichkeit. Sein unmittelbarer Träger ist die Gemeinde.

Die Organisationsform des Eigenbetriebs steht grundsätzlich den Kommunen offen. Aber auch Staatstheater, die sich in der Trägerschaft eines Bundeslandes befinden, können nach dem jeweiligen Landesrecht in Form einer nicht rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts¹⁸ ähnlich wie Eigenbetriebe organisiert sein (Kurz 1999: 46).

c) Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlage für Eigenbetriebe bilden die Eigenbetriebsverordnungen bzw. Eigenbetriebsgesetze und die Gemeindeordnungen der Länder, auf dessen Grundlage die Trägerkommune eine Betriebssatzung für den zu gründenden Eigenbetrieb erlassen.

Die Betriebssatzung regelt insbesondere Namen und Sitz, Stammkapital, Verwaltungsorgane und Leitung des Theaters sowie die Zuständigkeiten der gemeindlichen Aufsichtsgremien (Stadtrat, Theaterausschuss).

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Die Theaterleitung für das laufende Geschäft („Werkleitung“) wird in den Betriebssatzungen regelmäßig dem Intendanten als künstlerischem und dem Verwaltungsdirektor als kaufmännischem Leiter zugewiesen. Anders als beim (klassischen) Regiebetrieb regelt die Theaterleitung sämtliche Fragen der normalen Betriebsführung selbständig und ist dabei im Regelfall nicht auf die Abstimmung

¹⁸ Als Anstalt des öffentlichen Rechts ist das Landestheater Württemberg-Hohenzollern in Tübingen organisiert.

mit Querschnittsämtern des Trägers angewiesen. Insbesondere die Personalauswahl und -verwaltung liegt beim Theater selbst.

Für die grundsätzlichen Entscheidungen des Eigenbetriebs ist der Stadtrat zuständig. Er erlässt nicht nur die Betriebssatzung für das Theaterunternehmen, sondern behält sich in dieser zumeist auch die Zuständigkeiten für Grundsatzfragen wie die Wahl des Theaterausschusses, die wesentlichen Strukturentscheidungen und die wirtschaftlichen Grundsatzbeschlüsse (Bestätigung des Wirtschaftsplans, Beschlüsse über die Feststellung des Jahresabschlusses etc.) vor.

Zusätzlich wird der Eigenbetrieb von einem im Eigenbetriebsrecht als „Werkausschuss“ bezeichneten Gremium des Stadtrats beaufsichtigt. Der Werkausschuss bildet die wesentliche organisatorische Besonderheit im Vergleich zum Regiebetrieb. Er setzt sich in der Regel aus Vertretern des Trägers, aus sachverständigen Bürgern und aus Beschäftigtenvertretern zusammen. Seine Hauptaufgabe besteht in der Vorberatung aller Angelegenheiten des Theaters, die vom Stadtrat zu entscheiden sind (vorberatender Ausschuss). Darüber hinaus können ihm verschiedene Beschlusskompetenzen eingeräumt werden, wie etwa die Benennung der Prüfer für den Jahresabschluss oder auch die Entscheidungen über bestimmte Verfügungen über das Sondervermögen des Theaters (beschließender Ausschuss).

e) Finanzierung und Wirtschaftsführung

Der Eigenbetrieb verfügt über ein gesondert verwaltetes eigenes Vermögen. Die Eigenbetriebsverordnungen sehen vor, dass der Eigenbetrieb mit einem Stammkapital in „angemessener Höhe“ auszustatten ist. Anders als beim Regiebetrieb ist für den Eigenbetrieb als Buchführung die Doppik (doppelte Buchführung) oder eine entsprechende Verwaltungsbuchführung vorgeschrieben. An die Stelle des gemeindlichen Haushaltsplanes tritt der Wirtschaftsplan als finanzwirtschaftliche Grundlage, bestehend aus Erfolgsplan, Finanzplan und Stellenübersicht. Im Wirtschaftsplan werden dem Eigenbetrieb alle Etatpositionen, die für den Betrieb der Einrichtung notwendig sind, zur selbständigen Verantwortung zugeordnet. Der Wirtschaftsplan bildet eine Anlage zum Haushaltsplan der Gemeinde, in den nur die geplanten Ergebnisse eingehen. Alle Ausgaben und Einnahmen sind gegenseitig deckungsfähig.

f) Bewertung

aa) Ergebnisse der Befragung

Die Auswertung der Ergebnisse unserer Befragung ergibt kein einheitliches Bild. Für bzw. gegen die Eignung dieser Rechtsform sprechen sich ungefähr gleich viele Theater und Orchester aus. In den Stellungnahmen werden die Möglichkeit der kaufmännischen Buchführung, die größere organisatorische

Selbständigkeit als beim Regiebetrieb und das Bestehen eines theater-eigenen Aufsichtsgremiums als wesentliche Vorzüge des Eigenbetriebs gegenüber dem Regiebetrieb hervorgehoben. Andere Stimmen ordnen den Eigenbetrieb hingegen in die Riege derjenigen öffentlichen Betriebsformen ein, die durch schwerfällige Entscheidungsfindungen gekennzeichnet sind und in der ein zu großes Maß an Bürokratie und Formalismus waltet.

bb) Eigene Bewertung

Der Eigenbetrieb bietet im Vergleich zum (klassischen) Regiebetrieb die günstigeren Voraussetzungen für ein möglichst effizientes Handeln der Theaterleitung, da das Theater organisatorisch selbständiger ist und die Alleinverantwortung über den disponiblen Anteil der Theaterausgaben trägt. Zwar lassen sich diese Vorzüge prinzipiell auch durch die Optimierung eines Regiebetriebs erreichen. Im Gegensatz zum optimierten Regiebetrieb lassen sich die Mindeststandards, die hierfür erforderlich sind (eigene Etatverantwortung, Rechnungslegung nach kaufmännischen Grundsätzen) durch die Umwandlung eines Betriebs in einen Eigenbetrieb aber mit einem Mal etablieren, ohne dass es hierfür der oft mühsamen einzelnen Verhandlung und Durchsetzung der notwendigen Reformelemente bedarf.

Auch organisatorisch bietet der Eigenbetrieb Vorteile gegenüber dem Regiebetrieb. Bei einem Eigenbetrieb kann die Theaterleitung sämtliche Fragen der normalen Betriebsführung in eigener Verantwortung regeln. Insoweit entfallen Zeit- und Reibungsverluste mit Querschnittsämtern. Im Gegensatz zum Regiebetrieb verfügt der Eigenbetrieb zudem über ein eigenes Aufsichtsgremium. Das kann zu einer Versachlichung der Diskussionen über das Theater/Orchester beitragen, weil die Mitglieder des Ausschusses für den Erfolg des von ihnen beaufsichtigten Theaters mitverantwortlich sind. Außerdem beschleunigt es die Entscheidungsfindung, weil für grundsätzliche Fragen des Kulturbetriebs nicht unterschiedliche parlamentarische Gremien befasst werden. Eine ausreichende politische Steuerung durch den Träger ist trotzdem problemlos möglich, da dieser für die Genehmigung des Wirtschaftsplanes des Kulturbetriebs verantwortlich bleibt.

Auch das als Eigenbetrieb geführte Theater bleibt allerdings – wenn auch verselbständigt – Bestandteil der öffentlichen Verwaltung. Das kann hinsichtlich der praktisch-politischen Umsetzbarkeit einer Organisationsänderung von Vorteil sein: Bleibt die rechtliche Anbindung eines Theaters bei der Umwandlung in einen Eigenbetrieb voll erhalten, wird eine solche Strukturänderung von den verantwortlichen politischen Gremien möglicherweise leichter hingenommen, als wenn auch die rechtlich-formale Verselbständigung des Theaters gefordert wird. Zudem bleiben die Beschäftigungsverhältnisse im Theater bei der Umwandlung eines Regiebetriebs in einen Ei-

genbetrieb unangetastet. Es kommt zu keinem Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB, dem die Beschäftigten widersprechen könnten.

Andererseits sind die personalwirtschaftlichen Möglichkeiten der Eigenbetriebe ähnlich wie beim Regiebetrieb beschränkt: Wegen der rechtlichen Unselbständigkeit des Eigenbetriebs bleibt die Kommune als Trägerkörperschaft Arbeitgeber der am Theaterbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer. Es gilt öffentliches Dienstrecht. Die Vereinbarung von Haustarifverträgen ist für die als Eigenbetriebe organisierten Theater- und Orchester nicht möglich. Eine flexiblere personalwirtschaftliche Organisation als es die geltenden Verbandstarifverträge erlauben, ist den als Eigenbetrieb organisierten Theatern damit nicht erlaubt.

3. Zweckverband

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Ein Zweckverband ist ein öffentlich-rechtlicher Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben (Gern 2003: Rn. 934). Der Zweckverband ermöglicht die gemeinsame kulturpolitische Steuerung, insbesondere aber auch die gemeinsame Finanzierung einer Einrichtung durch mehrere öffentliche Träger.

Zweckverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (Schmidt-Aßmann 1999: 100). Damit sind sie nicht nur organisatorisch verselbständigt, sondern auch rechtlich verselbständigt.

Eine besondere Bedeutung hat die Rechtsform des Zweckverbands im Freistaat Sachsen durch das Sächsische Kulturraumgesetz erhalten. Die durch das Gesetz gebildeten „Kulturräume“ werden als Pflicht-Zweckverbände geführt (§ 1 Abs. 1 SächsKRG).

Insgesamt 8 der 150 in der Theaterstatistik aufgeführten öffentlichen Theaterunternehmen werden als Zweckverbände geführt.¹⁹

b) Trägerschaft

Der Zweckverband ist typischerweise ein Zusammenschluss mehrerer Kommunen. Mitglied eines Zweckverbands können aber auch das Land oder andere Rechtssubjekte (juristische oder natürliche Personen) sein.²⁰

¹⁹ Das sind die Landesbühne Hannover, das Südostbayerische Städtetheater (Landshut, Passau, Straubing), das Nordostfränkische Städtebundtheater (Hof), das Landestheater Schwaben (Memmingen), das Nordharzer Städtebundtheater (Halberstadt/Quedlinburg), die Neue Bühne in Senftenberg, die Landesbühne Sachsen-Anhalt (Eisleben), das

Denkbar ist auch eine Kombination von Zweckverband und GmbH. Ein Orchester oder Theater wird in diesem Fall als GmbH geführt, deren Gesellschafter allerdings ein Zweckverband ist.

c) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Gründung, die Organisation und den Betrieb eines Zweckverbandes ist die jeweils einschlägige landesgesetzliche Regelung über die Zweckverbände, wie z.B. das Bayerische Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (Bay KommZG) oder das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit Hessen (Hess KGG), sowie die Gemeindeordnungen.

Nähere Regelungen zu Fragen wie der Finanzierung oder der Beteiligungsverhältnisse finden sich in den Satzungen der Zweckverbände.

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Oberstes Organ des Zweckverbands ist die Verbandsversammlung. Sie setzt sich aus den Vertretern der Verbandsmitglieder zusammen. Die Verbandsversammlung beschließt über die grundsätzlichen und existenziellen Angelegenheiten des Zweckverbands.

Verwaltungsbehörde des Zweckverbands ist der Verwaltungsvorstand. Er ist zuständig für die Geschäfte der laufenden Verwaltung. Seine Aufgaben delegiert er jedoch regelmäßig an die Theaterleitung, also den Intendanten bzw. den Verwaltungsdirektor.

e) Finanzierung und Wirtschaftsführung

Die Wirtschaftsführung des Zweckverbands orientiert sich an der gemeindlichen Haushaltswirtschaft, erfolgt also kameralistisch. Die Landesgesetze über die Zweckverbände sehen die Möglichkeit vor, wie Eigenbetriebe zu wirtschaften. Bei einem großen Teil der Landesgesetze ist diese Möglichkeit jedoch Zweckverbänden mit einer wirtschaftlichen Unternehmung vorbehalten (z.B. § 18 Abs. 2 Hess KGG; anders: § 16 Abs. 3 Nieds KomZG i. V. m. § 110 Abs. 2 Nieds GO).

Die Finanzierung des Fehlbetrags des Theaters wird beim Zweckverband durch die Erhebung einer Umlage vorgenommen, deren Quote in der Verbandssatzung zum Beispiel anhand der Einwohnerzahl der beteiligten Körperschaften bestimmt wird.

Mecklenburgische Landestheater (Parchim) und das Theater an der Rott (Eggenfelden). Das vormals als Zweckverband betriebene Mitteldeutsche Landestheater (Wittenberg) hat seinen Spielbetrieb 2002 eingestellt.

²⁰ Vgl. § 5 Hess. KGG.

f) Bewertung

Für den Betrieb eines Theaters durch mehrere Trägergemeinden zieht die Mehrzahl der von uns befragten Theater und Orchester die GmbH dem Zweckverband vor. Bemängelt werden beim Zweckverband zu große Eingriffsmöglichkeiten der öffentlichen Hand, unklare Aufsichts- und Verantwortungsstrukturen sowie als kompliziert empfundene Finanzierungsentscheidungen. Negativ ist schließlich die kameralistische Haushaltsführung der Zweckverbände.

4. Stiftung

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Bei einer Stiftung handelt es sich um eine Organisation, die den durch Stiftungsakt festgelegten Zweck mit Hilfe eines Vermögens verfolgt, das diesem Zweck dauerhaft gewidmet ist (v. Campenhausen 1999: § 1 Rn. 6).

Rechtsfähige Stiftungen kommen als Stiftungen des *privaten Rechts* und als Stiftungen des *öffentlichen Rechts* vor. Darüber hinaus differenziert man – je nach dem verfolgten Zweck – zwischen *privaten* und *öffentlichen* Stiftungen.²¹ Stiftungen des öffentlichen Rechts werden durch einen staatlichen Stiftungsakt, in der Regel durch Gesetz errichtet und verfolgen öffentliche, d.h. gemeinnützige Zwecke. Sie sind daher immer öffentliche Stiftungen. Umgekehrt ist aber nicht jede Stiftung, die einen öffentlichen Zweck verfolgt, eine öffentlich-rechtliche. Der Stiftungszweck einer privat-rechtlichen Stiftung kann auch ein (ausschließlich) öffentlicher sein. Deshalb kommt die privat-rechtliche Stiftung grundsätzlich auch als Rechtsform für eine öffentliche Kultureinrichtung in Betracht (Hof 1999: § 8 Rn. 60).²² Beispiel hierfür ist die als gemeinnützige Stiftung des privaten Rechts errichtete Kulturstiftung des Bundes. Öffentliche Theater und Orchester werden jedoch, sofern Stiftungen, gewöhnlich als Stiftungen des öffentlichen Rechts betrieben.

Neben den Kategorien der öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Stiftungen kennen die Landesstiftungsgesetze und Gemeindeordnungen das Institut der *kommunalen* (oder örtlichen) Stiftung. Kommunale Stiftungen haben einen Stiftungszweck, der im Rahmen der öffentlichen Aufgaben der jeweiligen Kommune liegt (v. Campenhausen 1999: § 29 Rn. 5). Teilweise verlangen die Landesstiftungsgesetze zusätzlich, dass der Stiftungszweck einer kommunalen Stiftung

²¹ Vgl. § 3 Abs. 2 und 3 StiftG Rh.-Pf. vom 19. Juli 2004.

²² Vgl. etwa Art. 1 Abs. 3 S. 2 Bay StiftG: „Als öffentliche Zwecke [*öffentlich-rechtlicher wie privat-rechtlicher Stiftungen*] gelten die der (...) Kunst (...) oder sonst dem Gemeinwohl dienenden Zwecke.“

nicht wesentlich über den räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft hinausreicht.²³

Konstitutive Elemente einer jeden Stiftung, gleich ob öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich, sind neben dem Stiftungszweck das Stiftungsvermögen und die Stiftungsorganisation (Werner 2004: vor § 80 Rn. 7). Insgesamt zeichnet sich die Stiftung durch ein großes Maß an Unabhängigkeit aus: Mit ihrer Konstituierung verselbständigen sich die Stiftung und ihr Stiftungszweck. Denn weder der Stifter noch die Nutznießer oder die Organe der Stiftung können nach Errichtung der Stiftung noch über das gestiftete Vermögen verfügen. Auch über den Stiftungszweck darf forthin nicht disponiert werden, wenn nicht die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet (§ 87 Abs. 1 BGB). Das Stiftungsvermögen muss grundsätzlich in seinem Bestand erhalten bleiben (vgl. § 7 Abs. 2 StiftG BW). Insofern ist die Stiftung „unsterblich“ (v. Campenhausen 1999: § 1 Rn. 7).

Stiftungen als Träger und Förderer von Kulturunternehmen haben in Deutschland eine lange, bis in das 19. Jahrhundert zurückgehende Tradition. Der Theaterstatistik zufolge spielt die Rechtsform der Stiftung bei den öffentlichen Theatern und Kulturorchestern jedoch bislang eine untergeordnete Rolle. Nur eines der verzeichneten öffentlichen Theatern (das Meininger Theater) und zwei der Kulturorchester (Berliner Philharmoniker, Württembergische Philharmonie Reutlingen) werden als Stiftung (des öffentlichen Rechts) geführt. Auch das Staatstheater Nürnberg wird ab 2005 als Stiftung des öffentlichen Rechts geführt. Neben den Trägerstiftungen existieren allerdings zahlreiche private Förderstiftungen, die zwar nicht Träger einer Kultureinrichtung sind, diese jedoch insbesondere durch finanzielle Zuwendungen, aber auch im Wege anderer Formen der Unterstützung fördern (Beratung; Stellen von Bürgschaften für besonders aufwendige Projekte etc.). Beispiel ist die Stiftung zur Förderung der Hamburgischen Staatsoper.

Mit dem Gesetz über die Stiftung Oper in Berlin²⁴ hat das Land Berlin seine drei großen Opernhäuser (Staatsoper Unter den Linden, Deutsche Oper Berlin und Komische Oper Berlin) mit Wirkung zum 1. Januar 2004 unter das Dach einer Stiftung des öffentlichen Rechts gestellt. Das Konzept sieht die rechtliche Verselbständigung der bislang als unselbständige Landesbetriebe geführten Bühnen und des Balletts als Gesellschaften mit beschränkter Haftung vor, deren Gesellschafter die mit dem Gesetz errichtete öffentlich-rechtliche Stiftung „Oper in Berlin“ ist. Die Stiftung, die von einem zu ernennenden Generaldirektor sowie den Leitern der einzelnen Bühnen geführt werden soll, ist auch Arbeitgeberin des künstlerischen und nicht-künstlerischen Personals der Häuser. Die künstlerische Eigenständigkeit der Opernhäuser und des Balletts soll trotz der Vereinigung un-

²³ So Art. 28 Abs. 1 Bay StiftG i. d. F. vom 7. August 2003; anders: § 3 Abs. 5 StiftG Rh-Pf. i. d. F. vom 19. Juli 2004.

²⁴ Vom 17. Dezember 2003.

ter einem Stiftungsdach gewahrt bleiben. Deshalb verfügt jede der Bühnen weiterhin über eine eigene Intendanz. Die gemeinsamen nichtkünstlerischen Aufgaben der Bühnen werden hingegen in einem eigens hierfür errichteten „Bühnenservice-Betrieb“ zusammengefasst.

b) Rechtsgrundlagen

Stiftungen privaten Rechts werden nach den – durch das zum 1. September 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts reformierten – §§ 80 ff. BGB durch ein Stiftungsgeschäft gegründet. Außer dem Stiftungsgesetz ist für die Entstehung einer Stiftung die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Sitzlandes erforderlich. Die Rechtsgrundlagen für die Anerkennung finden sich in § 80 Abs. 2 BGB sowie den Landesstiftungsgesetzen. § 80 Abs. 2 BGB begründet einen Anspruch auf die staatliche Anerkennung, wenn das Stiftungsgeschäft den in § 81 Abs. 1 BGB normierten Anforderungen genügt, der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet und die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint.

Rechtsgrundlagen der öffentlich-rechtlichen Stiftungen sind neben den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die für die Trägerkörperschaft gelten, die Landesstiftungsgesetze. Die Vorschriften über die Stiftungen des privaten Rechts (§§ 80 ff. BGB) gelten für Stiftungen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht (v. Campenhausen 1999: § 17, Rn. 9). Die Landesstiftungsgesetze verweisen allerdings in den Regelungen über die öffentlich-rechtlichen Stiftungen regelmäßig auf einen Teil der stiftungsrechtlichen Vorschriften des BGB (vgl. § 19 StiftG BW; Art. 4 Bay StiftG; § 10 Abs. 2 StiftG Rh-Pf.).

Die innere Verfassung der Stiftung (Stiftungsorganisation) wird individuell im Stiftungsgeschäft bzw. der Stiftungssatzung geregelt (§ 85 BGB). Die Stiftungssatzung muss ferner Regelungen über den Namen, den Sitz, den Zweck, das Vermögen und die Bildung des Vorstands der Stiftung enthalten (§ 81 Abs. 1 S. 3 BGB). Nach Errichtung der Stiftung bedürfen Satzungsänderungen der Genehmigung der Stiftungsbehörde (vgl. § 6 StiftG BW).

c) Trägerschaft

Die Stiftung des öffentlichen oder privaten Rechts kann als rechtsfähige juristische Person von einem oder mehreren, privaten und/oder öffentlichen Stiftern errichtet werden. Die Stiftung ist keine Verbandskörperschaft (wie der Verein), sie hat keine Mitglieder. Auch die von der Stiftung begünstigten Personen, die Destinatäre, sind keine Mitglieder, sondern reine Nutznießer des Stiftungsvermögens. Insofern ist die Stiftung eine reine Verwaltungsorganisation (BGHZ 99, 344, 350). Auch der Einflussnahme ihres Stifters entzieht sich die einmal errichtete Stiftung weitgehend.

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Die Stiftung des öffentlichen Rechts unterliegt der staatlichen Rechtsaufsicht, in der insbesondere die Einhaltung des Stiftungszwecks überwacht wird (vgl. § 20 Abs. 1 StiftG-BW). Zuständig ist in der Regel das Ministerium, in dessen Zuständigkeit der Zweck der Stiftung fällt, bei kulturellen Stiftungen also das Kultusministerium.

Organe der Stiftung sind – nach Maßgabe der Stiftungssatzung – grundsätzlich der Vorstand als vertretungsberechtigtes und geschäftsführendes Organ sowie ein Kuratorium (der Stiftungsrat) als Aufsichtsorgan. Gesetzlich notwendiges Organ ist jedoch nur der Vorstand (§ 81 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und §§ 86 S. 1 i. V. m. 26 BGB). Im Übrigen zeichnet sich die interne Organisationsstruktur, also die Frage, welche Organe bestellt werden, und die Aufgabenabgrenzung zwischen diesen Organen durch ein Höchstmaß an Flexibilität aus. Der Einfluss der politischen Entscheidungsträger kann in der Stiftungsverfassung auf vielfältige Weise gesichert, aber auch weitgehend zurückgefahren werden: Es kann ein Staatsorgan unmittelbar als Stiftungsorgan bestimmt werden bzw. vorgesehen werden, dass Staatsorgane die Organe der Stiftung bestellen. Darüber hinaus oder stattdessen kann die Stiftungsverfassung auch vorsehen, dass ein Staatsorgan (etwa der jeweils amtierende Kultur- und/oder Finanzminister) in die Leitung oder Aufsicht der Stiftung als (den Vorsitz führendes) Mitglied des Stiftungskuratoriums einbezogen wird.

e) Finanzierung und Wirtschaftsführung

Begriffsnotwendig verfügt die Stiftung über ein Stiftungsvermögen (ein Grundstockvermögen). Wie hoch die Vermögensausstattung sein muss, hängt von dem Stiftungszweck ab, dem das Stiftungsvermögen dauerhaft dienen soll. Eine konkrete Mindestkapitalausstattung geben die Stiftungsgesetze nicht vor. Die Praxis der Landesbehörden variiert hier. Zum Teil wird eine Mindestkapitalausstattung von bis zu 50.000,00 Euro vorausgesetzt (Werner 2004: § 80 Rn. 11). Das Stiftungsvermögen kann auch aus anderen Werten als Geldbeträgen bestehen. Einer Theater-Stiftung können z.B. auch die von ihm genutzten Liegenschaften übertragen werden. Nach Errichtung der Stiftung kann das Grundstockvermögen durch Zustiftungen ergänzt werden. Zustiftungen unterscheiden sich von *Zuwendungen* dadurch, dass sie dem Grundstockvermögen einverleibt werden. Dieses ist als finanzielle Grundlage der Stiftung aber nicht zum Verbrauch bestimmt (vgl. § 7 Abs. 2 StiftG BW), wohingegen reine Zuwendungen für die Stiftungszwecke verbraucht werden können.

Der Kapital- und Vermögensstock einer Stiftung kann in der Höhe gebildet werden, dass er Erträge erwirtschaftet, aus denen sich die Stiftung finanziert. Der Betrieb eines Theater- oder Orchesterunternehmens verursacht jedoch regelmäßig zu große laufende Kosten, als dass er vollständig aus Erträgen aus dem Vermögensstock finanziert werden könnte. Für den Spielbetrieb und gegebenenfalls

für die bauliche Unterhaltung der übertragenen Liegenschaften bedarf es deshalb der zusätzlichen laufenden Zuwendung von Mitteln durch die öffentliche Hand, dessen Höhe die Stiftung gesondert vertraglich mit der bzw. den finanzierenden Körperschaften vereinbart. Die Finanzierung einer Stiftung des öffentlichen Rechts durch laufende Zuwendungen des Staates ist stiftungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es ist zulässig, dass die Erträge des Stiftungskapitals nicht die alleinige Quelle der Mittel ist, aus denen der Stiftungszweck verwirklicht wird (v. Campenhausen 1999: § 1 Rn. 12).

Für eine Stiftung öffentlichen Rechts gilt grundsätzlich das öffentliche Haushaltsrecht mit der Folge, dass die Stiftungsorgane einen Haushaltsplan aufzustellen haben. Wie bei den Eigenbetrieben kann an die Stelle eines Haushaltsplanes ein Wirtschaftsplan treten, wenn ein Wirtschaften nach Einnahmen und Ausgaben des Haushaltsplans nicht zweckmäßig ist (vgl. § 110 LHO NW). Wie den Eigenbetrieben erlaubt das Landeshaushaltsrecht auch den Stiftungen des öffentlichen Rechts nach den Regeln der kaufmännischen doppelten Buchführung zu buchen (vgl. §§ 105 Abs. 1 i. V. m. 74 Abs. 1 Bln LHO). Wird eine Stiftung durch Stiftungsgesetz errichtet, kann die Anwendung der haushaltsrechtlichen Vorschriften jedoch auch insgesamt abbedungen werden und stattdessen auf die für private Kapitalgesellschaften geltenden Regelungen verwiesen werden.

Grundsätzlich sind Stiftungen des öffentlichen Rechts insolvenzfähig. Etwas anderes gilt gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO jedoch dann, wenn – wie in einigen Bundesländern, wie Bayern, Berlin und Sachsen-Anhalt – das Landesrecht Insolvenzverfahren über das Vermögen öffentlich-rechtliche Stiftungen für unzulässig erklärt.

f) Bewertung

Die Stiftung des öffentlichen Rechts wird von den von uns befragten Kulturbetrieben mit wenigen Ausnahmen als besonders geeignete Rechtsform bezeichnet. Die Stiftung gewährleistet die erforderliche unternehmerische Flexibilität und Unabhängigkeit. Sie wird als eine der autonomsten Organisationsformen beurteilt.

Auch wir beurteilen die Stiftung als für öffentliche Theater- und Orchesterunternehmen besonders passende und geeignete Rechtsform. Anders als der Regie- und Eigenbetrieb kann die Stiftung als rechtlich selbständige Person gegründet werden. Die Stiftung (auch die des öffentlichen Rechts) ist nicht in den Instanzenzug der unmittelbaren Staatsbehörden eingeordnet. Damit zeichnet sich die Stiftung gegenüber dem Regie- und Eigenbetrieb durch eine besondere Staatsferne aus. Es besteht die Möglichkeit, das öffentliche Haushaltsrecht im Stiftungsgesetz abzubedingen und an die Erfordernisse der Stiftung anzupassen. Auch die öffentlich-rechtliche Stiftung kann somit wirtschaftlich selbständig im Rahmen des kaufmännischen Rechnungswesens agieren und eine selbständige Personalpolitik betreiben. Für ein Theater bzw. Orchester stellt die Entscheidung für die Stiftungsform darüber hinaus ein besonders starkes Bekenntnis des politi-

schen Trägers zu seiner Tätigkeit dar, da der Stifterwille über die Gründungsphase hinauswirkt und – im Gegensatz zu körperschaftlich organisierten Gesellschaften – nicht mehr dem wandelbaren Willen der jeweiligen Mitglieder unterworfen ist.

5. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Die GmbH ist eine juristische Person des privaten Rechts. Sie ist eine Kapitalgesellschaft und kann zu jedem gesetzlich zulässigen und daher auch zum Zwecke des Betriebs einer öffentlichen Kultureinrichtung gegründet werden.

Im Theaterbereich ist die GmbH eine recht junge Rechtsform. Erst seit Beginn der 90er Jahre wurden vermehrt Theater in GmbH umgewandelt (Engert 2002b: 182).

Von den 150 öffentlichen Theaterunternehmen in der Theaterstatistik werden 43, also beinahe ein Drittel als GmbH geführt. Zu einem größeren Anteil der GmbH käme man, wenn man die in der Theaterstatistik unter der Rubrik Privattheater verzeichneten Theater, die öffentlich finanziert werden, hinzuzählte.

Von den 48 Kulturorchestern in der Theaterstatistik werden 6 als GmbH geführt. Das entspricht einem Anteil von gut 12 Prozent. Die meisten öffentlichen Kulturorchester in privater Rechtsform werden nicht als GmbH, sondern als eingetragene Vereine geführt.

b) Trägerschaft

Träger einer GmbH sind deren Gesellschafter. Die GmbH ist als Ein- oder Mehrpersonengesellschaft zulässig (§ 1 GmbHG). Das öffentliche Recht (Kommunalordnungen, Landeshaushaltsrecht) erlaubt den Ländern und Kommunen die Beteiligung an einer privat-rechtlichen Gesellschaft, wenn der „öffentliche Zweck“ (hierzu zählt der staatliche Kulturauftrag) die Gründung eines Unternehmens rechtfertigt. Als weitere Träger einer Theater- oder Orchester-GmbH kommen der Bund, die Länder oder auch eigene Stiftungen, Fördervereine oder sogar – wie beim Berliner Ensemble – die Theaterleitung in Betracht.

c) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Gründung und den Betrieb einer GmbH ist das GmbH-Gesetz. Zudem sind die landes- und kommunalrechtlichen Vorschriften über den Betrieb eines öffentlichen Unternehmens als GmbH zu beachten.

Der Gründung einer GmbH geht der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages voran, in dem unter anderem die Höhe der Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter und die Organisation der GmbH festgelegt werden. Handelt es sich um ein öffentliches Theater, muss auch die Verpflichtung zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Theaters im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben werden.

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Die gesetzlich notwendigen Organe der GmbH sind die Gesellschafter und der oder die Geschäftsführer.

Gesteuert wird eine GmbH durch die Gesellschafter. In ihrer Zuständigkeit liegen die Grundlagenentscheidungen und die Durchführung strukturändernder Maßnahmen. Insbesondere obliegt den Gesellschaftern die Bestellung und Abberufung sowie die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG). Die – von der Gesellschafterversammlung also weisungsabhängige – Geschäftsführung eines Theaterunternehmens wird entweder durch den Intendanten allein oder durch den Intendanten und den kaufmännischen Geschäftsführer gemeinsam ausgeübt. Anders als der Werksleiter (Intendant) und Verwaltungsdirektor eines Eigenbetriebs, haften die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gesetzlich für die Verletzung ihrer Obliegenheiten (§ 43 GmbHG).

Im Übrigen lässt sich die Binnenstruktur einer GmbH frei ausgestalten. Die Errichtung eines Aufsichtsrates (§ 52 GmbHG) ist fakultativ. Zwar ist Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern die Bildung eines Aufsichtsrates grundsätzlich gesetzlich vorgeschrieben (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG²⁵). Von dieser Verpflichtung nimmt aber § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) DrittelbG – der bisherigen Gesetzeslage nach dem BetrVG 1952 entsprechend – wiederum diejenigen Unternehmen aus, die „unmittelbar und überwiegend künstlerischen Bestimmungen dienen“ (sog. Tendenzbetriebe). Zu diesen Unternehmen zählen auch Theater- und Orchesterunternehmen, so dass auch bei größeren Theatern, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, die Bildung eines Aufsichtsrates fakultativ ist. Tatsächlich haben aber fast alle öffentlichen Theater-GmbH einen Aufsichtsrat, um – den landesrechtlichen Vorgaben entsprechend²⁶ – den Einfluss der finanzierenden Gebieteskörperschaft(en) auf die Gesellschaft zu gewährleisten. Die Aufgabe des Aufsichtsrates besteht in der Überwachung und Beratung der Geschäftsführung. So kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass grundsätzliche Fragen, die die Existenz oder Struktur der Gesellschaft betreffen, und Entscheidungen von größerem wirtschaftlichen Gewicht vom Aufsichtsrat zu treffen sind oder seiner Genehmigung bedürfen. Die Zu-

²⁵ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat v. 18. Mai 2004 (BGBl. I 2004, 974).

²⁶ Vgl. etwa § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO Bbg, wonach sich das Land an einem Unternehmen privater Rechtsform nur beteiligen soll, wenn es einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält.

sammensetzung des Aufsichtsrates ist im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen und richtet sich gewöhnlich nach den Geschäftsanteilen der Gesellschafter.

Insgesamt gibt das GmbHG ein großes Maß an Gestaltungsfreiheit für die im Gesellschaftsvertrag zu regelnde Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Geschäftsführung, Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat.

e) Finanzierung, Wirtschaftsführung und Steuerrecht

Die GmbH muss über ein Mindeststammkapital von 25.000,00 Euro verfügen (§ 5 Abs. 1 GmbHG).

Die Wirtschaftsführung erfolgt nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung. Es besteht Deckungsfähigkeit zwischen den Ansätzen des Wirtschaftsplans. Mehreinnahmen können für Mehrausgaben verwendet oder auf das folgende Wirtschaftsjahr übertragen werden.

Als juristische Person des privaten Rechts ist die GmbH insolvenzfähig. Dies gilt selbstverständlich auch im Falle einer alleinigen öffentlichen Trägerschaft (Hirte 2003: Rn. 13).

Steuerrechtlich besteht bei der GmbH – ebenso wie beim e. V. und der Stiftung des privaten Rechts – die Möglichkeit, einen gemeinnützigen Satzungszweck durch das Finanzamt anerkennen zu lassen. Aus der Gemeinnützigkeit der GmbH ergibt sich der Vorteil der Ertragssteuerfreiheit und die Möglichkeit, Zuwendungsbestätigungen auszustellen, die etwaige Förderer zum steuerlichen Sonderausgabenabzug berechtigen (§ 10 b EStG).

f) Bewertung

aa) Ergebnis der Befragung

Nach unserer Befragung wird die Rechtsform der GmbH von den Kulturbetrieben allgemein als die am besten geeignete bewertet. Die GmbH ist die einzige Rechtsform, die von *keinem* der befragten Theater als ungeeignet bewertet wird. Als Vorzüge der GmbH werden die kurzen Entscheidungswege, ein Optimum an unternehmerischer Flexibilität, die große Entscheidungsfreiheit bei der Verwendung der bewilligten Mittel und die Möglichkeit einer langfristigen und fachgerechten Beratung durch einen sachverständigen, nicht nur aus Vertretern des öffentlichen Trägers zusammengesetzten Aufsichtsrat genannt. Andererseits wird vereinzelt befürchtet, die GmbH sei leichter „abzuwickeln“, könne in die Insolvenz fallen und sei daher in ihrem Bestand tendenziell gefährdeter als ein öffentlicher Regie- oder Eigenbetrieb.

bb) Eigene Bewertung

Die GmbH ist im Vergleich zu den herkömmlichen Rechtsformen des Regie- und Eigenbetriebs grundsätzlich die für den Betrieb eines Theaters am besten geeignete Rechtsform. Die Vorzüge der Rechtsform der GmbH, die sich in der kommunalen Praxis für den Betrieb öffentlicher Unternehmen allgemein und im Bereich des öffentlichen Theaters im Besonderen bereits bewährt hat, liegen im personal-, finanz- und betriebswirtschaftlichen Bereich:

Die GmbH gewährleistet grundsätzlich die größtmögliche Selbständigkeit der Theaterleitung, weil sie wirtschaftlich selbständig im Rahmen des kaufmännischen Rechnungswesens agieren kann.

Mangels einer Verflechtung mit der Trägerverwaltung gibt es bei der GmbH keine Zeit- und Reibungsverluste infolge der Zusammenarbeit mit den städtischen Querschnittsämtern. Die Theater-/Orchesterleitung kann in der GmbH flexibler und rascher handeln.

Anders als beim Regie- und Eigenbetrieb ist die GmbH Arbeitgeberin der Mitarbeiter. Dadurch wird der Kulturbetrieb in die Lage versetzt, eine weitgehend eigenständige Personalwirtschaft zu betreiben. Dazu trägt entscheidend bei, dass die Betreiber-GmbH eines Theaters – im Gegensatz zu den Kommunen als Betreiber eines Regie- oder Eigenbetriebs – grundsätzlich kein Verbandstarifpartner ist. Zwar gehen die bestehenden Arbeitsverträge bei der Ausgliederung eines Theaterbetriebs in eine GmbH gem. § 613 a Abs. 1 BGB auf den neuen Arbeitgeber über. Insbesondere für zukünftige Arbeitsverhältnisse erweitern sich die personalwirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten erheblich.

Grundsätzlich nachteilig mag vor allem den Beschäftigten eines öffentlichen Kulturbetriebs die Insolvenzfähigkeit der GmbH erscheinen. Die Haftung des öffentlichen Trägers ist bei der GmbH – anders als beim Regie- oder Eigenbetrieb – auf das Stammkapital der Gesellschaft beschränkt. Damit drohe dem Theater – so die Befürchtung – das schnelle „Aus“, sobald sich der öffentliche Träger seiner Verantwortung für das Haus entzieht. Hierzu könnte er sich in Zeiten akuter Haushaltsknappheit schneller bereit finden, wenn der bezuschusste Betrieb als Kapitalgesellschaft geführt wird, rechtlich und organisatorisch also vollkommen ausgegliedert ist und die Haftung der Trägerkörperschaft auf das Stammkapital begrenzt ist. Gegen das Argument der größeren Bestandsgefährdung der GmbH spricht aber, dass die kulturpolitische Verantwortlichkeit eines öffentlichen Trägers regelmäßig weiter geht als seine Vermögenshaftung. Zudem zeigt die Erfahrung, dass auch solche Theater, die in öffentlich-rechtlicher Organisationsform geführt werden, vor Schließungen nicht gefeit sind (Beispiel: Schließung der Staatlichen Schauspielbühnen in Berlin zum Ende der Spielzeit 1992/1993). Im Ergebnis hängt der Bestand einer Kultureinrichtung vom Vorhandensein des politischen Wil-

lens der öffentlichen Entscheidungsträger ab und ist weniger eine Frage der Rechtsform. Vom Insolvenzrisiko kann die Bestandsfrage zudem durch die Vereinbarung einer Rücknahmeverpflichtung der Trägerkörperschaft für den Fall der Insolvenz abgekoppelt werden. Mit den Beschäftigten eines in eine privat-rechtliche Gesellschaft überführten Kulturbetriebs kann der Träger eine Rücknahme der Beschäftigungsverhältnisse für den Fall der Insolvenz vertraglich vereinbaren.

6. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Die Rechtsform der GbR spielt in der Praxis der öffentlichen Theater und Orchester nur eine kleine Rolle (vgl. auch Jacobshagen 2002: 180). Nur 3 der 150 in der Theaterstatistik aufgeführten Theater, nämlich das Düsseldorfer Opernhaus, die Deutsche Oper am Rhein und die Vereinigten Städtischen Bühnen Krefeld und Mönchengladbach sind eine GbR, wobei die Deutsche Oper am Rhein nach eigenen Angaben mittlerweile als GmbH geführt wird.

b) Trägerschaft

Seit dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes vom 29. Januar 2001 (BGHZ 146, 341) gilt die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rechts- und parteifähig.

c) Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für die GbR findet sich in den §§ 705 ff. BGB. Der Gründung einer GbR geht der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags voran, in dem insbesondere der Zweck der Gesellschaft, die Beteiligungsverhältnisse und Organisationsstrukturen festgelegt werden.

d) Bewertung

Der Betrieb einer größeren Kultureinrichtung als GbR empfiehlt sich schon aus Haftungsgründen nicht. Anders als bei den Kapitalgesellschaften haften die Gesellschafter der Personengesellschaft GbR grundsätzlich mit ihrem persönlichen Vermögen. Das kollidiert regelmäßig bereits mit den Gemeindeordnungen, die die Begrenzung der Haftung der Gemeinde auf einen angemessenen Betrag vorschreiben (vgl. z. B. § 92 Abs. 1 Nr. 3 Bayerische GemO).

7. Aktiengesellschaft (AG)

a) Charakterisierung und Bedeutung

Die Rechtsform Aktiengesellschaft ist der klassische Vertreter des Modells der Kapitalgesellschaft. Für den Betrieb öffentlicher Kultureinrichtungen hat die Rechtsform allerdings bislang nur wenig Bedeutung erlangt. Eine Ausnahme bildet nur die Hamburgische Staatsoper, die bis zum Jahre 1981 rund 60 Jahre als Aktiengesellschaft geführt wurde (vgl. Karpen/Hofer 1990: 560). Derzeit wird aber keines der in der Theaterstatistik verzeichneten öffentlichen Theater und Kulturorchester als Aktiengesellschaft geführt.

b) Rechtsgrundlagen und Organe

Rechtsgrundlage der AG ist das Aktiengesetz. Ihre Organe sind der Vorstand, die Hauptversammlung und obligatorisch der Aufsichtsrat. Die AG verfügt über ein Grundkapital von mindestens 50.000,00 Euro (§ 6 AktienG). Eigentümer der Aktiengesellschaft sind die Gesellschafter (Aktionäre), die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften.

Insgesamt ist das Aktienrecht von einer strengen Trennung von den Aktionären einerseits und den Organen der Gesellschaft andererseits geprägt. Das führt dazu, dass das Unternehmen einer AG rechtlich so verselbständigt ist wie bei keiner anderen Rechtsform.

c) Bewertung

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft erscheint für den Betrieb einer öffentlichen Kultureinrichtung insgesamt ungeeignet. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Meinungsbild, das unsere Befragung der betroffenen Kulturbetriebe ergibt.

Der wesentliche Vorzug der Aktiengesellschaft, durch die Ausgabe von Aktien Fremdkapital beschaffen zu können, wird im unrentablen Theater- und Orchesterbereich nicht relevant. An der einfachen Übertragbarkeit an Gesellschaftsanteilen einer AG besteht bei öffentlichen Kulturbetrieben regelmäßig kein Bedarf.

Die Wahl der Rechtsform Aktiengesellschaft wird dem – in der Regel zu finanziellen Zuwendungen nur beschränkt bereiten – öffentlichen Träger auch durch das im Vergleich zur GmbH höhere Stamm- oder Grundkapital nicht erleichtert.

Aktienrechtlich zwingend ist die Unabhängigkeit von Geschäftsführung und Aufsichtsrat. Die kommunalrechtlich gebotene und politisch in aller Regel gewünschte Kontrolle der Theaterunternehmen durch die öffentlichen Träger lässt sich in der Aktiengesellschaft somit nur eingeschränkt realisieren. Auch das spricht für die GmbH als besser geeignete Rechtsform für öffentliche Kulturbetriebe.

Schließlich dürfte die öffentliche Akzeptanz einer als Aktiengesellschaft geführten Kultureinrichtung, die einer hohen Bezuschussung mit staatlichen Geldern bedarf, tendenziell eher niedrig sein, ist doch die Aktiengesellschaft im öffentlichen Bewusstsein der Inbegriff eines auf die Vermehrung von Kapital gerichteten Wirtschaftsunternehmens.

8. Eingetragener Verein (e. V.)

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Der Verein ist ein körperschaftlich organisierter Zusammenschluss von mehreren Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Seine Rechtsfähigkeit erlangt der Verein mit der Eintragung in das Vereinsregister. Voraussetzung für die Eintragung ist, dass der Verein ideelle Zwecke verfolgt, es sich also nicht um einen wirtschaftlichen, sondern um einen sog. Idealverein handelt (§§ 21, 22 BGB). Auch dem Idealverein ist allerdings die wirtschaftliche Betätigung nicht schlechthin untersagt; sie muss aber seinen idealen Hauptzwecken dienen (sog. Nebenzweckprivileg).

Tatsächlich werden nur wenige öffentliche Theater in der Rechtsform des eingetragenen Vereins (e. V.) geführt. Unter den 150 in der Theaterstatistik verzeichneten öffentlichen Theatern befinden sich insgesamt nur 8 eingetragene Vereine, was einem Anteil von fünf Prozent entspricht. Die Rechtsform ist – wenn überhaupt – vor allem bei Landestheatern anzufinden.²⁷ Eine größere Bedeutung hat der eingetragene Verein für die öffentlichen Kulturorchester. Von den 48 verzeichneten Orchestern werden 18, also über ein Drittel als eingetragener Verein betrieben.²⁸ Damit ist der e. V. unter den öffentlichen Kulturorchestern die häufigste private Rechtsform. Neben den Trägervereinen, die ein Kulturunternehmen selbst führen, existieren zahlreiche Fördervereine mit privaten Mitgliedern, die eine Kulturinstitution materiell und ideell unterstützen.

²⁷ So werden das Rheinische Landestheater in Neuss, das Westfälische Landestheater in Castrop-Rauxel, das Landestheater Detmold, das Landestheater Burghofbühne (Dinslaken) und die Badische Landesbühne (Bruchsal) als e.V. geführt.

²⁸ Im Einzelnen werden die Berliner Symphoniker, die Hamburger Symphoniker, das Münchner Kammerorchester, das Stuttgarter Kammerorchester, das Folkwang Kammerorchester, die Nürnberger Symphoniker, das Kurpfälzische Kammerorchester (Mannheim), die Deutsche Kammerakademie (Neuss), die Neue Philharmonie Westfalen (Recklinghausen), das Göttinger Symphonie Orchester, das Württembergische Kammerorchester (Heilbronn), die Bamberger Symphoniker, die Hofer Symphoniker, die Thüringen Philharmonie Gotha-Suhl, das Brandenburgische Konzertorchester (Eberswalde), die Vogtlandphilharmonie Greiz/Reichenbach, die Philharmonie Südwestfalen (Hilchenbach) und die Chursächsische Philharmonie (Bad Elster) als e. V. geführt.

b) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Gründung eines eingetragenen Vereins sind die §§ 55 ff. BGB. Die Einzelheiten des Vereinszwecks und der Ausgestaltung der Organisation werden in der Vereinssatzung individuell geregelt.

c) Trägerschaft

Der eingetragene Verein ist eine rechtsfähige juristische Person des Privatrechts.

Zur Eintragung eines rechtsfähigen Vereins in das Vereinsregister bedarf es gem. § 56 BGB des Beitritts von mindestens sieben Mitgliedern. Als Mitglieder eines als Verein geführten öffentlichen Theaters oder Orchesters kommen entweder die tragenden Gebietskörperschaften (Trägerverein) und/oder – wie es für viele Orchestervereine typisch ist – das Ensemble selbst in Betracht.

d) Leitung und Organisation

Die gesetzlich notwendigen Organe des eingetragenen Vereins sind der Vorstand und die Mitgliederversammlung.

Oberstes Organ des Vereins ist die Mitgliederversammlung. Dabei gilt im Verhältnis zwischen den Mitgliedern im Grundsatz das Gebot der Gleichstellung und der Gleichbehandlung aller Vereinsmitglieder (Stöber 2000: Rn. 171). Die Mitgliederversammlung bestimmt durch Beschlussfassung über die wesentlichen Belange des Vereins, wie die Bestellung des Vorstands und seine Beaufsichtigung und Entlastung, Satzungsänderungen, über die Erteilung von Weisungen an den Vorstand. Die Vereinssatzung kann die Rechte der Mitgliederversammlung in gewissem Umfang einschränken, ihr Recht zur Beeinflussung der Geschäftsleitung jedoch nicht vollständig abschaffen (Stöber 2000: Rn. 406).

Die Geschäftsführung obliegt dem Vereinsvorstand. Der Vereinsvorstand kann sich etwa bei öffentlichen Theatern und Orchestern aus den politischen Repräsentanten der Trägerkörperschaften und/oder aus Privatpersonen zusammensetzen. Wenn der Vorstand nicht selbst aus den künstlerischen und kaufmännischen Leitern der Kultureinrichtung besteht, delegiert er für gewöhnlich die Geschäftsführung an einen Intendanten bzw. Geschäftsführer.

Über die gesetzlich notwendigen Organe kann die Vereinssatzung weitere Organe einrichten, denen Aufgaben der Vereinsführung, Aufsichts- und Kontrollfunktionen oder Aufgaben der Repräsentation übertragen werden.

e) Haftung, Finanzierung und Wirtschaftsführung

Die Haftung des Vereins ist grundsätzlich auf das Vereinsvermögen beschränkt. Ein Mindestvermögen ist beim Verein – im Gegensatz zur GmbH oder zur AG – nicht erforderlich.

Die Wirtschaftsführung kann nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung erfolgen. Eine formalisierte Abschlussprüfung und die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes zu Beginn eines Kalender- oder Wirtschaftsjahres schreibt das Vereinsrecht grundsätzlich nicht vor, kann dem Vorstand jedoch durch die Satzung oder durch den öffentlichen Zuwendungsgeber aufgetragen werden. Ein Verein mit kaufmännischem Betrieb ist nach den Vorschriften des HGB zur Buchführung verpflichtet.

f) Bewertung

Die Rechtsform des eingetragenen Vereins eignet sich für kleinere Kultureinrichtungen. Der Gründungsaufwand ist gering, die Binnenorganisation flexibel. Es wird kein Mindestkapital vorausgesetzt. Die Außenhaftung des Vereins ist grundsätzlich auf das Vereinsvermögen beschränkt. Deshalb bestehen nur geringe Haftungs- und Vermögensrisiken. Zudem hat der Verein – als typische Rechtsform für bürgerschaftliches Engagement – eine hohe ideelle Akzeptanz in der Öffentlichkeit.

Die Vereinsform eignet sich jedoch weniger für größere öffentlich getragene Kulturbetriebe. Zum einen fehlen dem Vereinsrecht Vorschriften zur Sicherung eines gewissen Haftungskapitals im Interesse der Gläubiger. Ferner kann die Beschränkung des zulässigen Vereinszwecks auf nichtwirtschaftliche Angelegenheiten zu Problemen mit dem Registergericht führen, wenn ein Kulturbetrieb in größerem Umfang wirtschaftlich tätig wird (etwa ergänzend im Gastronomiebereich, im Merchandising etc.). Schließlich lässt sich der staatliche kulturpolitische Steuerungsanspruch im Verein wegen dessen verbandskörperschaftlichen Organisation schwer durchsetzen.

9. Genossenschaft

a) Rechtscharakter und Bedeutung

Die Genossenschaft ist eine Rechtsform des privaten Rechts. Das Gesetz definiert sie als Personenvereinigung, welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezweckt (§ 1 Abs. 1 GenG).

Wie der BGB-Verein ist die Genossenschaft eine Personengesellschaft. Im Unterschied zum ideellen Verein²⁹ kann die Genossenschaft jedoch auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Insofern kann die eingetragene Genossenschaft, die Formkaufmann ist (§ 17 Abs. 2 GenG), als privatwirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen geführt werden. Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften ist für die Genossenschaften jedoch der Charakter der solidarischen Selbsthilfe prägend. Dieser Charakter der Genossenschaft äußert sich vor allem in dem gleichen Stimmrecht, das jedes Genossenschaftsmitglied – unabhängig von seinem Geschäftsanteil – in der Generalversammlung hat (§ 43 Abs. 3 S. 1 GenG).

Das Gesetz nennt eine Reihe von typischen Betätigungsfeldern für die Genossenschaften. Dazu zählen unter anderem die Produkt- und die Konsumgenossenschaften, womit wird der historische Ursprung dieser Rechtsform deutlich wird (vgl. K. Schmidt 2002: 1265 f.). Die Rechtsform der Genossenschaft ist allerdings nicht auf die im Gesetz bezeichneten Typen beschränkt. Heutzutage findet sie in den unterschiedlichsten Dienstleistungsbereichen Anwendung. Als Genossenschaften können daher grundsätzlich auch Kulturunternehmen wie Theater und Orchester geführt werden.

Tatsächlich wird jedoch bislang – soweit anhand der Theaterstatistik ersichtlich – kein öffentliches Theater/Orchester in Deutschland als Genossenschaft geführt.

b) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Genossenschaft ist das Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG).

c) Trägerschaft

Die eingetragene Genossenschaft ist eine rechtsfähige juristische Person (§ 17 Abs. 1 GenG).

Eine Genossenschaft muss mindestens sieben Mitglieder haben (§ 4 GenG).

d) Aufsicht und Leitungsstruktur

Die Organe der Genossenschaft sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Generalversammlung. Das Gesetz sieht vor, dass die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats gleichzeitig Mitglieder der Genossenschaft sein müssen (Prinzip der Selbstorganschaft), § 9 Abs. 2 S. 1 GenG. Der aus zwei Mitgliedern bestehende Vorstand vertritt die Genossenschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 24 Abs. 1 und 2 GenG). Er leitet die Genossenschaft gem. § 27 Abs. 1 GenG un-

²⁹ Der wirtschaftliche Verein im Sinne des § 22 BGB spielt wegen des staatlichen Konzessionsvorbehalts keine Rolle in der Rechtswirklichkeit.

ter eigener Verantwortung. Der Gesellschaft haftet er für Pflichtverletzungen (§ 34 GenG).

Die wesentlichen Aufgaben des aus mindestens drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats liegen in der Überwachung des Vorstands bei der Geschäftsführung und der Prüfung des Jahresabschlusses.

Oberstes Willensbildungsorgan der Genossenschaft ist die Generalversammlung, an deren Stelle bei größeren Genossenschaften gem. § 43a Abs. 1 GenG eine Vertreterversammlung treten kann.

e) Finanzierung und Wirtschaftsführung

Die Außenhaftung der Genossenschaft ist auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt.

Die Genossenschaft unterliegt einer besonderen Wirtschaftsprüfung. Sie muss einem genossenschaftlichen Prüfungsverband angehören, der – abhängig von der Größe der Genossenschaft – jedes Jahr bzw. alle zwei Jahre Pflichtprüfungen durchführt. Zu prüfen sind Einrichtungen, Vermögenslage und Geschäftsführung der Genossenschaft, um die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung feststellen zu können. Die Prüfungspflicht dient dem Mitglieder- und Gläubigerschutz.

f) Bewertung

Die Überführung eines öffentlichen Theaters/Orchesters in die Rechtsform der Genossenschaft scheidet in denjenigen Fällen aus, in denen sich der öffentliche Träger seines beherrschenden Einflusses auf den Kulturbetrieb nicht begeben möchte. Im Unterschied zur GmbH lassen sich die Stimmrechtsverhältnisse nicht disponieren, der Grundsatz der Stimmrechtsgleichheit ist (mit einer nur geringfügigen Einschränkung³⁰) zwingend. Daher kann eine öffentliche Kultureinrichtung nur unter weitgehender Aufgabe des kulturpolitischen Steuerungsanspruches in eine Genossenschaft umgewandelt werden.

Soll ein Theater/Orchester dagegen nicht nur formell, sondern materiell privatisiert werden, bietet die Rechtsform der Genossenschaft gegenüber der GmbH den Vorzug der Einfachheit des Erwerbs bzw. der Aufgabe der Mitgliedschaft. Hierfür bedarf es keiner Eintragung in das Handelsregister und auch keiner notariell beglaubigten Erklärung. Deshalb könnten auch das Publikum oder die Beschäftigten ohne Weiteres Mitglieder einer Genossenschaft werden und auf diese

³⁰ Gem. § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GenG kann das Genossenschaftsstatut die Gewährung von Mehrstimmrechten für diejenigen Genossen vorsehen, die den Geschäftsbetrieb besonders fördern. Die Stimmrechtsanzahl ist aber auf drei begrenzt.

Weise in die Führung des Unternehmens einbezogen werden. So können zusätzliche Anreize zum finanziellen und ehrenamtlichen Engagement des Publikums geschaffen und eine dauerhaftere Anbindung an das Theater bzw. Orchester erreicht werden.

Im Vergleich zum eingetragenen Verein bietet die Genossenschaft den Vorteil, dass die Rechtsform der Genossenschaft im Wirtschaftsverkehr wegen der besonderen Prüfungspflichten im Allgemeinen als seriöseres Rechtssubjekt angesehen wird.

C. Leitungsstrukturen

Neben der äußeren Organisation ist für den erfolgreichen Betrieb eines Theaters die Binnenorganisation und die Leitung entscheidend.

An erster Stelle steht hier die künstlerische Führung, die das individuelle künstlerische Profil des Hauses bestimmt. Eine Kultureinrichtung von gewisser Größe bedarf aber mehr als nur einer künstlerischen Führung. Denn auch öffentliche Theater und Orchester sind Betriebe, die sich wirtschaftlicher Ressourcen bedienen: Sie verbrauchen Kapital, setzen Personalkraft, Know-How etc. ein und verarbeiten die Ressourcen zu fertigen „Produkten“. Die zur Verfügung stehenden Ressourcen sind knapp und werden, was die hauptsächlichsten, nämlich die vom Staat vergebenen Mittel angeht, immer knapper. Das erhöht die Notwendigkeit der wirtschaftlichen Steuerung und Optimierung, des effizienten Haushaltens, des wirkungsvollen Marketings. In dieser Hinsicht unterscheiden sich öffentliche Theater- und Orchesterunternehmen, die oft die Größe eines durchschnittlichen mittelständischen Unternehmens haben, nicht von anderen, wirtschaftlichen Unternehmen.

Das Bedürfnis sowohl nach einer künstlerischen als auch einer wirtschaftlichen Leitung spiegelt sich bei den öffentlichen Theatern personell regelmäßig in einer als *Doppelspitze* organisierten Theaterleitung wieder: Die künstlerische Leitung wird vom Intendanten, die kaufmännische Leitung vom *Verwaltungsdirektor* ausgeübt. Letzterer führt bei privatrechtlich organisierten Theatern gewöhnlich die Bezeichnung *kaufmännischer Direktor*. Die konkrete Verteilung und Abgrenzung der Aufgaben von Intendanz und kaufmännischer Leitung ist in den Theatern im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet.

I. Intendant

Allen Führungsmodellen gemeinsam ist die künstlerische Gesamtleitung durch einen *Intendanten*. Dieser bestimmt maßgeblich das künstlerische Profil des Hauses und trägt die künstlerische Gesamtverantwortung. Dementsprechend legen die Rechtsträger öffentlicher Theater bei Berufungsentscheidungen für die Besetzung freier Intendantenpositionen bislang oftmals in erster Linie künstlerische Maßstäbe an. Viele Intendanten blicken selbst auf eine Laufbahn als Regisseur, Dirigent, Schauspieler oder Dramaturg zurück und inszenieren häufig auch in den von ihnen geleiteten Häusern selbst. Zunehmend wird aller-

dings eine stärkere Gewichtung der Management-Fähigkeiten bei der Besetzung von Intendantenstellen gefordert (KGSt 1989: 36; Röper 2001: 99).

Die künstlerische Steuerung des Hauses nimmt der Intendant primär durch die Gestaltung des Spielplanes, also etwa durch Entscheidungen über die Gewichtung zwischen Standard- und neueren Werken oder über das Engagement von Gastregisseuren oder -solisten wahr. Eine weitere wesentliche Aufgabe des Intendanten liegt in der Auswahl des künstlerischen Personals, deren Dienstvorgesetzter er ist. Ferner ist der Intendant für die Vertretung des Theaters gegenüber der Öffentlichkeit und den Medien zuständig. Ihm obliegt auch die Repräsentation des Theaters gegenüber den politischen Entscheidungsträgern und privaten Förderern. Die Gestaltung der Eintrittspreise ist dagegen regelmäßig Sache des Rechtsträgers. Der Intendant hat hier meist nur ein Vorschlagsrecht.

II. Verwaltungsdirektor bzw. Kaufmännischer Direktor

In den meisten Fällen ist dem Intendanten ein kaufmännischer Direktor (bzw. Verwaltungsdirektor) beigeordnet, der für die Wirtschaftsführung des Theaters (mit)zuständig ist. Der kaufmännische Direktor kontrolliert die allgemein Administration, die Buchhaltung, Kasse, Lohn- und Gagenauszahlungen und die Erstellung des Jahresabschlusses. Ferner ist er für Anstellungen und Organisation des Verwaltungspersonals zuständig. Außen vor bleiben alle künstlerischen Entscheidungen. Diese stehen ausschließlich dem Intendanten zu, werden aber vom kaufmännischen Direktor in finanzieller Hinsicht kontrolliert. Häufig hat der kaufmännische Direktor ein Vetorecht, wenn er die Pläne eines Intendanten für nicht finanzierbar hält.

III. Kompetenzverteilung: Führungsmodelle

Die Organisation der Theaterleitung ist an den Theater und Orchestern unterschiedlich ausgestaltet. Grundsätzlich lassen sich dabei folgende Führungsmodelle unterscheiden: Beim Modell der *reinen Intendantenführung* ist der Intendant im Innen- und im Außenverhältnis der alleinverantwortliche Leiter des künstlerischen, technischen und administrativen/wirtschaftlichen Theaterbetriebs. Beim Mehrspartentheater wird die Gesamtführung typischerweise von einem Generalintendanten ausgeübt. Die reine Intendantenführung ist in den öffentlichen Theatern die Ausnahme. Überwiegend wird für die Führungsorganisation das Modell der *ingeschränkten Intendantenführung* gewählt. Dabei trägt der Intendant zwar im Außenverhältnis die Alleinverantwortung über das Theater. Seine Zuständigkeiten im Innenverhältnis sind aber mehr oder weniger eingeschränkt und werden im administrativen Bereich vom Kaufmännischen Direktor wahrgenommen. Auch die künstlerischen Befugnisse des Intendanten können beim Mehrspartentheater eingeschränkt sein, wenn als Leiter des Orchesters ein Generalmusikdirektor mit einem Mitspracherecht bei der Spielplangestaltung und der Besetzung der Gesangspartien auftritt. Beim Modell der *gemeinsamen Führung* werden alle das Theater betreffende Entscheidungen vom Intendanten und kaufmännischem Direktor gemeinsam und einvernehmlich getroffen. Beim Mehrspartentheater bilden die Leiter der einzelnen Sparten gemeinsam ein Direktorium.

Die Auswahl des optimalen Führungsmodells für ein Theater hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Maßgeblich sind unter anderem die Größe des Theaters, die Anzahl der Sparten und die vorhandenen Qualifikationen des berufenen Intendanten. Notwendig ist in jedem Fall eine genaue Abgrenzung der Befugnisse zwischen den Mitgliedern der Theaterleitung, damit Konfliktfälle, die gegenseitige Blockade bei Entscheidungsfindungen sowie Zeitverluste, die durch die bei Unstimmigkeiten notwendige Anrufung des Aufsichtsrats entstehen, vermieden werden. Die Kompetenzverteilung innerhalb eines Theaters ist meist Gegenstand der Dienstverträge, die der Rechtsträger mit dem Führungspersonal abschließt, sowie von Verwaltungsanweisungen und vor allem auch der Theatersatzung. Als Richtlinie für Intendantenverträge hat der Deutsche Bühnenverein einen Mustervertrag, den „Intendantenmustervertrag“ angefertigt. Dieser überlässt die Kompetenzabgrenzung in der Theaterleitung der individuellen Gestaltung, geht aber für den Regelfall von einer eingeschränkten Intendantenführung aus (vgl. Zf. 5.4. des Mustervertrags).

D. Aufsicht

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Theaterleitung untersteht regelmäßig und rechtsformunabhängig den Weisungen des Trägers des Theaters: Bei Regiebetrieben folgte dies aus der vorgegebenen Verwaltungshierarchie, an deren Spitze das oberste gemeindliche Beschlussorgan steht. Bei Eigenbetrieben ist das Weisungsrecht des Bürgermeisters gewöhnlich in der Eigenbetriebsatzung des Theaters festgelegt. Auch bei der GmbH besteht ein Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung.

Die Organisationsform, in der ein Theater geführt wird, hat jedoch Auswirkungen auf Umfang und Form der Fachaufsicht: Beim Eigenbetrieb werden die Aufgaben und Zuständigkeiten der allgemeinen kommunalen Ausschüsse (je nach Ausgestaltung der Eigenbetriebsatzung mehr oder weniger) auf den Werksausschuss übertragen. Dieser besteht regelmäßig ausschließlich aus Vertretern der Politik, so z.B. aus dem Bürgermeister und Mitgliedern des Kulturausschusses oder aus Vertretern des Stadtrates. Bei einem Theater, das als Eigengesellschaft geführt wird, wird die Aufsicht hingegen nicht unmittelbar vom Träger bzw. von seinen allgemeinen oder besonderen Gremien (wie dem Gemeinderat oder dem städtischen Kulturausschuss) ausgeübt, sondern auf den Aufsichtsrat, den Beirat oder die Gesellschafterversammlung verlagert. Zusätzlich können auch Externe berufen werden.

II. Ergebnisse unserer Befragung

Die von uns befragten Theater und Orchester berichten von unterschiedlichen Erfahrungen mit der Rechts- und Fachaufsicht durch ihren Träger sowie durch Aufsichtsgremien: Die meisten Theater und Orchester geben an, dass die Aufsicht in ihrem täglichen Betrieb weder eine besonders große, noch eine besonders kleine Rolle spiele. Nur zwei Theater

(beide sind als Regiebetrieb organisiert) stufen die Rolle der Aufsichtstätigkeit ihres Trägers als groß ein, vier der befragten Betriebe bewerten die Aufsicht als eher behindernd.

Konkret bemängeln einige der Betriebe, dass die Fachaufsicht oft *zu wenig theaterspezifisch* ausgerichtet sei. Ein Theater gibt an, dass zwar die Zusammenarbeit mit dem für den Betrieb zuständigen Fachdezernat, nicht aber die Kontrolle durch *fachfremde Referate* (wie etwa das allgemeine Baureferat) unterstützend und hilfreich sei. Ein anderes Theater sieht in der Fachaufsicht einen teilweise „sinnlosen Bürokratismus“, der nur einen erhöhten Verwaltungsaufwand nötig mache.³¹

Die Mehrheit befürwortet allerdings grundsätzlich die *Anbindung* ihrer Betriebe *an den Rechtsträger*. Die Aufsicht sei zwar nicht immer für die konkrete Arbeit unterstützend, habe aber eine „Sicherheitswirkung“, weil die Vertreter der Politik in die Verantwortung einbezogen würden. Der Wunsch nach einer Anbindung spiegelt sich in der gewünschten Zusammensetzung der Aufsichtsgremien wieder: Hier sind die Vertreter der Politik diejenige Personengruppe, deren Einbindung in Aufsichtsgremien am meisten gefordert wird. Diese Forderung schränken einige der befragten Kulturbetriebe allerdings dahingehend ein, dass die Vertreter aus Politik und Verwaltung nicht die Mehrheit in den Gremien bilden dürfe; vielmehr müssten Aufsichtsgremien vorrangig mit kaufmännischen und künstlerischen Sachverständigen besetzt werden. Von wenigen Ausnahmen abgesehen wird die Einbeziehung kaufmännischen und künstlerischen Sachverständs in Aufsichtsgremien von den Theatern und Orchestern gutgeheißen. Ein Theater drückt hingegen seine Auffassung aus, dass es einer Einbeziehung künstlerischen, rechtlichen und kaufmännischen Sachverständs in die Arbeit eines Aufsichtsgremiums nicht bedürfe, da dieser Sachverständ schon im Theater vorhanden sei, notfalls aber durch externe Beratung erlangt werden könne.

III. Eigene Bewertung

Wir bewerten die rechtliche und organisatorische Verselbständigung eines Theaters/Orchesters als wesentliche Voraussetzung für seine wirtschaftlich und künstlerisch optimale Führung. Die Eingliederung eines Theaterbetriebs in die Verwaltung seines Trägers, wie insbesondere beim Regiebetrieb, ist daher nicht wünschenswert. Nur durch Eigenverantwortung können Anreize zu wirtschaftlichem Verhalten vermittelt werden. Die unmittelbare Fachaufsicht durch den Träger und insbesondere die erforderliche Abstimmung mit Querschnittsämtern der Verwaltung beschränkt die Eigenverantwortung des Theaters und belastet es mit zusätzlichem Verwaltungsaufwand.

Die Fachaufsicht durch den Träger eines Theaters sollte sich im Wesentlichen auf die mittelbare Einflussnahme in einem Aufsichtsgremium konzentrieren und beschränken. Aus

³¹ Hier sei es einmal beklagt und betont: Wie hilfreich wäre es gewesen, wenn nicht nur 33, sondern alle Theater und Orchester, die wir befragt haben, ihre Erfahrungen mitgeteilt hätten! Der Schaden, den die Intervention des Bühnenvereins angerichtet hat, wird hier besonders signifikant.

unserer Sicht trägt die Beaufsichtigung durch einen theatereigenen Ausschuss zur *Ver-sachlichung* der Diskussionen über das Theater bei, denn

- tages- oder parteipolitische Aspekte werden in den Diskussionen zurückgedrängt; es bleibt weniger Raum für „politische Fensterreden“ als in den allgemeinen öffentlich tagenden Ausschüssen einer Stadtverwaltung,
- die Tätigkeit des Ausschusses wird insgesamt professionalisiert,
- die Verantwortung für das Theater und die Identifikation mit dem Theater ist bei einem theatereigenen Ausschuss stärker als bei einem allgemeinen (Fach)Ausschuss,
- die Geheimhaltung (z.B. von Personalfragen) hat in einem solchen Gremium wenigstens eine kleine Chance.

Die Einrichtung eines theatereigenen Ausschusses ist sowohl in den Betriebsformen des Eigenbetriebs (Werksausschuss), des Zweckverbands, der Stiftung sowie allen privatrechtlichen Rechtsformen möglich. Neben Vertretern der Politik sollten hier jedoch auch externe Sachkundige einbezogen werden.

Die Fachaufsicht muss sich auf Grundsatzfragen, die Überwachung und die langfristige strategische Steuerung des Unternehmens beschränken. Insgesamt muss es bei der Fachaufsicht mehr um Supervision, weniger um eigenes Management gehen. Konstruktionen, die eine laufende Abstimmung mit dem Rechtsträger auch im Tagesgeschäft erfordern, sind abzulehnen, denn sie führen zur unklaren Verteilung der Verantwortung. Aus diesem Grund sind die zustimmungspflichtigen Geschäfte nicht so niedrig anzusetzen, dass die Theaterleitung in der laufenden Betriebsführung behindert wird.

Neben *Vertretern der Politik* sollten auch *künstlerische* und *kaufmännische Sachkundige* einbezogen werden. Dadurch kann die beratende Tätigkeit des Gremiums qualitativ verbessert und privatwirtschaftliches Know-how (Finanzen, Marketing, Sponsoring) eingesetzt werden. Insgesamt müssen solche Gremien jedoch flexibel und handlungsfähig sein. Das stößt nach den Erfahrungen einiger Theater und Orchester insbesondere dann auf Schwierigkeiten, wenn eine Kulturinstitution von mehreren Trägern/Gesellschaftern gehalten wird, wie es insbesondere bei Landestheatern der Fall ist. Hier kann die Bildung eines leitenden Ausschusses weiterführend sein, der die Aufgaben des eigentlichen Aufsichtsrates übernimmt, der sich dann wiederum auf die Funktion einer Generalversammlung beschränkt. Schließlich sollten auch Vertreter der mit dem Theater/Orchester verbundenen *Förderinstitutionen* und *Sponsorenvertreter* in kulturellen Aufsichtsgremien vertreten sein. Denn dauerhaftes Sponsoring und privatwirtschaftliches Engagement wollen belohnt werden („*there ist no free sponsoring*“). Damit geht nicht – wie offenbar aber von vielen Kulturunternehmen befürchtet – notwendig eine Gefährdung der künstlerischen Unabhängigkeit einher. Denn die Entscheidungsbefugnisse eines Aufsichtsrats können und sollten im Wesentlichen auf die Finanzkontrolle und die langfristige Steuerung beschränkt und nicht

auf das operative künstlerische Geschäft des Kulturbetriebs, also etwa die Spielplangesaltung ausgeweitet werden.

E. Verwaltung und Management

Mit diesem Gutachten analysieren wir im Schwerpunkt die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Kultureinrichtungen in Deutschland arbeiten. Fragen der Verwaltung und Management von Theatern liegen nicht im Zentrum unserer Untersuchung. Sie sind gleichwohl gewichtig. Denn die Legitimation öffentlicher Finanzierungen wird nicht zuletzt immer wieder wegen ineffizienter Verwaltungsorganisationen bei öffentlichen Kulturbetrieben in Frage gestellt. Die Gelegenheit, die sich durch unsere Befragung der deutschen öffentlichen Theater und Orchester bot, haben wir deshalb genutzt, um die Kulturunternehmen zu den Möglichkeiten der Kooperation und des "Outsourcing" von Leistungen zu befragen.

I. Ausgangslage

Um eine Theaterproduktion ins Werk zu setzen, müssen Leistungen verschiedenster Art erbracht und zusammengeführt werden. Traditionell erbringen die öffentlichen Theater in Deutschland den großen Teil dieser Leistungen selbst. Deshalb sind öffentliche Theater von gewisser Größe in der Regel „Allround-Betriebe“. Sie beschäftigen nicht nur eigenes künstlerisch-inhaltlich tätiges Personal (Ensemble, Dramaturgie, Choreographie, Orchester etc.), sondern unterhalten auch eigene Ausstattungsbereiche (Kostüme, Maske, Requisite) und technische Abteilungen (Werkstätten, Beleuchtung, Akustik, Bühnenbetrieb), verfügen über eine eigene Verwaltung (Rechnungs- und Personalwesen, Abend- und Garderobenpersonal, Kartenbüro, Hausbetreuung). Dies alles ist selbstredend kostenintensiv. In einzelnen Bereichen können die Kosten durch Betriebskooperationen zwischen Theatern gesenkt werden. Dies setzt freilich eine gewisse räumliche Nähe mindestens zweier Theater voraus, wie sie meist nur in größeren Städten oder Ballungszentren gegeben ist. Kooperation werden meist auf vertraglicher Basis ausgeführt, können sich, wie in Berlin aber auch institutionell niederschlagen (Stiftung Oper in Berlin mit eigenem Bühnenservice-Betrieb für die drei angeschlossenen Opernhäuser, dazu oben). Eine andere Möglichkeit der Kostensenkung ist Ausgliederung bestimmter Leistungen aus dem Kernbereich und die Vergabe an private Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing).

II. Auswertung unsere Befragung

Wir haben die Theater- und Orchesterunternehmen nach (1) konkreten Möglichkeiten der Kooperation mit anderen Theater- oder Orchesterbetrieben, (2) der Eignung von Maßnahmen des „Outsourcing“ wirtschaftlicher Leistungen und (3) der Fremdvergabe von künstlerischen und technisch-künstlerischen Aufträgen befragt.

1. Kooperation mit anderen Theater- oder Orchesterbetrieben

Die von uns befragten Theater und Orchester beurteilen die Möglichkeiten einer effektiven Kooperation mit anderen Kulturbetrieben uneinheitlich. Eine Tendenz lässt sich nur im Bereich des *Marketings* ausmachen: Die meisten Betriebe äußern hier die Auffassung, dass das Marketing und die Öffentlichkeitsarbeit zu den Kernaufgaben eines Theaters/Orchesters gehören, weil der „gemeinsame Verkauf unterschiedlicher künstlerischer Konzepte“ nicht gelingen könne. Insgesamt lehnen die Theater und Orchester eine Zusammenarbeit in all denjenigen Bereichen ab, die für ein Haus profilbildend sind.

Als besonders geeignet für eine Kooperation sehen die meisten Theater und Orchester hingegen den *Kartenverkauf* an. Die Tendenz, dass eine Kooperation grundsätzlich für möglich und effektiv gehalten wird, gibt es auch in den Bereichen der gemeinsamen Nutzung von *Werkstätten*, der *Lohnbuchhaltung* und der Beauftragung von *Sicherheits-, Garderoben- und Abenddiensten*. Hier finden sich auf der anderen Seite aber auch Stimmen, die eine Kooperation für unsinnig und ineffektiv halten. Generell machen einige Theater den mit einer Kooperation verbundenen eigenen Verwaltungsaufwand geltend und führen an, dass mit der fehlenden Möglichkeit, die Beschäftigten direkt zu überwachen, sich die Anzahl der möglichen Fehlerquellen erhöht. Auf der anderen Seite beschreibt eines der befragten Theater eine mögliche effektive Zusammenarbeit im Bereich der Werkstätten mit der räumlichen Zusammenführung der in einer Stadt bestehenden Theaterwerkstätten. Dadurch ergebe sich die Möglichkeit, das Personal der anderen Bühnen bei freien Kapazitäten zu nutzen und Überstunden sowie krankheitsbedingte Ausfälle zu vermeiden. Von konkreten positiven Erfahrungen mit der gemeinsamen Nutzung der Theaterwerkstätten und dem gemeinsamen Ticketverkauf berichtet das Opernhaus Halle. Zwar habe es bei der Zusammenarbeit der hallensischen Häuser (neues Theater, Thalia Theater, Puppentheater und Opernhaus) anfänglich noch Probleme hinsichtlich der Wahrung der Einzelinteressen der beteiligten Häuser gegeben. Die mittelfristige Prognose für den Erfolg der Zusammenarbeit sei aber positiv.

Als weitere Aufgabenbereiche, in denen eine Kooperation in Frage kommt, nennen einzelne Theater und Orchester unter anderem die Beschaffung und den gemeinsamen Transport und von *Noten* und *Instrumenten*, allgemeine *Transporte*, das Betreiben eines gemeinsamen *Fuhrparks*, die *Personalverwaltung*, das *Rechnungswesen*, die *EDV-Organisation*, das *Gebäude-Management* sowie die Bearbeitung theater-spezifischer *Rechtsfragen*.

2. „Outsourcing“ von Leistungen

Ebenso uneinheitlich wie die Möglichkeiten der Kooperation beantworten die Theater und Orchester die Frage nach einem möglichen Outsourcing von Leistungen an externe Dienstleister. Auch hier insistieren die Theater darauf, dass alle das Profil eines Hauses prägenden Leistungen von den Theatern selbst zu erbringen seien. Dazu

zählt insbesondere wiederum das Marketing. Aber auch das Outsourcing der inhaltlichen und künstlerisch-technischen Bereiche Dramaturgie, Lichtdesign, Ton und Maske wird tendenziell negativ beurteilt. Auf der anderen Seite gibt es aber auch Stimmen, die sich eine Vergabe an Externe vorstellen können. Das gilt insbesondere für die Bereiche *Bühnenbild* und *Dekoration*. Positiv bewerten die meisten Theater und Orchester die Übergabe von Leistungen an spezialisierte *Sicherheitsdienste* sowie das Outsourcing des *Garderoben-* und *Abenddienstes*. Zusätzlich werden auch *Reinigungsleistungen*, das *Gebäudemanagement*, der *Winterdienst* und der *Kantinenbetrieb* als hierfür geeignet angesehen.

F. Zusammenfassende Bewertung

Unsere Befragung hinsichtlich der geeigneten Rechtsform und der Binnenstruktur ergibt, dass die betroffenen Theater und Orchester zwar keine der in Betracht kommenden Rechtsformen eindeutig und ausschließlich präferieren. Jedoch lassen sich insgesamt deutliche Tendenzen zugunsten der GmbH und der öffentlich-rechtlichen Stiftung ausmachen. So ist die GmbH die einzige Rechtsform, die von *keinem* der befragten Theater als ungeeignet bewertet wird.

Dass die Einschätzungen im Einzelnen gleichwohl variieren, kann zum einen auf die unterschiedlichen Bedingungen für den Betrieb eines Theaters/Orchesters zurückgeführt werden, die jeweils von der Größe des Hauses, der Anzahl der Träger, der Art der Finanzierung und der Vermögensausstattung abhängen. Zum anderen beruhen die Bewertungen aber auch auf den unterschiedlichen Erfahrungen, die die einzelnen Theater und Orchester mit den Rechtsformen, in denen sie geführt werden, gemacht haben. Sowohl die herkömmlichen als auch die alternativen Rechtsformen bieten ein erhebliches Maß an Gestaltungsspielraum, der von den öffentlichen Trägern unterschiedlich genutzt wird. Daher ist zunächst festzuhalten, dass für den erfolgreichen Betrieb eines Theaters oder Orchesters nicht *primär* seine Rechtsform entscheidend ist. Ausschlaggebend ist in erster Linie, in welcher Weise der Träger des Theater- bzw. Orchesterunternehmens von seinem Gestaltungsspielraum konkret Gebrauch macht.

Trotz der unterschiedlichen Einschätzungen im Einzelnen besteht bei den befragten Kulturbetrieben jedoch weitgehend Einigkeit über die Ziele, die innerhalb einer Rechtsform verwirklicht werden sollen. Die Mehrzahl der Theater und Orchester äußert den Wunsch nach einer Wirtschaftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen und nicht nach Grundsätzen des öffentlichen Haushaltsrechts, einer flexiblen und eigenverantwortlichen Betriebsführung mit kurzen Entscheidungswegen, der Kontrolle und Beratung durch ein sachkundiges und unabhängiges theater eigenes Gremium und einer sicheren Finanzierungsgrundlage, d. h. Planungssicherheit.

Unterzieht man die für den Betrieb eines größeren Theaters in Frage kommenden Rechtsformen einem „Eignungstest“ in Bezug auf diese Zielsetzungen, erweisen sich die rechtlich verselbständigten Organisationsformen der GmbH und der Stiftung insgesamt als vorteilhaft:

- Die Wirtschaftsführung und Rechnungslegung kann – im Gegensatz zum klassischen Regiebetrieb – nach kaufmännischen anstatt nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen erfolgen.
- Die Finanzierung kann auf Grundlage von mehrjährigen Zuwendungsverträgen gesichert werden. Das gibt den Theatern und Orchestern, sofern sie als rechtsfähige Personen organisiert sind, Planungssicherheit, denn Verpflichtungen der Träger aus Zuwendungsverträgen können notfalls eingeklagt werden.
- Eine GmbH kann unabhängig von der Trägerkörperschaft entscheiden, ob sie im Arbeitgeberverband verbleiben möchte. Durch den Austritt aus den Verbandstarifverträgen können personalwirtschaftliche Aufgaben flexibler gehandhabt werden und auf das Theater abgestimmt werden.
- Die Geschäftsführung einer GmbH ist bei der Führung des Theaters nicht auf die Abstimmung und Zusammenarbeit mit Querschnittsämtern der Trägerkörperschaft angewiesen und ist insgesamt unabhängiger. Von der Pflicht zur Anwendung der haushaltsrechtlichen Vergaberechtlinien kann die GmbH befreit werden. Das alles spart Zeit- und Reibungsverluste, Entscheidungen werden nicht nur schneller, sondern auch sachnäher getroffen. Die gesellschaftsrechtliche Haftung der Geschäftsführung und auch die Konkursfähigkeit der Gesellschaft schaffen zusätzliche Anreize für eine effiziente und kostenbewusste Führung, die bei den herkömmlichen Organisationsformen des Regie- und Eigenbetriebs fehlen.
- Neben Vertretern der Politik können (und sollten) in den Aufsichtsrat einer GmbH bzw. das Kuratorium einer Stiftung auch Private einberufen werden. Die von uns befragten Theater befürworten in der Mehrzahl die Aufnahme von kaufmännischen und künstlerischen Sachkundigen in Aufsichtsgremien, weil hierdurch zu einer Versachlichung der Entscheidungen beigetragen werden kann. Auch Vertreter von Sponsoren und Mitglieder von Freundeskreisen etc. sollten in Aufsichtsräten vertreten sein.
- Gleichzeitig steigen mit der rechtlichen Verselbständigung die Möglichkeiten und Chancen eines Kulturunternehmens, private Mittel einzuwerben. Das gilt in besonderem Maße für die Stiftung, dessen Stiftungszweck dauerhaft festgelegt und über dessen Vermögensbestand nicht frei disponiert werden darf. Das erhöht den Anreiz für private Zustiftungen.
- Die GmbH kann – im Unterschied zum Regie- und Eigenbetrieb – nicht nur einen, sondern mehrere Gesellschafter haben. Die Rechtsform eignet sich deshalb gut zur rechtlichen Organisation mehrerer gemeinsamer Träger für ein Theater.

Vielfach wird in der Theater-Strukturdebatte darauf hingewiesen, die Frage der Rechtsform dürfe in der Theater-Strukturdebatte nicht überschätzt werden. Zu diesem Ergebnis gelangt auch der Deutsche Bühnenverein (2004: 21) in seiner Studie vom 31. Oktober 2004. Wir sind hingegen der Auffassung, dass diese Frage auf der anderen Seite auch

nicht *unterschätzt* werden darf. Die von der großen Mehrzahl der von uns befragten Theater und Orchester geforderte Flexibilität in der Betriebsführung und Eigenverantwortung lassen sich durch eine rechtliche Verselbständigung in geeigneterer Weise institutionell absichern, als es bei den herkömmlichen Organisationsformen der Fall ist. Die Rechtsform ist kein Garant für einen erfolgreichen Theaterbetrieb. Eine hervorragende Basis für bewegliche, effektive, wirtschaftlich sinnvolle Theaterarbeit sind GmbH und Stiftung allemal.

FÜNFTER TEIL: FINANZIERUNG

*Wie nur dem Kopf nicht alle Hoffnung schwindet,
Der immerfort an schalem Zeuge klebt,
Mit gierger Hand nach Schätzen gräbt
Und froh ist, wenn er Regenwürmer findet!*

(Johann Wolfgang von Goethe, Faust I, Der Tragödie Erster Teil, Nacht)

A. Allgemeines

Die Theater und Orchester finanzieren sich größtenteils durch Zuwendungen der öffentlichen Hand und betriebliche Eigeneinnahmen. Exemplarisch seien die Zahlen für die Spielzeit 2002/2003 aus der Theaterstatistik des Deutschen Bühnenvereins genannt:

Danach betragen die Ausgaben der Theater in der Spielzeit 2002/2003 insgesamt 2,56 Milliarden €³² (Theaterstatistik „Nr. 5 Einnahmen und Zuweisungen im Rechnungsjahr 2002“). Dieser Betrag wurde finanziert durch

- Zuwendungen der öffentlichen Hand	€ 2,13 Milliarden	83,2%
- Eigeneinnahmen der Theater	€ 380 Millionen	14,8%
- Zuwendungen privater Einrichtungen	€ 17 Millionen	0,8%
- Schuldenaufnahme	€ 26 Millionen	1,2%

Bei den Orchestern steht – wiederum ausgehend von den Zahlen der Theaterstatistik 2002/2003 des Deutschen Bühnenvereins – der Anteil an der Finanzierung durch eigene Einnahmen ebenfalls mit Abstand erst an zweiter Stelle. Die Ausgaben betragen in der Spielzeit 2002/2003 insgesamt 307 Millionen €³³ (Theaterstatistik „Nr. 9 Kulturorchester in der Spielzeit 2002/2003“). Dieser Betrag wurde finanziert durch

- Zuwendungen der öffentlichen Hand	€ 203 Millionen	66,1%
- <i>Erstattung seitens Theater</i>	€ 44 Millionen	14,3% ³⁴
- Eigeneinnahmen der Orchester	€ 48 Millionen	15,6%
- Sonstige Einnahmen	€ 12 Millionen	4,0%

³² Ohne Privattheater, wie z. B. das Berliner Ensemble, Schaubühne am Lehniner Platz

³³ Die Theaterstatistik des Deutschen Bühnenvereins enthält nicht die Ausgaben der Orchester der Landesrundfunkanstalten.

³⁴ Da die Erstattungen der Theater an die Orchester in der Theaterstatistik in den Ausgaben der Theaterbetriebe enthalten sind, sind sie bei den Einnahmen der Orchester konsequenterweise mit 83,2 % öffentlichen Zuwendungen und 14,8 % privaten Zuwendungen zuzurechnen.

B. Zuwendungen der öffentlichen Hand

Bei den Zuwendungen an die Theater und Orchester ist die öffentliche Hand an das Haushaltsrecht gebunden. Das Haushaltsrecht ist gekennzeichnet durch Haushaltsgrundsätze, die bei der Betriebsführung eines Theaters/Orchesters grundsätzlich zu beachten sind, und durch besondere Arten der Rechnungslegung.

I. Haushaltsgrundsätze

Maßgebliche Rechtsvorschriften sind das Haushaltsgrundsätzegesetz und die Bundeshaushaltsordnung oder die jeweilige Landeshaushaltsordnung.

Die Grundsätze des öffentlichen Haushaltsrechts gelten auch dann, wenn das Theater oder Orchester eine selbständige juristische Person ist, aber von der öffentlichen Hand Zuwendungen erhält (vgl. die Verwaltungsvorschriften zu §§ 44, 23 BHO).

Zu den Grundsätzen des öffentlichen Haushaltsrechts zählen insbesondere

- das Jährlichkeitsprinzip
- die quantitative, qualitative und zeitliche Spezialität
- das Prinzip der Nonaffektation

1. Jährlichkeit

Der haushaltsrechtliche Grundsatz der Jährlichkeit beruht darauf, dass sich ein Haushaltsplan grundsätzlich auf ein Kalenderjahr bezieht (§ 11 BHO). Ausgehend von diesem Grundsatz werden Zuwendungen jeweils nur für ein Kalenderjahr gewährt. Zuwendungen für mehrere Jahre bedürfen einer Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan (§ 38 BHO).

Soweit eine Zuwendung jährlich bewilligt wird, ist der Zuwendungsempfänger verpflichtet, seine Ausgaben bis zum Ende des Kalenderjahres zu tätigen. Nach diesem auch als zeitliche Spezialität bezeichneten Grundsatz können bewilligte Mittel nicht in das folgende Jahr übertragen werden (§§ 27 HGrG, 45 BHO/LHO). Eine Ausnahme gilt für Selbstbewirtschaftungsmittel (§ 12 Abs. 3 HGrG) und Ausgaben, die im Haushaltsplan ausdrücklich für übertragbar erklärt werden, „*wenn dies ihre wirtschaftliche und sparsame Verwendung fördert*“ (§ 15 Abs. 1 Satz 2 HGrG).

Unsere Befragung der Theater und Orchester hat ergeben, dass das haushaltsrechtliche Prinzip der Jährlichkeit heftig und überwiegend kritisiert wird. Häufig genannte Stichwörter waren dabei „Dezemberfieber“, „Inkongruenz von Haushaltsjahr und Spielzeit“ sowie „Planungssicherheit“, die nachfolgend kurz erläutert werden:

a) Dezemberfieber

Soweit eine Übertragbarkeit der Haushaltsmittel nicht möglich ist, kommt es zu dem als „Dezemberfieber“ bezeichneten, sattem bekannten Phänomen: Zuwendungsempfänger drängen darauf, ihnen gegenüber noch nicht erbrachte Leistungen bis zum 31. Dezember vorab abzurechnen oder andere wirtschaftlich nicht angemessene Ausgaben zu tätigen, nur damit Zuwendungen bei Jahresschluss nicht verfallen und – besonders ärgerlich! – im nächsten Jahr zu einer Kürzung des Zuwendungsbetrages führen.

b) Inkongruenz von Haushaltsjahr und Spielzeit

Für Theater und Orchester hat das Prinzip der Kalenderjährlichkeit das praktische Problem, dass es nicht mit der jahresübergreifenden Spielzeit übereinstimmt. Jahresübergreifende Projekte müssen deshalb haushaltstechnisch in zwei Projekte aufgeteilt werden.

c) Planungssicherheit

Größere Projekte an Sprechtheatern und die meisten Projekte von Orchestern und Musiktheatern haben oftmals eine mehrjährige Vorlaufzeit. Eine immer nur für ein Jahr bewilligte Zuwendung macht die Planung solcher Projekte für die Theater und Orchester schwierig. Insbesondere in Nachwahljahren besteht zudem das Problem, dass die endgültige Verabschiedung des Haushalts und die Bestätigung der Wirtschaftspläne für das nächste Kalenderjahr erst relativ spät erfolgt. Dies kann dann selbst bei kleineren zeitnahen Projekten zu einer erheblichen Planungsunsicherheit führen.

2. Grundsatz der quantitativen, qualitativen und zeitlichen Spezialität

Der haushaltsrechtliche Grundsatz der quantitativen, qualitativen und zeitlichen Spezialität (§§ 27 HGrG, 45 BHO/LHO) bedeutet, dass die von der öffentlichen Hand gewährten Zuwendungen sowohl der Verwendung (qualitative Spezialität) als auch der Höhe (quantitative Spezialität) nach festgelegt und bis zum Ende des laufenden Haushaltsjahres in Anspruch zu nehmen sind (zeitliche Spezialität).

Der Grundsatz der Spezialität verbietet es, Einnahmen und/oder Ausgaben wahlweise bei einer anderen Haushaltsstelle zu veranschlagen und nachzuweisen. Vielmehr sind alle Einnahmen und Ausgaben im Haushalt einzeln zu veranschlagen (§§ 12 HGrG, 17 BHO/LHO).

Um ein Mindestmaß an Flexibilität sicherzustellen, besteht nach dem Haushaltsrecht aber die Möglichkeit, bestimmte Ausgaben für einen anderen als den vorgesehenen Zweck verwenden zu dürfen (§§ 15 HGrG, 20, 46 BHO/LHO – sog. Prinzip der Deckungsfähigkeit). Im Haushaltsplan können Ausgaben einseitig und gegenseitig für

deckungsfähig erklärt werden, wenn ein verwaltungsmäßiger oder sachlicher Zusammenhang besteht oder eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung gefördert wird (§§ 20 Abs. 2 BHO/LHO). Den Regelungen über die Deckungsfähigkeit entspricht bei Zuwendungen an Theater und Orchester, die selbständige juristische Personen sind (z. B. eine GmbH), Nr. 5.3.1 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO/LHO.

Die Auswertung unserer Befragung zeigt, dass in den Haushaltsplänen der Theater und Orchester vielfach nicht im haushaltsrechtlich möglichen Umfang von der Erklärung der Deckungsfähigkeit Gebrauch gemacht wird.

3. Prinzip der Nonaffektation

Nach dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Nonaffektation, also der Nicht-Zweckbindung von Mitteln, sind alle Einnahmen einer öffentlich rechtlichen Körperschaft unterschiedslos für alle Ausgaben des Gesamthaushalts zu verwenden. Eine Thesaurierung eines erwirtschafteten Überschusses innerhalb eines Haushaltstitels ist nicht möglich.

Für die Haushaltsführung von Theatern und Orchestern, die dem Prinzip der Nonaffektation verpflichtet sind, bedeutet dies, dass höhere als durch das Einspielsoll vorgegebene Einnahmen eines Jahres nicht auf das nächste Jahr übertragen werden können. Der Überschuss verfällt vielmehr an den Trägerhaushalt.

Gleiches gilt in den meisten Bundesländern grundsätzlich auch für Theater und Orchester, die selbständige juristische Personen sind (z. B. eine GmbH). So verbietet Nr. 1.8 der Allgemeinen Nebenbestimmungen bei institutioneller Förderung des Bundes (Anlage 1 zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO) und der Mehrheit der Länder generell eine Rücklagenbildung. Das Landeshaushaltsrecht in Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen erlaubt in den Allgemeinen Nebenbestimmungen zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 LHO wenigstens die Bildung einer gesetzlichen Rücklage. Die Länder Bremen, Hamburg und Hessen erlauben ihren Bewilligungsbehörden, im Zuwendungsbescheid auch nicht gesetzliche Rücklagen zuzulassen. Auch das Land Berlin etwa gestattet bereits seit langem der Berliner Ensemble GmbH die Bildung von Rücklagen bis zu einer im Zuwendungsvertrag vereinbarten Höhe. Den meisten Spielraum gewährt Baden-Württemberg, das auf Auflagen zur Rücklagenbildung ganz verzichtet (vgl. zum Ganzen Schmidt 2002: 11.3).

II. Rechnungslegung

Theater und Orchester in der Rechtsform eines Regiebetriebs sind grundsätzlich zur kameralistischen Rechnungslegung verpflichtet. Ihnen kann aber von ihren jeweiligen Gebietskörperschaften die kaufmännische Rechnungslegung und die Aufstellung eines Wirtschaftsplans gestattet werden (§ 26 BHO/LHO).

Theater und Orchester in der Rechtsform eines Eigenbetriebs oder einer GmbH sind demgegenüber von der Verpflichtung einer kameralistischen Rechnungslegung befreit. Sie sind vielmehr zur kaufmännischen Rechnungslegung und zur Erstellung eines Jahresabschlusses verpflichtet (vgl. z. B. §§ 15 Berliner Eigenbetriebsgesetz, 238 HGB). Abhängig von der Größe des Betriebes unterliegt der Jahresabschluss der Prüfungspflicht durch einen Wirtschaftsprüfer (§ 316 HGB). Jahresabschlüsse von Eigenbetrieben sind darüber hinaus auch vom örtlichen Rechnungsprüfungsamt zu prüfen.

III. Bewertung

Aufgrund des Zuwendungs- und Haushaltsrechts werden Theater und Orchester im Rahmen der Haushaltsführung zum Teil wie nachgeordnete Behörden des öffentlichen Zuwendungsgebers behandelt (das gilt, wenn auch in einem geringeren Maße, selbst bei der Rechtsform GmbH). Die Grundsätze des Haushaltsrechts passen aber in vielerlei Hinsicht nicht auf die besondere Unternehmung Theater und Orchester.

Insbesondere die Grundsätze *Jährlichkeit*, *Spezialität* und *Nonaffektation* behindern eine auf Planungssicherheit gerichtete, selbständige und unternehmerische Betriebsführung der Theater und Orchester. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die durchaus vorhandenen haushaltsrechtlichen Spielräume vielfach nicht so ausgeschöpft werden wie es möglich wäre (Stichwort „Ausweitung der Deckungsfähigkeit“).

IV. Lösungsansätze

1. Zuwendungsvertrag

Viele der haushaltsrechtlichen Probleme lassen sich durch eine Abkehr von der Ein-Jahresbezogenheit eines Zuwendungsbescheides hin zum Abschluss eines auf mehrere Jahre gerichteten Zuwendungsvertrages lösen.

Der Abschluss eines auf mehrere Jahre gerichteten Zuwendungsvertrages – anstelle der jährlichen Bewilligung durch Zuwendungsbescheid – bietet den Theatern und Orchestern ein größeres Maß an Planungssicherheit. Die jedes Jahr wiederkehrende Debatte um das Ob und Wie der Zuwendung entfällt. Die Planung größerer, mit langer Vorlaufzeit vorzubereitender Projekte wird erleichtert, da sie nicht unter dem Vorbehalt steht, aufgrund von Etatkürzungen oder Haushaltssperren geändert oder gar ganz gestrichen zu werden.

Daneben kann ein Zuwendungsvertrag dem Theater und Orchester aber auch mehr Flexibilität bei der Haushaltsführung bieten. Denn die für Zuwendungsbescheide konzipierten, je nach Förderungsart beizufügenden Anlagen zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO/LHO sind für den Zuwendungsvertrag ohnehin nur modifiziert anzuwenden (Schmidt 2002: 4.2.2). Daneben haben Zuwendungsgeber und Theater/Orchesterbetrieb die Möglichkeit, für einen längeren Zeitraum verbindlich auszu-

handeln, welche Haushaltsgrundsätze unbedingt zu beachten sind und auf welche – im Sinne einer effektiven wirtschaftlichen Haushaltsführung – verzichtet werden kann.

Der Abschluss eines Zuwendungsvertrages setzt allerdings voraus, dass der Theater/Orchesterbetrieb nicht in der Rechtsform eines Regie- oder Eigenbetrieb geführt wird, sondern in der einer selbständigen juristischen Person, wie z. B. der GmbH. Allerdings kann auch einer GmbH über die Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid ein so enges haushaltsrechtliches Korsett angelegt werden, dass sie ähnlich wie ein Regiebetrieb de facto in ihrer unternehmerischen Betriebsführung sehr stark eingeschränkt ist.

Es kommt letztlich auf das Zusammenspiel von Rechtsform und dem an, was der öffentliche Zuwendungsgeber bereit ist, dem Theater/Orchesterbetrieb an Flexibilität einzuräumen. Die Kombination *GmbH und Zuwendungsvertrag* ist dabei zur Auslotung dessen, was für die Haushaltsführung sowohl des jeweiligen Theaters und Orchesters als auch des öffentlichen Zuwendungsgebers im Einzelfall am sinnvollsten ist, besonders geeignet. Aufgrund der Mehrjährigkeit wird für beide Seiten ein hohes Maß an Planungssicherheit gewonnen.

2. Bei Förderung durch Zuwendungsbescheide: Generelle Möglichkeit der Bildung von Rücklagen

Die Rechtslage in Bund und Ländern zur Möglichkeit, Rücklagen zu bilden, ist uneinheitlich. Während der Bund und die meisten Bundesländer die Bildung einer Rücklage in ihren Allgemeinen Nebenbestimmungen zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO/LHO generell ablehnen und einige Bundesländer nur die Bildung einer gesetzlichen Rücklage erlauben, hat Baden-Württemberg auf Auflagen zur Rücklagenbildung ganz verzichtet (vgl. zum Ganzen Schmidt 2002: 11.3).

Die Uneinheitlichkeit der Rechtslage sollte beendet, die Bildung von Rücklagen weitgehend erlaubt werden.

3. Doppelte Prüfungspflicht bei Eigenbetrieben nicht notwendig

Die Jahresabschlüsse von Eigenbetrieben sind sowohl vom Rechnungsprüfungsamt als auch von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen.

Die gemäß § 316 HGB vorgeschriebene Prüfung von Jahresabschlüssen durch den Wirtschaftsprüfer soll gewährleisten, dass im Interesse des Gläubigerschutzes Dritten ein zutreffendes Bild über die Finanzkraft der Unternehmung gegeben wird, sei es als Grundlage für die Entscheidung über eine Kreditvergabe durch Banken, dem Abschluss eines anderen wichtigen Vertrages oder als Kriterium zur Beteiligung an der Unternehmung. Der Gedanke des Gläubigerschutzes spielt bei Eigenbetrieben aber keine Rolle.

Allerdings werden die öffentlichen Zuwendungsgeber, also Bund, Länder und Gemeinden, kaum auf die Prüfung des Jahresabschlusses durch ihre Rechnungsprüfungsämter verzichten können, weil es „ihre“ Gelder sind, die der zwar organisatorisch selbständige, juristisch aber zu ihnen gehörende Eigenbetrieb verausgabt. Es ist durchaus sinnvoll, dass das örtliche Rechnungsprüfungsamt den Jahresabschluss von Eigenbetrieben prüft.

Es bietet sich deshalb der generelle Wegfall der Prüfungspflicht von Jahresabschlüssen von Eigenbetrieben durch Wirtschaftsprüfer an.

Dass die Vermeidung von Doppelprüfungen ein und derselben Theater/Orchesterbetriebe möglich ist, zeigt das Beispiel von § 19 Abs. 2 Verordnung über die Satzung der Stiftung Deutsche Klassenlotterie Berlin vom 4. März 1975 (GVBl. Berlin 1975 S. 874). Danach ist der Verwendungsnachweis eines Zuwendungsempfängers, der sowohl von der Stiftung als auch vom Land Berlin für denselben Zweck Zuwendungen erhält, nur von einem Zuwendungsgeber zu prüfen, die prüfende Stelle unterrichtet dann die andere über das Ergebnis der Prüfung.

C. Zuwendungen von privaten Einrichtungen oder Einzelpersonen

Für die Theater und Orchester sind die Zuwendungen von privaten Einrichtungen, wie Förder- und Freundesvereinen, und das als Fundraising bezeichnete systematische Sammeln von Spenden von Einzelpersonen wichtig.

Dabei ist das Engagement von Förder- und Freundesvereinen nicht allein in finanzieller Hinsicht für die Theater und Orchester von großer Bedeutung. In Zeiten knapper öffentlicher Mittel ist die enge Bindung von Theater/Orchesterbetrieb und Bürger nicht zu unterschätzen. Denn dort, wo die öffentliche Förderung von Theater/Orchesterbetrieben in Frage gestellt wird, sind es oftmals engagierte Fördervereine mit tiefer Verwurzelung im Leben einer Stadt, die eine gewichtige Gegenstimme bilden.

I. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden/Mitgliedsbeiträgen

Bei den steuerlich abzugsfähigen Zuwendungen an einen Förderverein/Förderkreis unterscheidet man zwischen Spende und Mitgliedsbeitrag.

Spenden sind freigiebige Zuwendungen von Geld oder Sachen, für die der Förderer weder unmittelbar noch mittelbar eine Gegenleistung erhält. Sachspenden werden mit dem Verkehrswert der zugewendeten Sache berücksichtigt, was in der Praxis oftmals zu schwierigen Bewertungsfragen führt.

Dass der Förderer weder unmittelbar noch mittelbar eine Gegenleistung erhalten darf, wenn er die Berechtigung zum Spendenabzug nicht verlieren will, ist insbesondere in zwei Bereichen der Förderung kultureller Einrichtungen bedeutsam. In beiden Fällen geht es

darum, dass der Förderer – wenigstens teilweise – auch eine Art von Gegenleistung erhält:

1. Staffelung von Mitgliedsbeiträgen

Auch Mitgliedsbeiträge sollen nur abzugsfähig sein, wenn dem Mitglied hierfür keine geldwerten Vorteile gewährt werden. Zwar wird von der Finanzverwaltung nicht jede Annehmlichkeit – wie etwa der erleichterte Zugang zu nicht verbilligten Karten – als ein für den Steuerabzug schädlicher geldwerter Vorteil angesehen.

Nach einer Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom 22. Januar 2003 soll aber jegliche Staffelung von Mitgliedsbeiträgen und daran anknüpfend unterschiedliche Vergünstigungen für Mitglieder zur steuerlichen Nichtabzugsfähigkeit des Mitgliedsbeitrages führen (vgl. Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom 22. Januar 2003 – S 2223 A-157-St II 25). Die Rundverfügung nennt dabei unter anderem folgendes Beispiel:

„Ein Förderverein unterstützt eine renommiertes städtisches Opernhaus. Die Mitglieder zahlen – gestaffelt nach sechs Förderstufen – einen (geringeren) Beitrag und eine (erwartete) wesentlich höhere Spende. Je nach Förderstufe werden den Mitgliedern gestaffelt – nur dem Freundeskreis vorbehaltene – Vorteile und Vorzüge geboten.

Bezogen auf die ... aufgeführten Sachverhalte bedeutet dies, dass ein Abzug der Mitgliedsbeiträge zu versagen ist.“

Die Grundsätze der Verfügung gelten erstmals im Veranlagungszeitraum 2004.

2. Benefizveranstaltungen

Soweit Teilnehmer einer Benefizveranstaltung (Benefizkonzert, Gala-Essen) für den Erwerb von Eintrittskarten einen Geldbetrag zahlen, der offensichtlich weit über dem Eintrittspreis vergleichbarer nicht wohltätiger Veranstaltungen liegt, kann dieser Geldbetrag nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht in einen Teil Entgelt für die Bewirtung/Konzertkarte und einen Teil steuerlich abzugsfähige Spende für den gemeinnützigen Zweck aufgeteilt werden (Verfügung der Oberfinanzdirektion Nürnberg vom 23. November 1990, S. 2223 – 267/St21).

Eine Berücksichtigung als Spende ist nach Ansicht der Finanzverwaltung nur möglich, wenn neben dem eigentlichen Entgelt (Eintritt) freiwillige Zuwendungen erfolgen. Dabei ist es möglich, dass der Veranstalter ein genau festgelegtes Eintrittsgeld bestimmt und in einem Spendenaufruf einen unverbindlichen betragsmäßigen Orientierungsrahmen nennt (Buchna 2003: 374).

II. Bewertung

Den in vielen Ländern durchaus üblichen Formen des Sammelns von Spenden (Gestaffelte Mitgliedsbeiträge, Fundraising auf und mit Benefizveranstaltungen) wird in Deutschland jegliche steuerliche Förderung versagt.

Die „Alles oder Nichts“ Haltung der Finanzverwaltung verkennt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sowohl bei gestaffelten Mitgliedsbeiträgen als auch bei Benefizveranstaltungen der Großteil der Zahlungen einen uneigennütigen, fördernden Charakter hat. Dabei birgt insbesondere die Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt zur steuerlichen Abzugsfähigkeit bei gestaffelten Mitgliedsbeiträgen enormen Sprengstoff. Vielen Fördervereinen von Theatern und Orchestern dürften die Folgen dieser Verfügung, für die nicht selten praktizierte, US-amerikanischen Fördermodellen nachempfundene Staffelung von Mitgliedsbeiträgen noch nicht richtig bekannt sein. Immerhin kommt die Verfügung erstmals in diesem Veranlagungsjahr 2004 zur Anwendung. Diese jede Bürgerinitiative und Spendenfreudigkeit erstickende Rundverfügung muss schnellstmöglich und rückwirkend aufgehoben werden, soll der Ruf der öffentlichen Hände nach privatem finanziellen Engagement sich nicht als falscher Lockruf erweisen.

Ähnlich der steuerlichen Behandlung zum Beispiel in den USA sollte die Möglichkeit eröffnet werden, dass Finanzamt und gemeinnützige Einrichtung die in Frage stehenden gestaffelten Mitgliedsbeiträge oder Eintrittsgelder zu Benefizveranstaltungen in einen nicht abzugsfähigen Entgelt- und abzugsfähigen Zuwendungsanteil aufteilen.

Bei der Form der Aufteilung bestünde zum einen die Möglichkeit einer sachgerechten Schätzung. Den hier in einzelnen Fällen nicht auszuschließenden Streit könnte man aber auch durch eine generelle pauschale Aufteilung vermeiden. Ähnlich der Aufteilung von Bewirtungskosten (vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 2 EStG) wäre zum Beispiel daran zu denken, bei Eintrittsgeldern für Benefizveranstaltungen in einen 70%igen steuerlich abzugsfähigen Zuwendungsanteil und einen 30%igen nicht abzugsfähigen Entgeltanteil aufzuteilen. Bei gestaffelten Mitgliedsbeiträgen sollte die Abzugsfähigkeit uneingeschränkt gelten.

Als Sofortmaßnahme sollte die Rundverfügung der Oberfinanzdirektion aufgehoben werden. Es kann nicht angehen, pauschal und ohne jede Unterscheidung jeglicher Form von gestaffelten Mitgliedsbeiträgen die steuerliche Anerkennung zu versagen. Man kann nicht einerseits von den Theater/Orchesterbetrieben fordern, dass sie – aufgrund der haushaltspolitischen Zwänge der öffentlichen Hand – kreativ sein sollen bei der Suche nach anderen zusätzlichen Einnahmequellen und ihnen gleichzeitig die Möglichkeiten der Förderung durch Fördervereine wesentlich erschweren.

D. Eigeneinnahmen

I. Allgemeines

Bei den Eigeneinnahmen entfällt der größte Teil auf Kartenerlöse. Andere Eigeneinnahmen von Bedeutung sind Einnahmen aus Gastspielen, Rundfunkaufzeichnungen, aus einem Restaurationsbetrieb, dem Programmverkauf und der Garderobengebühr und bei Orchesterbetrieben Einnahmen aus dem Verkauf von Tonträgern.

Einnahmen aus Sponsoring spielen – jedenfalls bislang – eine eher untergeordnete Rolle. Im Folgenden soll trotzdem die rechtliche Situation des Sponsoring erläutert werden, weil das Sponsoring – angesichts der wirtschaftliche Notlage der öffentlichen Hand – in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird.

II. Sponsoring

Unter Sponsoring versteht man gemeinhin Ausgaben für öffentlichkeitswirksame Maßnahmen unter anderem an Sport- und Kulturorganisationen.

Zwischen dem altruistischen Mäzenatentum einerseits und dem typischen, an echten Gegenleistungen orientierten Sponsoring andererseits hat sich als Zwischenform in den letzten Jahren das sogenannte „Sozio-Sponsoring“ entwickelt. Ohne eine konkrete Gegenleistung zu fordern, stellt der Sponsor hierbei zur Erreichung direkter oder indirekter Wirkungen für seine Unternehmenskultur und -kommunikation Geldmittel, Sachmittel oder Dienstleistungen zur Verfügung (Troll/Wallenhorst/Halaczinsky 2004, F51). Auch diese Art der Begünstigung wird als Sponsoring verstanden.

1. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen

Soweit es um die ertragsteuerliche Behandlung des Sponsoring geht, gilt – neben den Vorschriften der Abgabenordnung und dem Anwendungserlass zur Abgabenordnung – das Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 18. Februar 1998 (sog. „Sponsoring-Erlass“ – BStBl. 1998 I 212). Hinsichtlich der umsatzsteuerlichen Behandlung gilt die Verfügung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe vom 5. März 2001 (S. 7100/17, UR 2001, 317).

2. Rechtsfolge für Sponsor

Da der Sponsor von Theater/Orchesterbetrieben mit seinem Sponsoring regelmäßig wirtschaftliche Vorteile für sein Unternehmen anstrebt oder für bestimmte Produkte werben möchte, sind die Aufwendungen des Sponsors auch der Höhe nach unbeschränkt abzugsfähige Betriebsausgaben. Dies gilt auch bei Aufwendungen im Zusammenhang mit dem „Sozio-Sponsoring“.

Soweit die Aufwendungen nicht in Geldleistungen, sondern in Sachleistungen bestehen, ist zu prüfen, ob diese Sachleistungen umsatzsteuerpflichtig sind.

3. Rechtsfolge für Theater und Orchester

a) Vorbemerkung

Unabhängig davon, wie das Sponsoring ertragsteuerlich und umsatzsteuerlich im Einzelnen zu beurteilen ist, sind auch gemeinnützigen Einrichtungen Einnahmen aus Sponsoring gestattet.

Solange ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb – und einem solchen ist das Sponsoring unter Umständen zuzurechnen – der gemeinnützigen Einrichtung, also dem Theater/Orchesterbetrieb, nicht das Gepräge gibt, ist Sponsoring wie jeder andere wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zulässig und möglich. Dies setzt natürlich voraus, dass die mit dem Sponsoring vereinnahmten Gelder auch für die gemeinnützigen, also kulturellen Zwecke des Theater/Orchesterbetriebs verwandt werden.

Diese – manch einem überflüssig erscheinende – Vorbemerkung sei gestattet, weil es hier immer wieder zu Missverständnissen kommt. So hat die Auswertung unserer Fragebogen ergeben, dass nicht wenige Theater/Orchesterbetriebe Sponsoring auch deswegen nicht als Möglichkeit einer zusätzlichen Einnahmequelle betrachten, weil ihrer Meinung nach die Gefahr besteht, dass das Sponsoring als gewerbliche Tätigkeit beurteilt wird, die ihnen als gemeinnützige Einrichtung per se verboten sei. Um diesem Irrtum auch hier mit aller Deutlichkeit zu begegnen: Theater und Orchester dürfen wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, sie dürfen Einnahmen aus Sponsoring erzielen, Gegenleistungen versprechen.

b) Ertragssteuer: Steuerfreie Vermögensverwaltung oder Steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb?

Auf Seiten des Theater/Orchesterbetriebs ist anhand der im Sponsoring-Erlass genannten Kriterien zu prüfen, ob die konkrete Sponsoring-Maßnahme eine steuerfreie Einnahme aus dem ideellen Bereich oder der Vermögensverwaltung ist, oder ob eine steuerpflichtige Einnahme aus dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (vgl. auch die Ausführungen zur Besteuerung von Nicht-Theater/Orchesterleistungen im Kapitel „Steuerrecht“) vorliegt.

Der Sponsoring-Erlass führt aus, dass ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zum Beispiel dann nicht vorliegt, wenn ein bloßer Hinweis auf den Sponsor durch Verwendung des Namens, Emblems oder Logos des Sponsors *ohne besondere Hervorhebung* erfolgt. Demgegenüber wird ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb dann angenommen, wenn die gemeinnützige Einrichtung *an*

den Werbemaßnahmen mitwirkt. Wann von einer besonderen Hervorhebung oder einer Mitwirkung an Werbemaßnahmen im Einzelnen auszugehen ist, lässt der Sponsoring-Erlass allerdings offen.

Die Abgrenzungsfrage wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ja/nein hat seit dem 1. Januar 2000 im Bereich der Ertragsbesteuerung an Bedeutung verloren. Seit diesem Zeitpunkt hat eine gemeinnützige Einrichtung die Möglichkeit, einen der Körperschaftsteuer und – abhängig von der Rechtsform – der Gewerbesteuer zu unterwerfenden Gewinn aus steuerpflichtigem, weil einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzurechnenden Sponsoring pauschal mit 15 % der Einnahmen zu ermitteln (§ 64 Abs.6 Nr. 1 AO und Anwendungserlass zur AO Nr. 29 zu § 64 Abs. 6 AO). Ausgehend von einem Körperschaftsteuersatz von aktuell 25 % hätte ein als Regiebetrieb oder Eigenbetrieb geführter Theater/Orchesterbetrieb für die Einnahmen aus Sponsoring somit höchstens 3,75 % Körperschaftsteuer zu zahlen.³⁵ Sollte der Theater/Orchesterbetrieb aufgrund seiner Rechtsform gewerbesteuerpflichtig sein (so z. B. im Falle einer GmbH), würde die Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuerbelastung – abhängig vom örtlichen Gewerbesteuer-Hebesatz – insgesamt höchstens 6 % bis 7 % betragen.

c) Umsatzsteuer

Unabhängig von der Frage, ob eine Sponsoring-Maßnahme der Vermögensverwaltung oder dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzurechnen ist, ist zu beachten, dass das Sponsoring eine umsatzsteuerbare und regelmäßig auch umsatzsteuerpflichtige sonstige Leistung des Theater/Orchesterbetriebs ist (vgl. Verfügung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe vom 5. März 2001).

Das heißt, selbst wenn die Sponsoring-Maßnahme nach den Kriterien des Sponsoring-Erlasses eindeutig nicht zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehört – zum Beispiel, weil die Werbeleistung alleine in einer nicht deutlich hervorgehobenen Nennung des Sponsors im Programm oder auf einem Plakat besteht – so handelt es sich dennoch um eine umsatzsteuerbare sonstige Leistung, die – jedenfalls wenn der Sponsor ein in Deutschland ansässiger Unternehmer ist – auch umsatzsteuerpflichtig ist.

Allein für die Frage der Höhe des Steuersatzes kommt es darauf an, ob die Sponsoring-Maßnahme nach den im Sponsoring-Erlass genannten Kriterien im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erbracht wird oder nicht: Im Falle eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs kommt regelmäßig der Regelsteuersatz von 16 %, ansonsten der ermäßigte Steuersatz von 7 % zur Anwendung (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG).

³⁵ Einnahmen aus Sponsoring x 15 % pauschale Gewinnermittlung x 25 % Körperschaftsteuersatz

Da die Sponsoren als Unternehmer regelmäßig zum Vorsteuerabzug berechtigt sind, sollte die Umsatzsteuer für beide Parteien, also den Theater-/Orchesterbetrieb und den Sponsor, im Ergebnis eigentlich kein Problem darstellen. Hierfür ist aber erforderlich, dass das Umsatzsteuerproblem bei der Vertragsgestaltung von den Parteien überhaupt rechtzeitig erkannt wird und der Theater-/Orchesterbetrieb dementsprechend ordnungsgemäße Rechnungen mit offenem Ausweis der gesetzlichen Umsatzsteuer erteilt. Und spätestens beim ordnungsgemäßen Umsatzsteuer-Ausweis, also der Frage 7% oder 16%, spielt die in vielen Fällen nicht leicht zu beantwortende Frage *wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ja/nein* wieder eine entscheidende Rolle.

4. Bewertung

Der Anteil der Einnahmen aus Sponsoring am Gesamtetat der Theater- und Orchesterbetriebe ist gegenwärtig relativ gering. Wenn auch einzelne bestimmte Projekte oftmals nur noch durch gezieltes Sponsoring finanziert werden können (als Beispiele seien das Stein'sche Fausprojekt, die Schillertage und die Mozartwoche des Nationaltheaters Mannheim oder das Education Programm der Berliner Philharmoniker genannt), so bewegen sich die von den Theater-/Orchesterbetrieben in unseren Fragebögen genannten Prozentsätze der Einnahmen aus Sponsoring am Gesamtetat im Bereich von 1% und darunter.

Dass der geringe Anteil der Sponsoring-Einnahmen alleine auf die rechtlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen sei, was von einigen Theater/Orchesterbetrieben behauptet wird, erscheint fraglich. Denn aufgrund der seit dem 1. Januar 2000 bestehenden Möglichkeit, den steuerpflichtigen Gewinn aus Werbung und Sponsoring pauschal mit 15 % der Einnahmen zu ermitteln (§ 64 Abs. 6 AO), sind die ertragsteuerlichen Folgen für den Theater/Orchesterbetrieb selbst für den Fall, dass die Sponsoring-Maßnahme als Teil des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs beurteilt wird, nicht so gravierend, dass die Zurückhaltung beim Sponsoring verständlich wäre. Abhängig von der Rechtsform des Theater/Orchesterbetriebs sind die Einnahmen aus Sponsoring im „schlimmsten“ Fall mit 3,75 % Körperschaftsteuer bis zu 6 % / 7 % Körperschaftsteuer/Gewerbsteuer belastet.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Grund für die noch relativ geringen Sponsoring-Einnahmen von Theater/Orchesterbetrieben anderswo zu suchen sein. Zum einen werden die Etats der Wirtschaftsunternehmen für Sponsoring tendenziell wohl eher für populäre Kultur- und vor allem Sport-Events ausgegeben, weil die Unternehmen sich dort eine größere Öffentlichkeit versprechen. Zudem bestehen – insbesondere in der deutschen Theaterlandschaft – bei dem ein oder anderen Intendanten auch generelle Vorbehalte gegen das Sponsoring, weil dies die künstlerische Unabhängigkeit und das künstlerische Profil eines Hauses gefährde. Dieses Spannungsfeld – Sponsoring und Kunstfreiheit – kann hier nicht ausgeleuchtet werden.

Alleine durch die Schaffung oder Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen wird man den Anteil der Sponsoring-Einnahmen also kaum deutlich erhöhen können. Gleichwohl wäre es wünschenswert, wenn die steuerliche Zuordnung einzelner Sponsoring-Maßnahmen, die der Sponsoring-Erlass etwa durch das Abstellen auf die relativ unbestimmten Rechtsbegriffe „*ohne besondere Hervorhebung*“ und „*Mitwirkung an den Werbemaßnahmen*“ nicht wirklich einfacher gemacht hat, zukünftig durch eine klarere und eindeutige und sponsorfremde Vorgabe des Bundesfinanzministeriums erleichtert wird.

Dies würde helfen, bestehende Unsicherheiten auf Seiten der Theater/Orchesterbetriebe bei der Besteuerung abzubauen, und insbesondere das Risiko der Anwendung eines falschen Umsatzsteuersatzes deutlich mindern.

E. Zusammenfassung der Empfehlungen

1. Eine wirtschaftliche und unternehmerischen Kriterien genügende Haushaltsführung erfordert es, die Theater und Orchester von den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Jährlichkeit, Spezialität und Nicht-Übertragung erwirtschafteter Überschüsse zu befreien. Im Interesse einer effizienten Haushaltsführung sollten die zum Teil bereits jetzt zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten – etwa bei der Ausdehnung der Deckungsfähigkeit – voll ausgeschöpft werden.
2. Gegenwärtig ist die rechtliche Lage zur Bildung von Rücklagen im Rahmen einer Förderung durch Zuwendungsbescheide in Bund und Ländern uneinheitlich. Wir empfehlen – dem Beispiel Baden-Württembergs folgend – die entsprechenden Verwaltungsvorschriften zur Bundshaushaltsordnung und den jeweiligen Landshaushaltsordnungen so zu ändern, dass die Bildung von Rücklagen zukünftig ohne Einschränkung möglich ist.
3. Das Erfordernis einer doppelten Prüfung der Jahresabschlüsse von Eigenbetrieben und Kapitalgesellschaften durch Rechnungsprüfungsämter und Wirtschaftsprüfer sollte wegfallen. Dabei bietet sich der generelle Wegfall der Prüfungspflicht von Jahresabschlüssen durch Wirtschaftsprüfer an.
4. Um den Theatern und Orchestern und den öffentlichen Zuwendungsgebern ein hohes Maß an Planungssicherheit zu gewährleisten, bietet sich der Abschluss eines auf mehrere Jahre gerichteten Zuwendungsvertrages an. Auch aus diesem Grund empfehlen wir für ein Theater und Orchester als Rechtsform die GmbH anstelle eines Regie- oder Eigenbetriebes. Im Rahmen des Zuwendungsvertrages haben der öffentliche Zuwendungsgeber und das Theater/Orchester die Möglichkeit, auszuhandeln, was für die Haushaltsführung sowohl des Theaters/Orchesters als auch des öffentlichen Zuwendungsgebers im Einzelfall am sinnvollsten ist.
5. Die Arbeit der Fördervereine von Theatern und Orchestern wird durch die 2003 ergangene Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt erheblich erschwert: Die

Finanzverwaltung erkennt seit 2004 die Staffelung von Mitgliedsbeiträgen und daran anknüpfend unterschiedliche Vergünstigungen für Mitglieder nicht mehr an; der Sonderausgabenabzug derartiger Mitgliedsbeiträge wird insgesamt versagt. Die Rundverfügung muss aufgehoben werden. Soweit den Mitgliedern für ihre gestaffelten Mitgliedsbeiträge auch Vergünstigungen eingeräumt werden, sollte – ähnlich der Behandlung in den USA – eine Aufteilung des Mitgliedsbeitrages in einen steuerlich abzugsfähigen und einen nicht-abzugsfähigen Teil erfolgen.

6. Die steuerliche Beurteilung der einheitlichen Eintrittsgelder für Benefiz-Veranstaltungen sollte attraktiver gestaltet werden. Gegenwärtig ist bei Zahlung eines einheitlichen Entgeltes für eine Benefiz-Veranstaltung zur Förderung gemeinnütziger Zwecke eine Aufteilung in einen nicht-abzugsfähigen Anteil für Bewirtungsleistungen und einen als Sonderausgaben abzugsfähigen Spendenanteil nicht möglich. Das ist ärgerlich, weil nach der sonst im Steuerrecht durchaus üblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise die hohen Entgelte für die Teilnahme an Benefiz-Veranstaltungen im Kern der uneigennützigen Förderung eines gemeinnützigen Zwecks dienen. Um die Möglichkeiten des sogenannten Fundraising auch im Bereich der Förderung von Theatern und Orchestern wesentlich zu verbessern, empfehlen wir, zukünftig bei einheitlichen Entgelten für eine Benefiz-Veranstaltung eine Aufteilung des Entgeltes in einen nicht-abzugsfähigen und einen als Spende abzugsfähigen Teil zuzulassen. Aus Vereinfachungsgründen wäre auch – ähnlich der Aufteilung von Bewirtungskosten beim Betriebsausgabenabzug – eine pauschale Aufteilung in 30 % nicht-abzugsfähiges Entgelt und 70 % abzugsfähige Spende denkbar.

SECHSTER TEIL: VERGABERECHT

„Wirtschaft, Horatio! Wirtschaft!“

(William Shakespeare, Hamlet, 1. Aufzug, 2. Szene)

A. Rechtlicher Rahmen

I. Rechtsgrundlagen

Das in Deutschland geltende Vergaberecht ist zweigeteilt: Zunächst bezeichnet es die Vorschriften, mit denen der Bundesgesetzgeber die europäischen Vergaberichtlinien implementiert hat. Dieses „europäische“ Vergaberecht findet erst beim Erreichen bestimmter Schwellenwerte Anwendung.³⁶ Unterhalb der Schwellenwerte gilt das nationale Vergaberecht, das seiner Natur nach Haushaltsrecht ist.

Der Bundesgesetzgeber hat das europäische Vergaberecht im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt. Ergänzend gilt die Vergabeverordnung (VgV), die wiederum auf die drei Verdingungsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF verweist, in denen der große Teil des eigentlichen materiellen Vergaberechts geregelt ist.

Im nationalen Vergaberecht ist der Grundsatz, dass Aufträge der öffentlichen Hand vorrangig öffentlich auszuschreiben sind, in den Haushaltsordnungen des Bundes (§ 55 BHO), der Länder und der Kommunen festgelegt, zum Teil (wie etwa in Sachsen³⁷) auch in eigenen Vergabegesetzen der Länder geregelt. Der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung wird in Verwaltungsvorschriften,³⁸ Satzungen etc. meist in der Weise konkretisiert, dass ebenfalls auf die Verdingungsordnungen verwiesen wird.

II. Regelungszweck

Das nationale und das europäische Vergaberecht verfolgen ihrem Schwerpunkt nach unterschiedliche Zwecke. Vorrangiges Ziel des europäischen Vergaberechts ist die Schaffung von transparentem und europaweitem Wettbewerb (Wettbewerbsprinzip). Im Vorder-

³⁶ Der Schwellenwert liegt derzeit bei 200.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (§ 2 Nr. 3 VgV). Für Bauaufträge beträgt der Wert fünf Millionen Euro (§ 2 Nr. 4 VgV).

³⁷ Sächsisches Vergabegesetz vom 13. Juni 2002.

³⁸ Vgl. Nr. 2 VV-BHO zu § 55, die bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen u. a. die Anwendung der VOB und der VOL vorsieht.

grund des nationalen Vergaberechts steht demgegenüber das Wirtschaftlichkeitsprinzip, das die Sicherung des wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit öffentlichen Geldern bezweckt.

III. Regelungsinhalt

Das – europäische wie nationale – Vergaberecht schreibt öffentlichen Auftraggebern die Einhaltung eines streng formalisierten Verfahrens bei Aufträgen für Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen vor. Dafür sehen das europäische und das nationale Vergaberecht drei Arten von Vergabeverfahren vor, zwischen denen die öffentlichen Auftraggeber allerdings nicht frei auswählen dürfen. Im Regelfall muss eine öffentliche Ausschreibung stattfinden. Nur wenn die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen, ist eine beschränkte Ausschreibung zulässig. Die freihändige Vergabe darf hingegen nur unter engen Voraussetzungen gewählt werden, etwa wenn die zu vergebende Leistung besondere schöpferische Fähigkeiten verlangt (§ 3 Nr. 4 i VOL/A). Für diejenigen Aufträge, mit denen die europäischen Schwellenwerte nicht überschritten werden, bestimmt das nationale Haushaltsrecht der Länder Wertgrenzen, unterhalb derer eine freihändige Vergabe stattfindet (§ 3 Nr. 4 lit. p VOL/A). Die Bundesländer legen den Höchstwert für freihändige Vergaben in der Regel auf ca. 10.000 bis 15.000 Euro, zum Teil aber auch auf einen niedrigeren Betrag fest.

Ist eine Ausschreibung vorgeschrieben, ist der Zuschlag an den Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben. Das muss nicht das Angebot mit dem niedrigsten Preis sein. Entscheidend ist vielmehr das Preis-Leistungsverhältnis, so dass bei der Vergabe auch qualitative Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (Stickler 2003: § 97 Rn. 27a).

Verstöße gegen die Bestimmungen des GWB über das Vergabeverfahren können die unterlegenen Bieter in einem gesonderten Nachprüfungsverfahren rügen (§§ 102 ff. GWB). Dieser sog. Primärrechtsschutz gilt allerdings nur für die Vergaben oberhalb der Schwellenwerte des GWB. Er gilt grundsätzlich nicht im nationalen, haushaltsrechtlichen Vergaberecht. Dies hält die Verwaltungsvorschrift zur BHO zu § 55 in Nr. 3 wie folgt fest: *„In den Bewerbungsbedingungen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen bzw. von Bauleistungen (VOL Teil A und VOB Teil A) nicht Vertragsbestandteil werden und den Bietern kein klagbares Recht auf Anwendung dieser Bestimmungen geben; sie tragen lediglich den Charakter von Dienst-anweisungen an die Beschaffungsstellen.“* Grundsätzlich keinen Rechtsschutz sieht auch das haushaltsrechtliche Vergaberecht der Länder und der Kommunen vor. Etwas anderes gilt ausnahmsweise allerdings dann, wenn das Landesrecht eigene Rechtsschutzverfahren für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte vorsieht. So sieht das Sächsische Vergabegesetz vom 8. Juli 2002 ein vereinfachtes Nachprüfungsverfahren für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte des GWB vor.

IV. Öffentliche Auftraggeber

Bei der Bestimmung des Kreises der öffentlichen Auftragsgeber verfolgen das europäische und das nationale Vergaberecht unterschiedliche Ansätze:

1. Europäisches Vergaberecht

Oberhalb der Schwellenwerte im europäischen Vergaberecht gilt der sog. *funktionale* Auftraggeberbegriff. Entscheidendes Kriterium für die Begründung der Auftraggeber-eigenschaft ist danach nicht die Rechtsform der einkaufenden Stelle. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Auftraggeber staatliche Aufgaben und Funktionen wahrnimmt. Von daher können neben den „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern (Gebietskörperschaften, juristische Personen des öffentlichen Rechts) auch privat-rechtlich organisierte Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts sein, sofern sie staatliche Aufgaben wahrnehmen.

Im Einzelnen stellt § 98 Nr. 2 GWB zwei Voraussetzungen auf, nach denen eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist: Zum einen muss die juristische Person zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Zum Zweiten muss die juristische Person eine enge Verbindung zum Staat haben, und zwar entweder dadurch, dass der Staat (oder eine staatliche Einrichtung) sie überwiegend finanzieren, über ihre Leitung die Aufsicht ausübt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgane bestimmt hat.

Die europäischen Richtlinien zum Vergaberecht enthalten ein Verzeichnis von einzelnen Kategorien von öffentlichen Einrichtungen. Das Verzeichnis hat zwar keinen rechtlich zwingenden Charakter. Der Einordnung als öffentlicher Auftraggeber kommt aber eine erhebliche Indizwirkung zu (Leinemann 2004: 14). In dem Verzeichnis der öffentlichen Einrichtungen werden für den Bereich der Kultur die privat-rechtlich geführten öffentlichen Bühnen und Orchester neben den Museen, Bibliotheken, Archiven und den zoologischen und botanischen Gärten in Deutschland ausdrücklich als mögliche Auftraggeber genannt.³⁹

2. Nationales Vergaberecht

Im nationalen Vergaberecht gilt hingegen der *institutionelle* Auftraggeberbegriff. Danach sind grundsätzlich nur die klassischen öffentlichen Auftraggeber, d.h. Bund, Länder und Kommunen sowie die Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. Wird eine Anstalt oder eine Stiftung

³⁹ Vgl. Anhang 3 Nr. 2 der RL 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L Nr. 134/114).

des öffentlichen Rechts durch gesetzgeberischen Akt gegründet, besteht die Möglichkeit, die Anwendung des nationalen Vergaberechts im Gesetz abzubedingen.

Juristische Personen des privaten Rechts müssen Vergaberegeln nur anwenden, wenn ihnen dies durch einen besonderen Akt, z.B. in einem Zuwendungsvertrag oder der Betriebssatzung auferlegt ist (Meininger 2002: 508 f.).

Zur Auferlegung dieser Verpflichtung sind die Länder, die Gemeinden und deren Körperschaften wiederum in einigen Fällen landesrechtlich verpflichtet. Der Umfang dieser Verpflichtung variiert aber je nach Landesrecht:

So sieht etwa § 106b der baden-württembergischen Gemeindeordnung vor, dass die Gemeinden verpflichtet sind, ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB so auszuüben, dass die VOB und das Mittelstandsförderungsgesetz bei der Auftragsvergabe anzuwenden sind. Die Anwendung der VOL soll hingegen lediglich *empfohlen* werden. Diese Verpflichtung entfällt gem. § 106b Abs. 2 GemO nur für diejenigen Unternehmen, die in einem entwickelten Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen und ihre Aufwendungen ohne öffentliche Zuschüsse zu decken vermögen – dies eine Voraussetzung, die öffentliche Theater und Orchester regelmäßig nicht erfüllen. In anderen Bundesländern besteht hingegen die Einschränkung, dass die Anwendung der VOL lediglich empfohlen werden soll, nicht. So sind etwa die Kommunen in Sachsen verpflichtet, ihre Rechtspositionen als Gesellschafter privat-rechtlicher Beteiligungsgesellschaften dahingehend auszuüben, dass die Unternehmen die VOL bei allen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oberhalb eines Auftragswertes von 13.000 € anwenden (§ 5 Abs. 1 b Sächsisches Vergabegesetz vom 8. Juli 2002).

B. Bedeutung für die öffentlichen Theater und Orchester

Theater- und Orchesterunternehmen können an einem dem Vergaberecht unterliegenden Vertrag als Auftragnehmer oder als Auftraggeber beteiligt sein.

I. Theater/Orchester als Auftragnehmer

Ein Vertrag, bei dem ein Theater- oder Orchesterunternehmen als *Auftragnehmer* beteiligt ist, wird regelmäßig die Erbringung einer kulturellen Dienstleistung zum Gegenstand haben. Das europäische Vergaberecht zählt kulturelle Dienstleistungen zu den sog. „nachrangigen“ Leistungen (Art. 9 Richtlinie 92/50/EWG i. V. m. Anhang I B). Die Richtlinie beschränkt sich allerdings auf eine nur grobe thematische Auflistung und benennt unter anderem die Bereiche „Erholung, Kultur und Sport“ als nachrangige Leistungen. Für die nähere inhaltliche Ausgestaltung dieser Kategorie verweist die Richtlinie auf die zentrale Gütersystematik der Vereinten Nationen (Central Product Classification – CPC), die wiederum eine umfassende Kategorisierung aller Dienstleistungen vornimmt. Danach zählen zur Kategorie „cultural services“ unter anderem auch die Leistungen von Theater- und Or-

chesterunternehmen (vgl. CPC code 96191: „*Live theatrical presentation services, including concert, opera and dance production services, whether on professional or amateur basis and whether set up for only a single attraction or multiple attractions.*“).

Die Zuordnung zu den „nachrangigen“ Leistungen hat zur Folge, dass solche Aufträge aus dem Anwendungsbereich zwar nicht aller, aber doch der wichtigsten Vorschriften des europäischen Vergaberechts ausgeklammert sind. Insbesondere müssen „nachrangige“ Leistungen nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Sie müssen im Wesentlichen nur bekannt gegeben werden (Art. 9 i. V. m. Art. 16 Richtlinie 92/50/EWG). Das deutsche Vergaberecht hat das Konzept der Zweistufigkeit, also die Untergliederung in „vorrangige“ und „nachrangige“ Dienstleistungen übernommen (vgl. § 2 Abs. 1 VOF; § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A).

Die nur begrenzte Unterwerfung der sog. „nachrangigen“ Dienstleistungsaufträge, zu denen die kulturellen Leistungen zählen, unter die Vorgaben des europäischen Vergaberechts gründet auf unterschiedlichen Erwägungen: Zum einen gibt es in diesem Bereich nach Einschätzung des europäischen Gesetzgebers derzeit nur ein geringes Potential für eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe (Müller-Wrede 2003: 122). Zum anderen handelt es sich bei den „nachrangigen“ Dienstleistungen überwiegend um europapolitisch besonders sensible Dienstleistungen (Benedict 1999: 78). Letztere Erwägung trifft auch auf die kulturellen Dienstleistungen zu, da die Zuständigkeit für die Kulturpolitik im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten liegt und die Mitgliedstaaten bei der Kulturförderung oft unterschiedliche Ansätze verfolgen. Die weitgehende Ausgliederung der „nachrangigen“ Dienstleistungen aus dem gemeinschaftsrechtlichen Vergaberegime wird aber nicht zwangsläufig auch in Zukunft Bestand haben. Der Gemeinschaftsrechtsgeber behält sich eine weitere Beobachtung der bislang ausgeklammerten Aufträge und gegebenenfalls eine spätere Einbeziehung einzelner Bereiche vor (vgl. 21. den Erwägungsgrund der DL-Richtlinie).

Nach geltendem Recht hat das europäische Vergaberecht auf Dienstleistungsaufträge kulturellen Inhalts jedoch keine bedeutenden Auswirkungen.

II. Theater/Orchester als Auftraggeber

Stärkere Auswirkungen hat das Vergaberecht auf die Theater und Orchester als mögliche *Auftraggeber* einer zu vergebenden Leistung. Sofern sie in den öffentlich-rechtlichen Betriebsformen des Regie- oder Eigenbetriebs geführt werden, zählen Kulturbetriebe sowohl nach europäischem als auch nach nationalem Vergaberecht ohne Weiteres zum Kreis der verpflichteten Auftraggeber. Die in privater Rechtsform geführten Theater und Orchester, die sich entweder in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft befinden oder überwiegend öffentlich finanziert werden, werden dagegen regelmäßig erst in den Zuwendungsverträgen oder den Gesellschaftssatzungen zur Anwendung des nationalen, haushaltsrechtlichen Vergaberechts verpflichtet. Die Anwendung des europäischen Vergaberechts obliegt ihnen wiederum bereits aufgrund des dort geltenden funktionalen Auftraggeberbegriffs.

Typischerweise, aber nicht abschließend, sind die Theater und Orchester bei der Vergabe folgender Leistungen betroffen:

- Sicherheitsdienste
- Gebäudereinigung
- Wäscherei
- Druckereiaufträge für Programmhefte und Plakate
- Einkauf technischer Geräte (EDV, Beleuchtung etc.)
- Beauftragung von Veranstaltungsagenturen
- Sanierungsmaßnahmen des Gebäudes

Von der großen Mehrzahl der von uns befragten Kulturbetriebe wird die Bindung an das Vergaberecht als Belastung angesehen. Hauptsächlich sehen sich die Theater und Orchester von dem höheren Verwaltungsaufwand und den zeitlichen Verzögerungen, die mit einem formalisiertes Vergabeverfahren einhergehen, betroffen. So wird geäußert, die kleinen Verwaltungseinheiten eines Kulturbetriebs seien mit der formalisierten Vergabe häufig überfordert. Gewünscht wird insoweit eine Entformalisierung und Beschleunigung der Auftragserteilung. Einige Kulturbetrieb begründen ihren Bedarf an einer Änderung der vergaberechtlichen Regelungen zusätzlich damit, dass die Vergabe stärker nach qualitativen Gesichtspunkten erfolgen und der Zuschlag nicht ohne Weiteres auf das billigste Unternehmen, das oftmals nicht über die erforderliche Erfahrung für die Ausführung des Auftrags verfüge, erteilt werden sollte. Andere Theater sehen die hauptsächliche Belastung durch das Vergaberecht darin, dass ihnen der Aufbau längerfristiger Geschäftsbeziehungen zu ortsansässigen Anbietern und damit das Aushandeln von Rabatten und das Werben um Sponsoren verhindert sei.

Auch wenn die Mehrzahl der Theater und Orchester eine Änderung des Vergaberechts befürwortet, ergibt unsere Befragung alles in allem jedoch kein eindeutiges Bild. Einige wenige der vom Vergaberecht betroffenen Theater und Orchester sprechen sich auch explizit gegen eine Änderung der bestehenden Gesetzeslage im Vergaberecht aus. Ein Theater begründet dies mit der „hilfreichen Rolle“ des Vergaberechts bei der Auftragserteilung, das „den Druck, teure, aber ortsansässige Firmen zu berücksichtigen“, vermindere.

C. Bewertung

Unserer Bewertung nach führt die Pflicht zur förmlichen Ausschreibung von Aufträgen zu einer Verteuerung des Beschaffungswesens, die bei rechtlich selbständig geführten Kulturbetrieben nicht gerechtfertigt ist. Diese Unternehmen können, da sie aus der Verwaltung ihrer Träger ausgegliedert sind, für die Durchführung einer öffentlichen Ausschrei-

bung nicht auf die Ressourcen der allgemeinen Ämterverwaltung zurückgreifen. Darüber hinaus werden Kulturbetriebe, die zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet werden, auch daran gehindert, für sie unter Umständen günstige dauerhafte Beziehungen zu Auftragnehmern aufzubauen und in diesem Rahmen Rabatte und ähnliche Vergünstigungen bis hin zu Sponsoring-Verträgen auszuhandeln. Diesen negativen Effekten stehen nur im Falle der öffentlichen Verwaltung gemeinwirtschaftliche Vorteile gegenüber, wenn der öffentliche Auftraggeber erst durch eine Bindung an das Vergaberecht zu einer wirtschaftlichen Haushaltsführung angehalten wird. Privat-rechtlich geführte Theater bzw. Orchester, die über eine eigene Etatverantwortlichkeit verfügen, bedürfen einer solchen Kontrolle jedoch nicht. Sie handeln unter eigenem Insolvenzrisiko. Hinzu kommt, dass die Geschäftsführung eines privat-rechtlichen Unternehmens, will sie sich nicht Schadensersatzforderungen der Gesellschafter aussetzen, bei der Vergabe von Aufträgen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hat (§ 43 GmbH). Das sind ausreichende interne Anreize, mit den zur Verfügung gestellten öffentlichen Mitteln wirtschaftlich und sparsam umzugehen. Die Gefahr der Etablierung eines „Hoflieferantentums“ ist bei ausgliederten Kulturbetrieben somit insgesamt wesentlich geringer, als es bei der Verwaltung der Fall ist. Damit entfällt auch weitgehend die Legitimation für die Anwendung des haushaltsrechtlichen Vergaberechts.

Eine generelle Bindung der öffentlichen Theater und Orchester an das nationale Vergaberecht ist daher unserer Auffassung nach nicht gerechtfertigt. Wir regen an, die rechtlich selbständigen, insbesondere die als GmbH geführten öffentlichen Theater und Orchester von der Anwendung der nationalen Vergaberechts zu befreien, soweit die Pflicht zur formalisierten Vergabe die Kulturunternehmen in ihrer täglichen Betriebsführung behindert. Das betrifft in erster Linie die Bestimmungen der VOL/A über Leistungen und Lieferungen. Eine Befreiung vom europäischen Vergaberecht ist allerdings nach geltendem Recht nicht möglich, da das europäische Recht zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich geführten Unternehmen, die in staatlicher Abhängigkeit sind, im Grundsatz nicht unterscheidet, und die öffentlichen Theater und Orchester somit regelmäßig zwingend Auftraggeber im Sinne des im europäischen Recht geltenden Vergaberechts sind (§ 98 S. 1 Nr. 2 GWB). Hingegen sind die öffentlichen Träger zur Befreiung ihrer Eigengesellschaften vom nationalen Vergaberecht rechtlich in der Lage. Das nationale Vergaberecht ist auch das für die Theater und Orchester in der täglichen Betriebsführung relevantere Vergaberecht, da die im europäischen Recht geltenden Schwellenwerte meist nicht erreicht werden.

D. Ergebnis

Wir empfehlen,

- von Bestimmungen in Zuwendungsverträgen, Zuwendungsbescheiden und Betriebs- und Stiftungssatzungen der selbständigen, insbesondere der als GmbH geführten Theater und Orchester, die die Anwendung der VOL/A vorschreiben, abzusehen.

- Landesrechtlich vereinzelt bestehende Verpflichtungen der Trägerkörperschaften, in ihren Eigengesellschaften auf die vollumfängliche Anwendung des Vergaberechts hinzuwirken, müssen durch flexiblere Regelungen ersetzt werden, in denen den Trägern lediglich die Empfehlung, nicht aber die Verpflichtung ihrer Eigengesellschaften zur Anwendung der VOL/A vorgeschrieben werden. Den Trägerkörperschaften öffentlicher Theater und Orchester wird erst dadurch ermöglicht, von Bestimmungen zur Anwendung der VOL/A abzusehen und die Kulturunternehmen von den mit einer Anwendung des nationalen Vergaberechts einhergehenden Belastungen zu befreien.

SIEBTER TEIL: STEUERRECHT

„Auch hier regte sich allerdings das Bedürfnis zeitgemäßer Reformen, aber bei dem Mangel an politischer Bildung fehlte es an Klarheit in dem, was man wollte, und vor allem am richtigen Erkennen desjenigen, was eigentlich der Grund des Übels war... Viele wurde erledigt, manches auf bessere Zeiten verschoben, im Wesentlichen aber nichts geändert.“

(Zu den Reformbemühungen im Fürstentum Schaumburg-Lippe nach der Julirevolution 1830, Konversationslexikon – Allgemeine Deutsche Realenzyklopädie für die gebildeten Stände, Leipzig, F. A. Brockhaus 1847, Bd. XII, 608)

A. Allgemeines

Das Steuerrecht beeinflusst mit zahlreichen Regelungen den wirtschaftlichen Betrieb von Theatern und Orchestern. Viele dieser Regelungen – seien es Gesetze, seien es die Anwendungserlasse des Bundesfinanzministeriums – sind einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

Dabei stehen im Mittelpunkt der Betrachtung nicht, wie sonst üblich, die Ertragssteuern. Theater- und Orchesterbetriebe zahlen – jedenfalls aus den Einnahmen aus dem künstlerischen Bereich – in der Regel keine Ertragssteuern, denn sie erzielen regelmäßig mit ihren künstlerischen Produktionen keinen betriebswirtschaftlichen Gewinn und sind überdies steuerbefreit.

Erhebliche Probleme bereiten vielen Bühnen und Orchestern Regelungen zur Einkommens- und Umsatzbesteuerung der beschäftigten Künstler und Mitarbeiter. Deren Besteuerung führt in vielen Fällen zu einer mittelbaren Belastung der Theater- und Orchesterbetriebe. So sind die Theater- und Orchesterbetriebe nicht berechtigt zum Vorsteuerabzug. Dies führt dazu, dass Umsatzsteuern auf Künstlerhonorare und sonstige Produktionskosten nicht über den Vorsteuerabzug geltend gemacht werden können und den Betrieb damit erheblich verteuern. Erhebliche Probleme bereitet auch die Verpflichtung der Bühne als Haftungsschuldner für zu zahlende Lohnsteuern oder Ausländer-Abzugssteuern.

Daneben verursachen die Vielzahl von steuerrechtlichen Gesetzen, Richtlinien und Verwaltungserlassen nicht nur einen enormen Verwaltungsaufwand, der insbesondere für kleinere und mittlere Theater- und Orchesterbetriebe oftmals unverhältnismäßig ist. Angesichts ihrer Kompliziertheit machen diese Regelung häufig auch die Beauftragung teurer steuerlicher Berater notwendig. Eine Änderung von zahlreichen dieser den Kulturbetrieb in der Praxis hemmenden Regelungen ist dringend geboten.

Zahlreiche der nachfolgend vorgeschlagenen Änderungen dienen dem Zweck, den enormen bürokratischen Aufwand, den das Steuerrecht verlangt, auf das notwendigste zurückzuführen. Uns ist natürlich klar, dass derartige Eingriffe in das Steuerrecht nicht isoliert für den Bereich der Theater- und Orchesterbetriebe vorgenommen werden können, sondern sich diese Änderungsvorschläge einfügen müssen in die unstreitig dringend notwendige allgemeine Entbürokratisierung des Steuerrechts. Im einzelnen:

B. Ertragssteuer

I. Einnahmen aus Theater/Orchesterleistungen: Steuerfreier Zweckbetrieb

Die Theater- und Orchesterbetriebe zahlen auf ihre Gewinne aus der künstlerischen Produktion in der Regel keine Ertragssteuern. Zwar unterliegen Theater- und Orchesterbetriebe unabhängig von ihrer Rechtsform grundsätzlich der Körperschaftsteuer und mit Einschränkungen auch der Gewerbesteuer:

Ein Theater- und Orchesterbetrieb, der im Rahmen der Rechtsform Eigen- oder Regiebetrieb oder als Stiftung des öffentlichen Rechts geführt wird, ist aufgrund seiner Einnahmeerzielungsabsicht ein Betrieb gewerblicher Art und somit körperschaftssteuerbar (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, 4 KStG), mangels Gewinnerzielungsabsicht aber nicht gewerbsteuerbar (§ 2 Abs. 1 S. 2 GewStG). Ein Theater- und Orchesterbetrieb, der im Rahmen der Rechtsform GmbH, AG, Verein oder Stiftung des privaten Rechts geführt wird, ist aufgrund seiner Rechtsform körperschaftsteuer- und gewerbsteuerbar (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 4 KStG, 2 Abs. 2 und 3 GewStG).

Die Theater- und Orchesterbetriebe dienen aber kulturellen und somit gemeinnützigen Zwecken (§ 52 Abs. 2 Nr. 1 AO). Etwaige Gewinne der Theater- und Orchesterbetriebe sind deshalb, jedenfalls soweit sie dem steuerfreien Zweckbetrieb zugerechnet werden, von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer befreit (§§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 3 Nr. 6 GewStG, 68 Nr. 7 AO).

Dem ertragssteuerfreien Zweckbetrieb werden Erlöse aus den typischen Theater/Orchesterleistungen zugerechnet (§ 68 Nr. 7 AO). Hierzu zählen insbesondere die Erlöse aus dem Verkauf von Eintrittskarten, aber auch aus dem Verkauf von Programmheften, der Vermietung von Operngläsern und der Garderobenaufbewahrung.

Da die Erlöse aus dem Theater- und Orchesterbetrieb regelmäßig aber sowieso nicht zu Gewinnen führen und somit sich auch ohne Gemeinnützigkeit eine Ertragssteuerbelastung nicht ergeben würde, ist der Status der Gemeinnützigkeit – jedenfalls was die Ertragsbesteuerung der Theater- und Orchesterbetriebe angeht – in den meisten Fällen ohne praktische Relevanz.

II. Einnahmen aus Nicht-Theater/Orchesterleistungen:

1. Steuerfreie Vermögensverwaltung oder steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

Soweit die Theater- und Orchesterbetriebe Einnahmen aus nicht dem steuerfreien Zweckbetrieb typischerweise zuzurechnenden künstlerischen Leistungen erzielen, müssen die Einnahmearten unterschieden werden: Zu trennen sind Einnahmen aus dem steuerfreien ideellen Bereich, steuerfreier Vermögensverwaltung und solche aus einem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die Zuordnung zu einer dieser Einnahmearten ist in zahlreichen Fällen problematisch und ein häufiger Streitpunkt mit der Finanzverwaltung.

Die nachfolgenden Einnahmen aus nichtkünstlerischen Leistungen werden von der Finanzverwaltung bzw. von der Rechtsprechung wie folgt eingeordnet:

- *Verkauf von Speisen und Getränken / Restaurationsbetriebe*

Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (§ 68 Nr. 7 2. Halbsatz AO; Anwendungserlass zur AO Nr. 13 zu § 68 Nr. 7 AO; BFH, Urteil vom 21. August 1985, BStBl. II 1986, 88)

- *Kulturelle Veranstaltung mit Bewirtungsleistungen („Benefizveranstaltungen“)*

Einheitliches Entgelt ist, ggf. im Schätzungswege, aufzuteilen in Anteil für
 - Bewirtungsleistungen = wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb
 - Besuch kulturelle Veranstaltung = steuerfreier Zweckbetrieb
 (Anwendungserlass zur AO Nr. 13 zu § 68 Nr. 7 AO)

- *Verkauf CD's /DVD's*

Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (BFH, Urteil vom 6. Juni 2000, BFH/NV 2000, 1506)

- *Vermietung Theater*

Zuordnung im Einzelfall problematisch: Steuerfreie Vermögensverwaltung soweit nicht nachhaltig (Wallenhorst 2004: 250, Rn. 32)

- *Sponsoring*

Zuordnung je nach Art der jeweiligen Sponsoring-Maßnahme. Vgl. die ausführlicheren Erläuterungen im Fünften Teil „Finanzierung“

- *Werbung*

Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (Anwendungserlass zur AO Nr. 13 zu § 68 Nr. 7 AO; (Jost 2001: Rn. 275k)

2. Ermittlung des zu versteuernden Gewinns eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs

Soweit die Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer aller wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe im Jahr 30.678 € übersteigen (wohlgemerkt: Einnahmen, nicht der Gewinn), ist ein Gewinn aus den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben körperschaftsteuer- und gewerbesteuerpflichtig. Die Gewinne und Verluste mehrerer wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe sind zusammenzurechnen (§ 64 Abs. 2 AO).

Ein Gewinn der steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe kann aber nicht mit etwaigen Verlusten aus dem steuerfreien kulturellen Zweckbetrieben verrechnet werden.

Neben der steuerlichen Belastung verursacht die Steuerpflicht wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe einen erheblichen buchhalterischen Aufwand, da die Buchhaltung für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb separat und getrennt von der Buchhaltung des steuerbefreiten kulturellen Zweckbetriebs zu erfolgen hat.

Im Rahmen dieser separaten Buchhaltung bereitet die Berücksichtigung gemischt veranlasster Aufwendungen, also Aufwendungen, die sowohl dem steuerbefreiten kulturellen Zweckbetrieb als auch dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzurechnen sind, in der Praxis oftmals erhebliche Schwierigkeiten. Denn nur wenn eine Aufteilung nach objektiven Maßstäben möglich ist, ist eine anteilige Berücksichtigung von Aufwendungen zulässig (Anwendungserlass zur AO Nr. 6 Satz 1 zu § 64 AO; Jost 2001: Rn. 248, 248c; Wallenhorst 2004: 249 f., Rn. 31). Soweit aber Aufwendungen mangels eines objektiven Aufteilungsmaßstabs nicht bei der Ermittlung des Gewinns eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs berücksichtigt werden, besteht die Gefahr der Überbesteuerung dieses wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs.

Um diesem Problem im Bereich der Werbung und des Sponsoring die Schärfe zu nehmen und einer drohenden Überbesteuerung dieser wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe zu begegnen, besteht bei Einnahmen aus Werbung und Sponsoring seit dem 1. Januar 2000 die Möglichkeit, den Gewinn mit 15 % der Einnahmen pauschal zu ermitteln (§ 64 Abs. 6 Nr. 1 AO). Diese Regelung ist vernünftig.

3. Vorschlag

Bei der steuerlichen Beurteilung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe von Theater- und Orchesterbetrieben bietet sich eine gesetzliche Änderungsmöglichkeit an, um die steuerliche Belastung einerseits und wichtiger noch den enormen buchhalterischen

Aufwand, den die Besteuerung der wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe erforderlich macht, für die Theater/Orchesterbetriebe möglichst gering zu halten: Die Ausdehnung des Wahlrechts auf pauschale Gewinnermittlung gem. § 64 Abs. 6 AO auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Theater- und Orchesterbetrieben.

Zur Begründung möchten wir auch auf folgenden Umstand hinweisen: Für die Theater/Orchesterbetriebe ergibt sich bei der Ertragsbesteuerung die absurde Situation, dass der vermeintliche Vorteil der Gemeinnützigkeit, also die Steuerfreiheit, eigentlich ein Nachteil ist: Denn ihnen wird die nicht gemeinnützigen Unternehmen offen stehende Verrechnungsmöglichkeit von Verlusten aus einem Unternehmensteil (hier Theater/Orchesterbetrieb) mit Gewinnen aus einem anderen Unternehmensteil (hier: wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb) verwehrt. Sie zahlen also Steuern, wo nicht gemeinnützige Unternehmen keine Steuern zahlen.

So richtig es ist, dass der Staat dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verpflichtet ist, und er deswegen, um „Waffengleichheit“ herzustellen, nur den Gewinnen des gemeinnützigen Betriebes, also den Gewinnen aus künstlerischer Produktion, das Privileg der Steuerfreiheit zuerkennen darf, so wenig sollte sich dieser Grundsatz wirtschaftlich in das Gegenteil einer zusätzlichen steuerlichen Belastung von Theatern oder Orchestern verkehren, die regelmäßig Verlustbetriebe sind.

Dieser Hinweis soll nur verdeutlichen, dass die Ausdehnung des Wahlrechts einer pauschalen Gewinnermittlung auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Theater/Orchesterbetrieben kein Steuergeschenk an die Theater/Orchesterbetriebe ist (so wie die Einräumung des Wahlrechts der pauschalen Gewinnermittlung bei Werbe- und Sponsoreinnahmen auch kein Steuergeschenk an Sportvereine war), sondern im Ergebnis nur der realen Ertragssituation öffentlich geförderter Theater/Orchesterbetriebe Rechnung trägt.

Daneben hätte die Ausdehnung der pauschalen Gewinnermittlung auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Theater/Orchesterbetrieben auch den Charme einer deutlich einfacheren Besteuerung. Die vielen Auseinandersetzungen zwischen Theater/Orchesterbetrieb einerseits und Finanzverwaltung andererseits über die Abgrenzung von steuerfreier Vermögensverwaltung und steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben würden, wegen der weitaus weniger gravierenden Rechtsfolgen, nämlich genauso der Vergangenheit angehören wie die im Einzelfall immer wieder zu Problemen führende Aufwandsabgrenzung.

C. Umsatzsteuer

I. Leistungen der Theater/Orchesterbetriebe

1. Theater/Orchesterleistungen

Die Theater- und Orchesterleistungen einschließlich der damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen sind umsatzsteuerfrei (§ 4 Nr. 20a UStG, A. 106 Abs. 3 UStR).

Soweit den Theater/Orchesterbetrieben von anderen Unternehmern für Leistungen, die dem Bereich der umsatzsteuerbefreiten Theater/Orchesterleistungen zuzuordnen sind, Umsatzsteuern in Rechnung gestellt werden, können die Theater/Orchesterbetriebe diese Umsatzsteuerbeträge nicht als Vorsteuer bei ihrem Finanzamt in Abzug bringen (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG).

2. Nicht-Theater/Orchesterleistungen

Soweit eine Nicht-Theater/Orchesterleistung keine „*üblicherweise mit den Theater- und Orchesterleistungen verbundene Nebenleistung*“ ist, kann diese umsatzsteuerpflichtig sein.

a) **Üblicherweise mit Theater/Orchesterleistung verbundene Nebenleistungen**

Probleme ergeben sich naturgemäß bei der Frage was „üblicherweise mit den Theater- und Orchesterleistungen verbundene Nebenleistungen sind“.

Unstreitig zählen zu den umsatzsteuerfreien Nebenleistungen: Aufbewahrung der Garderobe, Verkauf von Programmen, Vermietung von Operngläsern (A. 106 Abs. 3 Satz 3 UStR).

Strittig ist demgegenüber, ob auch der Betrieb einer Theatergaststätte zu den steuerbefreiten Nebenleistungen zählt. Während die Finanzverwaltung die Umsatzsteuerfreiheit bei Bewirtungsumsätzen ohne Unterschied ablehnt (A. 106 Abs. 3 Satz 4 UStR), ist die Rechtsprechung bislang uneinheitlich. So hält das Finanzgericht Münster Bewirtungsumsätze für umsatzsteuerfreie Nebenleistungen, wenn diese Umsätze nicht hauptsächlich dazu bestimmt sind, dem Theater Einnahmen zu verschaffen (Finanzgericht Münster, Urteil vom 11. Februar 2003, EFG 2003, 962). Nicht hauptsächlich ist nach Ansicht des Finanzgerichts Münster jedenfalls ein Anteil von 10 % der typischen Theaterumsätze. Das Finanzgericht Hamburg hält allerdings schon einen Anteil von 11 % an den Gesamtumsätzen für nicht mehr unwesentlich und lehnt deshalb die Umsatzsteuerbefreiung eines Theaterrestaurants ab (Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 26. Februar 2003,

DStRE 2003, 939). Gegen beide Urteile ist Revision beim Bundesfinanzhof anhängig.

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz zählt zu den steuerfreien Nebenleistungen auch die Gestellung von Personal und die Herstellung von Kostümen, Requisiten und Bühnenbildern für ein anderes Theater (Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11. April 2003, EFG 2003, 1736). Auch gegen dieses Urteil ist beim Bundesfinanzhof eine Revision anhängig.

b) Umsatzsteuersatz - Vorsteuerabzug

Für den Fall, dass eine Leistung des Theater/Orchesterbetriebs keine umsatzsteuerliche Nebenleistung im zuvor beschriebenen Sinne ist, ergibt sich vielfach das Problem den zutreffenden Umsatzsteuersatz zu ermitteln.

Soweit die Leistungen nicht im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs des gemeinnützigen Theater/Orchesterbetriebs erbracht werden, kommt der ermäßigte Steuersatz von 7 % zur Anwendung (§ 12 Abs. 2 Nr. 8a UStG). Wegen der oftmals bestehenden Probleme bei der Abgrenzung wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ja/nein wird auf die Erläuterungen im Kapitel „Ertragssteuerrecht“ verwiesen.

Soweit die von anderen Unternehmern in Rechnung gestellten Umsatzsteuern auf umsatzsteuerpflichtige Nebenleistungen der Theater/Orchesterbetriebe entfallen, sind sie zum Vorsteuerabzug zugelassen (§ 15 Abs. 1 UStG). In der Praxis besteht regelmäßig das Problem, Leistungen anderer Unternehmen, die sowohl dem umsatzsteuerfreien „künstlerischen“ Bereich als auch den umsatzsteuerpflichtigen Nebenleistungen zuzuordnen sind, sachgerecht aufzuteilen. Die Auswertung der Ergebnisse unserer Fragebogen hat ergeben, dass einzelne Theater/Orchesterbetriebe mit dem für sie zuständigen Finanzamt generelle Aufteilungsschlüssel aushandeln, die abhängig vom Verhandlungsgeschick der Theater/Orchesterbetriebe und dem Entgegenkommen der Finanzämter für die Theater/Orchesterbetriebe mal günstiger, mal schlechter sind.

II. Leistungen freiberuflicher Künstler

Mit Urteil vom 3. April 2003 hat der Europäische Gerichtshof in einem die Stadiontournee der „Drei Tenöre“ betreffenden Verfahren entschieden, dass auch Einzelkünstler umsatzsteuerfreie kulturelle Dienstleistungen im Sinne von Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. n der 6. EG-Richtlinie und § 4 Nr. 20a UStG erbringen können (EuGH, Urteil vom 3. April 2003 (Hoffmann), DStR 2003, 638).

Trotz dieses eindeutigen Urteils ergeben sich für die Theater- und Orchesterbetriebe weiterhin Probleme bei der Umsatzsteuerfreiheit der von Einzelkünstlern erbrachten künstlerischen Leistungen: Zum einen wendet ein Teil der Finanzverwaltung das Urteil des Euro-

päischen Gerichtshofs nur auf darbietende Künstler an, nicht aber auf Regisseure oder Bühnenbildner. Zum anderen ist für die Umsatzsteuerbefreiung von Einzelkünstlern im Rahmen eines separaten und gebührenpflichtigen Antragsverfahren eine Bescheinigung einer Landesbehörde darüber einzuholen, dass die Einzelkünstler die gleichen kulturellen Aufgaben wahrnehmen wie die Theater und Orchester.

1. Umsatzsteuerfreiheit für alle Einzelkünstler

Mit Erlass vom 31. Juli 2003 hat das Bundesfinanzministerium erfreulich schnell das Urteil des EuGH vom 3. April 2003 zur Umsatzsteuerfreiheit kultureller Dienstleistungen von Einzelkünstlern anerkannt und die Finanzverwaltung darauf hingewiesen, dass „auch die Leistungen von Einzelkünstlern ... unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 20a UStG steuerfrei sein (können)“ (BMF, Schreiben vom 31. Juli 2003, BStBl. I 2003, 424).

Einzelne Oberfinanzdirektionen aber haben ihre nachgeordneten Finanzämter angewiesen, dass das Urteil nur auf Leistungen von darbietenden Künstlern anzuwenden sei. Maßgebliches Kriterium für die Umsatzsteuerbefreiung sei der *Auftritt vor dem Publikum*. Aus diesem Grund weigert sich z. B. die in Berlin zuständige Senatsverwaltung für Kultur, Regisseuren die für eine Umsatzsteuerfreiheit erforderliche Bescheinigung gem. § 4 Nr. 20a Satz 2 UStG zu erteilen⁴⁰. Der Leidtragende ist nicht etwa der Regisseur, sondern das Theater, das ein um 16 % teureres Honorar zu zahlen hat. Bei im Ausland ansässigen Künstlern ergibt sich zudem das Problem, dass die Theater/Orchesterbetriebe aufgrund des seit dem 1. Januar 2002 geltenden § 13 b UStG Steuerschuldner und somit unmittelbar zur Zahlung der Umsatzsteuer verpflichtet sind.

Warum die Finanzverwaltung zwischen umsatzsteuerfreien darbietenden und umsatzsteuerpflichtigen nicht-darbietenden künstlerischen Leistungen unterscheiden, ist unklar. Begründet wird diese Differenzierung nicht. Vielleicht lässt sich die Finanzverwaltung davon leiten, dass das EuGH-Urteil zufällig drei Sänger – also darbietende Künstler – und nicht einen Regisseur betraf, und der EuGH im Urteil dann folgerichtig von „Auftrittsleistungen“ der Sänger spricht.

Entscheidend ist Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. n Sechste EG-Richtlinie⁴¹, auf den sich das EuGH-Urteil bezieht, und der dort verwandte Begriff „kulturelle Dienstleistungen“. Diese können nach der EG-Richtlinie umsatzsteuerfrei sein. Und von dem Begriff „kulturelle Dienstleistungen“ werden selbstverständlich nicht nur die Dienstleistungen

⁴⁰ Die Auswertung unserer Fragebögen hat zudem ergeben, dass einigen Theater/Orchesterbetrieben von den zuständigen Behörden auch für **Dirigenten** die erforderliche Bescheinigung nicht erteilt wurde. Dies macht nun überhaupt keinen Sinn. Denn selbstverständlich tritt ein Dirigent vor Publikum auf. Oder wird ernsthaft behauptet, dass das Publikum den Dirigenten sehen muss, der Orchestergraben also der Umsatzsteuerfreiheit entgegensteht?

⁴¹ Sechste Richtlinie 77/388/EWG zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern.

darbietender Künstler, sondern sämtliche kulturelle Dienstleistungen erfasst, also auch die Leistungen von Regisseuren, Bühnenbildnern und anderen nicht auf der Bühne auftretenden Künstlern.

Der EuGH weist in seinem Urteil im übrigen auf eine rechtlich mögliche Einschränkung der Umsatzsteuerfreiheit kultureller Dienstleistungen hin: Gem. Art. 13 Teil A Abs. 2a der Sechsten EG-Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten ermächtigt, aber nicht verpflichtet, in ihren nationalen Umsatzsteuergesetzen kulturellen Dienstleistungen, die überwiegend kommerziellen Interessen dienen, die Umsatzsteuerfreiheit zu versagen. Deutschland hat von dieser Möglichkeit in § 4 Nr. 20a UStG bislang keinen Gebrauch gemacht. Deshalb ist selbst die Stadion-Tournee der Drei Tenöre gem. § 4 Nr. 20a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Die Beschränkung der Umsatzsteuerfreiheit auf nicht-kommerzielle, überwiegend durch öffentliche Zuschüsse subventionierte Veranstaltungen wäre – eine entsprechende Änderung des § 4 Nr. 20a UStG vorausgesetzt - eine nach Art. 13 Teil A Abs. 2a 6. EG-Richtlinie rechtlich zulässige Beschränkung der Umsatzsteuerfreiheit kultureller Dienstleistungen. Die Beschränkung auf darbietende Künstler ist hingegen rechtlich nicht zulässig.

Die Beschränkung auf kulturelle Dienstleistungen darbietender Einzelkünstler durch die Finanzverwaltung verstößt aber nicht nur gegen Europäisches Recht, sie verstößt auch gegen den Sinn und Zweck des § 4 Nr. 20a UStG.

§ 4 Nr. 20a UStG wurde eingeführt um jene kulturellen Einrichtungen von der Umsatzsteuer zu befreien, die in erheblichem Umfang staatlich subventioniert werden und die die Verteuerung ihrer Produktionskosten regelmäßig nicht durch die Erhöhung von Eintrittspreisen, sondern nur durch eine Aufstockung der gewährten Subventionen finanzieren können (Schuhmann 1998: Rn. 4). Vom Sinn und Zweck her müssen deshalb alle künstlerischen Leistungen, die in das Gesamtprodukt der kulturellen Einrichtung eingehen, umsatzsteuerfrei sein. Denn was ist denn die umsatzsteuerfreie Leistung eines Theaters anderes als die Summe der verschiedenen künstlerischen Leistungen der an einer Theaterproduktion beteiligten Personen, also der Schauspieler, des Regisseurs, des Bühnenbildners und anderen. So gehen denn auch die Zuschauer wegen der Schauspieler und des Regisseurs ins Theater und sie zahlen hierfür einen einheitlichen Kartenpreis. Das Honorar für den Regisseur zählt dabei genauso zu den durch öffentliche Zuschüsse mitfinanzierten Produktionskosten wie das Honorar für den Schauspieler.

Wir halten fest:

Die Beschränkung der Umsatzsteuerfreiheit auf kulturelle Dienstleistungen darbietender Einzelkünstler verstößt gegen Art. 13 Teil A Abs. 1n der Sechsten EG-Richtlinie und sie widerspricht Sinn und Zweck des § 4 Nr. 20a UStG. Die rechtswidrige Finanzverwaltungspraxis, nicht-darbietenden Künstlern die Umsatzsteuerfreiheit zu versagen, führt bei den Theater/Orchesterbetrieben zu einer Verteuerung der Produktionskosten.

Auch die Leistungen von nicht-darbietenden Künstlern, wie Regisseuren, Bühnenbildner etc., sind kulturelle Dienstleistungen und als solche von der Umsatzsteuer befreit. Um etwaigen Missverständnissen in den Finanzämtern vorzubeugen, empfiehlt es sich, dies durch ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums klarzustellen.

2. Bescheinigungsverfahren gem. § 4 Nr. 20a S. 2 UStG

Gegenwärtig sind die Leistungen der Einzelkünstler nur umsatzsteuerbefreit, wenn auf Antrag die zuständige Landesbehörde (in Berlin ist das die Senatsverwaltung für Kultur, in anderen Bundesländern die Bezirksregierung) bescheinigt, dass die Einzelkünstler „*die gleichen kulturellen Aufgaben wie Theater, Orchester etc. erfüllen*“ (§ 4 Nr. 20a Satz 2 UStG). Für die Erteilung der Bescheinigung erheben die Landesbehörden jeweils eine Verwaltungsgebühr.

Die Auswertung unserer Fragebögen ergibt, dass das Bescheinigungsverfahren in vielen Theater/Orchesterbetrieben einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand verursacht. Denn auch wenn jeweils der Künstler antragsberechtigt ist, weil es ja seine Leistung ist, die von der Umsatzsteuer befreit werden soll, so sind es regelmäßig die Theater/Orchesterbetriebe, die für den Einzelkünstler die Bescheinigung gem. § 4 Nr. 20a Satz 2 UStG beantragen, weil ihnen die beantragte Bescheinigung im Ergebnis zugute kommt: Die Honorare werden so um 16 % billiger.

Der Verwaltungsaufwand, den das Bescheinigungsverfahren für die zuständigen Landesbehörden und den Theater/Orchesterbetrieben bedeutet, wäre allenfalls zu akzeptieren, wenn die Bescheinigung bei Einzelkünstlern einen fiskalischen Sinn machte. Das ist aber nicht der Fall.

Die Behörde soll ja bescheinigen, dass der Einzelkünstler (Regisseur, Dirigent, Schauspieler) die gleichen kulturellen Aufgaben erfüllt wie die Einrichtung Theater oder Orchester. Und welche kulturelle Aufgaben erfüllt ein Theater, ein Orchester? Nun, es führt ein Schauspiel auf, es spielt eine Symphonie. Bedarf es denn wirklich eines separaten gebührenpflichtigen Bescheinigungsverfahrens, um festzustellen dass es zu einem Schauspiel eines Regisseurs und Schauspielers und zu einem Konzert eines Dirigenten bedarf? Schätzt der Gesetzgeber die Kompetenzen eines Finanzbeamten so gering, dass er glaubt, ohne Bescheinigung einer Kulturbehörde könne dieser nicht erkennen, dass ein Schauspieler die gleichen kulturellen Aufgaben erfüllt wie das Schauspielhaus selbst?

Entweder durch Erlass (Bundesfinanzministerium) oder Gesetzesänderung (Bundestag) ist klarzustellen, dass die Leistungen von Einzelkünstlern, die in den in § 4 Nr. 20a EStG genannten Einrichtungen künstlerische Leistungen erbringen, per se umsatzsteuerfrei sind. Einer separaten Bescheinigung gem. § 4 Nr. 20a Satz 2 UStG bedarf es bei Einzelkünstlern nicht.

D. Lohnsteuer

In der täglichen Arbeit der Theater/Orchesterbetriebe spielt die Frage, ob ein am Theater/Orchesterbetrieb tätiger Künstler oder Mitarbeiter selbständig oder nichtselbständig tätig ist, eine erhebliche Rolle.

Soweit der Künstler/Mitarbeiter selbständig tätig ist, treffen die Theater/Orchesterbetriebe keine Einbehaltungspflichten. Ist der Künstler/Mitarbeiter demgegenüber nichtselbständig tätig, sind sie verpflichtet, von der Vergütung Lohnsteuer einzubehalten und dem Finanzamt anzumelden und abzuführen.

Soweit die regelmäßig stattfindenden Lohnsteuer-Sonderprüfungen durch die Finanzämter ergeben, dass die Theater- und Orchesterbetriebe rechtlich fehlerhaft einzelne Künstler/Mitarbeiter als selbständig beurteilt haben, können gegen die Theater- und Orchesterbetriebe Haftungsbescheide über die nicht einbehaltenen Lohnsteuern festgesetzt werden. Anders als bei den Betriebsprüfungen der Landesversicherungsanstalten wird bei der Auswertung der Lohnsteuer-Sonderprüfungen vor Erlass eines Haftungsbescheides allerdings regelmäßig geprüft, ob die nicht dem Lohnsteuerabzug unterworfenen Vergütung im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung des einzelnen Künstlers/Mitarbeiters versteuert wurde. Aber selbst wenn hierdurch die Lohnsteuer-Nachzahlung für die Theater/Orchesterbetriebe in einzelnen Fällen abgewendet werden kann, es bleibt das wirtschaftlich nicht gering zu schätzende Risiko, aufgrund der in vielen Fällen schwierigen Abgrenzung von selbständiger zu nichtselbständiger Arbeit Jahre später mit enormen Lohnsteuer-Nachforderungen konfrontiert zu werden.

Dieses Risiko späterer Lohnsteuer-Nachforderungen besteht insbesondere bei dem Engagement von im Ausland ansässigen Künstlern: Seit 1996 hat der tarifliche Lohnsteuerabzug bei im Ausland ansässigen Künstlern, die nichtselbständig tätig sind, Vorrang vor dem pauschalen Steuerabzug gem. § 50 a EStG⁴² (vgl. §§ 50 a Abs. 4 Nr. 2, 2. HS, 38 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Da eine Nachversteuerung auf Ebene der im Ausland ansässigen Künstler für die deutsche Finanzverwaltung regelmäßig nicht zu realisieren ist, werden in diesen Fällen immer die Theater/Orchesterbetriebe als Haftungsschuldner in Anspruch genommen.

Die tatsächlichen und rechtlichen Probleme bei der Abgrenzung der nichtselbständigen von der selbständigen Tätigkeit im Steuerrecht sind mit der Situation im Sozialversicherungsrecht weitestgehend ebenso vergleichbar, wie die Lösungsansätze in der Rechtsprechung der Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichte und der Spitzenverbände der Sozialversicherung und Finanzverwaltung. Aus diesem Grund werden die besonderen steuerlichen Aspekte bei der Abgrenzung selbständige/nichtselbständige Tätigkeit gemeinsam mit den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Aspekten im Kapitel „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Teil dieses Gutachtens erläutert.

⁴² Zum Steuerabzug bei im Ausland ansässigen Künstlern siehe auch das nachfolgende Kapitel E.

Es macht nämlich überhaupt keinen Sinn bei der Abgrenzung selbständige/nichtselbständige Arbeit im Bereich des Steuerrechts Lösungsansätze zu entwickeln, die nicht im Einklang mit den im Sozialversicherungsrecht entwickelten Lösungsansätzen stehen. Eine für die tägliche Abrechnungspraxis in den Theater- und Orchesterbetrieben sinnvolle, einfach handhabbare und verständliche Lösung der Abgrenzungsfrage selbständig/nichtselbständig kann deshalb immer nur zum Ziel haben, ein einheitliches Verfahren zu entwickeln.

Und eben diese Vereinheitlichung des Verfahrens ist unseres Erachtens der entscheidende Vorteil des im Kapitel „Scheinselbständigkeit“ vorgeschlagenen Wahlrechts zur Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung und macht deshalb auch im Bereich des Steuerrechts Sinn. Hat der Künstler für konkrete Gast- und Stückverträge die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung konstitutiv festgelegt, sollte auch das Finanzamt an diese Wahl gebunden sein und den Künstler auch für steuerliche Zwecke als Selbständigen einordnen. Mit dieser Anknüpfung an die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung wäre ein Verfahren gefunden, dass sowohl dem Finanzamt als auch den Theater/Orchesterbetrieben langwierige und zeitraubende Auseinandersetzungen über die Abgrenzung selbständig/nichtselbständig ersparen würde und würde stattdessen für Rechts- und Planungssicherheit sorgen.

Im übrigen verweisen wir auf die Ausführungen im Kapitel „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Teil dieses Gutachtens.

E. Abzugssteuer bei im Ausland ansässigen Künstlern

Die Besteuerung von im Ausland ansässigen Künstlern für in Deutschland erbrachte künstlerische Leistungen (nachfolgend „Ausländerbesteuerung“) stellt für die Theater/Orchesterbetriebe ein erhebliches Problem dar: Da es bei der Ausländerbesteuerung in Deutschland – anders als in anderen Staaten - keinen einheitlichen pauschalen Abzugssteuersatz gibt, sondern abhängig vom Status (selbständig/nichtselbständig) und der Dauer des Engagements unterschiedliche Steuersätze und Abrechnungsmethoden zur Anwendung kommen, ist die richtige Abrechnung der Vergütungen für die Theater/Orchesterbetriebe äußerst kompliziert. Neben dem bürokratischen Aufwand, den die Ausländerbesteuerung verursacht, ist die komplexe steuerrechtliche Situation für die Theater/Orchesterbetriebe zudem ohne Kostenverursachende steuerliche Beratung kaum noch zu übersehen. Und soweit schließlich bei einzelnen Künstlern eine Freistellung nach einem Doppelbesteuerungsabkommen möglich ist, kann dies gegenwärtig erst durch Einleitung eines separaten und zeitaufwändigen Freistellungsverfahrens erreicht werden.

I. Rechtliche Situation

Bei der steuerrechtlichen Beurteilung des Engagements eines im Ausland ansässigen Künstlers sind drei Ebenen zu prüfen:

- Deutsches Einkommensteuerrecht
- Doppelbesteuerungsabkommen, dass die Bundesrepublik mit dem Staat, in dem der Künstler ansässig ist, unter Umständen geschlossen hat.
- Umsetzung der Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens auf Ebene der deutschen Einkommensteuer

1. Einkommensteuerrecht

Im Ausland ansässige Künstler sind mit ihren Einkünften aus in Deutschland ausgeübter künstlerischer Tätigkeit in Deutschland einkommensteuerpflichtig (§§ 49 Abs. 1 Nr. 3 und 4 EStG). Für den Steuerabzug ist aber nicht der Steuerschuldner, also der Künstler, sondern der jeweilige Theater/Orchesterbetrieb verantwortlich. Bei der Höhe des Steuerabzugs wird – jeweils unter Berücksichtigung von 5,5 % Solidaritätszuschlag - gegenwärtig wie folgt unterschieden:

Fallgruppe	Status ⁴³	Steuersatz ⁴⁴
1	Selbständig tätiger Künstler (§ 50a Abs. 4 Nr. 2 EStG)	Bis 250 € steuerfrei 250 € bis 500 € 10,55 % € 500 - € 1.000 15,83 % Über 1.000 € pauschal 21,1 %
2	Nichtselbständig tätige Künstler, die <u>kurzfristig</u> engagiert werden, d. h. höchstens 6 Monate (BMF, Schreiben vom 31. Juli 2002, BStBl. I 707)	pauschal 26,375 %
3	Nichtselbständig tätige Künstler, die <u>langfristig</u> engagiert werden, d. h. mehr als 6 Monate (§§ 50 a Abs. 4 Nr. 2, 2. HS , 39 d EStG)	Lohnsteuerabzug/Tarifsatz

In den Fallgruppen 1 und 2 – also des pauschalen Steuerabzugs – zählen zur Bemessungsgrundlage auch die erstatteten Reisekosten (§ 50 a Abs. 4 Satz 2 EStG; BMF, Schreiben vom 31. Juli 2002 Nr. 4.3., BStBl. I 2002, 707).

⁴³ Wegen der Abgrenzung von selbständiger und nichtselbständiger Tätigkeit und den hiermit bei Theater/Orchesterbetrieben verbundenen Problemen wird auf die Ausführungen im Kapitel „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Teil dieses Gutachtens verwiesen.

⁴⁴ Zum Vergleich die Abzugssteuersätze einiger anderer Staaten für Leistungen ausländischer Künstler: Frankreich 15 %, Großbritannien 25 %, Japan 20 %, Österreich 20 %, Schweiz (abhängig vom Kanton) 20 % bis 25 %, USA 30 % (mit der Möglichkeit Sondervereinbarungen mit der IRS zu schließen)

Durch das EuGH-Urteil vom 12. Juni 2003 (Gerritse) wurde die Nichtberücksichtigung von Betriebsausgaben/Werbungskosten bei der pauschalen Abzugssteuer von Künstlern, die in EU-Mitgliedsstaaten ansässig sind, für rechtswidrig erklärt (EuGH, Urteil vom 12. Juni 2003 – Gerritse –, IStR 2003, 458). Ob dies dazu führt, dass die erstatteten Reisekosten nicht mehr zur Bemessungsgrundlage beim pauschalen Steuerabzug gehören, ist derzeit genauso umstritten (dagegen: BMF, Schreiben vom 3. November 2003, BStBl. I 2003, 553; dafür: offenbar Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 18. August 2003, EFG 2004, 995, jedenfalls bei der Festsetzung eines Haftungsbescheides; Schnitger 2003: FR 745) wie die Frage, ob die Anwendung der Grundsätze des EuGH-Urteils Gerritse auch auf Künstler aus Nicht-EU-Staaten anwendbar ist (dafür FG Düsseldorf, Urteil vom 18. August 2003, EFG 2004, 995; dagegen im Falle eines US-Künstlers BFH, Urteil vom 19. November 2003, IStR 2004, 379).

Mit Beschluss vom 28. April 2004 hat der BFH dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung vorgelegt, die die Vereinbarkeit des Steuerabzugsverfahrens gem. §§ 50 a Abs. 4 und 5, 50 d Abs. 1 EStG mit dem Artikel 49 und 50 EGV n. F. betreffen (BFH, Beschluss vom 28. April 2004, IStR 2004, 583).

Damit steht gegenwärtig das gesamte Steuerabzugsverfahren bei im Ausland ansässigen Künstlern auf dem Prüfstand des EuGH.

2. Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung

Bei der Besteuerung im Ausland ansässiger Künstler ist ferner das Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (nachfolgend Doppelbesteuerungsabkommen) zu berücksichtigen, soweit die Bundesrepublik mit dem Wohnsitzstaat des Künstlers einen solchen geschlossen hat. Doppelbesteuerungsabkommen bestehen mit allen europäischen, den meisten amerikanischen, asiatischen und afrikanischen Staaten. Keine Doppelbesteuerungsabkommen bestehen mit sogenannten Steueroasen, wie Monaco oder den Cayman Islands.

Auch wenn eine pauschale Beurteilung nicht möglich ist, da die Doppelbesteuerungsabkommen oftmals im Detail unterschiedliche Regelungen vorsehen, so ergibt sich regelmäßig doch folgende Unterscheidung:

- Einkünfte selbständiger darbietender Künstler und nichtselbständiger Künstler sind im jeweiligen Auftrittsstaat steuerpflichtig (vgl. Art. 17 OECD-Musterabkommen für darbietende Künstler und Art. 15 OECD-Musterabkommen für nichtselbständige nicht-darbietende Künstler).
- Einkünfte selbständiger nicht-darbietender Künstler sind im Ansässigkeitsstaat steuerpflichtig (vgl. Art. 7 OECD-Musterabkommen, vormals Art. 14 OECD-Musterabkommen).

Anders als bei der Umsatzsteuer ist bei der Einkommensteuer ausländischer Künstler aufgrund der Doppelbesteuerungsabkommen zwischen darbietenden und nicht-

darbietenden Künstlern zu unterscheiden. Denn Künstler im Sinne des sogenannten Künstler-Artikels (vgl. Art. 17 OECD-Musterabkommen) sind nur vortragende, darbietende Künstler. Nicht-darbietende Künstler, wie Regisseure, Komponisten, Bühnenbildner, Kostümbildner, Lichtdesigner und andere nicht auf der Bühne auftretende Künstler, sind keine Künstler im Sinne der Künstler-Artikel der Doppelbesteuerungsabkommen (BFH zu Art. XI Abs. 6 DBA Deutschland/Großbritannien, Urteil vom 8. April 1997, DStR 1997, 1359; BFH zu Art. 8 Abs. 2 Satz 2 DBA Deutschland/Österreich a. F. und Art. 9 Abs. 2 Satz 2 DBA Deutschland/Niederlande, Urteil vom 18. Juli 2001, IStR 2001, 653-655; Nr. 3 Musterkommentar zu Art. 17 OECD-Musterabkommen; Mody 2004: Rn. 14; Wassermeyer 1997: Rn. 21).

Bezogen auf die Besteuerung an einem deutschen Theater oder Orchester tätiger ausländischer Künstler heißt das: Nur bei selbständig tätigen Regisseuren, Bühnenbildnern und anderen nicht-darbietenden Künstlern hat die Bundesrepublik kein Besteuerungsrecht. Bei allen anderen Künstlern (einschließlich nichtselbständig tätiger Regisseure, Bühnenbildner und anderer nicht-darbietender Künstler) hat der deutsche Fiskus ein Besteuerungsrecht.

3. Umsetzung der DBA in nationales Recht: Freistellungsverfahren

Soweit die Bundesrepublik wegen Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens kein Besteuerungsrecht hat, also – wie die Ausführungen unter 2. zeigen – regelmäßig nur bei selbständig tätigen Regisseuren, Bühnenbildnern und anderen nicht-darbietenden Künstlern –, bleiben die Theater/Orchesterbetriebe gleichwohl zu dem unter aa) dargestellten Steuerabzug verpflichtet, solange und soweit dem Künstler auf entsprechenden Antrag hin vom Bundesamt für Finanzen keine Freistellungsbescheinigung erteilt wird (§ 50 d Abs. 1 und 2 EStG).

Dabei ist es von entscheidender Bedeutung, dass der Antrag auf Erteilung einer Freistellungsbescheinigung vor Auszahlung der Vergütung beim Bundesamt für Finanzen eingeht, weil nur dann ein Steuerabzug unterbleiben kann, vorausgesetzt die Freistellungsbescheinigung wird später überhaupt erteilt (§ 50 d Abs. 2 Satz 4 EStG).

Behalten die Theater/Orchesterbetriebe die geschuldete Steuer nicht ein, können sie vom Finanzamt als Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden.

4. Zusammenfassung und Kritik

Bei der Besteuerung der Honorare im Ausland ansässiger Künstler für in Deutschland erbrachte künstlerische Leistungen (nachfolgend „Ausländersteuer“) sind zahllose Fallgruppen zu unterscheiden, die im Ergebnis alle zu unterschiedlichen Besteuerungen führen:

- Selbständige und nichtselbständige Künstler

- Kurzfristig und langfristig beim Theater/Orchesterbetrieb tätige Künstler
- Darbietende und nicht-darbietende Künstler
- Ansässigkeit in Staat mit Doppelbesteuerungsabkommen ja/nein

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass die Art und Weise der Ausländerbesteuerung von fast allen Theater/Orchesterbetrieben in den Antworten auf den Fragebogen heftig kritisiert wird.

Gerügt wird vor allem, dass das Freistellungsverfahren einen hohen Verwaltungsaufwand verursache und zu lange dauere. Die Theater- und Orchesterbetriebe beklagen weiterhin, dass sie gegenüber den Künstlern oftmals ein Vermittlungsproblem hätten, weil das umständliche deutsche Abzugsverfahren nicht verstanden und somit auch nicht akzeptiert werde. Schließlich sei es eine unnötige Verkomplizierung, dass es für selbständig und nichtselbständig tätige Künstler keinen einheitlichen Pauschalsteuersatz gebe. Damit würde die Problematik der Scheinselbständigkeit, also der Abgrenzung selbständige/nichtselbständige Arbeit, voll im Bereich der Abzugssteuer durchschlagen.

II. Vorschläge

1. Einheitlicher pauschaler Steuersatz

Wie in anderen Staaten auch sollte die Besteuerung der im Ausland ansässigen Künstler einem einheitlichen Steuerabzugssatz von 20 % unterworfen werden.

Der Wegfall der gegenwärtigen dreiteiligen Unterscheidung zwischen selbständiger, kurzfristiger nichtselbständiger und langfristiger nichtselbständiger Tätigkeit wäre für alle Beteiligten – Finanzverwaltung und Theater/Orchesterbetrieben – eine enorme Vereinfachung.

2. Reisekosten-Erstattung nicht Gegenstand von Steuerabzug

In Anlehnung an die im EuGH-Urteil *Gerritse* getroffenen Feststellungen wäre es begrüßenswert, wenn die Erstattungen von Reisekosten an ausländische Künstler nicht mehr mit in die Bemessungsgrundlage für den pauschalen Steuerabzug einbezogen werden.

3. Vereinfachung des Freistellungsverfahrens

Das aufwendige Freistellungsverfahren sollte im Interesse der Steuervereinfachung und zur Entlastung sowohl des Bundesamts für Finanzen als auch der Theater/Orchesterbetriebe vereinfacht werden.

Im Bereich der Theater/Orchesterbetriebe kann es im Ergebnis nur bei selbständig tätigen, nicht-darbietenden Künstlern, also bei Regisseuren, Bühnenbildnern etc., zu einer Freistellung kommen. Aus diesem Grund empfiehlt es sich über vereinfachende Alternativen zur Erlangung der Freistellung nachzudenken, die das Ausfüllen der Freistellungsanträge und die wegen der Überlastung des Bundesamts für Finanzen bis zu 6 Monate dauernde Wartezeit bis zur Erteilung der Freistellungsbescheinigung überflüssig machen und somit eine wesentliche Erleichterung für beide, Theater/Orchesterbetriebe und Bundesamt für Finanzen, darstellen würden.

Das Freistellungsverfahren beim Bundesamt für Finanzen könnte zum Beispiel dadurch ersetzt werden, dass man die Vorlage der Ansässigkeitsbescheinigung des Künstlers seines ausländischen Wohnsitzfinanzamts beim Theater/Orchesterbetrieb für die Freistellung ausreichen lässt oder das Kontrollmeldeverfahren gem. § 50 d Abs. 5 EStG ohne betragsmäßige Begrenzung auf sämtliche selbständige, nicht-darbietenden Künstler, die an Theater/Orchesterbetrieben tätig sind, erweitert:

a) Vorlage der Ansässigkeitsbescheinigung ausreichend

Neben den auch schon jetzt vom Theater/Orchesterbetrieb vor Stellen eines Freistellungsantrags zu prüfenden Voraussetzungen, ob die Tätigkeit eine selbständige ist und ob die Bundesrepublik mit dem Staat, in dem der nicht-darbietende Künstler ansässig ist, überhaupt ein Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen hat, bedarf es letztlich nur noch des Nachweises, dass der Künstler in diesem ausländischen Staat ansässig ist (§ 50 d Abs. 4 EStG). Deshalb sollte es in diesen Fällen für eine Freistellung vom Steuerabzug ausreichen, wenn der Künstler dem Theater/Orchesterbetrieb die Ansässigkeitsbescheinigung seiner ausländischen Finanzbehörde vorlegt. Unterlassen die Künstler dies, müssen die Theater/Orchesterbetriebe wie bisher vom Honorar den Steuerabzug vornehmen.

b) Generelle Anwendung des Kontrollmeldeverfahrens bei selbständigen, nicht-darbietenden Künstlern

Gegenwärtig kommt das die Freistellung vereinfachende Kontrollmeldeverfahren nur zur Anwendung, wenn die an den Vergütungsgläubiger geleistete einzelne Zahlung nicht den Bruttoertrag von 5.500 € und die während eines Kalenderjahres geleisteten Zahlungen insgesamt nicht den Bruttobetrag von 40.000 € übersteigen (§ 50 d Abs. 5 EStG, BMF, Schreiben vom 18. Dezember 2002, BStBl. I 2002, 1386).

Da – wie oben dargestellt – selbständige, nicht-darbietende Künstler, also Regisseure, Kostüm- und Bühnenbildner, Lichtdesigner, aufgrund der Doppelbesteuerungsabkommen generell nicht in Deutschland steuerpflichtig sind, sollte es in diesen Fälle ausreichen, wenn der Theater/Orchesterbetrieb diese Künstler im Rahmen des vereinfachten Kontrollmeldeverfahrens vom Steuerabzug freistellen.

Für den seltenen Fall, dass ein Regisseur in einem Staat ansässig ist, mit dem die Bundesrepublik kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat (z. B. Monaco, Cayman Islands), verbleibt es wie bisher beim Steuerabzug, das Kontrollmeldeverfahren findet keine Anwendung.

III. Hinweislich: Doppelbesteuerung von nicht-darbietenden Künstlern

Kein unmittelbares Problem für die Theater/Orchesterbetriebe ist die in einzelnen Fällen mögliche Doppelbesteuerung der Einkünfte von nicht-darbietenden Künstlern (Regisseure, Bühnenbildner etc.). Da dieses Problem aber von einigen Theater/Orchesterbetrieben in unseren Fragebogen ausdrücklich angesprochen wurde, möchten wir es hier kurz erläutern, zumal es für die betroffenen Künstler nicht hinnehmbare Konsequenzen hat. Im übrigen zeigt sich, dass auch dieses Problem letztlich seine Ursache in der Abgrenzungsfrage selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit hat, und auch vor diesem Hintergrund eine richtige und die Rechtsprechung berücksichtigende Beurteilung seitens der Finanzämter dringend geboten ist.

Worum geht es?

Zu einer Doppelbesteuerung der Einkünfte von nicht-darbietenden Künstlern kann es kommen, wenn der Staat, in dem der Künstler ansässig ist (Wohnsitzstaat) und der Staat, in dem er künstlerisch tätig ist (Tätigkeitsstaat), die Frage der Selbständigkeit und Nichtselbständigkeit der künstlerischen Tätigkeit unterschiedlich beurteilen. Das ist durchaus keine Seltenheit, da jeder Staat das Tatbestandsmerkmal selbständig/nichtselbständig nach eigenem nationalen Recht auslegt.

1. Fallkonstellation: Im Ausland ansässiger nicht-darbietender Künstler ist in Deutschland tätig

Beispiel: Der in Belgien ansässige Regisseur inszeniert in Deutschland im Rahmen eines Stückevertrages ein Theaterstück. Der belgische Fiskus geht von einer selbständigen, der deutsche Fiskus von einer nichtselbständigen Tätigkeit aus. Nach belgischer Lesart sind P's Einkünfte in Belgien (Art. 14 DBA Belgien/Deutschland), nach deutscher in Deutschland steuerpflichtig (Art. 15 DBA). Das deutsche Theater ist verpflichtet, den Steuerabzug vorzunehmen.

Diesen Fall der Doppelbesteuerung kann und darf es so eigentlich nicht mehr geben: Denn nach deutschem Verständnis sind Regisseure, die zeitlich befristet bei einem Theater engagiert sind, selbständig tätig (Finanzgericht Berlin, Urteil vom 18. Juli 2003, DStR 2004, 333). Jedenfalls bei Regisseuren wird dies von der Finanzverwaltung regelmäßig auch akzeptiert (BMF, Schreiben vom 5. Oktober 1990, BStBl. I 1990, 638: 1.1.2.).

2. Fallkonstellation: In Deutschland ansässiger nicht-darbietender Künstler ist im Ausland tätig

Beispiel: Der in Deutschland wohnhafte Regisseur inszeniert in Österreich im Rahmen eines Stückvertrages. Der deutsche Fiskus geht von einer selbständigen Tätigkeit und somit einem deutschen Besteuerungsrecht (Art. 14 DBA Österreich/Deutschland), der österreichische von einer nichtselbständigen Tätigkeit und somit österreichischem Besteuerungsrecht aus (Art. 15 DBA Österreich/Deutschland).

Auch diese Fälle sind keine Seltenheit. Für den Künstler bedeutet dies, dass von seiner Vergütung einerseits österreichische Abzugssteuer einbehalten und diese Vergütung andererseits auch der deutschen Einkommensteuer unterworfen wird, ohne dass die österreichische Abzugssteuer angerechnet wird. Dies kann in Einzelfällen zu einer 70%igen Steuerbelastung führen.

Gegenwärtig bleibt den betroffenen Künstlern nur die Möglichkeit, einen Antrag auf Einleitung des sogenannten Verständigungsverfahrens zu stellen. In diesem oftmals Jahre dauernden Verfahren sollen die beiden Staaten sich mit dem Ziel verständigen, dass der Steuerpflichtige im Ergebnis nicht doppelt besteuert wird. Da manche Doppelbesteuerungsabkommen in Fällen von doppelter Besteuerung aber nur die Verpflichtung der Staaten vorsehen ein Verständigungsverfahren einzuleiten, nicht aber die Verpflichtung, sich auch tatsächlich zu verständigen, kann es selbst nach einem Verständigungsverfahren bei einer doppelten Besteuerung des Künstlers bleiben.

Das Problem einer doppelten Besteuerung in dieser Fallkonstellation kann von deutscher Seite durch eine Gesetzesänderung nicht gelöst werden. Es wäre aber begrüßenswert, wenn die Finanzverwaltung entstehende Härten dadurch mildert, dass sie wenigstens bis zur Höhe der im Ausland einbehaltenen Abzugssteuer die Vollziehung eines deutschen Steuerbescheides bis zur Beendigung des Verständigungsverfahrens aus Billigkeitsgründen aussetzt. Gegenwärtig weigern sich deutsche Finanzämter oftmals Aussetzung der Vollziehung zu gewähren, so dass die Künstler bis zum Abschluss des Verständigungsverfahrens bis zu 70 % Steuern bezahlen müssen.

F. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge im Steuerrecht

Wie bereits eingangs erläutert, sind die Theater/Orchesterbetriebe im Bereich des Steuerrechts im wesentlichen durch komplizierte und aufwendige Verwaltungsverfahren in ihrer täglichen Arbeit gehemmt.

Es wäre ein großer Schritt in Richtung Steuervereinfachung, wenn die folgenden Änderungen realisiert würden:

- Die Möglichkeit der pauschalen Gewinnermittlung gem. § 64 Abs. 6 AO sollte auf sämtliche wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe von Theater/Orchesterbetrieben erweitert werden.
- Das EuGH-Urteil *Hoffmann* zur Umsatzsteuerbefreiung von Einzelkünstlern sollte uneingeschränkt angewendet werden. Auch Regisseure, Bühnenbildner etc. erbringen umsatzsteuerfreie Leistungen im Sinne von § 4 Nr. 20a UStG.
- Das überflüssige Erfordernis der Bescheinigung zur Umsatzsteuerbefreiung gem. § 4 Nr. 20a Satz 2 UStG sollte jedenfalls bei Künstlern, die an Theater/Orchesterbetrieben tätig sind, entfallen.
- Das im Teil „Sozialversicherungsrecht“ näher erläuterte Wahlrecht, für konkrete Gast- und Stückverträge die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung wählen zu können und die Maßgeblichkeit dieses Wahlrechts für Sozialversicherungsträger und Finanzverwaltung, würde die für die Lohnsteuer so wichtige Einordnung einer Tätigkeit von Künstlern in nichtselbständig ja/nein wesentlich erleichtern und zu mehr Rechts- und Planungssicherheit für die Theater/Orchesterbetriebe führen.
- Der Einkommensteuer-Abzugssatz sollte bei im Ausland ansässigen Künstlern einheitlich 20 % betragen. Die gegenwärtige Differenzierung nach selbständig, kurzfristig nichtselbständig, langfristig nichtselbständig tätigen Künstlern sollte abgeschafft werden.
- In Anlehnung an das EuGH-Urteil *Gerritse* sollte die Erstattung von Reisekosten nicht in die Bemessungsgrundlage des Steuerabzugs einbezogen werden.
- Das separate Antragsverfahren beim Bundesamt für Finanzen sollte bei im Ausland ansässigen, selbständigen nicht-darbietenden Künstlern (Regisseure, Choreographen, Bühnenbildner u. ä.) ersetzt werden, entweder durch die bloße Vorlage der Ansässigkeitsbescheinigung des ausländischen Wohnsitzfinanzamts oder durch die generelle, nicht betragsmäßig begrenzte, Erstreckung des vereinfachten Kontrollmeldeverfahrens auf eben diese an Theater/Orchesterbetrieben tätigen selbständigen, nicht-darbietenden Künstler.

**STRUKTURGUTACHTEN
THEATER UND ORCHESTER**

Band 2

Peter Raue · Gernod Meinel · Jan Hegemann

Hogan & Hartson Raue L.L.P.

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin, Deutschland

Telefon: +49 30 726 115 0

Telefax: +49 30 726 115 100

www.hhlaw.com

ACHTER TEIL: ARBEITSRECHT

*“O for a Muse of fire, that would ascend
The brightest heaven of invention,
A kingdom for a stage, princes to act,
And monarchs to behold the swelling scene!”*

(William Shakespeare, Henry V., Prolog)

A. Einführung

Auch für uns ist die Bühne an sich zu klein. Das Arbeitsrecht findet auf alle Arbeitsverhältnisse in unserem Land Anwendung, während an den Bühnen (wenn hier und im Folgenden von „Bühne“ oder „Theater“ gesprochen wird, so erfolgt dies lediglich aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung und schließt Musiktheater und Orchester ein) verhältnismäßig wenige Arbeitnehmer (die zusammenfassende Verwendung des Begriffs „Arbeitnehmer“ erfolgt aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung und umfasst Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen) beschäftigt sind. Das Arbeitsrecht ist dem Grunde nach Konfektionsware, die – bei allen bereichsspezifischen Regelungen – auf die Schraubenfabrik ebenso Anwendung findet wie auf das Kulturorchester. Damit sind wir beim Problem und stecken zugleich in einer Zwickmühle.

I. Die Bühnen und das Arbeitsrecht

Das Problem besteht darin, dass mit der Bühne und dem Arbeitsrecht zwei Welten aufeinander treffen, die sich zumindest in einer Hinsicht fremd sind. Die Beschäftigten an Theatern erbringen einzeln und im Kollektiv kreative Leistungen. Freiheit ist eine notwendige Bedingung für Kreativität. Freiheit aber kann und darf es nach tradiertem Verständnis im Arbeitsrecht nur eingeschränkt geben. Dieses Verständnis wird treffend zusammengefasst durch die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die einen, wenn nicht den wesentlichen Zweck des Arbeitsrechts darin sieht, der „strukturellen Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers entgegenzuwirken. Was ist mit dieser „strukturellen“ Unterlegenheit gemeint? Das Arbeitsrecht sieht den Arbeitnehmer – und fast alle Beschäftigten an Bühnen sind Arbeitnehmer – in erster Linie als Gewaltunterworfenen. Der Arbeitgeber sitzt am längeren Hebel. Er kann, wenn ihm das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers nicht zusagen, Abmahnungen aussprechen und kündigen. Der Arbeitnehmer seinerseits hat dem nichts entgegenzusetzen; denn er ist zur Sicherung seiner materiellen Existenz auf die Erlangung und auf den Erhalt des Arbeitsplatzes angewiesen. Dabei kommt es für den Arbeitsrechtler nicht darauf an, ob der Arbeitgeber seine Macht tatsächlich ausspielt. Vielmehr wirkt die bloße Möglichkeit der Machtausübung gleichsam als „fleet in being“. Wer also – so die These von der „strukturellen Unterlegenheit“ – ständig unter dem Damokles-Schwert von Sanktionen steht, kann Freiheit nicht ausüben, kann autonome Entscheidungen nicht treffen. Der zu einer autonomen Entscheidung „struktu-

rell“ nicht Befähigte, muss selbstverständlich auch vor sich selbst, etwa vor der im Kunstbetrieb nicht seltenen Selbstausbeutung, geschützt werden.

Der Schauspieler, der eine schwierige Szene immer wieder, bis in die späte Nacht, bis zur dritten Schachtel Zigaretten und der zweiten Flasche Rotwein probt, tut dies nach dem Grundverständnis des Arbeitsrechts zumindest auch wegen seiner „strukturellen Unterlegenheit“, wegen der immer mitschwingenden Angst vor arbeitsrechtlichen Sanktionen. Aber entspricht dieses Verständnis demjenigen der „Betroffenen“?

Dazu ein Regisseur: "Wenn ich nach nächtlichen Diskussionen und drei Stunden Schlaf morgens mit diesen grauen Büroarbeitern in der U-Bahn Richtung Innenstadt fahre, kann ich noch so übermüdet sein, ich denke immer: Bin ich froh, dass ich jetzt ins Theater fahren darf! Auch wenn ich genau weiß, dass ich da vor Mitternacht wieder nicht 'rauskomme'..." (zitiert nach Eikhof/Haunschild 2004: 17).

Natürlich gibt es die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers. Es soll auch betont werden, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit diese nicht zur alleinigen Maxime ihrer Entscheidungsfindung macht. Auch der Schutz der freien Unternehmerentscheidung hat im Arbeitsrecht großes Gewicht. Der Kunstbetrieb verlangt aber in besonderer Weise nach Rahmenbedingungen, die Kreativität ermöglichen, und zwar nicht nur für den Einzelnen, sondern für das Kollektiv in einem arbeitsteiligen Prozess. Es gilt also einerseits Freiheit als Grundbedingung für Kreativität zu gewährleisten. Dazu gehört es auch, Arbeitskosten so zu bemessen, dass sie nicht prohibitive Wirkungen auf den Schaffensprozess haben. Andererseits müssen die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer angemessen, fair und motivierend sein. Ausbeutung ist keine gute Voraussetzung für eine kollektive künstlerische Leistung.

Das Problem besteht weiter darin, dass Theater relativ kleine Betriebe sind, die gerade in Zeiten knapp werdender Mittel bemüht sein müssen, sich auf die eigentliche Leistungserbringung zu beschränken und den Verwaltungsaufwand zu reduzieren. Damit sind wir beim Stichwort Überregulierung. Die Überregulierung begegnet uns im Arbeitsrecht in zwei ganz unterschiedlichen Formen.

Zum einen gibt es die Überregulierung durch Normen. Ganz beispielhaft sei auf den Bundes-Angestellentarifvertrag (BAT) verwiesen. Bei dem, was wir gemeinhin verkürzt BAT nennen, handelt es sich um eine Vielzahl von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes, die in überaus komplexer Weise jeden Aspekt der Leistungserbringung im Arbeitsverhältnis regeln. Der BAT findet auf die Arbeitsverhältnisse einer nicht unbedeutenden Zahl von Arbeitnehmern an den Bühnen Anwendung. Niemand kann von sich ernsthaft behaupten, dieses Gewirr an Einzelregelungen noch zu durchschauen. Bereits das Nachhalten der korrekten Vergütung für die Beschäftigten erfordert in größeren Einheiten eine Personalwirtschaftsstelle. In Zeiten knapper Mittel ein Luxus.

Die Überregulierung begegnet einem aber im Arbeitsrecht noch in einer anderen Form, die Harald Schliemann unlängst auf der Jahrestagung der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht treffend als „Überregulierung durch Nichtregulierung“ bezeichnet hat. Wer sich in

Deutschland einen Überblick über das geltende Arbeitsrecht verschaffen will, stürzt binnen kurzer Zeit in tiefe Verzweiflung. Ein Arbeitsgesetzbuch existiert noch immer nicht. Statt dessen trifft der Rechtssuchende nicht nur auf eine unübersehbare Zahl von Gesetzen, sondern vor allem auf Abertausende von Entscheidungen der Arbeitsgerichte. Das Arbeitsrecht ist in ganz wesentlichen Teilen Judikatur und damit weitgehend intransparent. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bedeutet daher eben keine Deregulierung, sondern eine Überregulierung durch eine hochdifferenzierte Rechtsprechung. Erinnern wir uns: Der Arbeitsrichter geht von einer „strukturellen Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers aus. Damit ist klar, dass bei der Rolle des Arbeitsrichters als Quasi-Gesetzgeber die Maschen im Netz arbeitsrechtlicher Regularien nicht weiter, sondern enger werden. Harald Schliemann war übrigens Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht und ist heute Justizminister des Freistaats Thüringen.

Kommen wir zu der Zwickmühle, in der wir stecken. Bereits nach der Lektüre dieser einleitenden Sätze werden diejenigen, die dem Projekt der Enquete-Kommission kritisch gegenüber stehen, frohlocken. Soll hier etwa der Versuch unternommen werden, das gesamte deutsche Arbeitsrecht umzukrempeln, nur weil einzelne Bestimmungen mit den Produktionsgegebenheiten an den Bühnen kollidieren? Soll der Neoliberalismus Einzug in die Theaterwelt halten? Nein, all dies soll nicht versucht werden. Die Reform des Arbeitsrechts in Deutschland wird noch viele Jahre, vielleicht Jahrzehnte in Anspruch nehmen. Aber: Im Rahmen dieses Gutachtens kommen wir nicht umhin, gelegentlich auch grundsätzliche Kritik an der einen oder der anderen gesetzlichen Regelung oder an ihrer Interpretation durch die Rechtsprechung zu üben.

Erneut: Unsere Bühne ist zu klein. Aber in der notwendigen Beschränktheit dieses Projektes kann auch ein Vorteil liegen. Es mag sich zeigen, dass Anpassungen an die spezifischen Produktionsbedingungen möglich und empfehlenswert sind und in dem einen oder anderen Punkt mögen die einerseits anachronistischen, andererseits aber auch hochmodernen Produktionsbedingungen an Theatern erweisen, dass die allgemeinen Regeln grundsätzlich überdacht werden sollten.

II. Das Tarifsystem der Bühnen

„Alles steht auf dem Prüfstand. Das Theater muss sich neu beweisen – auf der Bühne und vor allem in seinen Betriebsstrukturen. ... Auch Theater sind Unternehmen und müssen auch als solche geführt werden. Wir brauchen hier, wie überall, Mut, Mut und nochmals Mut, Neues zu wagen und uns von alten Sicherheiten zu verabschieden.“

Mit diesem Aufruf leitet Christina Weiss (2004) das Jahrbuch für Kulturpolitik 2004 über die „Theaterdebatte“ ein. Schnell drohen einen allerdings Aufbruchstimmung und Mut zu verlassen, wenn man etablierte Tarifsysteme betrachtet. Mit dem Begriff „Tarifsystem“ sind in diesem Zusammenhang nicht nur die Tarifverträge als solche gemeint, sondern auch die Verfahren, die zu ihrem Abschluss führen sowie die „Spieler“ im Tarifgeschäft. Werfen wir zunächst einen Blick auf die Arbeitgeberseite.

1. Der Deutsche Bühnenverein

Wer wissen will, wie es mit dem Mut und der Experimentierfreude im Tarifsystem Bühne bestellt ist, muss in dem Jahrbuch 162 Seiten weiterblättern. Dort gewährt der Geschäftsführer des Deutschen Bühnenvereins, Rolf Bolwin, unter dem Titel „Lummerland und die Kunst oder warum wir Tarifverträge brauchen“, interessante Einblicke.

Bolwin fordert den Leser auf, sich gedanklich nach Lummerland versetzen zu lassen. *Nichts leichter als das. Folgen wir ihm!* Lummerland eröffnet ein Theater. *Gut so!* Aber es läuft nicht. Intendant und Schauspieler geraten schnell aneinander. Dann naht Rettung. Es werden *Tarifverträge* abgeschlossen und schon schnurrt der Theaterbetrieb reibungslos (Bolwin 2004: 173).

An dieser Stelle werden wir misstrauisch. Lummerland ist doch so klein. Zu Beginn gab es dort nur den König, Alfons der Viertel-vor-Zwölfte, und seine beiden Untertanen, Frau Waas und Herrn Ärmel – wenn man einmal von Lukas absieht, der eigentlich kein Untertan war, sondern Lokomotivführer. Bereits die Besetzung des Bühnenschiedsgerichts wird zum Problem. Nur ein deutscher Verbandsvertreter kann wohl auf die Idee kommen, dass selbst eine solche Gesellschaft ohne Tarifverträge nicht existieren kann.

Kehren wir lieber zurück nach Deutschland. Bolwin erläutert, wie gut sich das Tarifsystem in Zeiten wirtschaftlichen Wohlergehens und vor der Wiedervereinigung bewährt habe. Dann sei 2003 der Tarifabschluss des öffentlichen Dienstes erfolgt, dessen Tariferhöhungen angesichts der desolaten finanziellen Lage der öffentlichen Hand und insbesondere der Kommunen „nicht zu rechtfertigen“ waren. Schlimmer aber habe sich der tarifpolitische Sonderweg des Nationaltheaters Weimar ausgewirkt. Dieser erschwere es der Arbeitgeberseite, eine „konstruktive tarifpolitische Zielsetzung“ zu entwickeln (Bolwin 2004: 177 f.). Insgesamt sei der Flächentarifvertrag noch immer das Mittel der Wahl. Er könne betriebsspezifische Regeln zulassen, aber „nicht zu viel“ (Bolwin 2004: 181). Das Tarifgeschäft sei kompliziert und es bedürfe strategischer Planung und konsequenter Verfolgung der Arbeitgeberinteressen, um sich gegenüber den „immer noch allgegenwärtigen“ Gewerkschaften durchzusetzen. Die Tarifautonomie habe Unternehmen zu großer Leistungsfähigkeit verholfen und sei auch an den Theatern und Orchestern nicht in Frage zu stellen (Bolwin 2004: 183).

Erneut werden wir misstrauisch. Wie kann sich Tarifautonomie in der Gestaltungsform des Flächentarifvertrags bewährt haben, wenn sie – wie Bolwin selbst ausführt – zu einem wirtschaftlich nicht vertretbaren Tarifabschluss im öffentlichen Dienst geführt hat? Geld in Zeiten des Überflusses zu verteilen ist einfach. In Zeiten der Knappheit der Mittel muss sich ein System bewähren. Wie kann der mutige Sonder-

weg eines einzelnen Theaters, das vom Deutschen Bühnenverein schon abgeschrieben war und das gleichsam in Notwehr aus dem etablierten Tarifsysteem ausbrechen musste, um seine schiere Existenz zu sichern, die Tarifpolitik des großen Arbeitgeberverbands der deutschen Bühnen gefährden? Warum wird derjenige, der dem Weg des Bühnenvereins aus gutem Grund nicht bedingungslos bis hin zur Selbstaufgabe gefolgt ist und damit ein Theater in seiner Selbständigkeit erhalten hat, als unprofessioneller Hasardeur und als Verräter des Arbeitgeberlagers denunziert? Was hat es mit den „allgegenwärtigen“ Gewerkschaften auf sich? Wie stark sind sie wirklich?

Beginnen wir mit der letzten Frage. Arbeitgeberverband und Gewerkschaft verhalten sich wie Clownfisch und Seeanemone. Beide profitieren voneinander. Arbeitgeberverbände machen das Leben einer Gewerkschaft bequemer, weil sie den Verhandlungsaufwand senken. Man kann landes- oder bundesweite Regelungen treffen. Gemeinsam hat man den Vorteil, sich als Ordnungsmacht darstellen zu können. Deshalb haben Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften ein massives Eigeninteresse am Abschluss von Flächentarifverträgen. Das erklärt auch Bolwins Bemerkung, betriebsspezifische Regelungen könnten im Flächentarifvertrag zugelassen werden, aber - bitte - bloß „nicht zu viel“ Flexibilität. Zum Abschluss von Haustarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen braucht eben niemand einen Verband. Die Wahrnehmung der Interessen auf Arbeitgeberseite wird ferner dadurch erschwert, dass die Abhängigkeit des Arbeitgeberverbands von seinem Gegenspieler größer ist als umgekehrt. Ohne Gewerkschaft würde es ihn gar nicht geben. Umgekehrt gilt das nicht. Der Arbeitgeberverband braucht – um seine Existenz zu rechtfertigen – den Tarifabschluss mit ihm, dem Verband. Die Gewerkschaft kann auch mit dem einzelnen Unternehmen oder einer Gebietskörperschaft kontrahieren. Deshalb sind Gewerkschaften den Arbeitgeberverbänden (nicht den Arbeitgebern!), aus der Verhandlungssituation heraus betrachtet, strukturell überlegen. Das ist einer der Gründe, warum Arbeitgeberverbände immer wieder Tarifverträge abschließen, die aus der Sicht ihrer Klientel wirtschaftlich nicht zu vertreten sind. Die Tarifabschlüsse für den öffentlichen Dienst im Jahre 2003 sind dafür nur ein Beispiel. Ähnliches geschieht auch in der Wirtschaft.

Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften favorisieren stets den Flächentarifvertrag. Der Flächentarifvertrag schafft Ordnung für eine gesamte Branche. Die ihn abschließenden Verbände sind die „Ordnungsmächte“. Der Flächentarifvertrag sichert den Verbänden eine Monopolstellung. Dies erklärt den auf den ersten Blick rational nicht verständlichen bodenlosen Zorn, mit dem der Deutsche Bühnenverein den Sonderweg von Weimar verfolgt. Kein Monopolist sieht es gerne, wenn seine Alleinstellung angegriffen wird. Aus diesem Grund auch sind Arbeitgeberverbände nicht die beruflichen Vertreter, wenn es um die Berücksichtigung von regionalen oder gar hausspezifischen Sonderbedürfnissen geht. Die Vielzahl von hausspezifischen Notlagentarifverträgen, die von den Verbänden im Bühnenbereich abgeschlossen wurden, belegen nicht das Gegenteil. Stets handelt es sich dabei aus der Sicht des Verbandes um die Ausnahme von der Regel, nicht aber um einen Normalzustand.

Bei dem Deutschen Bühnenverein stößt man noch auf ein weiteres Strukturproblem. Er ist lediglich für die Regelung der Arbeitsbedingungen der künstlerischen und der künstlerisch-technischen Mitarbeiter tarifzuständig. Die Arbeitsbedingungen der übrigen Mitarbeiter richten sich nach dem Bundes-Angestellentarifvertrag (BAT/BAT-O), Bundesmanteltarifvertrag für die Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G/BMT-G-O) und dem Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (MTArb/MTArb-O), für deren Abschluss auf Arbeitgeberseite die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) und die Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA) verantwortlich zeichnen. Der Deutsche Bühnenverein ist daher gar nicht in der Lage, den spezifischen Anforderungen des Bühnenbetriebs entsprechende Regelwerke für alle Beschäftigten der Bühnen zu verhandeln und abzuschließen. Selbstverständlich ließe sich daran denken, dem Deutschen Bühnenverein eine weitergehende Tarifzuständigkeit einzuräumen. Damit stünde man allerdings vor einem weiteren Problem. Die dünne personelle Ausstattung lässt es wenig wahrscheinlich sein, dass der Deutsche Bühnenverein in der Lage wäre, glaubhaft der Schlagkraft etwa einer Gewerkschaft ver.di entgegenzutreten, insbesondere wenn es darum geht, hausspezifische Regelungen für eine Vielzahl von Häusern zu verhandeln. Zumindest ein Kapazitätsproblem wäre programmiert.

2. Die Gewerkschaften

Es ist verständlich, wenn Bolwin die Gewerkschaften als „allgegenwärtig“ darstellt. Je stärker der Gegenspieler, desto größer ist die Bedeutung des die Arbeitgeberinteressen wahrenen Verbandes. Aber wie ist es mit der Stärke der Gewerkschaften im Bühnenbereich bestellt?

Im Bühnenbereich sind vier Gewerkschaften vertreten: Die Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger (GDBA), die Vereinigung deutscher Opernchöre und Bühnentänzer e. V. (VdO), die Deutsche Orchestervereinigung e. V. (DOV) und die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft e. V. (ver.di).

Starke Gewerkschaften sind eine notwendige Voraussetzung für das Funktionieren von Tarifautonomie. Diese Stärke hat in den vergangenen Jahren kontinuierlich abgenommen. Hatten die DGB-Gewerkschaften im Jahre 1993 noch ca. 10,3 Mio. Mitglieder (Deutscher Gewerkschaftsbund 2004b), so waren es Ende 2003 nur noch ca. 7,4 Mio. (Deutscher Gewerkschaftsbund 2004c). Entgegen dem allgemeinen Trend verfügt vor allem die Deutsche Orchestervereinigung (DOV) im Bühnenbereich über einen beachtlichen Organisationsgrad. Belegt dieser aber Stärke?

Die Tarifautonomie funktioniert nach dialektischem Prinzip. Verhandlungsmacht ist Arbeitskampfmacht, Streikmacht. Im öffentlichen Dienst etwa wird diese deutlich in Stadtreinigungsbetrieben und im öffentlichen Personennahverkehr. Streikt die Müllabfuhr, beginnt es in der Stadt zu stinken. Streiken die Busfahrer, kommen die Arbeitnehmer in unserem Land nicht ins Büro oder in die Fabrik, die Kinder nicht zur Schule, die Studenten nicht zu ihrer Universität. Streikt das städtische Kulturorchester,

bleiben wir zu Hause und legen eine CD ein. Der unmittelbare Leidensdruck ist überschaubar. An Spätfolgen durch Kulturverlust denkt in Zeiten knapper Kassen ohnehin niemand.

Auch hier begegnet uns wieder ein Strukturproblem. Während die Künstler und die Künstlerisch-technischen Mitarbeiter durch spezialisierte Einzelgewerkschaften vertreten werden, ist vor allem die Gewerkschaft ver.di für die übrigen Mitarbeiter tarifzuständig. Das Interesse an bühngerechten Arbeitsbedingungen für diesen Beschäftigtenkreis ist bei ver.di ebenso gering ausgeprägt wie bei den allgemeinen Arbeitgeberverbänden des öffentlichen Dienstes. Im Zuge der anstehenden grundsätzlichen Überarbeitung der Tarifwerke des öffentlichen Dienstes wurden für verschiedene Teilbereiche Projektgruppen gebildet. Eine Projektgruppe „Bühnen“ gibt es nicht. Gewerkschaftsvertreter von ver.di. empfehlen gar die Tarifwerke des öffentlichen Dienstes als geeigneten Rahmen für eine „sachgerechte zukunftsweisende und einheitliche Tarifsetzung in den Theatern“ (Schürmann 2004: 67).

3. Tarifaufonomie im Bühnenbereich

Ist es zutreffend, dass eine funktionierende Tarifaufonomie die Fähigkeit zum Führen von Arbeitskämpfen voraussetzt – und dies ist unbestreitbar zutreffend –, so ist es mit der Tarifaufonomie im Bühnenbereich aufgrund der geschilderten Umstände nicht weit her. In jedem „normalen“ Tarifkonflikt stehen Vergütungsfragen an erster Stelle. Nicht so im Bühnenbereich. Da hier aus den genannten Gründen eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren von Tarifaufonomie fehlt, bedürfen die Tarifvertragsparteien einer Krücke. Diese ruht auf dem Tarifniveau des allgemeinen öffentlichen Dienstes. Es gilt für die nichtkünstlerischen Mitarbeiter ohnehin. Die Tarifverträge für die Künstler verweisen hinsichtlich der Vergütungsentwicklung schlicht auf die allgemeine Vergütungsentwicklung im öffentlichen Dienst. Der Deutsche Bühnenverein ist damit vielleicht der einzige Arbeitgeberverband, der – von Notlagentarifverträgen abgesehen – nicht über Geld verhandeln muss. Das ist zunächst einmal eine bequeme Position.

Die Verknüpfung der Vergütungsentwicklung für die Beschäftigten an den Bühnen mit der Tarifentwicklung im öffentlichen Dienst ist auch vernünftig gewesen. Die Arbeitnehmer partizipieren an den allgemeinen Entwicklungen, die sie aus eigener Kraft nicht hätten erkämpfen können. Die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes wandten für die Theaterbeschäftigten die finanziellen Mittel auf, die auch für alle übrigen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes aufgewendet werden müssen. Dieses funktionierende Modell wird zunehmend in Frage gestellt. Dies geschieht unter dem Eindruck der wachsenden Kostenlast. Was aber soll man tun? Soll die vielfältige Kulturlandschaft der Bundesrepublik Deutschland erhalten bleiben, scheiden Schließungen von Bühnen aus. Rationalisierungspotential steht nur bei einem grundsätzlichen Umdenken – und vielleicht auch dann nur eingeschränkt – zur Verfügung. Die Produktionsbedingungen an den Bühnen haben sich in den letzten hundert Jahren nicht signifikant verändert. Manches mag einfacher geworden sein, aber im Kern braucht man

Menschen. Theater und Orchester sind keine Schraubenfabriken. An manchen Bühnen mag es einen offenen oder verdeckten Personalüberhang geben. Wo dies der Fall ist, mögen Personalreduzierungen ohne Qualitätseinbuße in Betracht kommen. Einige Funktionen können ausgegliedert werden. Wenn all dies getan sein wird, bleiben aber noch immer die vielen Arbeitnehmer, die erforderlich sind, damit abends der Lappen hoch gehen kann. Sollen die Personalkosten weiter reduziert werden, bleibt also nur, die Höhe der Vergütungen zur Disposition zu stellen. Dies liegt auch der Forderung des Deutschen Bühnenvereins zu Grunde, von den Gewerkschaften einen Verzicht auf die Tarifsteigerungen des öffentlichen Dienstes in den nächsten fünf Jahren zu verlangen. Andere mögen sogar an eine Reduzierung der Vergütungen denken. Damit aber steht man vor einem offensichtlichen Gerechtigkeitsproblem. Warum soll der Pförtner am Theater weniger verdienen als der Pförtner beim Finanzamt? Warum soll der Musiker in fünf Jahren noch seinen Lebensunterhalt von demselben Geld wie heute bestreiten, während der Regierungsrat vielleicht zumindest einen Kaufkraftausgleich erhält? Man muss diese Fragen so pointiert stellen; denn wer Entscheidungen trifft, muss sich der Konsequenzen bewusst sein. Ist der politische Wille vorhanden, Kultur in der bisherigen Vielfalt weiter zu finanzieren, werden sich Optimierungen erreichen lassen. Kultur zum Nulltarif wird es aber nicht geben.

Tarifautonomie hat nach den obigen Feststellungen im Bühnenbereich also bisher funktioniert im Verbund mit dem allgemeinen Tarifgeschehen im öffentlichen Dienst. Die Einkommensentwicklung verdanken die Künstler ebenso wie die nichtkünstlerischen Mitarbeiter der Bühnen auch der Streikmacht der Müllwerker. Solange die Bühnen und Orchester eingebettet sind in den öffentlichen Dienst, wird ein Sonderweg hinsichtlich der allgemeinen Beschäftigungsbedingungen, der Entlohnungssysteme und Vergütungen nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich sein. Zum einen ergibt sich dies bereits aus rechtlichen Erwägungen. Die Gebietskörperschaften sind – den Sonderfall Berlin lassen wir einmal außer Betracht – Mitglieder der Arbeitgeberverbände des öffentlichen Dienstes. Für die nichtkünstlerischen Mitglieder gilt daher ohnehin dessen allgemeines Tarifrecht. Die Diskussion über Spartentarifverträge neu aufzulegen, verspricht keine Aussicht auf Erfolg. Es gibt auch keinen vernünftigen Grund für eine Gewerkschaft ver.di, für die Sachbearbeiterinnen am Theater einer geringeren Vergütung als für diejenigen beim Landeseinwohneramt zuzustimmen. Die Arbeitgeberseite könnte sich auf keinen legitimierenden Grund für ein solches Verlangen berufen, solange eine große Zahl von Bühnen zum öffentlichen Dienst gehören, in die öffentliche Hand eingegliedert sind. Außerdem gestehen die allgemeinen Arbeitgeberverbände des öffentlichen Dienstes (TdL und Vka) dem Deutschen Bühnenverein – wie dargelegt – keine Tarifzuständigkeit für das nicht künstlerische Personal zu. Die Entwicklung der Vergütungen der Künstler wiederum sind aufgrund der tariflichen Regelungen an die Entwicklungen im öffentlichen Dienst angekoppelt. Das an die Gewerkschaften gerichtete Verlangen des Deutschen Bühnenvereins, diesen Automatismus für fünf Jahre auszusetzen, dürfte bloßes Wunschdenken bleiben, solange eine Bühne zur öffentlichen Hand gehört. Welche Gewerkschaft könnte dem zustimmen, ohne einen dramatischen Mitgliederschwund zu riskieren?

Das Fatale nun ist, dass es für die Tarifierhöhungen des öffentlichen Dienstes keine Gegenfinanzierung gibt! Die öffentliche Hand, die – durch ihre Arbeitgeberverbände – Tarifiersteigerungen vereinbart, stellt den Häusern die Mittel nicht zur Verfügung, diese Tarifiersteigerungen zu bezahlen.

Weitreichende Veränderungen können daher – so unsere These – nur erreicht werden, wenn die Bühnen aus dem unmittelbaren öffentlichen Dienst herausgelöst werden. Allein eine rechtliche Verselbständigung birgt die Chance, die Verknüpfung mit den Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes zu beenden und nach eigenständigen bühnergerechten Wegen zu suchen. Nur dadurch lässt sich auch eine Legitimationsbasis und die erforderliche Motivation für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer unter Einschluss von deren Interessenvertretungen schaffen, neue Modelle zu entwickeln. Dies stärkt im übrigen auch die Verhandlungsmacht auf Arbeitnehmerseite; denn bei der rechtlichen Verselbständigung treffen deren Forderungen und gegebenenfalls Kampfmaßnahmen unmittelbar einen Verhandlungspartner, dessen alleiniger Gegenstand der Betrieb der Bühne ist.

Natürlich bewirkt die rechtliche Verselbständigung im Bühnenbereich keine Entpflichtung der öffentlichen Hand. Diese wird die Gesellschafterstellung in einer neu gegründeten GmbH übernehmen, im Falle der Bildung einer Stiftung öffentlichen Rechts bleibt sie ohnehin in der Verantwortung. Materielle Privatisierungen werden Ausnahmefälle bleiben. Trotz dieser fortbestehenden Verbindung zur öffentlichen Hand kann die Wirkung einer rechtlichen Verselbständigung im Hinblick auf die Schaffung von Freiräumen zu einer Neugestaltung von Arbeitsbedingungen gar nicht überschätzt werden. Das hat die Erfahrung immer wieder gezeigt. Ganz beispielhaft sei hingewiesen auf die Berliner Flughafen Gesellschaften, die es geschafft haben, durch den Abschluss von Haustarifverträgen – selbstverständlich zum Teil unter Gewährung von Bestandsschutz – eine grundsätzliche und betriebsgerechte Neuorientierung herbeizuführen.

III. Grundannahmen und Vorgehensweise

Bei dem allgemeinen Arbeitsrecht und bei Flächentarifverträgen handelt es sich notwendig um Konfektionsware. Im tariflichen Bereich wird dies besonders deutlich an den allgemeinen Tarifwerken des öffentlichen Dienstes. Die Bühnentarifverträge enthalten selbstverständlich bührenspezifische Regelungen, aber eben einen gemeinsamen Nenner für *alle* Bühnen. Dies wiederum ist nicht unbedingt ein Nachteil. Wer mit den Flächentarifverträgen leben und sie finanzieren kann und will, muss über grundsätzliche Veränderungen nicht nachdenken und mag sich auf die fortlaufende Optimierung innerhalb des bestehenden Systems beschränken. Wer einen „normalen“ Körperbau hat, braucht keinen Maßschneider. Nun ist aber die Optimierung innerhalb des bestehenden Systems aufgrund der im Bühnenbereich aus den dargelegten Gründen nur eingeschränkt funktionierenden Tarifautonomie schwierig und man kann an Grenzen stoßen. Was machen wir ferner mit demjenigen, dessen Arme ein wenig zu kurz oder zu lang geraten sind? Der wird mit der Konfektionsware nicht glücklich.

Die Diskussion über das Arbeitsrecht und speziell über die Tarifverträge an den Bühnen währt nun schon viele Jahre. Zu dem Für und Wider von Tarifverträgen und Flächentarifverträgen ist alles gesagt worden, wenn vielleicht auch nicht von jedem. Diese jahrelange abstrakte Diskussion hat erkennbar keinen Erkenntnisfortschritt gebracht. Sie kann es auch nicht. Derartige Dispute sind notwendig überfrachtet von (gesellschafts-) politischen Grundüberzeugungen, Interessen und manchmal vielleicht auch von Ideologie. Wir wollen sie daher an dieser Stelle nicht fortsetzen. Vielmehr wollen wir versuchen, die Analyse – soweit wie möglich – wertungsfrei vorzunehmen. Dazu sind einige Annahmen erforderlich, die wir den weiteren Ausführungen zugrunde legen möchten.

- Tarifverträge oder tariflose Zustände sind weder per se gut noch schlecht. Die einzelnen Bühnen und die politischen Entscheidungsträger sollten die Möglichkeit haben, eine verantwortliche Entscheidung darüber zu treffen, ob sie eine Tarifbindung – in welcher Form auch immer – eingehen oder nicht. Die rechtlichen Rahmenbedingungen müssen so sein, dass eine derartige Entscheidung auch umsetzbar ist.
- Das gesetzliche Arbeitsrecht muss einen fairen Ausgleich schaffen zwischen der nicht wegzudiskutierenden Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers und der notwendigen Flexibilität eines Unternehmens Bühne. Flexibilität ist zu gewährleisten im Hinblick auf Betriebsabläufe sowie die Anpassung von Beschäftigungsbedingungen an gegebenenfalls veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen.

Man mag uns vorwerfen, dass bereits in den Grundannahmen Wertungen stecken. Man mag auch der Auffassung sein, dass bereits in einem Verzicht auf Bewertungen eine Wertung liegt. Auf eine solche fruchtlose Grundsatzdiskussion können und werden wir uns indes nicht einlassen. Die Frage, ob Entscheidungsfreiheit genutzt werden soll und in welche Richtung Entscheidungen getroffen werden, liegt bei politischen Instanzen und Unternehmensleitungen. Sie wird unter Berücksichtigung von kulturpolitischen, sozialpolitischen und wirtschaftlichen Umständen zu beantworten sein. Uns geht es zentral um die Frage, ob und in welchem Umfang das Arbeitsrecht Entscheidungen und deren Umsetzung zulässt oder nicht. Wo dies nicht oder nicht in dem gebotenen Umfang der Fall ist, werden wir Vorschläge unterbreiten. Soweit es sich um tariflich geregelte Bereiche handelt, können unsere Vorschläge dabei nur den Charakter von Empfehlungen und von Anregungen für die Tarifvertragsparteien haben.

Nun zur Vorgehensweise.

Strebt man Entscheidungsmöglichkeiten oder gar eine grundsätzliche Neuorientierung an, bedarf es der rechtlichen Verselbständigung von Bühnen und Orchestern. Bereits im Rahmen der Untersuchung geeigneter Rechtsformen wurde darauf hingewiesen, dass eine Verselbständigung – etwa in Form einer öffentlich-rechtlichen Stiftung oder einer GmbH –wünschenswert ist. Arbeitsrechtliche Gründe sprechen ebenfalls dafür, wenn grundsätzliche Veränderungen möglich sein sollen. Bevor wir jedoch zu den arbeitsrechtlichen Folgen und zu den Problemen bei der rechtlichen Verselbständigung von Bühnen und Orchestern kommen, wollen wir uns der Analyse der tarifvertraglichen und gesetzli-

chen Regelungen, die für das Bühnenarbeitsrecht besondere Bedeutung haben, widmen. Denn – wie gesagt – nicht jeder wird an grundsätzlichen Neuorientierungen Interesse haben.

B. Analyse der gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen

Der weitaus überwiegende Teil der Bühnen ist tarifgebunden. Von den tarifgebundenen Arbeitgebern wiederum wenden die meisten Verbandstarifverträge an, also im künstlerischen Bereich die von dem Deutschen Bühnenverein verhandelten Tarife, im nichtkünstlerischen Bereich die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. Den tarifvertraglichen Regelungen wollen wir uns daher in besonderer Weise zuwenden.

I. Arbeitszeit

1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen

Tarifliche Arbeitszeitregelungen stehen in besonderer Weise auf dem Prüfstand, wenn es darum geht zu beurteilen, ob die bestehenden Tarifverträge bühngerecht und zeitgemäß sind. Ausgangspunkt der Betrachtung muss dabei die Frage sein, welche Arbeitsbedingungen die Bühnen benötigen, was Bühnenarbeit – und dies gilt für Schauspielhäuser, Orchester und Opernhäuser gleichermaßen – ausmacht, und zwar nicht als ästhetische, sondern als praktische, betriebstechnische Kategorie.

Bühnen sind Manufakturen – Hans Herdlein von der Genossenschaft Deutscher Bühnen-Angehöriger (GDBA) spricht von "Multimedia-Werkstätten" (Herdlein 1992: 490). Im Theater wird nicht am Fließband gearbeitet. Jedes Theaterstück ist eine Einzelanfertigung, ein Original, das in dieser Form nicht ohne weiteres wiederholbar ist. Dieser Aspekt hat Auswirkungen auf die praktischen Fragen, die den Rhythmus von Theaterproduktionen, die betrieblichen Abläufe, bestimmen: Vorstellungen des Regisseurs über den Ablauf des Stückes, Entwurf des Bühnenbildes, Entwurf der Kostüme, die künstlerischen Aspekte der Beleuchtung, die Anfertigung der Dekorationen, die Anfertigung der Kostüme, die Requisiten. Die praktische Realisierung einer Theaterproduktion bewegt sich stets auf der Nahtstelle zwischen der Kreativität der Künstler und der praktischen Realisierung von deren Ideen, die ohne Mitwirkung des technischen Apparates unmöglich ist. In der betrieblichen Arbeit ist gerade dieser Schnittbereich zwischen der "reinen Kreativität" und der Umsetzung der Idee schwierig zu handhaben. Dies zeigt sich unter anderem in der eingeschränkten Planbarkeit von Arbeitszeiten.

a) Dauer der Arbeitszeit**aa) NV Bühne: Solo**

Der Normalvertrag Bühne (NV Bühne) unterstellt in § 5 Abs. 1 die Arbeitszeitdauer, den Umfang der vom Bühnenkünstler zu erbringenden Dienstleistung, dem Direktionsrecht der Theaterleitung. Ein starrer, etwa nach Wochenstunden bemessener Umfang der Arbeitsleistung wäre auch nicht vereinbar mit dem Umstand, dass die Solisten ausschließlich künstlerisch geprägte Leistungen zu erbringen haben (dazu etwa Pallasch 2000: 1678, Rn. 63).

bb) NV Bühne: Tanz

Für Tanzgruppenmitglieder gilt grundsätzlich ebenfalls der § 5 Abs. 1 NV Bühne. Eine bestimmte Arbeitszeit wird nicht festgelegt. Gemäß § 85 Abs. 1 NV Bühne ist an fünf Tagen in der Woche Training anzusetzen. Das Training zusätzlich der Proben darf täglich nicht länger als sieben Stunden dauern (§ 85 Abs. 1 NV Bühne). Die Dauer von Haupt- und Generalprobe sowie einer weiteren Probe in Kostüm und Maske ist zeitlich nicht begrenzt (§ 85 Abs. 2 NV Bühne).

cc) NV Bühne: Chor

Auch für Chormitglieder gibt es keine für einen bestimmten Zeitraum festgelegte Arbeitszeitdauer. Es gilt § 5 Abs. 1 NV Bühne. Chorgesangsproben dürfen zwei Stunden (einschließlich Nachstudierprobe 2 1/2 Stunden), Bühnenproben drei Stunden nicht überschreiten (§ 72 Abs. 1 und 2 NV Bühne). Wie für Tanzgruppenmitglieder sind auch für Chormitglieder die Dauer von Haupt- und Generalprobe sowie einer weiteren Probe in Kostüm und Maske zeitlich nicht begrenzt. Insbesondere die Opernchöre achten an vielen Orten peinlich genau auf die Einhaltung der tariflichen Arbeitszeiten. So ist es etwa in der Oper Bonn geschehen, dass ein Chorgesang mitten in der Melodie um punkt 23.00 Uhr abgebrochen wurde (siehe § 72 Abs. 10 NV Bühne).

dd) NV Bühne: Bühnentechniker

Die Arbeitszeitregelung für die Bühnentechniker entspricht im wesentlichen derjenigen des BAT (vgl. § 5 Abs. 4 i. V. m. §§ 64, 100 NV Bühne). Im Unterschied zum BAT sind Überstunden nur die bis zum Ende der Spielzeit oder im Anschluss an die der Spielzeit folgenden Theaterferien nicht durch Dienstbefreiung ausgeglichenen Überschreitungen der wöchentlichen Arbeitszeit um bis zu 7,5 Stunden. Für Überstunden ist dem Arbeitnehmer ein entsprechender Aufschlag zu zahlen. Durch Nebenabreden zum Dienstver-

trag können Pauschalvergütungen vereinbart werden (§ 67 Abs. 2 NV Bühne).

ee) TVK

Der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) legt - wie die übrigen "Künstlertarifverträge" - keine Arbeitszeitdauer bezogen auf einen bestimmten Zeitraum fest. Die Arbeitszeitorganisation im Bereich des TVK richtet sich nach dem sogenannten "Dienstmodell". Als Dienst zählt dabei die Mitwirkung des Musikers in einer Aufführung oder einer Probe (§ 15 Abs. 1 TVK). Der Musiker ist verpflichtet, im Durchschnitt von acht Kalenderwochen bzw. bei Konzertorchestern von 16 Kalenderwochen – dem Ausgleichszeitraum – wöchentlich höchstens acht Dienste zu leisten, bei „schwierigen Partituren“ im Durchschnitt höchstens sieben Dienste wöchentlich (auf diese Einschränkung soll nach den Vorstellungen des Deutschen Bühnenvereins zukünftig verzichtet werden, vgl. § 15 Abs. 1 Entwurf TVK des Deutschen Bühnenvereins). Eine besondere Flexibilisierungsmöglichkeit eröffnen die Ausgleichszeiträume nicht; denn der Musiker darf in einer Kalenderwoche in der Regel zu nicht mehr als neun Diensten herangezogen werden. Nur in zwei voneinander getrennten Kalenderwochen ist der Musiker pro Ausgleichszeitraum verpflichtet, je zehn Dienste zu leisten. In einem solchen Fall dürfen in der folgenden Woche jedoch höchstens acht Dienste anfallen (§ 15 Abs. 3 TVK). Dieses sehr rigide Arbeitszeitmodell mit seinem Gebot eines zeitlich unmittelbaren Ausgleichs zusätzlicher Belastungen führt in Zeiten starker Beanspruchung, etwa vor einer Premiere, zu besonderen Problemen. Insbesondere führen die engen Ausgleichszeiträume zu einem hohen Koordinationsaufwand und machen ein flexibles Reagieren auf Anforderungen des Bühnenbetriebs kaum möglich. So kommt es durchaus vor, dass Hauptproben verschoben werden müssen, weil die Musiker auf Einhaltung der Ausgleichszeiträume bestehen.

Auch der zeitliche Umfang der einzelnen Dienste kann schwierig zu handhaben sein. Überschreitet die reine Spieldauer einer Aufführung ausschließlich der Pausen und Unterbrechungen 3 1/4 Stunden, wird diese Aufführung als zwei Dienste gerechnet (Protokollnotiz Nr. 1 zu § 15 Abs. 1 TVK, nach den Vorstellungen des Deutschen Bühnenvereins soll in diesem Fall nur ein Dienst angerechnet werden, vgl. § 15 Abs. 1 Entwurf TVK des Deutschen Bühnenvereins). Die Dauer einer Orchesterprobe mit Bühnengeschehen soll "im Allgemeinen" drei Stunden, die Dauer einer Orchesterprobe ohne Bühnengeschehen soll "im allgemeinen" 2 1/2 Stunden nicht überschreiten (§ 15 Abs. 4 TVK). In der Praxis pochen die Musiker entgegen dem Wortlaut des TVK auf eine strikte Einhaltung dieser zeitlichen Grenzen, die jedoch nicht für die Haupt- und Generalprobe eines Bühnenwerks gelten (§ 15 Abs. 4 TVK).

Das Arbeitszeitregime für die Musiker in Kulturorchestern ist in Verruf geraten. Der Grund dafür liegt nicht nur in den Tarifverträgen selbst, sondern auch in der konkreten Anwendung dieser Regelwerke. Das durch den TVK zur Verfügung gestellte Arbeitszeitvolumen wird oft nicht ausgeschöpft. So gehen etwa die Leitungen vieler Häuser irrig von der Annahme aus, dass Pausenzeiten zur Arbeitszeit, zur Probenzeit im Sinne von § 15 Abs. 4 TVK, zählen. Eine um die Pausen verkürzte Arbeitszeit genügt in vielen Fällen jedoch nicht, um die Probe abhalten zu können. Die Praxis behilft sich mit sogenannten "Doppeldiensten", einer kostspieligen "Fortentwicklung" des Tarifrechts. Während der TVK selbst einen Doppeldienst nur im Falle der Protokollnotiz Nr. 1 zu § 15 Abs. 1 TVK für Aufführungen anerkennt, werden in der Praxis auch Orchesterproben über 2 1/2 Stunden hinaus als Doppeldienst gewertet (einige Orchester verfahren so, dass eine vierstündige Konzertprobe mit insgesamt 30 Minuten Pause als Doppeldienst gerechnet wird mit der Folge, dass nicht dreieinhalb, sondern ganze fünf Stunden - zwei Dienste - an Arbeitszeit "verbraucht" sind). Durch solche und ähnliche Fehlanswendungen des Tarifrechts geht in erheblichem Umfang kostspielige Dienstzeit verloren. Dieser oft nachlässige Umgang mit Ressourcen setzt sich fort in einer großzügigen Praxis der Erteilung von Nebentätigkeitserlaubnissen etwa für Aushilfen in einem anderen Orchester. Dies wiederum wird durch eine von dem Tarifrecht nicht gedeckte Praxis der Erstellung von Arbeitsplänen unterstützt. Die wöchentlich bekannt gegebene Spiel- und Probeneinteilung gilt als Arbeitsplan (§ 15 Abs. 5 TVK). Der Arbeitsplan wird in der Regel von dem Orchester selbst, dem Orchestervorstand, disponiert. All diese Umstände zusammengenommen, Dienstmodell in Verbindung mit einer fehlerhaften Anwendung des Tarifvertrages, eröffnen für den öffentlichen Arbeitgeber kostspielige Freiräume der Musiker, die – ökonomisch aus der Sicht des Einzelnen durchaus verständlich – genutzt werden, um an anderer Stelle als Gast aufzutreten und begründen spiegelbildlich die Notwendigkeit, das eigene Orchester durch kostspielige Gäste zu ergänzen. In der Praxis werden oft nur sieben Dienste geleistet.

Eine Änderung des unbefriedigenden Zustands muss zunächst durch eine Änderung bestehender Praktiken angestrebt werden. Das Modell der starren Dienstregelung fordert andererseits zu derartigen Missbräuchen heraus. Es soll selbstverständlich nicht verkannt werden, dass auch rein physische Gründe eine Begrenzung von Arbeitszeiten, Probenzeiten, bei Musikern notwendig machen. Es darf aber nicht von dem individuellen Charme der jeweiligen Leitung oder der bedingungslosen Bereitschaft zur Einführung kostspieliger Sonderregelungen an einem Hause abhängen, ob ein ordnungsgemäßer Probenbetrieb stattfindet und ob eine maßvolle Flexibilisierung des Dienstmodells erreicht werden kann, zumal die Dienstplanung durch das oft notwendige Zusammenwirken mit anderen Künstlerkollektiven in besonderer Weise schwierig ist. Warum etwa sollen Chorsängern und Tänzern drei zeitlich unbegrenzte Proben vor der Premiere zumutbar sein, Musikern aber nur

deren zwei (§ 15 Abs. 4 TVK), die zudem oft als "Doppeldienst" gerechnet werden. Nicht selten wendet ein Generalmusikdirektor pro Woche drei oder vier Stunden auf, allein um die zeitliche Abstimmung der Probenzeiten mit den Kollektiven zu diskutieren. Erforderlich ist es, insbesondere in der Bühnenendprobenzeit ein effektives Proben am Stück mit allen Künstlern und Kollektiven zu erreichen. Die darin liegenden besonderen Belastungen ließen sich durch einen an den Bedürfnissen des jeweiligen Hauses orientierten Ausgleich sozialverträglich gestalten, zum Beispiel durch die Möglichkeit, zusätzliche freie Tage zu erhalten.

Das komplizierte System des TVK mit seinen Orchesterklassen und den Diensteregelungen ist für alle Beteiligten schwer verständlich. Es gibt Orchester, die einen anderen Weg gehen. Die Berliner Philharmoniker etwa verzichteten in ihrem Haustarifvertrag gänzlich auf die Festlegung von Diensten. Grenze für die Arbeitsleistung ist der Schutz vor Überbeanspruchung. Stellschraube für die Bestimmung der Leistung ist die Vorgabe der zu spielenden Konzerte. Ein solches Modell könnte auch für andere Häuser in Betracht kommen. Es definiert diejenige Leistung, an der der Arbeitgeber und das Publikum ein Interesse haben und ermöglicht ein hohes Maß an Eigenverantwortung der Musiker.

ff) **BAT/BAT-O**

Vergleicht man die fast vollständige Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers nach Maßgabe des NV Bühne (Solo) mit den Regelungen des BAT/BAT-O, so könnten die Unterschiede im Ausgangspunkt kaum größer sein.

- Der BAT/BAT-O gilt nach seinem § 3 c nicht für das künstlerische Theaterpersonal, technisches Theaterpersonal mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit sowie für Orchestermusiker. Unter den BAT/BAT-O fallen neben den Verwaltungsangestellten insbesondere die Arbeitsverhältnisse der Angehörigen der bühnentechnischen Berufe (soweit nicht überwiegend künstlerisch tätig). Der Geltungsbereich des BAT/BAT-O umfasst daher zum Beispiel Theatermeister, Beleuchtungsmeister, Maschinenmeister, Orchesterwarte, Theater- tontechniker, Theater- und Kostümmaler, Maskenbildner, Kascheure und Gewandmeister.
- Die Arbeitszeitregelungen des BAT/BAT-O (und entsprechend der BMT-G/BMT-G-O und MTArb/MTArb-O) wurden und werden zum Teil mit maßloser Kritik überzogen (siehe schon Volkmar Clauß 1993: 55 "Der Theaterbetrieb wird als öffentlicher Dienst betrieben. Die Tarifverträge gelten für Friedhofswärter wie für Schauspieler"). Tatsächlich enthält der BAT/BAT-O jedoch Ansätze zu einer Flexibilisierung der Arbeitszeit und Sonderregelungen für die Angestellten an Theatern und Bühnen. Die Frage kann also nur lauten, ob der

BAT/BAT-O unter Berücksichtigung der spezifischen Sonderregelungen für die Bühnen deren Produktionserfordernissen gerecht wird.

- Die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt durchschnittlich 38,5 Stunden wöchentlich (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BAT) bzw. durchschnittlich 40 Stunden wöchentlich im Geltungsbereich des BAT-O. Für die Berechnung des Durchschnitts wird ein Zeitraum von 26 Wochen zugrunde gelegt (§ 15 Abs. 1 Satz 2 BAT/BAT-O). Überstunden sind nur die auf Anordnung geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen (§ 17 Abs. 1 BAT/BAT-O). Der BAT/BAT-O ermöglicht also eine Flexibilisierung der Arbeitszeit und eine Vermeidung von Überstunden in zweierlei Hinsicht. Zunächst besteht die Möglichkeit, durch eine Dienstplanung entsprechend der Auslastung Arbeitszeit nach Bedarf in größerem oder geringerem Umfang abzurufen. Die durchschnittliche Arbeitszeit gemäß § 15 Abs. 1 BAT/BAT-O kann also in einzelnen Wochen überschritten oder unterschritten werden. Ist zum Beispiel gemäß dem Dienstplan die Arbeitszeit so geregelt, dass sie in der einen Woche 41, in der anderen Woche 37 Stunden beträgt, sind Überstunden nur die Stunden, die in der einen Woche über 41, in der anderen über 37 Stunden hinaus geleistet werden (siehe etwa Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese 2004: § 15 Erl. 4 b). Sodann besteht die Möglichkeit, einen zusätzlichen Arbeitsbedarf an einzelnen Kalendertagen noch im Laufe der jeweiligen Kalenderwoche auszugleichen, da der BAT/BAT-O – wie dargelegt – auf die Überschreitung der für die Woche dienstplanmäßig festgesetzten Arbeitszeit für den Überstundenbegriff abstellt.
- Die Sonderregelungen für Angestellte an Theatern und Bühnen (SR 2k) sehen in Nr. 4 vor, dass die Arbeitszeit in Ausnahmefällen, wenn es der Betrieb erfordert, auf mehr als zwei Zeitabschnitte des Tages verteilt wird, eine Regelung, die für die Arbeit an Theatern von großer Bedeutung ist.
- Überstunden dürfen unter anderem angeordnet werden, wenn die "besonderen Verhältnisse des Theaterbetriebes" es erfordern (Nr. 5 SR 2k). Ferner kann die regelmäßige Arbeitszeit von Angestellten, die eine Theaterbetriebszulage erhalten, um sechs Stunden wöchentlich verlängert werden (Nr. 4 Abs. 3 SR 2k). Anders als im Normalfall des BAT ist jedoch für jede Überstunde die Überstundenvergütung zu zahlen (Nr. 5 Ziffer 3 SR 2k).
- Angestellte, die nicht nur gelegentlich Sonn- und Feiertagsarbeit leisten und üblicherweise unregelmäßige tägliche Arbeitszeiten haben,

- erhalten eine Theaterbetriebszulage, gestaffelt nach der Eingruppierung, mit der unter anderem die besonderen Erschwernisse unregelmäßiger Arbeitszeiten und von Sonn- und Feiertagsarbeit und ferner die Zeitzuschläge für Überstunden nach § 35 BAT abgegolten werden. Die Theaterbetriebszulage stellt also keine Pauschalabgeltung für die Überstunden dar, sondern lediglich für die Überstundenzuschläge, so dass auch den Arbeitnehmern, die eine Theaterbetriebszulage erhalten, für jede Überstunde von dem Arbeitgeber die (reguläre) Überstundenvergütung zu zahlen ist. Der Kreis der Angestellten, die eine Theaterbetriebszulage erhalten, wird bezirklich vereinbart (Nr. 6 Abs. 1 SR 2k).

Auf den ersten Blick erscheint der oft gehörte Vorwurf, die Tarifwerke des öffentlichen Dienstes seien theaterfeindlich, angesichts des vorstehend skizzierten Arbeitszeitmodells als ungerechtfertigt, aber eben nur auf den ersten Blick. Der Ausgleichszeitraum von 26 Wochen wird in der Praxis selten ausgeschöpft. Dies beruht zunächst auf den gesetzlichen Mitbestimmungsrechten der Personal- und Betriebsräte, die auf eine möglichst gleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit achten. Diese gesetzlichen Mitbestimmungsrechte lassen sich selbstverständlich durch Tarifverträge nicht beseitigen. Auf der anderen Seite wird aber ein wirtschaftlicher Anreiz geschaffen, eine auslastungsorientierte Dienstplanung nicht vorzunehmen, wenn – wie dies im BAT/BAT-O der Fall ist – der Überstundenbegriff an die dienstplanmäßig für die Woche festgesetzte Arbeitszeit anknüpft. Aus der Sicht des einzelnen Arbeitnehmers, dessen Repräsentant Betriebsräte und Personalräte sind, ist es bei dieser Ausgangslage verbunden mit der zwingenden Bezahlung jeder einzelnen Überstunde ökonomisch sinnvoll, die Dienstpläne so festzusetzen, dass Überstunden entstehen, indem eine auslastungsorientierte Dienstplanung nicht vorgenommen wird. Das Problem wird verschärft, wenn man berücksichtigt, dass gerade an den Bühnen aufgrund der eingangs skizzierten Produktionsbedingungen die Abweichung vom Dienstplan die Regel ist. Ein Dienstplan ist in der Praxis oft schon überholt, wenn er am schwarzen Brett ausgehängt wird.

Ein zeitgemäßer und bühnengerechter Tarifvertrag muss daher nicht nur die Möglichkeit einer auslastungsorientierten Arbeitszeitplanung schaffen, er muss auch Bedingungen für die Arbeitszeitplanung einführen, die eine Bedarfsorientierung in der betrieblichen Praxis durchsetzungsfähig erscheinen lassen. Dieses Ziel lässt sich erreichen, wenn Überstunden unabhängig von der dienstplanmäßigen wöchentlichen oder gar täglichen Arbeitszeit definiert werden. Dies ist möglich, indem ein Arbeitszeitkontingent für einen längeren Zeitraum (z. B. eine Quartals- oder eine Jahresarbeitszeit) festgelegt wird. Als Überstunde darf im Grundsatz nur die Zeit gewertet werden, die das für diesen Zeitraum festgelegte Arbeitszeitkontingent überschreitet. Ein Freizeit-

ausgleich sollte zumindest als alternative Abgeltungsform vorgesehen werden.

Auch hinsichtlich der Dienstpläne selbst können Tarifverträge bühngerechte Vorgaben machen. Wenn auch die Dienstplanung im Einzelfall Mitbestimmungsrechten der Personalräte und Betriebsräte unterliegen mag, lassen sich doch unter Berücksichtigung der Verhältnisse des jeweiligen Hauses den Produktionsbedingungen angemessene Fristen für die Bekanntgabe von Dienstplänen festsetzen.

gg) BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O

Auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter bei Theatern und Bühnen findet der BMT-G/BMT-G-O mit der "Sondervereinbarung gemäß § 2 f" Anwendung bzw. der MTArb/MTArb-O mit den „Sonderregelungen für Arbeiter an Theatern und Bühnen nach § 2 Abs. 1 Abschn. B Buchst. G (MTArb)/nach § 2 Abschn. B Abs. 1 Buchst. G (MTArb-O)“, der im wesentlichen inhaltsgleich mit den Bestimmungen des BMT-G/BMT-G-O ist. Die regelmäßige Arbeitszeit entspricht derjenigen des BAT/BAT-O. Auch hier besteht ein Ausgleichszeitraum von 26 Wochen, § 14 Abs.1 BMT-G/BMT-G-O, § 15 Abs. 1 MTArb/MTArb-O. Im Hinblick auf Überstunden ist die Situation allerdings aus der Sicht des Arbeitgebers gegenüber dem BAT/BAT-O nachteilig. Der BMT-G/BMT-G-O sieht als Überstunde schon die Überschreitung der dienstplanmäßigen täglichen Arbeitszeit an (§ 67 Nr. 39 BMT-G/BMT-G-O), eröffnet also nicht einmal die Möglichkeit zu einem Ausgleich im Laufe der jeweiligen Kalenderwoche, während der MTArb/MTArb-O (§19 Abs. 2) ebenso wie der BAT auf die wöchentliche Arbeitszeit abstellt. Anders als im Bereich des BAT/BAT-O sind Überstunden bei den auf der Grundlage des BMT-G/BMT-G-O beschäftigten Arbeitnehmern grundsätzlich durch Arbeitsbefreiung auszugleichen, die möglichst bis zum Ende des nächsten Kalendermonats, spätestens bis zum Ende des dritten Kalendermonats nach Ableistung der Überstunden zu erteilen ist (§ 17 Abs. 4 BMT-G/BMT-G-O, § 19 Abs. 4 MTArb/MTArb-O), andernfalls sind diese zu bezahlen. Die Theaterbetriebszulage wird – der Struktur nach entsprechend dem BAT/BAT-O – bezirklich geregelt.

Die Anmerkungen zu den Vorteilen eines Arbeitszeitkontingents für einen längeren Zeitraum (soeben ff) gelten auch hier.

b) Ruhezeiten und Pausen

aa) Ruhezeiten

Der NV Bühne sieht für alle Bereiche die – im übrigen durch § 5 Abs. 1 ArbZG zwingend gebotene – Ruhezeit von 11 Stunden nach der Abendauf-

führung bzw. dem Ende des Abenddienstes vor (siehe etwa § 56 NV Bühne (Solo), § 65 NV Bühne (Bühnentechniker), § 73 NV Bühne (Chor), § 86 NV Bühne (Tanz), § 17 Abs. 1 TVK). Für die nach dem BAT/BAT-O, dem BMT-G/BMT-G-O und dem MTArb/MTArb-O beschäftigten Theaterangehörigen folgt diese gesetzlich gebotene Ruhezeit unmittelbar aus dem Arbeitszeitgesetz.

Etwas unübersichtlicher ist die Lage im Hinblick auf Ruhezeiten zwischen Proben sowie zwischen Proben und Aufführungen. Der NV Bühne für den Bereich Chor und der NV Bühne für den Bereich Tanz sehen Ruhezeiten von fünf Stunden zwischen der Probe und dem Zeitpunkt, zu dem sich das Opernchormitglied zu einer Vorstellung im Theater einzufinden hat, vor (§ 73 Abs. 1 a NV Bühne, § 86 Abs. 1 a NV Bühne). Zwischen zwei Proben beträgt die Ruhezeit vier Stunden (§ 73 Abs. 1 b NV Bühne, § 86 Abs. 1 b NV Bühne). Die Ruhezeit von fünf Stunden zwischen Probe und Vorstellung kann u. a. bei Haupt- und Generalproben sowie in weiteren Einzelfällen verkürzt werden.

Gegenüber den Regelungen des NV Bühne für den Bereich Chor und Tanz beträgt die Ruhezeit zwischen Probe und Aufführung nach dem NV Bühne für den Bereich Solo vier Stunden (§ 56 Abs. 2 NV Bühne). Eine Verkürzung der Ruhezeit ist nur in Ausnahmefällen möglich. Zwischen Haupt- und Generalproben und abendlicher Aufführung gibt es keine festgeschriebene Ruhezeitdauer, die Verkürzung der Ruhezeit darf jedoch keine übermäßige Belastung des Mitgliedes bewirken. Als Hauptprobe gilt nur die letzte Probe vor der Generalprobe.

Dem Musiker wiederum ist vor Beginn einer Aufführung nach § 17 Abs. 2 TVK eine Ruhezeit von fünf Stunden, nach Hauptproben und Generalproben von vier Stunden zu gewähren. Verkürzungen der Ruhezeit sind in Ausnahmefällen zulässig, wobei anders als im Bereich des NV Bühne für den Bereich Solo die letzte oder die vorletzte Probe vor der Generalprobe als Hauptprobe gilt. Wird die Hauptprobe jedoch wegen der Länge des Werkes geteilt, gilt nur ein Teil als Hauptprobe (Protokollnotiz zu § 17 TVK). In Abweichung von NV Bühne stellt § 17 Abs. 2 für die Bemessung der Ruhezeit nicht auf den Zeitpunkt ab, zu dem sich der Musiker in der Aufführungsstätte einzufinden hat, sondern auf den Beginn der Aufführung. Auch dies ein – wenn auch bescheidenes – Beispiel für Harmonisierungsbedarf.

Der NV Bühne für den Bereich der Bühnentechniker sieht eine Ruhezeit von zwei Stunden zwischen Vormittagsdienst und Abenddienst vor, § 65 Abs. 2 NV Bühne.

BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O und MTArb/MTArb-O enthalten keine entsprechenden Regelungen über Ruhezeiten. Durch die Möglichkeit, Arbeit in

zwei Zeitabschnitten anzuordnen, besteht aus Arbeitgebersicht wohl kein Änderungsbedarf.

bb) Pausen

Pausenregelungen enthalten die Bühnentarifverträge in der Regel nicht. Allein für den Bereich Chor und Tanz sieht der NV Bühne "angemessene" Pausen während der Proben vor, ohne dies näher zu spezifizieren (§§ 72 Abs. 8, 85 Abs. 7 NV Bühne).

BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O und MTArb/MTArb-O enthalten eine Pausenregelung nur im Zusammenhang mit unmittelbar vor Beginn oder im unmittelbaren Anschluss an die dienstplanmäßige Arbeitszeit geleisteten Arbeitsstunden ("Überstunden"). Werden mindestens zwei Arbeitsstunden geleistet, ist eine viertelstündige, werden mehr als drei Arbeitsstunden geleistet, ist eine insgesamt halbstündige Pause zu gewähren, die als Arbeitszeit anzurechnen (!) ist (§ 16 a Abs. 1 BAT/BAT-O, § 17 Abs. 2 BMT-G/BMT-G-O, § 15 Abs. 9 MTArb/MTArb-O).

c) Sonn- und Feiertagsarbeit, freie Tage

Die Regelungen über Sonn- und Feiertagsarbeit sowie über freie Tage sollen im Zusammenhang betrachtet werden. Dies ist gerechtfertigt, weil zu gewährende Ausgleichstage für Sonn- und Feiertagsbeschäftigung die Gesamtbelastung der Theater durch die Gewährung von freien Tagen erhöhen können.

aa) Sonn- und Feiertagsarbeit

Alle tariflichen Regelungen für die Beschäftigten an Bühnen sehen die grundsätzliche Verpflichtung zur Sonn- und Feiertagsarbeit vor. Lediglich der BAT enthält Bestimmungen über die Gewährung eines Ausgleichstages (Nr. 4 Abs. 2 SR 2k). Zum Ausgleich für die Arbeit an Sonntagen ist danach in jeder Woche ein ungeteilter freier Tag zu gewähren, der mindestens in jeder siebenten Woche auf einen Sonn- oder Feiertag fallen soll. Hinsichtlich der unter den BMT-G/BMT-G-O fallenden Arbeitsverhältnisse wird in der Regel eine Pauschalierung auf der Grundlage bezirklicher Regelungen vorgenommen (zum Beispiel in Berlin durch Gewährung von Zusatzurlaub). Der NV Bühne sieht im Einklang mit dem Arbeitszeitgesetz vor, dass an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich keine Probenarbeit angesetzt werden darf (§§ 55 Abs. 2, 72 Abs. 10, 85 Abs. 9 NV Bühne). Ausnahmen gelten nur bei besonderen Umständen (Störung des Spielplanes oder des Betriebs sowie in der Vorprobenzeit). Der TVK enthält keine entsprechende Vorschrift.

bb) Freie Tage

Nach dem NV Bühne für den Bereich der Solisten hat der Beschäftigte Anspruch auf acht freie Tage pro Jahr außerhalb der Theaterferien (§ 57 Abs. 1 NV Bühne). Der 1. Mai und der 24. Dezember können nicht als freie Tage gewährt werden, § 57 Abs. 1 S. 2 NV Bühne. Der NV Bühne für den Bereich Chor und Tanz sieht vor, dass acht Sonntage im Jahr beschäftigungsfrei bleiben müssen (§§ 74 Abs. 5, 87 Abs. 5 NV Bühne). Beide Tarifwerke bestimmen, dass unbeschadet der vorgenannten Regelung pro Woche ein freier Werktag sowie ein weiterer halber freier Tag zu gewähren sind (§§ 74 Abs. 1, 87 Abs. 1 NV Bühne). Die freien Tage sind so festzulegen, dass in der Regel nicht mehr als 12 Tage zwischen zwei freien Werktagen liegen. Kann in Ausnahmefällen ein freier Werktag nicht gewährt werden, ist der Ausgleich innerhalb von fünf Wochen vorzunehmen (§§ 74 Abs. 2, 87 Abs. 2 NV Bühne). Auch im Bereich dieser beiden Tarifwerke dürfen der 1. Mai und der 24. Dezember nicht als freier Tag im Sinne des Tarifvertrages gewährt werden.

Die Musiker wiederum haben auf der Grundlage des TVK einen Anspruch auf einen freien Tag pro Woche (§ 16 Abs. 1 TVK; nach den Vorstellungen des Deutschen Bühnenvereins soll die Regelung dahingehend ergänzt werden, dass in der Regel nicht mehr als zwölf Tage zwischen zwei freien Tagen liegen, vgl. § 16 Abs. 2 Entwurf TVK des Deutschen Bühnenvereins). Höchstens zwei Mal im Kalendermonat dürfen im Einvernehmen mit dem Orchestervorstand anstelle des dienstfreien Tages zwei dienstfreie Abende gewährt werden (§ 16 Abs. 2 TVK). Bei Vorliegen besonderer Umstände kann der freie Tag im Einvernehmen mit dem Orchestervorstand auch innerhalb von zwei Wochen zusammenhängend mit dem für die zweite Woche angefallenen freien Tag gewährt werden (§ 16 Abs. 3 TVK).

2. Arbeitszeitgesetz und Europarecht – Ein Ausblick

Das Arbeitszeitgesetz in seiner derzeitigen Fassung wertet Zeiten des Bereitschaftsdienstes in Übereinstimmung mit der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (93/104/EG) als Arbeitszeit. Unter dem Druck der Mitgliedstaaten aufgrund einer erwarteten Kostenexplosion im Gesundheitswesen, in dem Bereitschaftsdienste seit jeher in erheblichem Umfang über die reguläre Arbeitszeit hinaus genutzt wurden, hat die EU-Kommission am 22. September 2004 den Entwurf zu einer Änderung der Arbeitszeitrichtlinie vorgelegt. Danach sollen Zeiten des Bereitschaftsdienstes künftig wieder eine besondere Behandlung erfahren dürfen. In die Arbeitszeitrichtlinie soll folgender Art. 2 a eingefügt werden:

Bereitschaftsdienst

Die inaktive Zeit während des Bereitschaftsdienstes wird nicht als Arbeitszeit angesehen, sofern nicht in der einzelstaatlichen Gesetzgebung oder tarifvertraglich oder, in Übereinstimmung mit der einzelstaatlichen Gesetzgebung und/oder Praxis, in einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern etwas anderes vorgesehen ist.

Die Zeit, in der der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes effektiv seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt, wird immer als Arbeitszeit angesehen.

Es ist zu erwarten, dass nach der Änderung der Arbeitszeitrichtlinie auch das deutsche Arbeitszeitgesetz zeitnah geändert wird. Wenn dies geschieht, können auch in Deutschland wieder Bereitschaftsdienste in Ergänzung zu der normalen Arbeitszeit eingesetzt werden. Bereitschaftsdienste (und Rufbereitschaften) könnten auch für Bühnen eine attraktive Gestaltungsvariante darstellen. Daher sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen.

Das staatliche Arbeitszeitrecht befasst sich allerdings nur mit dem Arbeitsschutz und definiert die äußerste Grenze der Beanspruchung des Arbeitnehmers. Daher bedarf es ergänzender tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Regelungen zum Einsatz und insbesondere zur Frage der Vergütung derartiger Dienstformen.

3. Reformvorschläge – Ergebnis zu B.I.

Fast alle befragten Bühnen sehen die Koordinierung der Arbeitszeiten der unterschiedlichen Beschäftigtengruppen als wichtiges Ziel an. Das Ergebnis der Umfrage – darauf sei der guten Ordnung halber hingewiesen – ist nicht repräsentativ. Die Gründe haben wir in der Einleitung zu diesem Gutachten erläutert. Eine Tendenz zumindest lässt sich ablesen. Zeitgemäße Arbeitszeitregelungen müssen gewährleisten:

- Eine Anpassung der Arbeitszeiten der nichtkünstlerisch Beschäftigten an die Erfordernisse des Proben- und Aufführungsbetriebes (dazu I.) sowie
- eine Harmonisierung der Arbeitszeitregelungen für die verschiedenen künstlerischen Kollektive (dazu II.).

a) Nicht künstlerischer Bereich

Zeitgemäße tarifliche Arbeitszeitregelungen sollten dem Arbeitgeber ein Arbeitszeitkontingent bezogen auf einen längeren Zeitraum (im Idealfall eine Jahresarbeitszeit) zur Verfügung stellen, über das dem jeweiligen Auslastungsgrad und dem Bedarf an Arbeitsleistungen entsprechend disponiert werden kann. Der finanzielle Vorteil gegenüber dem gegenwärtigen System kann für den Arbeitge-

ber darin liegen, dass bei einer sorgfältigen Arbeitszeitplanung Überstunden und der Einsatz von Fremdpersonal, insbesondere in der Zeit der Bühnenendproben, vermieden werden können. Als zuschlagspflichtige Überstunden sollten grundsätzlich nur Arbeitsstunden über das Arbeitszeitkontingent hinaus angesehen werden.

Immer wieder kommt es im Bühnenbetrieb vor, dass dienstplanmäßig angesetzte Arbeitszeit wegen einer veränderten Disposition nicht abgerufen werden kann. Kurz vor dem Beginn einer angesetzten Probe mag der Regisseur diese verschieben. Derartige nicht abgerufene Arbeitszeit sollte einem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden können. Dabei ist auf der anderen Seite dem berechtigten Interesse der Arbeitnehmer an planbarer Arbeits- und Freizeit Rechnung zu tragen. Nicht zu Unrecht wird von gewerkschaftlicher Seite immer wieder hervorgehoben, dass auch für die Bühnenleitungen ein ökonomischer Anreiz bestehen muss, mit der Arbeitszeit und damit zugleich der Freizeit (!) des Personals sorgfältig umzugehen. Zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses könnte etwa vorgesehen werden, dass im Falle eines nicht erfolgten Abrufs dienstplanmäßig festgesetzter Arbeitszeit lediglich eine Stundengutschrift zugunsten des Arbeitgebers auf dem Arbeitszeitkonto im Umfang von 50 % der nicht verbrauchten Zeit erfolgt. Damit bliebe ein ökonomischer Anreiz für eine vorausschauende Arbeitszeitgestaltung erhalten, ohne dass der Arbeitgeber jede vorher festgesetzte, dann aber nicht abgerufene Arbeitsstunde voll bezahlen müsste.

Ein derartiges Arbeitszeitmodell verursacht seinerseits Verwaltungsaufwand; denn es ist für jeden Arbeitnehmer ein individuelles Arbeitszeitkonto zu führen. Auf der anderen Seite ermöglicht ein solches Arbeitszeitkonto Mehrarbeit großzügig und flexibel (und damit auch den Bedürfnissen des Arbeitnehmers entsprechend) zu handhaben.

Werden zum Ausgleich angefallener Überstunden oder von Mehrarbeit freie Tage gewährt, so muss dafür Sorge getragen werden, dass derartige freie Tage in dem gesetzlich zulässigen Umfang auf nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften zu gewährenden freien Tagen angerechnet werden. Rufbereitschaften und Bereitschaftsdienste sollten als Dienstformen erprobt werden, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

Ein Tarifvertrag sollte Vorgaben für eine den Bedürfnissen der Bühne angepasste Dienstplanung vorsehen. Der Dienstplan sollte daher möglichst kurzfristig vor der jeweiligen Arbeitswoche festzulegen sein.

b) Exkurs: Neuordnung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes – Stand der Verhandlungen

Im Bereich des öffentlichen Dienstes steht eine umfassende Neugestaltung des Tarifrechts bevor. Dazu haben die Tarifvertragsparteien am 10. Januar 2003 eine Prozessvereinbarung geschlossen, nach der insbesondere die Stärkung der Ef-

ektivität und Effizienz des öffentlichen Dienstes, Aufgaben- und Leistungsorientierung, Straffung, Vereinfachung und Transparenz Ziele der Neugestaltung sein sollen.

Die Tarifvertragsparteien streben im Ergebnis ein Tarifrecht des öffentlichen Dienstes (TVöD) an, das aus einem Allgemeinen Teil und aus Besonderen Teilen besteht. Der Allgemeine Teil enthält das neue Tarifrecht mit den einheitlichen Regelungen für den gesamten öffentlichen Dienst; das ausfüllende oder spezifische Tarifrecht für die Verwaltungen, Krankenhäuser, Sparkassen, Flughäfen und Entsorgungsbetriebe wird jeweils in einem Besonderen Teil geregelt (Tarifgemeinschaft deutscher Länder 2003a). Der von den Theatern gewünschte Weg hin zu einem Branchentarifvertrag, der sich an den Künstlertarifverträgen orientiert, rückt damit in weite Ferne. Damit wird es – so lange der Rechtsträger des Theaters Mitglied in einem Arbeitgeberverband des öffentlichen Dienstes ist – dauerhaft bei der Teilung der Theaterbelegschaften in künstlerische und nicht-künstlerische Mitarbeitern bleiben.

Nach Verlautbarungen des DGB sollen derzeit folgende Regelungen zur Arbeitszeit eingeführt werden:

- Die Betriebe und Dienststellen sollen Arbeitszeitkorridore bis zu 45 Stunden pro Woche und Rahmenarbeitszeiten von zwölf Stunden zwischen 6 und 20 Uhr einführen können, in denen die tatsächliche Arbeitszeiten ohne Überstundenzuschläge bleiben. Dafür soll es Arbeitszeitkonten geben. Als Überstunden soll nur die Arbeitszeit gelten, die nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen ist.
- Insbesondere die Rahmenarbeitszeiten sind für Theater ungeeignet – um 20 Uhr geht dort die Arbeit weiter oder erst richtig los. Auch der Ausgleichszeitraum von zwei Wochen wird dem Theateralltag nicht gerecht. Es ist nun einmal so, dass der Arbeitsanfall in einer Bühnenwerkstatt in den letzten Wochen vor einer Premiere enorm anschwillt und am Tag danach abrupt abfällt. Regelungen, die sich an der Verwaltung orientieren, in der Akten in gleichmäßigem Fluss der Bearbeitung harren, passen dafür nicht.
- Das Arbeitszeitvolumen ist nach Aussage der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände bislang noch nicht Gegenstand der Verhandlungen gewesen, es soll in die Anfang 2005 beginnenden Lohnrunde einbezogen werden (Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände 2004). Der DGB vermeldet dagegen, dass bereits Einigkeit darüber besteht, die wöchentliche Arbeitszeit nicht über 38,5 Stunden im Westen bzw. 40 Stunden im Osten auszuweiten (Deutscher Gewerkschaftsbund 2004a)

Es bleibt abzuwarten, wann und mit welchen Regelungen die Neuordnung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes tatsächlich in Kraft treten wird.

c) **Künstlerischer und künstlerisch-technischer Bereich**

Unser Reformvorschlag ist einfach und radikal. Sämtliche Arbeitszeitregelungen sollten den Arbeitszeitregelungen des NV Bühne für den Bereich Solo angeglichen werden. Das staatliche Arbeitsschutzrecht, Mitbestimmungsrechte von Personal- und Betriebsräten und letztlich das eigene Interesse auch des Arbeitgebers an dem Erhalt der Leistungsfähigkeit der Künstler bieten ausreichenden Schutz vor Überlastungen.

Unterzieht man sich der Mühe, den TVK von vorne bis hinten zu lesen, so hat man nicht das Gefühl im 21. Jahrhundert zu sein. Die Dienstregelungen sind ein Anachronismus. Sie fordern zum Missbrauch geradezu heraus. Damit soll der Berufsethos von Musikern und ihre Einsatzbereitschaft nicht in Frage gestellt werden. Es geht vielmehr um ein Problem, das in der Wirtschaftswissenschaft und in der Organisationslehre unter dem Stichwort „Institutional Economics“ diskutiert wird. Menschen neigen dazu, ihre individuellen Interessen, u. a. zu „muggen“ (umgangssprachlich für **musikalische Gelegenheitsgeschäfte**). Die Dienstregelung lässt sich streng handhaben mit der Folge, dass dem Arbeitgeber weniger Leistung zur Verfügung steht. Spiegelbildlich erwerben die Musiker dadurch Freiräume, um außerhalb ihrer Anstellungen z. B. ihren Erwerbsinteressen nachzugehen. Für die Musiker setzt der TVK damit einen ökonomischen Anreiz, auf einer strengen und formalen Handhabung der Dienstregelungen zu bestehen. Es mag sein, dass es Durchsetzungsschwächen auf Seiten des Arbeitgebers gibt. Ein Management kann aber nicht erfolgreich gegen ein System ankämpfen, das die Verfolgung von Eigeninteressen fördert, die dem Gemeininteresse zuwiderlaufen. Die ökonomischen Grundgesetze wirken mit überwältigender Effizienz. Ein System (hier die tariflichen Arbeitsbedingungen) muss deshalb so strukturiert sein, dass es die absehbare Verfolgung von Eigeninteressen antizipiert und diese in eine Richtung lenkt, die dem Gemeininteresse entspricht. Es muss daher ein ökonomischer Anreiz gesetzt werden, die Arbeitsleistung, auch Mehrarbeit, in den Dienst des Hauses zu stellen. Dies lässt sich durch eine umfassende Dienstverpflichtung, die nach dem NV Bühne für den Bereich Solo besteht, kombiniert mit besonderen Vergütungen oder der Beteiligung an zusätzlichen Erlösen durch Aufführungen, erreichen.

Radikale Vorschläge lassen sich nicht immer (sofort) umsetzen. Als zweitbeste Lösung sollte das Dienstmodell insbesondere der Musiker gründlich entschlackt werden. Besondere Probleme entstehen dort, wo die künstlerischen Kollektive ihre Leistung in Zusammenarbeit erbringen müssen. Hier kommt es darauf an, das für die Musiker geltende Dienstmodell mit den Arbeitszeitmodellen der anderen Künstlerkollektive (und diese wiederum untereinander) so zu koordinieren, dass eine effektive Abstimmung der Proben- und Aufführungszeiten vereinfacht wird.

Die Institution der "Dienste" ist als traditionelles Instrument der Arbeitszeitgestaltung der Musiker emotional tief verankert. Dennoch ist festzuhalten, dass schon nach der gegenwärtigen Regelung des TVK ein "Dienst" keine starr festgesetzte Arbeitszeit bedeutet. Vielmehr ist von dieser, am öffentlichen Dienstrecht angelehnten Haltung abzugehen hin zu einem Verständnis, das an den besonderen künstlerischen Belangen des jeweiligen Hauses orientiert ist. Ein zeitgemäßer Tarifvertrag müsste hier die Möglichkeit der Überschreitung der festgelegten Probenzeiten (ohne Abrechnung eines Doppeldienstes) ausdrücklich zumindest in der Endprobenzeit für zulässig erklären. Dabei könnte über einen Freizeitausgleich für besondere Belastungen nachgedacht werden.

Ein Freizeitausgleich wiederum – innerhalb großzügig bemessener Ausgleichszeiträume – muss sich in eine Regelung der freien Tage einfügen, die nicht nur dem Arbeitszeitgesetz entspricht, sondern auch eine einheitliche Disposition der drei Sparten ermöglicht. Schon jetzt liegen die Modelle des NV Bühne und des TVK nicht mehr weit auseinander. Hier sollte eine einheitliche Regelung möglich sein. Es könnte etwa an die Regelung des § 87 Abs. 1 NV Bühne angeknüpft werden und ein Anspruch von grundsätzlich 1 1/2 freien Tagen vorgesehen werden, der sowohl hinsichtlich der Disposition der freien Werktage als auch der halben Tage ausreichend flexibel erscheint. Diese Lösung würde für das Orchester ein Entgegenkommen bedeuten, da dort derzeit nur ein freier Tag pro Woche zu gewähren ist. Dies könnte zum Anlass genommen werden, eine Ausweitung der Dienstpflicht auf wieder durchgängig acht Dienste pro Woche (unabhängig von der Schwierigkeit des Werks) im Durchschnitt zu erreichen.

Im Übrigen gilt für die Orchester wie für die anderen künstlerischen Kollektive, dass eine Vereinheitlichung der zulässigen Probendauer zumindest für die Endprobenphase erfolgen muss. Bei diesen Anpassungen darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Proben- und Pausenzeiten der künstlerischen Kollektive ihre Rechtfertigung auch in der körperlichen Leistungsfähigkeit der Künstler finden. Nicht einzusehen sind jedoch die gegenwärtig bestehenden, oft minimalen Unterschiede in den Ruhezeiten für die verschiedenen Kollektive. Folgendes sollte erwogen werden:

- Einheitliche Festsetzung der Dauer einer Bühnenprobe auf im allgemeinen drei Stunden;
- einheitliche Aufhebung der zeitlichen Begrenzung für die Haupt- und Generalprobe eines Bühnenwerkes sowie für ein bis zwei weitere Proben, bei erheblicher Überschreitung einer Probendauer von drei Stunden Ausgleich durch freie Zeit (aber keine Abrechnung als Doppeldienst);
- im Falle eines unvorhergesehenen Hindernisses, das die volle Ausnutzung der Probenzeit behindert, die Möglichkeit, die Probe um die Zeit dieser Behinderung bis zu einer gewissen Höchstgrenze zu verlängern.

II. Vergütung

1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen

Die Vergütungsregelungen der Bühnentarifverträge sind durch die Zusammenfassung der einzelnen Tarifverträge NV Solo, NV Chor, NV Tanz und BTT/BTTL in dem neu geschaffenen NV Bühne vereinheitlicht und auch vereinfacht worden. Insbesondere die vielfältigen Sondervergütungen, die in der Praxis kaum handhabbar waren, sind überarbeitet worden. Dagegen erfolgte eine Überarbeitung des BAT/BAT-O, des BMT-G/BMT-G-O bzw. des MTArb/MTArb-O bislang nicht.

Die Vergütungsstruktur der einzelnen Tarifverträge wird im Folgenden kurz analysiert.

a) NV Bühne: Solo

Die Vergütungsregelungen des NV Bühne für den Bereich Solo sind recht übersichtlich und einfach zu handhaben. Der Tarifvertrag sieht die Vereinbarung eines festen monatlichen Gehalts bei einer Mindestgage von 1.550,00 € monatlich vor (§ 58 Abs. 1 NV Bühne). Es besteht die Möglichkeit, mit dem Mitglied als besondere Vergütung Spielgelder oder Übersinghonorare zu vereinbaren (§ 58 Abs. 2 NV Bühne). Sondervergütungen in angemessener Höhe sind zu zahlen, wenn das Mitglied entweder an zwei an demselben Tag stattfindenden Aufführungen mitzuwirken hat oder aber, wenn das Mitglied in zwei gleichzeitig stattfindenden Aufführungen mitwirkt und die Doppelbeschäftigung mit einer Erschwerung verbunden ist (§ 58 Abs. 3 NV Bühne). Für die Rechteabgeltung erhält das Solomitglied eine angemessene Sondervergütung (§ 59 NV Bühne).

Im Falle der Änderung der Grundvergütungen des BAT sind die Gagen durch Tarifvertrag sinngemäß anzupassen, § 58 Abs. 4 NV Bühne.

b) NV Bühne: Chor

Der Tarifvertrag sieht zunächst ein festes monatliches Gehalt (§ 75 Abs. 1 NV Bühne) vor. Das feste Gehalt setzt sich zusammen aus der Grundgage, dem Ortszuschlag und einer Zulage. Die Grundgage richtet sich dabei nach der Chorgagenklasse, die von der Eingruppierung des Orchesters der Bühne nach Maßgabe des TVK abhängt. Der Ortszuschlag wird in Anlehnung an die Bestimmungen des BAT/BAT-O gezahlt (§ 77 NV Bühne). In Abhängigkeit von der Beschäftigungszeit wird eine Zulage gezahlt (§ 78 NV Bühne). Jubiläumszuwendungen sind nach 25 und nach 40 Dienstjahren zu zahlen (§ 82 NV Bühne). Ebenso wie für die übrigen Bereiche des NV Bühne besteht die Pflicht zur Anpassung der Gagen entsprechend den Tarifabschlüssen des BAT (§ 76 Abs. 4 NV Bühne).

Ein Anspruch auf zusätzliche Vergütungen besteht nach § 79 NV Bühne. Danach ist eine zusätzliche Vergütung bei der Mitwirkung in einer zweiten oder dritten an

demselben Tag stattfindenden Vorstellung in Höhe von mindestens einer halben Tagesgage zu zahlen. Ferner sind "artfremde" Leistungen gesondert zu vergüten, zum Beispiel die Übernahme kleinerer Rollen oder Partien, die Mitwirkung in Pantomime und bei Tanzleistungen, die Mitwirkung in der Statisterie oder Komparserie sowie die Mitwirkung in Konzerten und beim Singen in einer fremden Sprache bei mittleren (sofern nicht in englischer, italienischer oder französischer Sprache) oder bei großen Choropern.

c) NV Bühne: Tanz

Die Regelungen für den Bereich Tanz entsprechen von der Struktur her weitgehend denjenigen für den Bereich Chor (§ 88 NV Bühne). Auch werden vergleichbare Vergütungen für Sonderleistungen gewährt (92 NV Bühne). Es besteht die Anpassungspflicht entsprechend den Tarifabschlüssen im Bereich des BAT (§ 89 Abs. 4 NV Bühne).

d) NV Bühne: Bühnentechniker

Die Vergütung der nach Maßgabe NV Bühne, Bereich Bühnentechniker, beschäftigten Angestellten wird vertraglich vereinbart. Die Mindestvergütung des NV Bühne ist auch hier 1.550,00 € (§ 67 NV Bühne). Die Gagen nach § 67 Abs. 1 NV Bühne sind entsprechend den Grundvergütungen des BAT anzupassen, d. h., im Falle der Änderung der Grundvergütungen des BAT sind die Gagen durch Tarifvertrag sinngemäß anzupassen (§ 67 Abs. 3 NV Bühne).

e) TVK

aa) Regelmäßige Vergütung

Die Vergütung der unter den Geltungsbereich des TVK fallenden Musiker besteht aus Grundvergütung, Ortszuschlag, örtlichem Sonderzuschlag und Tätigkeitszulage (§ 21 TVK). Für die Vergütungshöhe ist die Eingruppierung des jeweiligen Orchesters maßgebend (§ 22 TVK). Die Eingruppierung ist von der Planstellenzahl in Verbindung mit der Instrumentenaufteilung abhängig. Für diese Vergütungsstruktur war nach der Protokollnotiz zu Abs. 1-8 des § 22 TVK die – überprüfenswerte – Überlegung maßgebend, dass sich in diesen Parametern am stärksten das unterschiedliche Leistungsvermögen der Kulturorchester ausdrückt.

Musiker, denen das Spielen eines Nebeninstrumentes regelmäßig oder vertretungsweise übertragen ist, erhalten eine Tätigkeitszulage gemäß § 26 Abs. 1 TVK. Die Höhe der Zulage richtet sich nach der Stufe, in die das Nebeninstrument eingeteilt ist. Ferner enthält § 26 TVK eine komplizierte Zulagenregelung für einzelne herausgehobene Positionen (Stimmführer etc.). Die Vergütungsregelung spiegelt in dieser Weise die hierarchische Struktur des

Orchesters wieder. Dies ergibt sich auch aus der Protokollnotiz Nr. 1 zu § 6 Abs. 2 TVK, die den Musiker zwar verpflichtet, eine Tätigkeit zu übernehmen, für die eine geringere oder keine Tätigkeitszulage vorgesehen ist, den Arbeitgeber aber wiederum verpflichtet, auf die besondere Stellung des Musikers im Orchesters Rücksicht zu nehmen.

Wie im NV Bühne ist auch im TVK geregelt, dass im Falle der Änderungen der Grundvergütungen des BAT eine Pflicht zur Anpassung durch Tarifvertrag besteht (§ 55 TVK). Der Deutsche Bühnenverein strebt an, die verbindliche Anwendung dieser Vorschrift für fünf Jahre auszusetzen, um die Vergütungen der Musiker den Vergütungen der übrigen unter den Zuständigkeitsbereich des Bühnenvereins fallenden künstlerischen Mitarbeiter anzugleichen, so die Notiz im Entwurf des TVK zu § 22.

bb) Besondere Vergütungen

Besondere Vergütungen sieht der TVK vor, wenn Musiker vorübergehend oder vertretungsweise auch andere als die im Arbeitsvertrag genannten Instrumente spielen, solistische Leistungen in der Darbietung besonderer Musikstücke erbringen, an kammermusikalischen Werken mitwirken oder ein ungewöhnliches Instrument – wie in der Protokollnotiz zu Abs. 2 beschrieben – spielen. Gemäß § 27 TVK ist für derartige Tätigkeiten eine angemessene besondere Vergütung zu zahlen. Zu den "ungewöhnlichen Instrumenten" im Sinne der Protokollnotiz zu § 6 Abs. 2 TVK gehört die Altflöte ebenso wie die Gitarre oder das Klavier. Auch hier findet sich ein schwer verständliches System von Regel, Ausnahme und Ausnahme von der Ausnahme. Die besondere Vergütung für das Spielen eines ungewöhnlichen Instruments erhält der Musiker nicht, wenn er für dieses ungewöhnliche Instrument eine Tätigkeitszulage gemäß § 26 TVK erhält. Nach § 26 Abs. 4 TVK ist jedoch wiederum eine besondere Vergütung für das Spielen des ungewöhnlichen Instruments trotz Tätigkeitszulage zu zahlen, wenn das ungewöhnliche Instrument eines von mehreren Nebeninstrumenten ist, die dem Musiker übertragen worden sind. Alles klar?

cc) Bewertung

Im Bereich des TVK dürfte das Hauptproblem letztlich in der faktischen Erhöhung der Vergütung bezogen auf die Arbeitszeiteinheit liegen, die sich aus der geschilderten großzügigen Praxis der Genehmigung von Nebentätigkeiten, der oft unzureichenden Disposition der Arbeitszeiten und durch sonstige örtliche Unzulänglichkeiten bei der Handhabung des Tarifvertrages (Pausenzeiten, Doppeldienste) ergeben. Die hierarchische Schichtung des Orchesters, die sich in der Vergütung widerspiegelt, dürfte nur schwer im Wege des Tarifrechts abzubauen sein. Es verbleiben einzelne Unzulänglichkeiten bei den besonderen Vergütungen, deren sachliche Rechtfertigung im Zuge des

Neuabschlusses von Tarifverträgen zu überprüfen wäre, deren wirtschaftliche Bedeutung jedoch schwer eingeschätzt werden kann.

f) BAT/BAT-O

aa) Regelmäßige Vergütung

Die Vergütung der unter den Geltungsbereich des BAT/BAT-O fallenden Angestellten folgt dem Regelmodell des öffentlichen Dienstes. Bestandteil der Vergütung sind Grundvergütung und Ortszuschlag (§ 26 Abs. 1 BAT/BAT-O). Dabei erhöhen sich die Grundvergütungen entsprechend der erreichten Lebensaltersstufe kontinuierlich. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach der Eingruppierung in eine der Vergütungsgruppen der Vergütungsordnung (Anlage 1 a Teil II Abschnitt H zur Vergütungsordnung - Bund, Länder - für die Angestellten an Theatern und Bühnen). Die Vergütungsgruppen und deren Tätigkeitsmerkmale sind hierarchisch aufgebaut. Sie ermöglichen den Aufstieg von der einen Vergütungsgruppe in eine höhere nach Ablauf bestimmter Zeiten oder "Bewährung" in der bisherigen Tätigkeit. Betrachtet man die Vergütungsgruppen näher, so wird das Problem der Handhabung des BAT/BAT-O in der Praxis der Bühnen deutlich. Verwaltungsaufwand entsteht nicht nur bei der Ersteingruppierung, sondern in besonderer Weise durch die gebotene fortwährende Überwachung der Richtigkeit der einmal vorgenommenen Eingruppierung. Die IG Medien (1994) hatte einmal ein "BAT-Handbuch für Musikschulen, Theater und Bühnen" herausgegeben, das von den Bundessekretären Bleicher-Nagelsmann und Paul verfasst wurde. Dieses Handbuch ist vierhundert (!) Seiten stark und befasst sich im Wesentlichen mit Fragen der Eingruppierung in diesem Bereich. Für die Praxis an den Bühnen bedeutet dies letztlich, dass die Handhabung des BAT/BAT-O bereits in kleineren Häusern eine Personalwirtschaftsstelle erfordert.

Beispiel:

Der Beleuchtungsmeister ist im Regelfall in die Vergütungsgruppe VI b Fallgruppe 2 eingruppiert. Nach vierjähriger "Bewährung" steigt er in die Vergütungsgruppe V c Fallgruppe 2 auf. Ist er an einer Bühne mit technisch schwieriger Bühnenanlage beschäftigt, gehört er bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen in die Vergütungsgruppe V c Fallgruppe 1. Dies wiederum bringt ihm Vorteile gegenüber dem Beleuchtungsmeister, der in der Fallgruppe 2 beschäftigt wird, weil es ihm die Möglichkeit eröffnet, nach vierjähriger Bewährung in die Vergütungsgruppe V b aufzusteigen. Die Veränderung der Bühnenanlage kann also eingruppierungsrechtlich relevant werden.

Der BAT/BAT-O – und entsprechendes gilt für den BMT-G/BMT-G-O und den MTArb/MTArb-O – zwingt also dazu, an den Bühnen (oder zumindest für

die einzelnen Bühnen verfügbar) Spezialwissen zum Tarifrecht vorzuhalten. Eine Personalwirtschaftsstelle "bewirtschaftet" erfahrungsgemäß nicht nur das Personal einer Bühne, sondern auch sich selbst als Organisationseinheit. Zum einen sind mehrere, spezialisierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erforderlich, die mit der praktischen Umsetzung der Regelungen über Eingruppierungen und sonstige Tariffragen befasst sind. Zum anderen beschäftigen Personalwirtschaftsstellen mit den für ihre Arbeit erforderlichen Formularen auch stets die übrigen Organisationseinheiten des Theaters; denn von irgendwoher müssen die Personalwirtschaftsstellen ihre Informationen erhalten, die wiederum Grundlage der Einzelentscheidungen sind. Die komplizierte Handhabbarkeit der Tarifwerke des öffentlichen Dienstes (in Teilbereichen aber auch der Bühnentarifverträge im engeren Sinne) steht damit in Widerspruch zu der Forderung an die Bühnen, ihre Kosten zu reduzieren. Um ihr entsprechen zu können, müssen Tarifverträge so gestaltet sein, dass der Verwaltungsaufwand möglichst gering ist. Die Tarifwerke des öffentlichen Dienstes entsprechen diesen Anforderungen nicht.

Praktische Erfahrungen mit dem Bewährungsaufstieg – gerade im Falle einer streitigen Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber – zeigen zudem, welcher Aufwand damit verbunden ist, der Frage nachzugehen, ob der Angestellte sich auch zusätzlich zum Zeitablauf "bewährt" hat. Nicht selten erfolgen Gefälligkeitsbeurteilungen durch die Vorgesetzten. Dies führt dazu, dass die schlichte Zeit der Betriebszugehörigkeit doppelt honoriert wird, zunächst durch die Lebensaltersstufen in den einzelnen Vergütungsgruppen, sodann durch den Aufstieg innerhalb der Vergütungsordnung.

Es ist einzuräumen, dass diese Kritik nicht den Bühnenbereich allein betrifft. Die jüngst unterbreiteten Reformvorschläge zu einer Novellierung des öffentlichen Dienstrechtes zeigen, dass auch in übrigen Bereichen des öffentlichen Dienstes heute Regelungen angestrebt werden, die nicht allein das "Absitzen" einer Beschäftigungszeit, das Erreichen eines bestimmten Dienstalters oder Lebensalters honorieren, sondern Leistungsaspekte einbeziehen wollen.

Ein alternatives Modell könnte vorsehen, die Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter durch weniger, und damit leicht zu verwaltende und zugunsten der Arbeitnehmer spürbare Vergütungserhöhungen (etwa in drei Stufen) zu honorieren. Zugleich wäre darüber nachzudenken - und entsprechendes gilt für den Bereich des BMT-G/BMT-G-O und des MTArb/MTArb-O – die Vergütungsgruppen auf wenige zu reduzieren. Die enge Abgrenzung der Vergütungsgruppen führt zu einer engen Beschreibung des beruflichen Tätigkeitsfeldes. Gerade dies bereitet den Bühnen mehr und mehr Schwierigkeiten. Es ist wünschenswert, dass etwa ein Bühnentechniker, ohne dass sich daran komplizierte Überlegungen zu Eingruppierungsfragen oder der Notwendigkeit der Erteilung einer persönlichen Zulage stellen, verpflichtet werden kann,

gelegentlich die Maschinerie zu bedienen (wenn er über die entsprechende Qualifikation verfügt). Dabei ließe sich die vielseitige Verwendbarkeit durchaus honorieren. Vorzugswürdig gegenüber dem Tarifautomatismus des § 22 BAT/BAT-O oder den Regeln für die Erteilung einer persönlichen Zulage bei vorübergehender Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit (§ 24 BAT/BAT-O) erscheint für den Regelfall mithin die Schaffung besonderer, bühngerechter Tätigkeitsbeschreibungen und darauf aufbauender Vergütungsgruppen.

bb) Zulagen

Auf die Theaterbetriebszulage wurde bereits im Zusammenhang mit den Arbeitszeitregelungen eingegangen. Bereits dort haben wir darauf hingewiesen, dass aus der Sicht der Bühnen – insbesondere bei einer weiteren Flexibilisierung der Arbeitszeit – die Möglichkeit zur Gewährung von Freizeitausgleich anstelle der bisher nach der SR 2k zwingend vorgesehenen Bezahlung von Überstunden eingeführt werden sollte.

Über die allgemeine Zulage nach dem Tarifvertrag über Zulagen an Angestellte vom 17. Mai 1982 hinaus können im Bereich der BAT/BAT-O-Angestellten an Bühnen Technikerzulagen und Meisterzulagen anfallen, die eine besondere Qualifikation honorieren, jedoch keine besonderen zusätzlichen Leistungen abgelten.

g) BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O

Die spezifischen Probleme der Eingruppierung und Höhergruppierung der Tarifwerke des öffentlichen Dienstes wurden bereits im Zusammenhang mit dem BAT/BAT-O abgehandelt. Auf die Theaterbetriebszulage und die Regelungen zur Anordnung von Überstunden und deren Ausgleich sind wir im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Arbeitszeit eingegangen.

Der BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O sieht ferner die Zahlung von Erschwerniszuschlägen (§ 23 BMT-G/BMT-G-O, § 29 MTArb/MTArb-O) vor, deren Höhe bezirklich vereinbart wird oder die von Haus zu Haus verschieden geregelt werden.

2. Reformvorschläge – Ergebnis zu B.II.

Im Bereich der Vergütungsregelungen ist grundsätzlich zwischen dem künstlerischen und dem nicht künstlerischen Bereich zu unterscheiden. Im künstlerischen Bereich geht es darum, die Möglichkeit zu schaffen, die Leistungsbezogenheit der Vergütungen zu verstärken (dazu a). Im nichtkünstlerischen Bereich ist ein Abschied von den komplizierten Strukturen der Vergütungsordnung des öffentlichen Dienstes anzustreben (dazu b).

a) Künstlerischer Bereich

Die Zusammenfassung der ehemaligen NV Solo, BTT/BTTL, NV Chor und NV Tanz im NV Bühne hat bereits einige Vereinfachungen gebracht. Insbesondere das bisherige bunte Kaleidoskop an mehr oder weniger traditionellen, mehr oder weniger gerechtfertigten und mehr oder weniger fragwürdigen Zulagen wurde bereinigt. Den Mitgliedern der künstlerischen Kollektive sollte zusätzlich ein wirtschaftlicher Anreiz geboten werden, ihre Arbeitskraft tatsächlich in den Dienst des Hauses, dem sie angehören, zu stellen. Dies könnte etwa durch "Spielgelder" oder "Anwesenheitsprämien" geschehen, mit denen die Leistung von Gruppenmitgliedern honoriert wird, die durch kontinuierliche Anwesenheit den Spielbetrieb unterstützen und zusätzlich verhinderte Kollegen (etwa im Krankheitsfall) ersetzen. Ergänzend können Mitarbeiter – insbesondere Musiker – an besonderen Erlösen beteiligt werden.

b) Nicht künstlerischer Bereich

Das Vergütungsmodell des öffentlichen Dienstes hat sich als erhebliches Hindernis für einen flexiblen Einsatz der Arbeiter und Angestellten erwiesen, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen führt die eng umrissene Ausgestaltung der Qualifikations- und Tätigkeitsmerkmale der einzelnen Fallgruppen einer bestimmten Vergütungsgruppe dazu, dass der Versuch, den jeweiligen Arbeitnehmer in einem möglicherweise "fallgruppenfremden" Aufgabenbereich einzusetzen, Gefahr läuft, dafür zumindest eine Zulage, vielleicht gar eine komplette Neueingruppierung gewähren zu müssen. Zum anderen führt das System von Zeit- und Bewährungsaufstiegen sowie Lebensaltersstufen dazu, dass erhebliche Verwaltungskräfte gebunden werden, um den richtigen Umgang mit diesen Regelungen sicherzustellen. Daher sollte angestrebt werden, eine einfach strukturierte Vergütungsordnung unter Einschluss von Gruppen vielseitig einsetzbarer bühnentechnischer Angestellter und Arbeiter zu schaffen. Dies darf natürlich nicht ausschließen, Arbeitnehmer schwerpunktmäßig mit bestimmten Tätigkeiten zu befassen und zu spezialisieren. Entscheidend ist die Möglichkeit des flexiblen Einsatzes nach den Erfordernissen des Bühnenbetriebes.

Die derzeitige Staffelung der Lebensaltersstufen ließe sich beträchtlich "entschlacken". Die Lebensarbeitszeit könnte etwa in wenige, dafür aber deutlich voneinander abgesetzte Lebensaltersstufen aufgeteilt werden. Auf eine fein zisierte Hierarchie der Vergütungsgruppen sollte verzichtet werden.

Es bleibt abzuwarten, ob durch die geplante Neuordnung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes die dargestellten Probleme bereinigt werden. Nach Verlautbarungen über den aktuellen Verhandlungsstand sollen folgenden Änderungen im Bereich der Vergütung erfolgen:

Das neue Eingruppierungs-System, welches erst ab 2007 in Kraft treten soll, wird 15 Entgeltgruppen umfassen. Die ECKEINGRUPPIERUNG soll sich am Ausbildungsni-

veau orientieren. Bewährungs- und Zeitaufstiege sollen wegfallen. Innerhalb der Entgeltgruppen soll es je sechs Erfahrungs-/Entwicklungsstufen geben, wobei auch außerhalb des öffentlichen Dienstes erworbene Erfahrungen berücksichtigt werden. Offen ist zur Zeit noch die Forderung der Arbeitgeber, bei „Schlechtleistung“ den Aufstieg hinauszuzögern. Familienbezogene Entgeltbestandteile soll es nicht mehr geben. Das Gesamtvolumen der Vergütungen bleibt jedoch gleich, so dass Ledige und Kinderlose besser stehen werden. Offen ist, inwieweit es für bereits bestehende Beschäftigungsverhältnisse einen Bestandsschutz geben wird. Erstmals im Jahr 2006 sollen zwei Prozent der Jahresentgeltsumme eines Betriebes oder einer Dienststelle leistungsbezogen gezahlt werden. Später soll dieser Teil auf acht Prozent anwachsen. Die Arbeitgeberforderung nach Öffnungsklauseln für abweichende Vergütungstabellen (Tarifgemeinschaft deutscher Länder 2003b) auf Landesebene lehnt ver.di kategorisch ab (Schürmann 2004: 65).

Das neue Modell wird also voraussichtlich dazu führen, dass jüngere Beschäftigte besser bezahlt werden als bisher, während ältere mit Einbußen zu rechnen haben. Das Lebenserwerbseinkommen soll jedoch konstant bleiben. Je nach Beschäftigtenstruktur eines Theaters wird dies Auswirkungen auf den Personalhaushalt haben.

c) Eine grundsätzliche Anmerkung

Die Mehrzahl der Bühnen, die auf den von uns versandten Fragebogen geantwortet haben, befürwortet die Schaffung eines einheitlichen Bühnentarifvertrages, also eines Tarifwerkes, das – unter Berücksichtigung sachlicher Unterschiede zwischen den beschäftigten Gruppen – bühngerechte Regelungen für alle Beschäftigten enthält. Dieser Wunsch ist gerade vor dem Hintergrund knapper werdender öffentlicher Mittel verständlich. Die Vergütungen von Künstlern – mit Ausnahme derjenigen der Musiker – sind sehr flexibel ausgestaltet. Die Vergütungen der nicht künstlerisch Beschäftigten ergeben sich dagegen aus den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes, Tarifsteigerungen werden unmittelbar für diese Gruppe wirksam. Die Finanzierungsengpässe der öffentlichen Hand haben dazu geführt, dass die Künstlergewerkschaften bei der letzten Tarifrunde eine Protokollerklärung abgegeben haben, die den zuvor praktizierten Automatismus der Übernahme der Tarifsteigerungen des öffentlichen Dienstes bereits aufgebrochen hat. Weitergehend verlangt der Deutsche Bühnenverein heute ein Moratorium für die Verpflichtung zur Übernahme der Tarifsteigerungen für fünf Jahre. Diese Zusammenhänge führen dazu, dass sich das Verhältnis der Personalaufwendungen und damit der Vergütungen zwischen der Gruppe der nicht künstlerisch Beschäftigten und derjenigen der Künstler mehr und mehr zu Lasten der letzteren verschiebt. Das ist weder mit Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar noch trägt es dem Umstand Rechnung, dass es die Künstler sind, deren Leistung in erster Linie den Erfolg einer Aufführung ausmacht.

Bühnengerechte Tarifverträge setzen daher auf Arbeitgeberseite einen einheitlichen Verhandlungspartner voraus. Dies kann ein Arbeitgeberverband mit umfassender Zuständigkeit für die Regelung der Arbeitsbedingungen sämtlicher Beschäftigten sein. Ebenso kann diese Rolle von dem einzelnen Arbeitgeber als Partei eines Haustarifvertrages übernommen werden. Die derzeitige Aufspaltung auf den Deutschen Bühnenverein einerseits und die TdL oder Vka andererseits, wird dem nicht gerecht.

III. Beendigung von Arbeitsverhältnissen – Insbesondere künstlerischer Bereich

Arbeitsverhältnisse können durch Kündigung, Fristablauf, Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung oder aufgrund einer Vereinbarung enden. Im künstlerischen Bereich werden regelmäßig befristete Arbeitsverhältnisse begründet. Der NV Bühne enthält hierzu eine Vielzahl von Sonderregelungen, insbesondere zur Notwendigkeit des Ausspruchs einer sogenannten Nichtverlängerungsmitteilung. Dagegen werden im Geltungsbereich der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und des TVK regelmäßig unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen.

1. Befristungen

a) Überblick über die tariflichen Regelungen

aa) NV Bühne

Der NV Bühne sieht den Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen als Normalfall an. § 2 Abs. 2 NV Bühne bestimmt, dass der Arbeitsvertrag mit Rücksicht auf die künstlerischen Belange ein Zeitvertrag ist. Diese Vorschrift wird in der Literatur jedoch nicht als zwingende Vorgabe der Tarifvertragsparteien in dem Sinne angesehen, dass der Abschluss von unbefristeten Arbeitsverhältnissen unwirksam wäre (vgl. hierzu Bolwin/Sponer 2004: § 2 NV Bühne, Rn. 4 ff.). Auch mit Bühnenmitgliedern kann grundsätzlich ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eingegangen werden. In der Praxis ist allerdings der Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen nach den Vorgaben des NV Bühne die Regel.

Bei der Befristung endet das Vertragsverhältnis mit dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Zeitpunkt (§§ 61 Abs. 1, 69 Abs. 1, 83 Abs. 1 und 96 Abs. 1 NV Bühne). Die Befristungsregelungen sind für die Bereiche Solo, Tanz und Bühnentechniker identisch. Einige Abweichungen existieren für Chormitglieder bei dem Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilungen. Im Einzelnen:

Ist der Arbeitsvertrag für mindestens ein Jahr, eine Spielzeit, abgeschlossen, so verlängert er sich zu den gleichen Bedingungen um ein Jahr, eine Spielzeit, es sei denn, es erfolgt eine Nichtverlängerungsmitteilung, die der ande-

ren Vertragspartei gegenüber in der Regel bis zum 31. Oktober der Spielzeit, mit deren Ablauf der Arbeitsvertrag endet, schriftlich zu erteilen ist (§§ 61 Abs. 2, 69 Abs. 2, 83 Abs. 2 und 96 Abs. 2 NV Bühne). Die Fristen, unter deren Beachtung eine Nichtverlängerung auszusprechen ist, verlängern sich in Abhängigkeit von der Beschäftigungszeit. Bestand das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit ununterbrochen mehr als acht Jahre (Spielzeiten), muss die Nichtverlängerungsmittelung der anderen Partei bis zum 31. Juli der jeweils vorangegangenen Spielzeit schriftlich zugegangen sein (§§ 61 Abs. 2, 69 Abs. 2, 83 Abs. 2 und 96 Abs. 2 NV Bühne).

Für den Bereich der Solisten, Bühnentechniker und Tanzmitglieder kann bei einem Arbeitsverhältnis, das mehr als 15 Jahre bestanden hat, eine Nichtverlängerungsmittelung grundsätzlich nur noch zur Änderung der Vertragsbedingungen ausgesprochen werden (§§ 61 Abs. 3, 69 Abs. 3, 96 Abs. 3 NV Bühne), wobei vor Vollendung des 55. Lebensjahrs des Künstlers der Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch außerhalb der im Arbeitsvertrag angegebenen Bühne anbieten darf. Diese Einschränkung besteht nicht, wenn das Mitglied bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder einer außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung bestehenden Versorgung durch den Arbeitgeber oder durch eine Versorgungseinrichtung hat, zu der der Arbeitgeber Mittel beigesteuert, oder wenn die Nichtverlängerungsmittelung zum Ende der Spielzeit ausgesprochen wird, in der das Solomitglied das 65. oder ein späteres Lebensjahr vollendet (§§ 61 Abs. 9, 69 Abs. 3 NV Bühne; für Tanz- und Chormitgliedermittelglieder endet das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahrs, §§ 96 Abs. 9, 83 Abs. 9 NV Bühne). Für Chormitglieder hat der Arbeitgeber bei einer Beschäftigung von mehr als 15 Jahren und einem Lebensalter des Künstlers von mehr als 40 Jahren lediglich zu prüfen, ob dem Chormitglied eine andere angemessene Beschäftigung angeboten werden kann.

In der Praxis führt die gemäß §§ 61 Abs. 4 ff., 69 Abs. 4 ff., 96 Abs. 2 NV Bühne gebotene Anhörung des Künstlers vor dem Ausspruch der Nichtverlängerungsmittelung gelegentlich zu Problemen (für Chormitglieder bedarf es der Anhörung des Opernvorstandes, s. u.). Die ordnungsgemäße Anhörung ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Nichtverlängerungsmittelung. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 11. März 1982, AP Nr. 19 zu § 611 BGB Bühnenengagementvertrag) sind an die Anhörung die Anforderungen zu stellen, die auch im Hinblick auf eine Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG gestellt werden. Dem betroffenen Arbeitnehmer ist also im Einzelnen und nachvollziehbar zu erläutern, aus welchen Gründen die Nichtverlängerungsmittelung ausgesprochen wird. Auf den ersten Blick scheint dieses Erfordernis leicht erfüllbar zu sein, in der Praxis scheitern nicht wenige Nichtverlängerungsmittelungen jedoch an einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung. Zum Teil liegt dies daran, dass

Theaterleitungen die insoweit bestehenden Anforderungen nicht ernst genug nehmen, zum Teil sind jedoch auch psychologische Gründe ausschlaggebend. Die den tarifrechtlichen Vorgaben entsprechende Anhörung zwingt die Theaterleitung nicht selten, den betroffenen Künstlern mangelnde Qualität vorzuwerfen, "mit Dreck zu schmeißen". So verständlich es ist, wenn von Gewerkschaftsseite immer wieder betont wird, dass die Anhörung das Mindeste ist, was vor der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu verlangen ist, wenn man den Arbeitnehmer nicht als bloßes Objekt von Arbeitgeberwillkür ansehen will, so fragwürdig ist die Anhörung in ihren praktischen Auswirkungen. Es hat keinen erkennbaren Sinn, einer alternden Sängerin, deren Kraft nachlässt, auch noch vorzuhalten, dass ihre Bühnenpräsenz zu wünschen übrig lässt oder dass ihr Glissando "nicht mehr beeindruckt". Die Diskussion der künstlerischen Qualität kann also geradezu unmenschlich sein. Es wäre daher durchaus darüber nachzudenken, das Anhörungserfordernis aufrecht zuhalten, die "ordnungsgemäße" Anhörung jedoch nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Nichtverlängerungsmitteilung zu machen, um auf diese Weise die Möglichkeit zu eröffnen, auch unter Berücksichtigung der individuellen Persönlichkeit derartige Gespräche führen zu können. Auf diese Weise kann auch dem Zweck der Anhörung entsprochen werden, der zunehmend in Vergessenheit gerät. Der Künstler soll die Möglichkeit haben, seine Sicht der Dinge vorzutragen und der Intendant soll sich damit inhaltlich auseinandersetzen und ggf. seine Entscheidung korrigieren.

Letztlich soll nicht verschwiegen werden, dass auch die de facto bestehende Unkündbarkeit für Solisten, Bühnentechniker und Tanzmitglieder nach 15 Jahren kaum als bühnengerecht bezeichnet werden kann. Die Bestimmung ist in ihren Rechtsfolgen angelehnt an § 53 Abs. 3 BAT, der den Angestellten des öffentlichen Dienstes einen entsprechenden Kündigungsschutz einräumt. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass im künstlerischen Bereich eine derartige "Unkündbarkeit" problematisch ist und im Ergebnis dazu führen kann, dass ein Arbeitsplatz besetzt ist, ohne dass der Stelleninhaber in nennenswertem Umfang Leistungen zu erbringen hat. Dieser Bestandschutz sollte daher in Neuverhandlungen des Bühnentarifrechts zur Disposition stehen.

Für den Bereich des Chors enthält der NV Bühne abweichende Regelungen zum Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung. Vor Ausspruch der Nichtverlängerungsmitteilung bedarf es nicht der Anhörung des Chormitglieds, sondern des Opernchorvorstandes, § 83 Abs. 2 NV Bühne. Dies gilt nur dann nicht, wenn das Chormitglied schriftlich auf die Beteiligung des Opernchorvorstands verzichtet. Die Anhörung des Opernchorvorstands sowie die Notwendigkeit, dass der Arbeitgeber dem Opernvorstand Gelegenheit zur Aussprache oder Stellungnahme gibt, ist Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Anforderungen an die Anhörung des Opernvorstandes entsprechen denjeni-

gen an die Anhörung des Künstlers nach den §§ 61 Abs. 4 ff., 69 Abs. 4 ff., 96 Abs. 2 NV Bühne.

Wie dargestellt, besteht für Opernchormitglieder nicht die faktische „Unkündbarkeit“ nach 15 Jahren. Dafür führen gerade die Beendigungsmodalitäten des § 83 Abs. 8 NV Bühne zu einer kaum zu rechtfertigenden Auseinandersetzung über die Qualitäten des Chormitgliedes im Einzelfall. Nach § 83 Abs. 8 NV Bühne ist die Nichtverlängerungsmittelung unwirksam, wenn künstlerische Belange der Bühne durch die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht beeinträchtigt werden und wenn die Interessen des Opernchormitgliedes an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses gebieten. Die Arbeitsverhältnisse nach Maßgabe des NV Bühne für den Bereich des Chors sind daher keine befristeten Arbeitsverhältnisse im typischen Sinne mehr, da es der – wie dargelegt – inhaltlich überprüfbaren Entscheidung des Arbeitgebers zur Nichtverlängerung bedarf. Auch dieser Punkt sollte Gegenstand einer Bereinigung der Tarifverträge sein.

bb) TVK, BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O, MTArb/MTArb-O

Für Arbeitsverhältnisse, die vom Geltungsbereich des TVK oder der BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O erfasst werden, existieren keine besonderen tarifvertraglichen Befristungsregelungen, die denen des NV Bühne entsprechen. Regelmäßig werden hier unbefristete Arbeitsverhältnisse abgeschlossen, die durch Ausspruch von Kündigungen beendet werden können.

b) Rechtsprechung

Befristungen im Bühnenbereich haben eine lange Tradition. Bereits der Normalvertrag Solo vom 1. Mai 1924 sah in dem zeitbefristeten Engagement den Regelfall (§ 2). Die moderne Rechtsprechung zur Befristungskontrolle begann mit dem Grundsatzbeschluss des Großen Senats des BAG vom 12. Oktober 1960 (AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Ausgehend von dem Gedanken einer möglichen Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes hat das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung das Erfordernis eines sachlichen Grundes für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge aufgestellt. Das Instrument des befristeten Arbeitsvertrages dürfe nicht „objektiv funktionswidrig“ eingesetzt werden. Für die Frage, welche Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu stellen sind, wurden allgemeine Leitlinien vorgegeben. In diesem Zusammenhang führt der Große Senat aus, dass auf die „Üblichkeit im Arbeitsleben“ Gewicht zu legen ist. In diesem Zusammenhang wird auch die Üblichkeit befristeter Verträge mit Künstlern, Musikern, Schauspielern und Sängern hervorgehoben. An die Entscheidung des Großen Senats hat das Bundesarbeitsgericht in der Folgezeit angeknüpft und befristete Arbeitsverträge mit Schauspielern,

Sängern, Kapellmeistern, Choreographen und Dramaturgen für sachlich gerechtfertigt gehalten (siehe etwa BAG, Urteil vom 21. Mai 1981, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag; Urteil vom 18. April 1986, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag; Urteil vom 23. Oktober 1991, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag und Urteil vom 26. August 1998, AP Nr. 53 zu § 611 Bühnenengagementsvertrag). In der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird die Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen im künstlerischen Bereich allerdings zum Teil abweichend begründet. Die „Üblichkeit“ und das Bestehen eines jahrzehntelangen Bühnenbrauchs wird mehr und mehr für unerheblich erachtet. Die sachliche Rechtfertigung der Befristung wird vielmehr in folgenden Punkten gesehen:

- Das berechtigte Bestreben der Bühne, künstlerische Vorstellungen des Intendanten mit dem von ihm als geeignet angesehenen künstlerischen Bühnenpersonal zu verwirklichen;
- das Abwechslungsbedürfnis des Publikums;
- das eigene Interesse der Künstler am Freiwerden von Arbeitsplätzen an anderen Bühnen zum Erhalt der Freizügigkeit eines Engagementwechsels (zusammenfassend BAG, Urteil vom 26. August 1998, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag).

Aufgrund dieser drei Umstände meint das BAG, dass die Befristung der Arbeitsverhältnisse mit künstlerischen Bühnenmitgliedern, die als *Solisten individuelle Leistungen erbringen*, der Auffassung verständiger und verantwortungsbewusster Vertragspartner entspricht (BAG, Urteil vom 26. August 1998, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag). Die schlichte Üblichkeit von Befristungen im Bühnenbereich ist daher nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kein hinreichender sachlicher Grund für die Befristung von Arbeitsverhältnissen in diesem Bereich. Die für das BAG maßgeblichen Kriterien werden ausdrücklich nur bezogen auf Solisten anerkannt sowie bezogen auf solche Bühnenmitglieder, die vergleichbare individuelle Leistungen erbringen. Das Eigeninteresse der Künstler an den Befristungen dürfte übrigens in Zeiten sich verschärfender Arbeitslosigkeit an Gewicht verlieren und so heute nicht mehr zutreffen.

c) Teilzeit- und Befristungsgesetz

Am 1. Januar 2001 trat das Teilzeit- und Befristungsgesetz in Umsetzung der Europäischen Befristungsrichtlinie in Kraft. Mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz ist die frühere Rechtsprechung insoweit obsolet geworden, als sie zur Begründung des Erfordernisses eines sachlichen Grundes für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge den Gedanken einer möglichen Umgehung des Kündigungsschutzes bemühen musste. Seit dem 1. Januar 2002 bedürfen grundsätzlich alle Befristungen eines sachlichen Grundes, und zwar unabhängig davon, ob eine Umgehung des Kündigungsschutzes droht oder nicht. Das Teilzeit- und Befrist-

tungsgesetz führt in § 14 Abs. 1 Satz 2 beispielhaft Umstände auf, die als sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages geeignet sind. Die Befristung aus künstlerischen Gründen findet keine ausdrückliche Erwähnung. Nur mittelbar wird sie durch § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG berücksichtigt, der eine Befristung aufgrund der „Eigenart der Arbeitsleistung“ zulässt. In der Gesetzesbegründung (Bundesregierung 2000: 19) heißt es dazu:

Der unter Nummer 4 angeführte Befristungsgrund „Eigenart der Arbeitsleistung“ bezieht sich insbesondere auf das von der Rechtsprechung aus der Rundfunkfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes) abgeleitete Recht der Rundfunkanstalten, programmgestaltende Mitarbeiter aus Gründen der Programmplanung lediglich für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen. In gleicher Weise wird mit der Freiheit der Kunst (Artikel 5 Abs. 3 des Grundgesetzes) das Recht der Bühnen begründet, entsprechend dem vom Intendanten verfolgten künstlerischen Konzept Arbeitsverträge mit Solisten (Schauspieler, Solosänger, Tänzer, Kapellmeister u. a.) jeweils befristet abzuschließen. (Hervorhebung durch Verfasser)

Durch § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG wurde danach die dem Gesetzgeber bewusste neuere Rechtsprechung des BAG rezipiert. Ein sachlicher Grund für die Befristung besteht, soweit diese erforderlich ist, um das von dem Intendanten verfolgte künstlerische Konzept umzusetzen. Mit der Betonung des künstlerischen Konzepts des Intendanten versucht der Gesetzgeber, das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrecht der Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Freiheit der Kunst aus Art. 5 Abs. 3 GG im Sinne einer praktischen Konkordanz widerstreitender Grundrechte zu regeln. Daraus wird von der herrschenden Meinung abgeleitet, dass der Befristungsgrund nach Nr. 4 den Bezug zu einem Arbeitsverhältnis voraussetzt, dessen Gegenstand eine „unverwechselbare“, d. h. eine individualisierbare künstlerische Leistung in herausgehobener Position sein muss (Lipke 2004: Rn. 131; Maschmann 2002: Rn. 43). Nur diese könne auch das Abwechslungsbedürfnis des Publikums befriedigen.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz lässt Abweichungen von seinen Regelungen zu Lasten der Arbeitnehmer durch Tarifvertrag nur in den in § 22 Abs. 1 ausdrücklich genannten Fällen zu. Von den Vorschriften des § 14 Abs. 1 TzBfG kann danach auch durch Tarifvertrag nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Daraus folgt, dass der Begriff des sachlichen Grundes ein gesetzlich vorgegebener ist, der nicht durch tarifliche Regelungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers erweitert werden kann. Anders ausgedrückt: Befristungsmöglichkeiten können durch Tarifvertrag eingeschränkt werden. Eine Erweiterung durch Tarifvertrag ist nicht möglich. Den Tarifvertragsparteien steht insbesondere keine Befugnis zur erweiternden Interpretation des Begriffs des sachlichen Grundes zu.

In jedem Fall ist die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TzBfG auf das künstlerische Bühnenpersonal beschränkt. Technisches Personal, Angehörige der Verwaltung oder des Abendpersonals können nicht wirksam unter Berufung auf diesen Sachgrund befristet beschäftigt werden (einhellige Auffassung in der Kommentarliteratur, siehe nur Backhaus 2004: Rn. 196; Meinel 2004: Rn. 42; Lipke 2004: Rn. 132).

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass die Befristungen des künstlerischen Bühnenpersonals auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung und insbesondere seit Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes einer Kontrolle nur standhalten, wenn es sich um unverwechselbare, individualisierbare künstlerische Leistungen des einzelnen Beschäftigten handelt. Die Tarifverträge des Bühnenbereichs ändern an diesem Befund nichts.

d) Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelung unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung

aa) Tarifvertragliche Regelungen zur Befristung

Der NV Bühne hat das Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes und die Entwicklungen in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht berücksichtigt. Undifferenziert geht er in § 2 Abs. 2 davon aus, dass Arbeitsverträge mit den „Mitgliedern“ mit Rücksicht auf die künstlerischen Belange der Bühnen Zeitverträge sind. Mitglieder der Bühnen sind Solisten und Bühnentechniker sowie Opernchor- und Tanzgruppenmitglieder (§ 1 Abs. 1 NV Bühne). Betrachten wir die einzelnen Beschäftigtengruppen:

(i) Solisten

Die Befristung von Solomitgliedern aus künstlerischen Gründen (§ 1 Abs. 2 NV Bühne) ist aufgrund der individualisierbaren künstlerischen Leistung in herausgehobener Position nach wie vor uneingeschränkt zulässig (vgl. BAG, Urteil vom 2. Juli 2003, NZA 2004, 311; Dörner 2004: Rn. 403; Meinel 2004: Rn. 42).

(ii) Chorsänger

Zunehmend kritisch wird in der modernen Kommentarliteratur die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Chorsängern gesehen. Das Abwechslungsbedürfnis des Publikums wird als tragende Erwägung für die Befristung nicht anerkannt, weil der in einer größeren Gruppe tätige Künstler keine besondere Aufmerksamkeit des Publikums genießt. Die Befristung gegenüber Chormitgliedern wird daher entgegen einer älteren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 30. September 1971, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) für „problematisch“

gehalten, zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass künstlerische Belange für eine Nichtverlängerung nur bei Einfluss auf die Chorleistung als Ganzes Berücksichtigung finden können (Dörner 2004: Rn. 407; Lipke 2004: Rn. 134). Die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines „normalen“ Chormitgliedes sei wegen des fehlenden Einflusses auf die künstlerische Zielsetzung des Intendanten unwirksam (Lipke 2004: Rn. 134). Im Ergebnis meint Dörner (2004: Rn. 409), dass die in der Befristung liegende Flexibilität bei Chormitgliedern lediglich den Arbeitnehmern zugute kommt. Durch die Regelungen des § 83 Abs. 8 NV Bühne sei sichergestellt, dass eine Nichtverlängerungsmitteilung nur bei gerichtlich überprüfbaren konkreten künstlerischen Belangen ausgesprochen werden dürfe. Im Ergebnis führe dies dazu, dass der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag stets verlängern müsse, wenn sich nicht konkrete künstlerische Belange finden, die gegen das weitere Engagement des einzelnen Chormitglieds sprechen. Aus der Verbindung von Befristung mit der Pflicht zur Verlängerung entstehe eine Rechtslage, die einem Dauerarbeitsverhältnis sehr nahe kommt.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass Dörner der Vorsitzende des für Befristungsstreitigkeiten zuständigen Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts ist.

Für die Chorsänger bleibt daher zusammenfassend festzustellen, dass deren Befristungen derzeit mit einem hohen Unwirksamkeitsrisiko belastet sind. Dies gilt jedenfalls, soweit es sich um „normale“ Chormitglieder handelt, die gegenüber dem Publikum nicht in einer individualisierbaren Weise in Erscheinung treten. Die tarifvertragliche Ausgestaltung der Voraussetzungen an den Ausspruch einer Nichtverlängerungsmitteilung läuft jedenfalls auf einen Zustand hinaus, der die Rechte der Arbeitgeberseite nicht erweitert, sondern wegen der grundsätzlichen Verpflichtung zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses einschränkt.

(iii) Tanzgruppen

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war in der Vergangenheit großzügig bei der Zulassung von Befristungen der Arbeitsverhältnisse von Tanzgruppenmitgliedern (BAG, Urteil vom 18. April 1968, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Bühnenengagementsvertrag). Maßgebend war dabei die Erwägung, dass die individuelle tänzerische Ausdruckskraft und das körperliche Erscheinungsbild des einzelnen Mitglieds für den Gesamteindruck der Tanzgruppe von entscheidender Bedeutung sei. Die einzelnen Tanzgruppenmitglieder treten wahrnehmbar auf der Bühne in Erscheinung. Daher gelten die für Solisten anerkannten Gründe auch bei den Tanzgruppenmitgliedern. Die Befristung entspreche in diesem Bereich im Übrigen einem jahrzehntelangen Bühnenbrauch.

Wir haben gesehen, dass die Üblichkeit oder das Bestehen eines Bühnenbrauchs für die Begründung einer Befristung nicht mehr als ausreichend angesehen werden. Aber auch im Übrigen wird die sachliche Rechtfertigung der Befristung der Arbeitsverhältnisse von Tanzgruppenmitgliedern mehr und mehr in Zweifel gezogen. Zum Teil wird vertreten, dass lediglich Leistungsträger in der Tanzgruppe, die das künstlerische Konzept gegenüber dem Publikum in erster Linie verwirklichen, ohne weiteres befristet werden dürfen (Lipke 2004: Rn. 136). Auch Dörner (2004: Rn. 411) hält die ältere Rechtsprechung nicht für überzeugend. Insbesondere das Fehlen einer dem § 83 Abs. 8 NV Bühne entsprechenden Bestimmung, die eine Überprüfung der künstlerischen Belange ermögliche, stehe den Befristungen bei Tanzgruppenmitgliedern entgegen. Erneut: Dörner ist Vorsitzender des Siebten Senats und zugleich Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts.

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Tanzgruppenmitgliedern ist daher derzeit mit einem hohen Unwirksamkeitsrisiko belastet. Die bestehenden tarifvertraglichen Regelungen ändern an diesem Zustand nichts.

(iv) Bühnentechniker

Vollständig unbeeindruckt von der geänderten gesetzlichen Ausgangslage und den Entwicklungen in der modernen Rechtsprechung und in der arbeitsrechtlichen Literatur sieht § 2 Abs. 2 NV Bühne die Befristung von Arbeitsverhältnissen auch bei den Bühnentechnikern als unproblematischen Normalfall an. Die unbeschränkte befristete Beschäftigung von Bühnentechnikern wird in der modernen Kommentarliteratur einhellig für unzulässig gehalten (Lipke 2004: Rn. 132; Meinel 2004: Rn. 42; Dörner 2004: Rn. 412). Ein Sachgrund für die jährliche Befristung eines Technikers kann danach allenfalls gerechtfertigt sein, wenn der Bühnentechniker nicht nur als künstlerischer Mitarbeiter bezeichnet wird, sondern auch eine Tätigkeit ausübt, die von den Vorstellungen des Intendanten abhängt. Das ist der Fall bei einer herausgehobenen Tätigkeit vergleichbar einem Solisten, die von den sich ändernden Vorstellungen des Intendanten abhängt (ähnlich Dörner 2004: Rn. 412).

bb) Ergebnis

Die Befristungen der Arbeitsverhältnisse von künstlerischen Bühnenmitgliedern stehen derzeit auf tönernen Füßen. Der Gesetzgeber des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bezog den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG auf die Solisten. Das Bundesarbeitsgericht muss die tarifvertraglichen Befristungsregelungen am Teilzeit- und Befristungsgesetz messen. Der in der älteren Rechtsprechung zu findende Ansatz, sich bei der Beurteilung der

Zulässigkeit von Befristungen an den Vorgaben der Tarifwerke im Bühnenbereich zu orientieren, lässt sich nicht fortsetzen (Lipke 2004: Rn. 137). Die Rechtsprechung wird daher – auch vor dem Hintergrund literarischer Stellungnahmen von Richtern am Bundesarbeitsgericht – vorhersehbar Befristungen im Bühnenbereich nur zulassen, wenn der Arbeitnehmer individualisierbare Leistungen erbringt, in denen sich das künstlerische Konzept des Intendanten verwirklicht.

e) Zum Schriftformerfordernis

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, § 14 Abs. 4 TzBfG. Der Deutsche Bühnenverein hat in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2004 (Deutscher Bühnenverein 2004: 42) zutreffend auf ein damit zusammenhängendes Problem im Bühnenbereich hingewiesen.

Dem Schriftformerfordernis wird im Bühnenbereich typischerweise bei Abschluss des ersten befristeten Vertrages entsprochen. Sodann sehen die Tarifverträge eine automatische Verlängerung vor. Diese Vertragsverlängerungen sind wiederum befristete Arbeitsverträge, über die allerdings in der Regel keine gesonderte Vertragsurkunde mehr erstellt wird. Die Regelung des § 14 Abs. 4 TzBfG könnte dahingehend verstanden werden, dass auch diese Folgeverträge eine schriftliche Vereinbarung zur Befristung enthalten müssen. Dies wäre nicht sachgerecht und ein unnötiger Formalismus.

Die Bühnenschiedsgerichte haben bisher – zutreffend – einen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis im Falle der automatischen Verlängerung im Bühnenbereich abgelehnt (BSchG Berlin, Schiedsspruch vom 12. April 2002, NZA-RR 2002, 574, 575; BSchG Hamburg, Schiedsspruch vom 21. Januar 2002, NZA-RR 2002, 462; siehe dazu auch Meinel 2004: Rn. 110). Dem Deutschen Bühnenverein ist aber zuzugeben, dass die bestehende Rechtsunsicherheit durch eine Klarstellung des Gesetzgebers beseitigt werden sollte.

f) Gesetzlicher Regelungsbedarf

Es hat sich gezeigt, dass die Bestimmung des zulässigen Anwendungsbereichs von befristeten Arbeitsverträgen an den Bühnen mit erheblicher Rechtsunsicherheit belastet ist. Insbesondere bestehen Abgrenzungsprobleme zwischen denjenigen Bühnenmitgliedern, die individualisierbare Leistungen erbringen und denjenigen, denen gegenüber nach neuerer Auffassung keine Befristungen mehr zulässig sind. Diese Rechtsunsicherheit kann durch Tarifvertragsparteien nicht beseitigt werden. Die Regelung des § 22 TzBfG gestattet den Tarifvertragsparteien nicht, Erweiterungen der gesetzlichen Sachgründe vorzunehmen (so auch ausdrücklich Lipke 2004: Rn. 134).

Damit droht den Bühnen bereits dasjenige Maß an Flexibilität weitgehend verloren zu gehen, das in der Vergangenheit gesichert erschien. Erforderlich ist daher ein Einschreiten des Bundesgesetzgebers.

Wir schlagen vor, in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine Ziffer einzufügen, die folgenden Wortlaut haben kann:

Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn

(9) für die Beschäftigung des Arbeitnehmers künstlerische Belange ganz oder teilweise bestimmend sind.

Durch diese oder eine ähnliche Formulierung wäre sichergestellt, dass Abgrenzungsprobleme zu der Frage, wer eine künstlerische Tätigkeit ausübt und wer nicht, möglichst vermieden werden. Auch die nur teilweise künstlerisch motivierte Beschäftigung rechtfertigt dann die Befristung.

Zur Bereinigung der bestehenden Rechtsunsicherheit im Hinblick auf das Schriftformerfordernis schlagen wir vor, § 14 Abs. 4 TzBfG wie folgt neu zu fassen:

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dem Schriftformerfordernis ist auch für Folgeverträge genügt, wenn Tarifverträge oder Arbeitsverträge vorsehen, dass sich Arbeitsverträge, die eine unter Beachtung der Schriftform getroffene Befristungsabrede enthalten, jeweils um bestimmte Zeiträume verlängern.

2. Beendigung durch Kündigung

a) Überblick über tarifvertragliche Regelungen

Auch wenn im Geltungsbereich des NV Bühne der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags die Regel ist, sollen einzelne Aspekte des Kündigungsrechts kurz beleuchtet werden. Gerade wenn sich Befristungen in diesem Bereich als unwirksam erweisen sollten, bleibt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur die Möglichkeit der Kündigung. Im Hinblick auf die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit bei Befristungen ist dringend zu empfehlen, vorsorglich in allen Fällen ergänzend die ordentliche Kündbarkeit zu vereinbaren, in denen die Wirksamkeit der Befristung aus künstlerischen Gründen nicht nach den oben gegebenen Erläuterungen zweifelsfrei feststeht. § 43 NV Bühne regelt die Möglichkeit des Ausspruchs von ordentlichen Kündigungen unter der Voraussetzung einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung zum Schluss eines Vertragsjahrs oder einer Spielzeit. Die Kündigungsfrist beträgt 6 Wochen. § 44 NV Bühne entspricht der Regelung des § 626 BGB und ermöglicht den Ausspruch von außerordentlichen Kündigungen.

Der TVK sieht nach Ablauf der Probezeit eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende des für das Orchester üblichen Beschäftigungsjahres vor (§ 41 Abs. 2 TVK). Die Arbeitsverhältnisse der Musiker genießen gemäß § 42 Abs. 1 TVK nach 15 Beschäftigungsjahren einen weitgehenden Bestandsschutz. Die Arbeitsverhältnisse sind dann nur noch aus wichtigem Grund kündbar, wobei ein Versagen der künstlerischen Leistungen des Musikers, das sein Ausscheiden aus dem Orchester aus künstlerischen Rücksichten gebietet, als wichtiger Grund gilt. Ein wichtiger Grund liegt auch in dem Beschluss des zuständigen Organs des rechtlichen Trägers, das Orchester aufzulösen oder zu verkleinern (siehe im einzelnen § 42 Abs. 1 Satz 2 TVK).

BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O und MTArb/MTArb-O regeln im Einzelnen die Kündigungsfristen für den Ausspruch von ordentlichen Kündigungen. Nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des 40. Lebensjahres ist der Arbeitnehmer unkündbar, d. h. nur noch außerordentlich kündbar (§ 53 Abs. 3 BAT, § 58 MTArb). Für den Bereich des BMT-G gilt die Unkündbarkeit generell nach 15 Jahren der Beschäftigung (§ 52 Abs. 1 BMT-G). Im Bereich des BAT-O, BMT-G-O bzw. MTArb-O bestehen keine vergleichbaren Regelungen zur Unkündbarkeit.

b) Kündigung aus künstlerischen Gründen?

Liegen die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetz vor, das Arbeitsverhältnis hat länger als sechs Monate bestanden und es werden mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses „sozial gerechtfertigt“ im Sinne von § 1 KSchG sein, ansonsten ist sie unwirksam. Sozial gerechtfertigt ist eine Kündigung, wenn sie aus personenbedingten, verhaltensbedingten oder betriebsbedingten Gründen erforderlich ist. Die Rechtsprechung hat hierzu eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Es stellt sich die Frage, inwieweit die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG im Hinblick auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu berücksichtigen ist. Im Unterschied zum Betriebsverfassungsgesetz kennt das Kündigungsschutzgesetz allerdings keine dem § 118 BetrVG vergleichbare Bestimmung zum Tendenzschutz, der zufolge im Interesse des Grundrechtsschutzes Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung finden, soweit die Eigenart des Unternehmens oder Betriebes dem entgegensteht.

Wegen des Regelfalls der Befristung von Arbeitsverhältnissen im Bereich des NV Bühne existieren zur Frage der Wirksamkeit von Kündigungen im Theaterbereich nicht viele höchstrichterliche Entscheidungen. Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahre 1981 (BAG, Urteil vom 21. Mai 1981, BAGE 35, 309) in einer Entscheidung, in der es im Wesentlichen um die Zulässigkeit einer Befristung ging, jedoch ausgeführt, dass das Kündigungsschutzgesetz im Hinblick auf den anzuerkennenden künstlerischen Beurteilungsspielraum bei der Zusammenstellung des Ensembles nicht geeignet wäre, den Bühnenkünstlern einen wirksamen Be-

standsschutz zu gewähren. Das vom Theater bzw. vom Intendanten jeweils aufgestellte und verfolgte künstlerische Konzept müsse bei der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes einer auf Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit nicht nachprüfbar und die Arbeitsgerichte damit grundsätzlich bindenden Unternehmerentscheidung gleichgestellt werden. Wenn der Intendant nach Prüfung zu der Überzeugung käme, dass ein Solist nicht in sein künstlerisches Konzept passe und nicht dazu beitragen könne, seine künstlerischen Vorstellungen zu verwirklichen, wäre diese überwiegend auf subjektiven künstlerischen Überlegungen beruhende Entscheidung bei einer gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich als dringendes betriebliches Erfordernis anzuerkennen. Dem Gericht werde regelmäßig die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der künstlerischen Gründe fehlen. Das Gericht sei weder in der Lage noch befugt, gleichsam die Rolle eines "künstlerischen Oberspielleiters" zu übernehmen (BAG, Urteil vom 21. Mai 1981, BAGE 35, 309; BAG, Urteil vom 16. Oktober 1965, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Dagegen hat der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung vom 15. August 1984 (BAGE 46, 163), festgestellt, dass es sich nicht um eine betriebsbedingte, sondern um eine personenbedingte Kündigung handeln müsse, wenn der Künstler nicht in das künstlerische Konzept passe.

In einer weiteren Entscheidung vom 3. November 1982 (BAGE 40, 296), führt das Bundesarbeitsgericht aus, dass kündigungswidrig erhebliche tendenzbezogene Leistungsmängel nur dann vorliegen, wenn die von einem Tendenzträger erbrachte Arbeitsleistung als solche dem Tendenzzweck zuwiderläuft. Im künstlerischen Bereich läge danach ein tendenzbezogener Leistungsmangel vor, wenn z. B. ein Solist oder Stimmführer der von dem Arbeitgeber vorgegebenen Werkinterpretation durch die Art und Weise seiner eigenen künstlerischen Interpretation zuwiderhandelt. Dagegen liegen tendenzneutrale Leistungsmängel vor, wenn diese keinen unmittelbaren Bezug zum Tendenzzweck haben. Dies sei im künstlerischen Bereich z. B. dann anzunehmen, wenn ein Solist oder Stimmführer falsche Töne spielt oder die Partitur nicht richtig lese.

Ausgehend von diesen Entscheidungen kann somit angenommen werden, dass die Überprüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung grundsätzlich dann eingeschränkt ist, wenn es sich um einen Tendenzträger und eine tendenzbezogene Maßnahme (z. B. eine Kündigung aufgrund einer künstlerischen Entscheidung) handelt. Es ist also zu unterscheiden zwischen der künstlerischen – unternehmerischen – Entscheidung einerseits, dass ein Tendenzträger nicht in das künstlerische Konzept passe und Leistungsmängeln eines Tendenzträgers andererseits. Bei Leistungsmängeln wiederum differenziert die Rechtsprechung zwischen „tendenzbezogenen“ Leistungsmängeln und „tendenzneutralen“ Leistungsmängeln.

Ersichtlich ist, dass die Kündigung aus künstlerischen Gründen durch die Rechtsprechung bisher nicht in einer Weise konkretisiert wurde, die eine rechtssichere Handhabung ermöglicht. Auch aus diesem Grund ist ein Handeln des Gesetzge-

bers zur Verankerung der Befristung von Arbeitsverhältnissen aus künstlerischen Gründen im Teilzeit- und Befristungsgesetz dringend erforderlich.

IV. Teilzeitanspruch im künstlerischen Bereich

1. Überblick über die tarifvertraglichen Regelungen

Die Tarifverträge für die künstlerischen und die nicht künstlerischen Mitarbeiter enthalten nur wenige Regelungen zum Anspruch auf Teilzeitarbeit. Allerdings sehen sowohl der NV Bühne als auch der TVK sogenannte Überforderungsklauseln vor, wonach stets nur ein bestimmter Prozentsatz der Arbeitnehmer in Teilzeit arbeiten darf. Im Einzelnen:

In § 5 Abs. 3 NV Bühne wird bestimmt, dass für Bühnentechniker die Vereinbarung von Teilzeitarbeit zulässig ist. Für ein Mitglied des Opernchors wird geregelt, dass Teilzeitarbeit nur innerhalb eines mindestens für eine Spielzeit abgeschlossenen Arbeitsvertrags vereinbart werden kann. Nach der Protokollnotiz zu § 5 Abs. 3 NV Bühne dürfen von der Gesamtzahl der im Haushaltsplan für den Opernchor ausgebrachten Planstellen nicht mehr als jeweils 15 %, auf die volle Zahl aufgerundet, mit Mitgliedern in Teilzeitarbeit besetzt werden. Gleichzeitig wird geregelt, dass das Mitglied berechtigt ist, einen Antrag auf Teilzeitarbeit zu stellen, über den alsbald entschieden werden soll.

§ 3 Abs. 3 TVK schränkt Teilzeitarbeit insoweit ein, als im Arbeitsvertrag die Verpflichtung des Musikers vereinbart werden kann, dass dieser innerhalb des in § 15 Abs. 2 TVK geregelten Ausgleichszeitraums im Durchschnitt höchstens die Hälfte der Zahl der dort vorgesehenen Dienste zu leisten hat. Im Einvernehmen mit dem Opernvorstand können die Dienste auch abweichend von Satz 1 auf die Spielzeit verteilt werden. Die Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK sieht eine Überforderungsklausel vor, die im Einzelnen festgelegt, wie viel Prozent der Planstellen maximal mit Musikern in Teilzeitarbeit besetzt werden dürfen. In der Protokollnotiz zu § 22 Abs. 2 und 7 wird bestimmt, dass Teilzeitarbeit nur derart eingerichtet werden kann, dass auf den jeweiligen Planstellen eine oder zwei Teilzeitkräfte beschäftigt werden. Der vom Deutschen Bühnenverein vorgelegte Entwurf zur Änderung des TVK sieht in § 3 Abs. 3 vor, dass ein Anspruch auf Teilzeit nicht besteht.

§ 15 b BAT/BAT-O bzw. die inhaltsgleichen §§ 14 b BMT-G/BMTG-O und 15 b MTArb/MTArb-O sehen einen Teilzeitanspruch für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zum Zwecke der Betreuung eines Kindes oder eines pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen vor.

2. Gesetzliche Grundlagen

Durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz wurde zum 1. Januar 2001 ein allgemeiner Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit, d. h. ein Anspruch auf Teilzeitarbeit, eingeführt. Nach § 8 TzBfG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit, wenn sein Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, der Arbeitgeber unabhängig von der Anzahl der Personen in der Berufsbildung in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, die Sperrfrist nach § 8 Abs. 6 TzBfG nicht eingreift und der Arbeitnehmer die dreimonatige Antragsfrist beachtet. Der Arbeitgeber hat ein Ablehnungsrecht, wenn der Verringerung der Arbeitszeit betriebliche Gründe entgegenstehen.

Von den Regelungen des § 8 TzBfG kann grundsätzlich nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden; auch eine Abweichung durch Tarifvertrag ist nur in den ausdrücklich genannten Fällen möglich. Eine solche Ausnahme enthält § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG, wonach die Ablehnungsgründe durch Tarifvertrag festgelegt werden können. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Ablehnungsgründe vereinbaren. Weder durch Arbeitsvertrag noch durch Betriebsvereinbarung ist jedoch eine solche Konkretisierung möglich. Durch das Gesetz werden die Tarifvertragsparteien ermächtigt, die Gründe für die Ablehnung der Verringerung der Arbeitszeit zu konkretisieren und dabei den spezifischen Erfordernissen des jeweiligen Wirtschaftszweiges Rechnung zu tragen (vgl. Bundesregierung 2000: 17).

Die übrigen Regelungen des § 8 sind nicht tarifdispositiv ausgestaltet. Tarifverträge können somit nicht bestimmen, dass der Arbeitgeber Teilzeitwünsche ohne Vorliegen betrieblicher Gründe ablehnen kann (vgl. Rolfs 2001: 136, Heyn 2004: Rn. 81). Auch bereits bestehende, zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichende tarifliche Regelungen sind gemäß den Bestimmungen des TzBfG auszulegen, ansonsten sind sie unwirksam (vgl. Zwanziger 2004: Rn. 32; Preis 2005: § 8 TzBfG, Rn. 58; Heyn 2004: Rn. 81). So hat das Bundesarbeitsgericht zu § 15 BAT bereits festgestellt, dass die Regelung insoweit unwirksam ist, als sie Teilzeitarbeitnehmer vom Anspruch auf – zusätzliche – Verringerung der Arbeitszeit ausnimmt (BAG, Urteil vom 18. März 2003, AP Nr. 3 zu § 8 TzBfG).

In der Literatur war bislang umstritten, ob durch einen Tarifvertrag eine sogenannte Überforderungsklausel vereinbart werden kann, d. h. eine Grenze dahingehend, wie viel Arbeitnehmer maximal in Teilzeit arbeiten dürfen und bei deren Überschreiten dem Arbeitgeber immer ein Ablehnungsrecht eröffnet ist (ablehnend Preis 2005, § 8 TzBfG, Rn. 58). Eine solche Regelung findet sich in der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK und § 5 Abs. 3 NV Bühne. Das BAG hat eine solche Überforderungsklausel nunmehr ausdrücklich anerkannt und für rechtswirksam erachtet (BAG, Urteil vom 27.4.2003, Az. 9 AZR 522/03, zur Veröffentlichung vorgesehen).

3. Konkretisierung durch die Rechtsprechung

Seit Inkrafttreten des TzBfG ist eine Vielzahl von Urteilen zum Teilzeitanspruch ergangen. Insbesondere der Begriff des betrieblichen Grundes im Sinne von § 8 Abs. 4 TzBfG zur Ablehnung eines Teilzeitverlangens wurde konkretisiert.

a) Prüfungsmaßstab des BAG

Zur Prüfung der Ablehnungsgründe hat das BAG einen neuen Prüfungsmaßstab eingeführt. In der Entscheidung vom 18. Februar 2003 (NJW 2004, 386) hat das BAG festgestellt, dass nicht jeder rational nachvollziehbare Grund zur Ablehnung des Teilzeitverlangens ausreicht, sondern dass dieser auch „hinreichend gewichtig“ sein müsse. Begründet wird dies mit den in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG aufgeführten Regelbeispielen, die der Erläuterung des betrieblichen Grundes dienen sollen. Es soll folgende dreistufige Prüfungsreihenfolge gelten: In der ersten Stufe ist festzustellen, ob und wenn ja welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt. Die dem Organisationskonzept zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung und die daraus abgeleiteten organisatorischen Entscheidungen sind hinzunehmen, solange sie nicht willkürlich sind. Die tatsächliche Durchführung des Konzepts ist voll gerichtlich überprüfbar. In einer zweiten Stufe ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht. Dabei ist auch zu prüfen, ob durch zumutbare Änderung von betrieblichen Abläufen oder des Personaleinsatzes unter Wahrung des Organisationskonzeptes der individuelle Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers in das Organisationskonzept eingefügt werden kann. In einer dritten Stufe ist das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe dahingehend zu prüfen, ob durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung die in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG genannten besonderen betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die ihm zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt werden.

b) Entscheidung des BAG vom 27. April 2004, Az. 9 AZR 522/03

In der Entscheidung vom 27. April 2004 hat sich das BAG erstmalig mit dem Teilzeitanspruch einer Musikerin, einer Bratschistin, beschäftigt (BAG, Urteil vom 27. April 2004, Az. 9 AZR 522/03, zur Veröffentlichung vorgesehen). Grundlage der Entscheidung war die Regelung des TVK in § 3 Abs. 3, wonach Teilzeitarbeit nur insoweit zulässig ist, als im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann, dass der Musiker verpflichtet ist, innerhalb des in § 15 Abs. 2 geregelten Ausgleichszeitraums im Durchschnitt höchstens die Hälfte der Anzahl der dort vorgesehenen Dienste zu leisten. Das BAG hat zwar in dem zu entscheidenden Fall im Ergebnis den Teilzeitanspruch der Arbeitnehmerin bejaht, betont aber, dass grundsätzlich auch künstlerische Belange dem Teilzeitwunsch eines Arbeitnehmers entgegenstehen können. Es wird hervorgehoben, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG die künstlerischen

Vorstellungen schütze und damit auch subjektive Gesichtspunkte maßgebend sein können. Daraus folge, dass an die Darlegung der Beeinträchtigung der Kunstfreiheit keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind (vgl. BAG, Urteil vom 27. April 2004, 9 AZR 522/03, BAG, Urteil vom 15. August 1984, BAGE 46, 163). Solche künstlerischen Gründe hat allerdings die Beklagte nach Ansicht des BAG nicht darlegen können.

Gleichzeitig setzt sich das BAG auch mit der in der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK vorgesehenen Überforderungsklausel auseinander, die es ausdrücklich als wirksam anerkennt.

4. Konsequenzen für die Praxis und Reformvorschläge

Die vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fälle zeigen, dass es dem Arbeitgeber regelmäßig schwer fällt, im Einzelnen die Gründe, die gegen die Teilzeitarbeit sprechen, zu benennen und entsprechend den richterlichen Anforderungen substantiiert darzulegen. Denn lediglich pauschale Behauptungen genügen nicht. Nach unserer Einschätzung ließen sich die Probleme der Praxis durch Aufzählung konkreter betrieblicher Gründe im Gesetz – oder in einem Tarifvertrag – weitgehend vermeiden.

Bislang haben die Tarifvertragsparteien von den Möglichkeiten nach § 8 Abs. 4 S. 3 TzBfG wenig Gebrauch gemacht. Danach können in Tarifverträgen die betrieblichen Gründe konkretisiert werden. Insbesondere könnten so theaterspezifische Bedürfnisse bei der Ausgestaltung der Teilzeitarbeit im Einzelnen berücksichtigt werden. Wie das BAG festgestellt hat, ist z. B. die Überforderungsregelung in der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 3 TVK wirksam.

Unzulässig ist es jedoch, wie im Entwurf des TVK vorgeschlagen, den Teilzeitananspruch tarifvertraglich völlig auszuschließen.

V. Betriebliche Altersversorgung

Die Notwendigkeit der Zusatzversicherungen des öffentlichen Dienstes und der Bühnen bzw. Orchester soll an dieser Stelle nicht in Frage gestellt werden. Festzustellen ist allerdings, dass die Kostenbelastung der Unternehmen durch die Beiträge und Umlagen zur Zusatzversorgung, insbesondere zur VBL, sehr hoch und in der Vergangenheit regelmäßig gestiegen ist. Auch in der Zukunft ist mit weiteren Kostenbelastungen der Unternehmen und der öffentlichen Hand zu rechnen. Die Finanzierung der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes stellt jedoch kein theaterspezifisches Problem dar. Im Folgenden soll das System der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes dargestellt werden und insbesondere auf die Folgen bei Austritt aus der VBL im Zuge einer Ausgliederung von Bühnen auf neue Rechtsträger eingegangen werden.

1. Zusatzversorgung für Mitarbeiter, die dem BAT, BMT-G oder MTArb unterliegen

a) Grundsätze

Nach § 46 BAT/BAT-O, § 12 BMT-G/BMT-G-O und § 44 MTArb/MTArb-O haben Arbeitnehmer Anspruch auf eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach dem Tarifvertrag über die Versorgung der Arbeitnehmer des Bundes und der Länder vom 4. November 1966 (Versorgungs-TV) und dem Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des Öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung – ATV bzw. dem nahezu identischen Tarifvertrag Altersversorgung Kommunal – ATV-K) vom 1. März 2002 (Umstellung vom Gesamtversorgung auf Prämienmodell). Nach dem Versorgungs-TV besteht die Alters- und Hinterbliebenenversorgung in einer Versicherung bei der VBL bzw. im Bereich der kommunalen Arbeitgeberverbände in einer Versicherung bei einer öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtung. Der Arbeitgeber hat seine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer zu versichern; er selbst gewährt keine betrieblichen Renten. Ursprünglich erfolgte die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung auf der Grundlage eines Gesamtversorgungssystems. Durch den Tarifvertrag über die zusätzliche Altersversorgung der Beschäftigten des Öffentlichen Dienstes (ATV) wurde das bisherige Gesamtversorgungssystem mit Ablauf des 31. Dezember 2000 geschlossen und durch ein Punktemodell ersetzt. Die Einzelheiten dieser Zusatzversorgung richten sich nach der VBL-Satzung bzw. der Satzung der jeweiligen Zusatzversorgungskasse. Dabei finden sich in den jeweiligen Satzungen der Zusatzversorgungseinrichtungen Bestimmungen, die mit der VBL-Satzung weitgehend übereinstimmen. Aufgrund der Vielzahl der verschiedenen Zusatzversorgungseinrichtungen der einzelnen Bundesländer soll im Folgenden nur auf die wesentlichen Bestimmungen der VBL-Satzung eingegangen werden.

b) Beteiligung an der VBL

Die Durchführung der Zusatzversorgung bei der VBL steht den Beteiligten zu. Nach § 19 der VBL-Satzung können Beteiligte der VBL insbesondere die Länder und die Gemeinden sein. Weiterhin können insbesondere

- sonstige Personen des öffentlichen Rechts und deren Verbände (§ 19 Abs. 2 d VBL-Satzung) sowie
- sonstige Personen des Privatrechts Beteiligte der VBL werden.

Voraussetzung für die Möglichkeit der Beteiligung ist, dass der Arbeitgeber tarifvertraglich oder regelmäßig einzelarbeitsvertraglich dasjenige Tarifrecht (oder ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts) anwendet, das auch die sonstigen Beteiligten in der VBL anwenden, d. h. das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes. Insbe-

sondere das Versorgungstarifrecht muss daher wesentlich mit den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes übereinstimmen.

Die Beteiligung von Personen des Privatrechts wird in den Ausführungsbestimmungen zu § 19 VBL-Satzung näher bestimmt. Danach können nur solche Unternehmen Beteiligte der VBL werden, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts überwiegend beteiligt sind oder auf die juristische Personen des öffentlichen Rechts nach der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag maßgeblichen Einfluss ausüben und wenn ferner das Unternehmen überwiegend Aufgaben wahrnimmt, die sonst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts obliegen würden. Unter "überwiegender Beteiligung" wird die laufende kapitalmäßige Beteiligung verstanden (vgl. Gilbert/Hesse/Bischoff 2002: B § 19, Nr. 10). Entscheidend ist, dass die Beteiligung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts insgesamt überwiegt. Fehlt die überwiegende kapitalmäßige Beteiligung, so reicht es aus, wenn Satzung oder Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts – z. B. durch Vertretung in den Organen – maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen oder die Einrichtung ausüben.

Die Beteiligung von juristischen Personen des Privatrechts ist daher nach der Satzung der VBL beschränkt. Die zuvor genannten Beschränkungen – überwiegende Beteiligung einer öffentlichen Einrichtung und Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes – bestehen dann nicht, wenn diese Kriterien im nachhinein entfallen oder wenn die juristische Person Aufgaben eines Beteiligten der VBL und dessen Arbeitnehmer übernommen hat. In diesem Fall kann allerdings die Beteiligung an der VBL nur im Rahmen einer sog. „besonderen Beteiligungsvereinbarung“ erfolgen. Voraussetzung nach den Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung ist dafür, dass

- eine unwiderrufliche Verpflichtungserklärung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit durch Gesetz ausgeschlossen ist, vorliegt, im Falle einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen gegenüber der VBL einzustehen, oder
- eine entsprechende unwiderrufliche Deckungszusage eines im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungsunternehmens oder eine entsprechende Bankbürgschaft beigebracht wird oder
- zur jeweiligen Umlage ein Zuschlag in Höhe von 15% gezahlt wird.

Diese – besonderen – Anforderungen der Beteiligung an der VBL haben insbesondere bei Fragen der materiellen Ausgliederung und Privatisierung Bedeutung.

c) **Kosten**

In den alten Bundesländern (Abrechnungsverband West) beträgt die Umlage im Jahr 2004 insgesamt 7,86 % des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts, wovon der Anteil des Arbeitgebers 6,45 % und der Anteil des Arbeitnehmers 1,41 % beträgt, vgl. § 64 Abs. 2 VBL-Satzung. Zusätzlich haben die Beteiligten des Abrechnungsverbandes West Sanierungsgelder zu zahlen zur Deckung eines finanziellen Fehlbetrags infolge der Schließung des Gesamtversorgungssystems und des Wechsels vom Gesamtversorgungssystem zum Punktemodell (§ 65 Abs. 1 VBL-Satzung). Seit dem 1. Januar 2002 betragen die Sanierungsgelder 2 % der Zusatzversorgungspflichtigen Entgelte aller Pflichtversicherten im Jahr 2001. Die Sanierungsgelder werden entsprechend der Anpassung der Betriebsrenten erhöht (§ 65 Abs. 2 VBL-Satzung).

In den neuen Bundesländern beträgt die Umlage im Jahr 2004 insgesamt 1 % des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts. Sie ist allein vom Arbeitgeber zu tragen, § 64 Abs. 3 VBL-Satzung. Zur schrittweisen Umstellung vom Umlageverfahren auf eine kapitalgedeckte Finanzierung wird im Abrechnungsverband Ost zusätzlich ein Beitrag von 1 % des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts erhoben. Dieser Betrag wird je zur Hälfte vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer getragen, § 66 a VBL-Satzung.

d) **Konsequenzen eines Austritts aus der VBL**

Die Beteiligungsvereinbarung mit der VBL kann mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluss eines Kalenderjahres gekündigt werden. Der Austritt aus der VBL ist daher „an sich“ möglich. Allerdings sind die Folgen eines solchen Austritts nicht zu unterschätzen. Zum einen verlangt die VBL die Zahlung eines sog. Gegenwerts, zum anderen haben die Arbeitnehmer weiterhin einen Anspruch auf eine – zumindest gleichwertige – Zusatzversorgung, auch wenn eine Teilrente von der VBL zu zahlen ist. Im Einzelnen:

aa) **Gegenwertzahlung, § 23 VBL-Satzung**

Scheidet ein Beteiligter aus der VBL aus, so hat dieser zur Deckung der von der VBL zu erfüllenden Verpflichtungen (Leistungsansprüchen von Betriebsrentnern, Versorgungsanwartschaften, künftigen Leistungsansprüchen), einen sog. Gegenwert zu zahlen, vgl. § 23 VBL-Satzung. Die Höhe des zu zahlenden Gegenwerts wird von der VBL festgelegt. Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei als Rechnungszins 3,25 % während der Anwartschaftsphase und 5,25 % während des Rentenbezugs zugrunde zulegen ist (so ausdrücklich § 23 Abs. 2 S.2 VBL-Satzung). Zusätzlich erfolgt eine Erhöhung des ermittelten Gegenwerts um 2 % zur Abgeltung der Verwaltungskosten und um weitere 10 % zur Deckung von Fehlbeträgen (§ 23 Abs. 2 S. 3 und 7 VBL-Satzung).

Die Höhe des Gegenwerts hängt neben der Anzahl von Arbeitnehmern insbesondere davon ab, wie lange die Beteiligungsvereinbarung bereits bestanden hat. Der Gegenwert fällt daher bei Einrichtungen in den neuen Bundesländern wesentlich geringer aus als bei Einrichtungen in den alten Bundesländern, da eine Beteiligung an der VBL dort erst seit 1997 möglich ist.

bb) Auswirkungen auf die Pflichtversicherungen der Arbeitnehmer

Wird die Beteiligung an der VBL vom Arbeitgeber beendet, endet auch die jeweilige Pflichtversicherung des Arbeitnehmers, vgl. § 23 Abs. 1 VBL-Satzung. Nach § 30 VBL-Satzung und § 3 ATV entsteht eine beitragsfreie Versicherung, die im Falle einer späteren Fortsetzung eines Beschäftigungsverhältnisses mit einem Arbeitgeber, der selbst Beteiligter der VBL ist, auch fortgesetzt werden kann. Für den Fall, dass die Pflichtversicherung nicht fortgesetzt wird, endet die beitragsfreie Versicherung für die Arbeitnehmer u. a. dann, wenn sie eine entsprechende Betriebsrente beziehen können. Die Arbeitnehmer haben im Versorgungsfall unter den Voraussetzungen der §§ 33 ff. VBL-Satzung einen Anspruch auf Betriebsrente (entsprechend der im Rahmen der Beschäftigung erworbenen Versorgungspunkte).

cc) Anspruch der Arbeitnehmer auf – gleichwertige – Zusatzversorgung

Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber Beteiligter der VBL ist, haben die Arbeitnehmer aufgrund der tariflichen Vorschriften einen Anspruch auf Zusatzversorgung. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geben § 46 BAT/BAT-O, § 12 BMT-G/BMT-G-O und § 44 MTArb/MTArb-O den nach dem Versorgungstarifvertrag versicherungspflichtigen Arbeitnehmern einen Anspruch gegen ihren Arbeitgeber auf Verschaffung einer Versorgung nach Maßgabe des Versorgungstarifvertrages und der Satzung der VBL bzw. Zusatzversorgungskassen (vgl. nur BAG, Urteil vom 29. August 2000, NZA 2001, 163; BAG, Urteil vom 7. März 1995, BAGE 79, 236, 249 f.; BAG, Urteil vom 27. Februar 1996, BAGE 82, 193; BAG, Urteil vom 25. Februar 1999, BAGE 91, 73, 75). Bei diesem Verschaffungsanspruch handelt es sich um einen tarifvertraglichen Erfüllungsanspruch. Er richtet sich zwar in erster Linie darauf, dass der Arbeitgeber den versicherungspflichtigen Arbeitnehmer in der Zusatzversorgungskasse bzw. VBL versichert. Geschieht dies aber nicht, ändert dies nichts daran, dass der Arbeitnehmer weiterhin einen tarifvertraglichen Erfüllungsanspruch hat. Er kann zumindest verlangen, dass der Arbeitgeber die tarifvertraglich geschuldete Zusatzversorgung selbst verschafft oder in anderer Weise für eine nach Art und Umfang gleiche Versorgung sorgt. Auch dieser tarifvertragliche Verschaffungsanspruch ist insolvenzgeschützt (BAG, Urteil vom 29. August 2000, NZA 2001, 163; BAG, Urteil vom 23. März 1999, BAGE 91, 155, 162).

Allerdings können die Arbeitnehmer nicht vom Arbeitgeber verlangen, dass die Beteiligung an der VBL bzw. Zusatzversorgungseinrichtungen aufrecht erhalten wird. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 29. August 2000 (NZA 2001, 163) festgestellt, dass nach Kündigung der Mitgliedschaft in einer Zusatzversorgungskasse, die nach § 46 BAT bestehende Pflicht zur Versicherung in der Zusatzversorgungskasse aufgrund der Beendigung der Mitgliedschaft unmöglich geworden ist. Da der Erwerb der Mitgliedschaft die Zustimmung der Zusatzversorgungskasse bedürfe, könne die Gesellschaft nicht allein durch Beitritt die Mitgliedschaft wiedererlangen. Die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, dass der Arbeitgeber alles in seiner Macht stehende tut, um Mitglied in der Zusatzversorgungskasse zu werden, wurde ausdrücklich zwar nicht entschieden. Die Zubilligung eines solchen Rechts wurde allerdings für bedenklich gehalten, da es dazu führen könnte, Verpflichtungen des Arbeitgebers auch gegenüber nicht am Verfahren beteiligten Dritten zu begründen (vgl. BAG, Urteil vom 29. August 2000, NZA 2001, 163).

Die Arbeitnehmer haben daher einen sog. Versorgungsverschaffungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber mit dem Inhalt, eine den Versorgungstarifverträgen des öffentlichen Dienstes gleichwertige Altersversorgung zu sichern. Der Arbeitgeber ist daher frei, einen anderen Durchführungsweg zu wählen, muss aber gewährleisten, dass die Zusatzrente des Arbeitnehmers dem entspricht, was dieser bei Fortsetzung der Beteiligung an der VBL erhalten hätte.

e) Konsequenzen bei der Ausgliederung von Einrichtungen

Bei der Planung von Ausgliederungen und von Privatisierungen haben Fragen der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes wesentliche Bedeutung. Es stellt sich häufig die Frage, ob die Beteiligung an der VBL aufrecht erhalten werden kann bzw. soll und unter welchen Bedingungen eine Fortsetzung der Beteiligung möglich ist.

Ausgliederungen und Privatisierungen werden regelmäßig einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB darstellen. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergehen. Haben die Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag bzw. den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes den Anspruch auf Zusatzversorgung, so richtet sich dieser Anspruch nach Betriebsübergang gegen den Erwerber, den neuen Arbeitgeber. Wie zuvor dargestellt, haben die Arbeitnehmer zwar keinen Anspruch darauf, dass der neue Arbeitgeber Beteiligter der VBL bzw. Mitglied in der entsprechenden Zusatzversorgungskasse wird. Sie haben jedoch den Versorgungsverschaffungsanspruch. Der neue Arbeitgeber muss daher den Arbeitnehmern lediglich eine gleichwertige Versorgung verschaffen. Daher ist es auch nicht selten im Interesse des neuen Arbeitgebers/Erwerbers, die Beteiligung an der VBL fortzusetzen. Gleichzeitig

kann es auch im Interesse des – vorherigen – Arbeitgebers sein, dass der Erwerber Beteiligter der VBL wird. Denn ansonsten hat die Überführung der Arbeitnehmer auf einen Arbeitgeber, der nicht Beteiligter der VBL ist, auch weitgehende Konsequenzen für den alten Arbeitgeber. Im Einzelnen:

aa) Keine Fortsetzung der Beteiligung an der VBL durch den Erwerber

Erfolgt die Übertragung sämtlicher Arbeitnehmer auf eine neue Gesellschaft, die nicht Beteiligte der VBL ist, hat die VBL nach § 22 VBL-Satzung ein außerordentliches Kündigungsrecht mit der Folge, dass die Mitgliedschaft beendet wird und der vorherige Arbeitgeber aus der VBL ausscheidet. Scheidet ein Beteiligter aus der VBL aus, so ist der Gegenwert nach § 23 VBL-Satzung zu zahlen.

Gleichzeitig haben die Arbeitnehmer einen Anspruch, dass der – neue – Arbeitgeber die tarifvertraglich geschuldete Zusatzversorgung selbst verschafft oder in anderer Weise für eine nach Art und Umfang gleiche Versorgung sorgt (vgl. BAG, Urteil vom 29. August 2000, NZA 2001, 163; BAG, Urteil vom 18. September 2001, NZA 2002, 1391). Die neue Gesellschaft muss den Arbeitnehmern eine Zusatzversorgung verschaffen, die demjenigen entspricht, was sie erhalten hätten, wenn sie bei dem ursprünglichen Arbeitgeber verblieben und entsprechend den ursprünglich vereinbarten Bedingungen versichert wären (vgl. BAG, Urteil vom 18. September 2001, NZA 2002, 1391).

bb) Fortsetzung der Beteiligung an der VBL durch den Erwerber

Die Verpflichtung zur Zahlung des Gegenwerts besteht nur dann nicht, wenn der Erwerber, d. h. der neue Arbeitgeber, Beteiligter der VBL wird. Regelmäßig wird der neue Erwerber eine juristische Person des Privatrechts sein. Ist an ihr nicht die öffentliche Hand „überwiegend beteiligt“ im Sinne von § 19 VBL-Satzung, kann die Fortsetzung der Beteiligung nur im Rahmen einer sog. „besonderen“ Beteiligungsvereinbarung erfolgen. Der Abschluss einer solchen besonderen Beteiligungsvereinbarung ist auch mit einem Arbeitgeber möglich, der nicht das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes bzw. ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts anwendet, vgl. Abs. 3 der Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung. Dies ist dann möglich, wenn der Arbeitgeber von einem Beteiligten an der VBL Aufgaben und bisher pflichtversicherte Beschäftigte übernommen hat.

Die Voraussetzungen für den Abschluss einer besonderen Beteiligungsvereinbarung richten sich nach den Ausführungsbestimmungen (AB) zu § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung. Darin werden zwei Möglichkeiten zur Fortsetzung der Beteiligung vorgesehen. Es besteht die Möglichkeit, dass die Pflichtversicherungen in vollem Umfang fortgeführt wird (sog. Verbleibemodell) oder

nur die zu einem bestimmten Stichtag vorhandenen Pflichtversicherungen fortgesetzt werden (sog. Zäsurmodell).

(i) Verbleibemodell, vgl. Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung

Die Beteiligung eines Arbeitgebers an der VBL wird in vollem Umfang fortgesetzt, d. h. die zu einem bestimmten Stichtag Pflichtversicherten als auch neu einzustellende Arbeitnehmer sind bei der VBL zu versichern. In diesem Fall bedarf es einer Sicherheitsleistung, die wie folgt ausgestaltet werden kann:

- Beibringung einer unwiderruflichen Verpflichtungserklärung einer oder mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts, deren Insolvenzfähigkeit durch Gesetz ausgeschlossen ist mit dem Inhalt, dass im Falle einer Beendigung der Beteiligung für die Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen gegenüber der VBL einzustehen, oder
- einer entsprechenden unwiderruflichen Deckungszusage eines im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungsunternehmens oder eine entsprechende Bankbürgschaft oder
- Zahlung eines Zuschlags zur jeweiligen Umlage Höhe von 15 %.

(ii) Zäsurmodell, Abs. 2, 3 der Ausführungsbestimmungen zu § 20 Abs. 3 der VBL-Satzung

Es besteht die Möglichkeit, dass nur die zu einem bestimmten Stichtag vorhandenen Pflichtversicherungen fortgesetzt werden und Neueinstellungen nicht mehr bei der VBL versichert werden. In diesem Fall müssen folgende Voraussetzungen gewährleistet sein:

- Sicherheitsleistung (vgl. oben) für die noch aktiven Anwartschaften und
- Zahlung eines Ausgleichsbetrags, der nach versicherungsmathematischen Grundsätzen gewährleistet, dass zusammen mit den laufenden Umlagen die Verpflichtungen die derzeitigen und künftigen Rentenlasten und die Verwaltungskosten abgedeckt sind.

Die Berechnung des Ausgleichsbetrags erfolgt nach Maßgabe der Regelungen zur Gegenwertberechnung (§ 23 Abs. 2 der VBL-Satzung). Für die Höhe der Ansprüche und Anwartschaften werden Durchschnittsbeträge errechnet, die der Gegenwertberechnung zugrunde zulegen sind.

f) Besonderheiten bei „Teil“-Ausgliederungen

Besonderheiten bestehen – zur Zeit – dann, wenn nur einzelne Betriebsteile ausgegliedert, d. h. auf einen anderen Träger übertragen werden. Die Satzung der VBL sieht bislang ein außerordentliche Kündigungsrecht seitens der VBL mit der Folge zur Verpflichtung der Gegenwertzahlung nur dann vor, wenn ein „wesentlicher Teil“ der Pflichtversicherten auf einen anderen Arbeitgeber übertragen wird. Eine Definition des „wesentlichen Teils“ ist in der Satzung der VBL nicht vorhanden. Nach mündlicher Auskunft der VBL wird derzeit jedoch schon bei Teilausgliederungen, die mehr als 5 % der Pflichtversicherten umfassen, von einem „wesentlichen Teil“ ausgegangen, mit der Folge, dass der Gegenwert zu leisten ist. Auch in der Literatur finden sich keine genauen Festlegungen, wann von einem wesentlichen Teil ausgegangen werden kann. Betont wird allerdings, dass die Wesentlichkeitsgrenze nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ zu bestimmen ist. Danach ist auch die Größe und Struktur des Versicherungsbestandes von Bedeutung (vgl. Wegner-Wahnschaffe 2004: 402 mit weiteren Nachweisen).

Soweit ersichtlich existiert keine Rechtsprechung zu der Frage, wie die Satzung der VBL zum Begriff des „wesentlichen Teils der Pflichtversicherten“ auszulegen ist (vgl. am Rande hierzu Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 11. Oktober 2000, NZA-RR 2001, 319, wonach ein Fünftel der Pflichtversicherten keinen wesentlichen Teil darstellt). Interessant kann die Möglichkeit der Teilausgliederung ohne Verpflichtung zur Gegenwertzahlung für Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern bzw. Pflichtversicherten sein. Denn Beteiligte der VBL sind insbesondere auch der Bund, die Länder und Gemeinden. Wird z. B. ein Theater als Eigenbetrieb eines Landes geführt und sodann auf eine juristische Person des Privatrechts, z.B. eine GmbH, überführt, so kann es sein, dass die im Theater beschäftigten Mitarbeiter nicht mehr als 5% der Arbeitnehmer/Pflichtversicherten des Landes darstellen. Hier kann zumindest argumentiert werden, dass nicht ein „wesentlicher Teil“ der Pflichtversicherten auf einen anderen Arbeitgeber übertragen werden mit der Folge, dass auch eine Verpflichtung zur Zahlung des Gegenwerts nicht entstehen würde. Hervorzuheben ist jedoch, dass auch in diesem Fall auf die Arbeitnehmer weiterhin einen Anspruch auf Verschaffung einer gleichwertigen Zusatzversorgung haben (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter 1 d) cc). Es besteht jedoch dann die Möglichkeit für den Arbeitgeber, ein neues, vielleicht auch kostengünstigeres System für die Betriebliche Altersversorgung zu schaffen, das gleichzeitig den Arbeitnehmern eine gleichwertige oder auch bessere Altersversorgung sichert.

Zur Zeit enthalten auch Satzungen einiger Zusatzversorgungskassen der Länder Regelungen, wonach ein außerordentliches Kündigungsrecht dann besteht, wenn ein „wesentlicher Teil“ der Pflichtversicherten auf einen anderen Arbeitgeber, der nicht Mitglied der Zusatzversorgungskasse ist, übergeht (vgl. z. B. Satzung der Zusatzversorgungskasse der bayrischen Gemeinden, § 14 Abs. 4) Da

die Möglichkeit der Ausgliederung ohne Verpflichtung zur Gegenwertzahlung dem Interesse der Zusatzversorgungskassen widerspricht, eine möglichst hohe Anzahl von Pflichtversicherten zu halten, erfolgten bereits Satzungsänderungen. So sehen beispielsweise die Satzung der Zusatzversorgungskasse des Saarlandes, die Satzung des Kommunalen Versorgungsverbandes Baden-Württemberg, die Satzung der Zusatzversorgungskasse der Gemeinden und Gemeindeverbände des Regierungsbezirks Kassel und die Satzung der Zusatzversorgungskasse Thüringen vor, dass ein Ausgleichsbetrag immer dann zu zahlen ist, wenn ein Mitglied Pflichtversicherte auf einen Arbeitgeber überträgt, der nicht Mitglied der Zusatzversorgungskasse ist (vgl. jeweils § 15 Abs. 3a der o. g. Satzungen). Es ist nicht auszuschließen, dass dem andere Zusatzversorgungskassen und auch die VBL folgen werden.

g) „Austrocknung“

Neben der Ausgliederung von Teilen einer Einrichtung und der gleichzeitigen Übertragung von Teilen der Pflichtversicherten auf einen neuen Arbeitgeber, kommt eine Gestaltung in Betracht, in der neu eingestellte Arbeitnehmer nicht der VBL zugeführt werden. Diese Möglichkeit besteht dann, wenn neue Arbeitnehmer nur bei einer extra dafür gegründeten Gesellschaft, die nicht Beteiligte der VBL ist, eingestellt werden. Ob ein Beteiligter der VBL von dieser Möglichkeit zulässiger Weise Gebrauch machen kann, ist bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden. Allerdings hat der BGH in einer Entscheidung zur Pflicht zur Zahlung von Versorgungsrenten festgestellt, dass Geschäftsgrundlage des nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Beteiligungsvertrages das Finanzierungssystem der VBL ist, wie es in den §§ 29 ff. VBL-Satzung (alt) festgelegt ist. Ein solches Finanzierungssystem, das sich nur aus Umlagen speise und das in der gesetzlichen Rentenversicherung als Generationenvertrag bezeichnet wird, habe für seine Funktionsfähigkeit zur Grundlage, dass für die Empfänger von Rentenleistungen eine im Wesentlichen ausreichende Anzahl jüngerer Beschäftigter nachrücke (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 1997, NZA 1997, 827, ebenso Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 11. Oktober 2000, NZA-RR 2001, 752). Mittelbar lässt sich dieser Rechtsprechung entnehmen, dass sie eine rechtliche Konstruktion zur Vermeidung einer Zuführung neuer Arbeitnehmer als Verletzung der beteiligten Pflichten ansehen könnte. Es kann daher zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass derartige Gestaltungsformen ein Kündigungsrecht der VBL mit der Verpflichtung zur Zahlung des Gegenwertes zur Folge haben können.

2. Zusatzversorgung für die künstlerischen Mitarbeiter

Die künstlerischen Mitarbeiter an deutschen Bühnen (Einzeldarsteller, Chormitglieder, Kapellmeister, Repetitoren, Spielleiter, Inspizienten, technische Vorstände etc.) sind nach Maßgabe der fortgeltenden Tarifordnung für die deutschen Theater vom 27. Oktober 1937 in einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversicherung zu versi-

chern (vgl. auch § 41 NV Bühne). Diese (zusätzliche) Versicherung wird bundesweit einheitlich durch die Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb), einer bundesunmittelbaren, rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts, durchgeführt. Entsprechendes gilt für die Mitglieder von deutschen Kulturorchestern nach Maßgabe der Tarifordnung für die deutschen Kulturorchester vom 30. März 1938, wobei hier die Versorgung über die Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester (VddK) gewährleistet wird.

Die Einzelheiten zur Zusatzversorgung ergeben sich aus den jeweiligen Satzungen dieser Versorgungsanstalten, die weitgehend identisch sind, so dass sich die nachfolgende Übersicht auf die Regelungen zur Versorgung nach der Satzung der Vddb konzentriert.

a) Mitglieder

Pflichtmitglieder der Vddb sind sämtliche Rechtsträger eines Theaters ("Theaterunternehmer") nach Maßgabe der Tarifordnung, § 12 Vddb-Satzung. Freiwillige Mitglieder können Rechtsträger von Kabaretts und Puppentheatern, sowie Rechtsträger von Schulen, die mit dem Theaterwesen in Verbindung stehen, wie Schauspielschulen, Opernschulen und Musikschulen, für die bei ihnen hauptberuflich angestellten Lehrkräfte werden, § 12 Vddb-Satzung. "Theaterunternehmer" ist hierbei jede natürliche oder juristische Person, die ein Theater betreibt. Die Mitgliedschaft beginnt mit der Tätigkeitsaufnahme (bei Pflichtmitgliedern) bzw. mit dem vereinbarten Tag (bei freiwilligen Mitgliedern). Die Mitgliedschaft endet für Pflichtmitglieder mit Ablauf des Monats, in dem sie nicht mehr unter die Tarifordnung fallen bzw. bei freiwilligen Mitgliedern durch Kündigung. Hervorzuheben ist, dass im Falle der Beendigung der Mitgliedschaft – im Gegensatz zur VBL bzw. der Zusatzversorgungskassen – eine Verpflichtung zur Zahlung des Gegenwerts nicht besteht.

b) Pflichtversicherte

Die künstlerischen Mitarbeiter der Theaterunternehmer sind Pflichtversicherte bei der Versorgungsanstalt, soweit sie nicht als Selbständige (Gastspiele eines Regisseurs oder Kostümbildners etc.) in der Künstlersozialversicherung pflichtversichert sind.

c) Beiträge

Die Beiträge zur Versorgungsanstalt werden jeweils zur Hälfte von den Theaterunternehmen und den Bühnengehörigen getragen. Der Beitrag beläuft sich auf insgesamt 9 % des Dienst Einkommens (Beitragsbemessungsgrenze ist zu beachten), wenn der Versicherte gleichzeitig Beiträge zu gesetzlichen Rentenversicherung oder in einer sonstigen berufsständigen Versorgungseinrichtung bezahlt; in allen übrigen Fällen werden monatliche Beiträge von 16 % des Dienst Einkommens

mens entrichtet, § 23 Vddb-Satzung. Die vom einzelnen Versicherten entrichteten Beiträge dienen zur Ansparung seines Ruhegeldes (Kapitaldeckungsverfahren).

Zusätzlich ist von den Pflichtmitgliedern eine sog. Altersversorgungsabgabe zur Sicherung der Altersversorgung der Bühnengehörigen zu entrichten, die derzeit 0,10 € für jede ausgegebene Theatereintrittskarte beträgt, § 24 Vddb-Satzung.

d) Fortführung der Versicherungen durch neuen Rechtsträger

Angesichts des Umstandes, dass Bühnengehörige sämtlicher Theater in der Vddb pflichtversichert sind, steht die Vddb ohne Weiteres sämtlichen Theaterunternehmen, unabhängig von ihrer rechtlichen Organisationsform, offen. Eine Fortführung der Rentenversicherungen bei der Vddb durch einen neuen Rechtsträger ist daher möglich. Für eine Fortsetzung der Versorgung der Orchestermitglieder über eine Versicherung bei der VddK gilt Entsprechendes.

e) Überleitungsabkommen

Beide Anstalten hatten mit der VBL und den ordentlichen Mitgliedern der kommunalen Zusatzversorgungskassen Überleitungsabkommen abgeschlossen, so dass sichergestellt ist, dass im Falle eines Wechsels der Beschäftigung (z.B. dergestalt, dass zukünftig der BAT auf das Vertragsverhältnis Anwendung findet) der Arbeitnehmer bei der VBL pflichtversichert wird unter Anrechnung seiner bereits erworbenen Anwartschaften. Aufgrund der Neuordnung der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes ab 2002 (Abschaffung des Gesamtversorgungssystems) ist jedoch der Abschluss neuer Überleitungsabkommen erforderlich, der bislang nicht erfolgt ist.

3. Zusammenfassung

Die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes wird durch eine Versicherung der Mitarbeiter bei der VBL bzw. bei einer kommunalen Zusatzversorgungskassen gewährleistet. Die Kosten für die Arbeitgeber zur Finanzierung der VBL sind sehr hoch und es ist anzunehmen, dass diese weiter steigen. Hinzu kommt die Pflicht für die beteiligten Unternehmen, bei Bedarf eine Sanierungs-Umlage einzuzahlen, um in wirtschaftlicher Notlage des Versorgungs-Trägers die Renten-Zahlungen zu sichern. Die Beiträge zur VBL entsprechen derzeit insgesamt 8,45 % der zusatzversorgungspflichtigen Entgelte (incl. 2 % Sanierungsgelder) in den alten Bundesländern, wovon die Arbeitnehmer einen Anteil von 1,41 % tragen. In den neuen Bundesländern beträgt der Beitragssatz derzeit insgesamt 2 %, von denen die Arbeitnehmer 0,5 % tragen. Auch wenn die Kosten zur VBL sehr hoch sind, besteht für viele Arbeitgeber nicht die Möglichkeit die Beteiligung an der VBL zu beenden. Denn die Arbeitgeber sind den Arbeitnehmern auch bei einer Beendigung der Beteiligung zur VBL weiterhin zur Zu-

satzversorgung verpflichtet, müssen den Arbeitnehmern also eine gleichwertige Versorgung schaffen. Zusätzlich verlangt die VBL die Zahlung eines Gegenwerts, der – insbesondere in den alten Bundesländern – von vielen Arbeitgebern nicht aufzubringen ist.

Im Falle von Privatisierungen und Ausgliederungen kommt der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes eine große Bedeutung zu. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, dass der neue Träger die Beteiligung an der VBL fortsetzt. Ist an diesem jedoch nicht die öffentliche Hand überwiegend beteiligt, bedarf es zusätzlich einer Sicherheitsleistung oder der Zahlung eines 15 %igen Aufschlags. Soll die Beteiligung nicht fortgesetzt werden, so bedarf es auch dann der Zahlung des Gegenwerts. Bei Teilausgliederungen bestehen Besonderheiten, wenn von diesen nicht ein „wesentlicher Teil“ der Pflichtversicherten betroffen ist. Die VBL erkennt solche Teilausgliederungen nur an, wenn nicht mehr als 5 % der pflichtversicherten Arbeitnehmer betroffen sind. In diesem Fall sieht die Satzung – zur Zeit – eine Pflicht zur Gegenwertzahlung nicht vor. Allerdings enthalten bereits einige Satzungen der Zusatzversorgungskassen der Länder diese Möglichkeit der Teilausgliederung ohne Verpflichtung zur Zahlung eines Gegenwerts oder Ausgleichsbetrags nicht mehr. Der Ausgleichsbetrag ist dann immer im Falle der Übertragung von Pflichtversicherten auf Arbeitgeber, die nicht Mitglied der Zusatzversorgungskasse sind, fällig.

Die Zusatzversorgung der Künstler wird durch die Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb) bzw. durch die Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester (VddK) durchgeführt. Die Beiträge sind im Verhältnis zur Zusatzversorgung bei der VBL bzw. der Zusatzversorgungskassen mit 9 %, die zur Hälfte vom Arbeitnehmer zu entrichten ist, geringer. Die vom einzelnen Versicherten entrichteten Beiträge dienen zur Ansparung seines Ruhegeldes (Kapitaldeckungsverfahren).

Die Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und die Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester hatten Überleitungsabkommen mit der VBL und den Zusatzversorgungskassen. Nach der Neuordnung des Zusatzversorgungssystems des öffentlichen Dienstes bedarf es des Abschlusses neuer Überleitungsabkommen..

VI. Betriebliche Mitbestimmung - Tendenzschutz

Je nach Organisationsform existieren im Theater Personalräte oder Betriebsräte. Diese haben neben Mitbestimmungsrechten bei personellen Maßnahmen auch Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten, wie z.B. bezogen auf die Ausgestaltung der jeweiligen Arbeitszeiten.

1. Betriebsverfassungsgesetz

a) Gesetzliche Grundlagen

Nach § 118 BetrVG findet das Betriebsverfassungsgesetz auf Unternehmen, die überwiegend und unmittelbar künstlerischen Bestimmungen dienen (sogenannte „Tendenzunternehmen“) insoweit keine Anwendung, als die *„Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht“*.

Durch die Tendenzeinschränkung soll die Freiheit der Unternehmen geschützt werden, selbst darüber zu entscheiden, auf welche Weise sie ihre künstlerischen Zwecke verfolgen wollen. Diese Freiheit soll vor einer Beeinträchtigung durch betriebliche Mitbestimmungsrechte abgeschirmt werden. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats treten daher in einem Tendenzunternehmen insoweit zurück, als durch ihre Ausübung die Freiheit des Unternehmers zu entscheiden, wie er den künstlerischen Zweck seines Unternehmens verwirklichen will, ernsthaft beeinträchtigt werden kann (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa: BAG, Urteil vom 28. Oktober 1986, BAGE 53, 237).

Eine Definition der unternehmerischen Maßnahmen, die zum Schutz der grundgesetzlich verbürgten Kunstfreiheit – teilweise – einer Mitbestimmung durch den Betriebsrat entzogen werden müssen, findet sich im Gesetz nicht. Es ist daher auf die einschlägige Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zurückzugreifen. Diese hatten sich insbesondere mit der Einschränkung von Mitbestimmungsrechten bei personellen Einzelmaßnahmen (z. B. bei Einstellungen, Versetzungen oder Entlassungen) zu befassen, da gerade die freie Auswahl von künstlerisch tätigen Mitarbeitern als Voraussetzung für die Verwirklichung künstlerischer Konzepte einer Einflussnahme der Betriebsräte entgegenstehen kann. Gleichzeitig verfolgt die Rechtsprechung das Ziel, den durch die Mitbestimmung des Betriebsrats bezweckten Schutz der Arbeitnehmer nur in den Fällen zurücktreten zu lassen, in denen dies zur Verwirklichung der Kunstfreiheit unbedingt erforderlich ist. Eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen soll daher nur dann entfallen, wenn

- es um die Maßnahme eines Tendenzunternehmens geht,
- es sich bei dem betroffenen Arbeitnehmer um einen Tendenzträger handelt und schließlich
- die Maßnahme selbst tendenzbezogen ist.

Einfach zu beantworten ist zunächst, soweit hier relevant, die Frage nach der Identität der Tendenzunternehmen. Das BAG geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass Theater Tendenzunternehmen sind (vgl. z. B. BAG, Beschluss vom 26. Oktober 1986, BAGE 53, 237).

Deutlich differenzierter ist die Frage nach der „Tendenzträgereigenschaft“ und der „Tendenzbezogenheit“ einer personellen Maßnahme zu beantworten. Dazu nachfolgend mehr.

b) Tendenzträger

Nach der Rechtsprechung des BAG ist Tendenzträger derjenige Arbeitnehmer, für dessen Tätigkeit die Bestimmungen und Zwecke der in § 118 Abs. 1 BetrVG genannten Unternehmen und Betriebe prägend sind (vgl. BAG, Beschluss vom 28. Oktober 1986, BAG AP-Nr. 13 § 99 BetrVG 1972). In anderen Worten: Tendenzträger soll derjenige sein, der an der Tendenzverwirklichung (z. B. der Realisierung einer Theateraufführung) unmittelbar und maßgeblich beteiligt ist, hierfür eine notwendige Hilfestellung leistet und für dessen Tätigkeit die geistig-ideelle Zielsetzung des Unternehmens prägend ist (Thüsing 2004: Rn. 123 mit weiteren Nachweisen).

Diese noch weitgehend abstrakte Definition des Tendenzträgers hilft in der Praxis allerdings nur beschränkt weiter. Wird nicht auch der einfache Bühnenhandwerker an einem Theater für sich in Anspruch nehmen können, dass er für die „Tendenzverwirklichung“ (etwa die Aufführung eines Theaterstückes) eine „notwendige Hilfestellung“ leistet und auch seine Tätigkeit von der „geistig-ideellen Zielsetzung“ der Realisierung einer neuen Aufführung geprägt ist?

Der Begriff des „Tendenzträgers“ ist daher einschränkend, unter Rückgriff auf den eigentlichen Gesetzeszweck, dahin zu verstehen, dass ausschließlich Mitarbeiter mit solchen Aufgaben berücksichtigt werden, die die Tendenzverwirklichung und damit die grundgesetzlich geschützte Kunstfreiheit ernsthaft beeinträchtigen können.

In der Rechtsprechung des BAG anerkannt ist vor diesem Hintergrund, dass etwa die Mitglieder eines Orchesters und Bühnenmitglieder (Schauspieler, Spielleiter, Dramaturgen, Repetitoren, Inspizienten und Souffleure) Tendenzträger sind und in Bezug auf diese Personen nur eine eingeschränkte Mitbestimmung des Betriebsrates greift (vgl. BAG, Urteil vom 7. November 1975, BAGE 27, 316, 322 zu Orchestermitgliedern und BAG, Beschluss vom 4. August 1981, BAGE 36, 161 zu Bühnenmitgliedern).

Angesichts ihrer verantwortlichen Stellung bei der künstlerischen Konzeption kommen auch die Leiter des Beleuchtungswesens, Tonmeister und Vorstände des Malersaals als Tendenzträger in Frage (vgl. LAG Hamburg, Urteil vom 15. Juni 1989, 2 TaBv 7/82 – nicht veröffentlicht).

Dagegen ist das BAG davon ausgegangen, dass etwa Chefmaskenbildner und Maskenbildner, unabhängig von ihrer auch künstlerischen Tätigkeit, keinen hinreichend prägenden Einfluss auf die Tendenzverwirklichung haben, um sie als

„Tendenzträger“ der Mitbestimmung durch den Betriebsrat zu entziehen (vgl. BAG, Beschluss vom 28. Oktober 1986, BAGE 53, 237).

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss vom 7. Januar 1992 (1 BVR 1468/89, nicht veröffentlicht) klargestellt, dass die Bedeutung der Kunstfreiheit nicht dann verkannt sei, wenn ein Gericht davon ausgeht, dass bei einem Theaterunternehmen nicht bereits alle Mitarbeiter, die – und sei es auch durch künstlerische Tätigkeit – an der Verwirklichung einer bestimmten Konzeption mitwirken, Tendenzträger sind, sondern nur diejenigen, die in verantwortlicher Weise diese mit tragen und unmittelbar verwirklichen und danach den technischen Direktor, den technischen Leiter und seinen Assistenten, den Werkstättenleiter, die Mitarbeiter in der Tonabteilung, die Theatermaler und die Theaterplastiker nicht als Tendenzträger einstuft. Denn je weniger eigenverantwortlich ein Mitarbeiter an der Produktion beteiligt sei, desto stärker kann der Theaterunternehmer kraft seiner Weisungsbefugnis Einfluss auf die künstlerische Gestaltung nehmen, so dass die Ausübung der künstlerischen Freiheit des Unternehmens durch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht ernsthaft beeinträchtigt werden könne.

c) Einschränkung der Mitbestimmungsrechte bei tendenzbezogenen Maßnahmen

Die Frage, ob die personelle Einzelmaßnahme eines Theaters („Tendenzunternehmen“) in Bezug auf das künstlerische Personal („Tendenzträger“) dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entzogen ist, hängt schließlich davon ab, ob die Maßnahme selbst „tendenzbezogen“ ist. Eine solche Tendenzbezogenheit liegt nur dann vor, wenn die konkrete Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung der grundgesetzlich geschützten Kunstfreiheit nicht unerheblich zu beeinträchtigen.

Keiner Einschränkung unterliegen etwa Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das künstlerische Werk (Theaterstück, Konzert) nicht auswirken, etwa die Ein- oder Umgruppierung von künstlerisch tätigen Mitarbeitern (vgl. BAG, Beschluss vom 7. September 1988, AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Fitting/Gerd/Trebinger/Linsenmaier 2004: § 118, Rdnr. 36 mit weiteren Nachweisen).

Dagegen hat das BAG entschieden, dass etwa die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Einstellung von Tendenzträgern nach § 99 BetrVG nicht einzuholen und dass auch das Zustimmungsersetzungsverfahren nicht einzuleiten ist. Das BAG geht davon aus, dass eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass die Einstellung von Tendenzträgern vornehmlich aus tendenzbedingten Gründen erfolgt, denn fachliche Eignung und Eignung für die geistig-ideelle Zielsetzung des Tendenzunternehmens lassen sich bei der Einstellung kaum trennen (vgl. BAG, Beschluss vom 28. Oktober 1986, BAGE 53, 237; BAG, Beschluss vom 9. Dezember 1975, AP-Nr. 7 zu § 118 BetrVG 1972; BAG, Beschluss vom 7. No-

vember 1975, BAGE 27, 322; BAG, Beschluss vom 19. Mai 1981, BAGE 35, 289). Zu beachten ist allerdings, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Einstellung von Tendenzträgern und vergleichbaren Maßnahmen nicht vollständig entfallen; der Anspruch des Betriebsrats, von den Theatern vor der Einstellung, Versetzung oder Entlassung von Tendenzträgern informiert und angehört zu werden, bleibt erhalten (vgl. Thüsing 2004, Rn. 162).

Dagegen hat das BAG in einer Entscheidung vom 4. August 1981 (BAGE 36, 161) festgestellt, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung von Beginn und Ende einzelner Probezeiten bestehen kann. Eine Beeinträchtigung der Tendenz des Unternehmens hat das Bundesarbeitsgericht bei der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Proben nicht gesehen. Denn die Frage, wann Bühnengestellte für eine bestimmte Aufführung proben sollen und wie lange ggf. eine Einzelprobe dauern darf, behindere oder beeinträchtige nicht die geistig-ideelle Zielsetzung eines Theaters, jedenfalls nicht unmittelbar (vgl. BAG, Beschluss vom 4. August 1981, BAGE 36, 161).

d) Konsequenzen für die Praxis und Reformvorschläge

Unstreitig ist in der Praxis lediglich, dass Theater als Tendenzunternehmen einzustufen sind. Dagegen ist nicht mit der notwendigen Klarheit geregelt, bei welchen Arbeitnehmern es sich um „Tendenzträger“ handelt und welche konkreten Einzelmaßnahmen in Bezug auf diese Tendenzträger oder sonstige (soziale oder organisatorische) Angelegenheiten einer nur eingeschränkten Mitbestimmung des Betriebsrates unterworfen werden sollen. Wünschenswert wäre hier eine Klarstellung des Gesetzgebers. Insbesondere Arbeitszeitregelungen wie die Festlegung von Probenzeiten sind aus unserer Sicht eindeutig tendenzbezogene Maßnahmen, die einer Mitbestimmung nicht zugänglich sind.

2. Personalvertretungsgesetze

Besonderheiten gelten für die öffentlichen Theater, in denen nicht das Betriebsverfassungsgesetz, sondern die jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetze zur Anwendung kommen. Diese tragen dem Bedürfnis nach einer Einschränkung der Mitbestimmungsrechte der Personalräte im Hinblick auf die grundgesetzlich geschützte Kunstfreiheit im Wesentlichen dadurch Rechnung, dass bestimmte Personalmaßnahmen bezogen auf Personen, die der Verwirklichung der künstlerischen Bestrebungen von Theatern besonders nahe stehen, ganz oder zumindest teilweise der Einflussnahme der Personalräte entzogen werden.

a) Einschränkung der Mitbestimmungsrechte

Die jeweiligen Ausnahmebestimmungen weisen erhebliche Unterschiede auf. Besonders weit gehen etwa die Personalvertretungsgesetze von Bayern, Thüringen und auch von Nordrhein-Westfalen. So sieht das Bayerische Personalvertre-

tungsgesetz vor, dass das Mitbestimmungsrecht des Personalrats in Bezug auf Personalmaßnahmen (insbesondere Einstellungen, Versetzungen, aber auch Kündigungen etc.) dann entfällt, wenn sich diese Personalmaßnahmen auf „*durch Bühnendienstvertrag oder Gastspielvertrag verpflichtete Mitglieder von Theatern*“, „*Leiter und Mitglieder von Orchestern außer technischen Bediensteten*“ oder allgemein auf „*sonstige Beschäftigte mit vorwiegend künstlerischer Tätigkeit*“ beziehen (vgl. Art. 78 Abs. 1 d-f BayPersVG). Der Personalrat wird lediglich über Versetzungen und Kündigungen in Bezug auf die vorbezeichneten Mitarbeiter informiert.

Im Ergebnis weitgehend gleich verfährt das Thüringische Personalvertretungsgesetz, das für die Mehrzahl der personellen Einzelmaßnahmen (einschließlich Einstellung, Versetzung und Kündigung) von „*an öffentlichen Theatern und Orchestern künstlerisch Beschäftigten*“ vorsieht, dass der Personalrat lediglich auf Antrag des betroffenen Beschäftigten anzuhören ist (vgl. § 89 Abs. 2 ThürPersVG).

Auch das PersVG-NRW entzieht die Mehrzahl von Personalmaßnahmen der Mitbestimmung des Personalrats, wenn sich diese auf „*Beschäftigte an Theatern, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden*“, beziehen (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 PersVG-NRW). Unter Personen, die „*nach dem Bühnennormalvertrag*“ beschäftigt werden, versteht man die Arbeitsverhältnisse der Bühnenkünstler in den verschiedenen Sparten, die vom Normalvertrag Bühne (bis zum 31. Dezember 2002 vom NV Solo bzw. NV Chor/Tanz) erfasst werden. Zu beachten ist hierbei, dass eine einzelvertragliche Bezugnahme auf den NV Bühne alleine nicht ausreicht, um die Mitbestimmungsrechte des Personalrats zu verdrängen. Erforderlich ist vielmehr, dass der betroffene Beschäftigte nach seiner arbeitsvertraglich festgelegten beruflichen Funktion unter den persönlichen Geltungsbereich des NV Bühne fällt, ohne dass es hierbei auf die Tarifgebundenheit des öffentlichen Arbeitgebers oder des Beschäftigten ankommt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 7. Oktober 2003, PersR 2004, 30). Der öffentliche Arbeitgeber hat es damit nicht in der Hand, die Mitbestimmung des Personalrats dadurch auszuschließen, dass er mit einem nicht-künstlerischen Arbeitnehmer die Anwendung des NV Bühne einzelvertraglich vereinbart.

Einen ähnlich weitgehenden Mitbestimmungsausschluss sieht das PersVG Berlin vor, das einerseits generell an die Stelle der „Mitbestimmung“ des Personalrats (Zustimmung erforderlich!), lediglich das Mitwirkungsrecht (nur Anhörung erforderlich) setzt, falls es um „*Dienstnehmer mit vorwiegend künstlerischer Tätigkeit*“ geht (vgl. § 89 Abs. 1 PersVG Berlin), andererseits speziell für „*Arbeitnehmer an Bühnen, mit denen ein festes Gehalt aufgrund eines Normalvertrages vereinbart ist*“ die Mitbestimmung des Personalrats vollständig ausschließt (vgl. § 89 Abs. 2 PersVG Berlin).

Eine Herabstufung des Beteiligungsumfanges von einer Mitbestimmung (Zustimmung Personalrat erforderlich) auf eine bloße Mitwirkung sieht auch das PersVG Hessen für die „*an öffentlichen Theatern und Orchestern künstlerisch*

Beschäftigten, insbesondere die Solisten, die Mitglieder des Singchores, der Tanzgruppe und des Orchesters“ vor. Bei Personalangelegenheiten dieser Mitarbeiter steht dem Personalrat ausschließlich auf ausdrücklichen Antrag des betroffenen Beschäftigten ein Mitwirkungs-, nicht jedoch ein Mitbestimmungsrecht zu (vgl. § 104 Abs. 3 PersVG Hessen) zu. Festzuhalten ist insofern, dass der relativ weite Begriff des „*künstlerischen Beschäftigten*“ nicht auf die beispielhaft benannten Solisten und unmittelbar künstlerisch tätigen Bühnenmitglieder beschränkt ist, sondern auch diejenigen Mitarbeiter erfasst, bei denen die künstlerische Tätigkeit zumindest auch wesentlich ist und nicht nur eine vollständig untergeordnete Bedeutung hat (vgl. zum technischen Direktor als „*künstlerisch Beschäftigten*“: Hessischer VGH, Beschluss vom 20. Februar 1997, ZTR 1997, 384; s. a. BVerwG, Beschluss vom 7. Dezember 1994, BVerwGE 97, 159 zum „*künstlerischen Mitglied eines Theaters*“ im Sinne von § 95 BaWüPersVG).

Im Gegensatz zu den vorbezeichneten Regelungen legen die Personalvertretungsgesetze des Saarlands, Mecklenburg-Vorpommerns, Sachsens und Brandenburgs eine deutlich größere Zurückbehaltung bei der Einschränkung der Mitbestimmungsrechte an den Tag. Die entsprechenden Regelungen sehen jeweils vor, dass der Personalrat in Bezug auf Personalmaßnahmen bei „*Personen mit vorwiegend künstlerischer Tätigkeit*“ oder „*künstlerischem Personal*“ nur auf Antrag der betroffenen Beschäftigten tätig wird (vgl. § 81 Abs. 2 SaarPersVG; § 68 Abs. 3 PersVG Meck.-Vorp.; § 63 Abs. 2 BrandenbPersVG; § 82 SächsPersVG). Ein genereller Mitbestimmungsausschluss in Bezug auf die an den Theatern tätigen Künstler findet sich dagegen nicht.

b) Zusammenfassung und Reformvorschläge

Insgesamt sind die Regelungen der Länder zu einer Beschränkung der Mitbestimmungsrechte des Personalrats in Bezug auf die künstlerisch tätigen Mitarbeiter an Theatern uneinheitlich, ohne dass dies sachlich nachvollziehbar wäre. Zahlreiche Personalvertretungsgesetze überlassen es schlicht den Gerichten, die Grenzen der Mitbestimmung dort zu ziehen, wo der Personalrat in die originäre Kunstfreiheit hineinregiert. Dies führt zu einer schwer überschaubaren und uneinheitlichen Kasuistik.

Wünschenswert wäre es dagegen, wenn die Länder einheitliche, möglichst umfassende Regelungen treffen würden, denen eindeutig zu entnehmen ist, in welchen Fällen die Kunstfreiheit vorgeht und ein Mitbestimmungsrecht der Personalräte daher zurücktreten muss.

VII. Bühnenschiedsgerichtsbarkeit

Der NV Bühne (§ 53) sieht vor, dass für Rechtsstreitigkeiten zwischen den Arbeitsvertragsparteien unter Ausschluss der Arbeitsgerichtsbarkeit die Bühnenschiedsgerichte zuständig sind.

1. Grundsätzliches

Die Arbeit der Bühnenschiedsgerichte wird – auch ausweislich der Antworten auf von uns versandte Fragebögen – positiv beurteilt. Geschätzt wird die Entscheidung durch einen Spruchkörper, der mit Vertretern der Praxis auf Arbeitgeber- und auf Arbeitnehmerseite besetzt ist.

Die Zulässigkeit der Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit für arbeitsrechtliche Streitigkeiten unter anderem von Bühnenkünstlern folgt aus § 101 ArbGG. Danach kann durch Tarifvertrag die ausschließliche Zuständigkeit eines Schiedsgerichts festgelegt werden. Die Vereinbarung gilt grundsätzlich nur für tarifgebundene Personen. Sie erstreckt sich aber auch auf Parteien, die dem die Schiedsgerichtsbarkeit vorsehenden Tarifvertrag aus anderen Gründen unterfallen, wenn die Parteien dies ausdrücklich und schriftlich vereinbart haben (§ 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG).

2. Kritik

Ein funktionierendes und aus Sicht der Beteiligten erfolgreiches Konzept soll nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Anregungen wollen wir allerdings geben zu einer möglichen Effizienzsteigerung des Rechtsschutzsystems im Bühnenbereich. Insbesondere unter Kostengesichtspunkten ist die gegenwärtige Ausgestaltung kaum zeitgemäß und läuft den allgemeinen Tendenzen zu einer Einschränkung des Instanzenzuges zuwider.

a) Instanzenzug

Im ersten Rechtszug sind nach der Bühnenschiedsgerichtsordnung die Bezirksschiedsgerichte zuständig. Bezirksschiedsgerichte wurden in sechs Städten der Bundesrepublik Deutschland gebildet. Gegen die Schiedssprüche der Bezirksschiedsgerichte ist die Berufung an das Bühnenoberschiedsgericht zulässig. Speziell für die Opernchöre besteht eine besondere Bühnenschiedsgerichtsbarkeit. Im ersten Rechtszug ist das Bühnenschiedsgericht für Opernchöre zuständig. Gegen dessen Schiedssprüche findet die Berufung an das Bühnenoberschiedsgericht für Opernchöre statt. Die Schiedsgerichte für Opernchöre haben ihren Sitz in Köln.

Damit stehen in der Schiedsgerichtsbarkeit zwei Tatsacheninstanzen zur Verfügung.

Mit der Berufungsentscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts ist das Verfahren jedoch nicht beendet. Die Regelung des § 110 ArbGG ermöglicht es, vor dem staatlichen Arbeitsgericht auf Aufhebung des Schiedsspruchs zu klagen. Dies ist insbesondere unter Berufung auf die Verletzung einer Rechtsnorm durch den Schiedsspruch statthaft (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG). Die Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts kann also wegen eines jeden Verstoßes gegen das ma-

terielle Recht vor dem staatlichen Arbeitsgericht angegriffen werden (Germelmann 2004: Rn. 10). Die Aufhebungsklage ist bei dem Arbeitsgericht Köln zu erheben (§ 38 der Schiedsordnung, § 37 der Schiedsordnung für Bühnenschöre). Das Aufhebungsverfahren hat revisionsähnlichen Charakter, dient also ausschließlich der rechtlichen Überprüfung der angefochtenen Entscheidung. Neue Tatsachen und Beweismittel können nicht vorgebracht werden (BAG, Urteil vom 24. September 1970, AP Nr. 37 zu § 3 KSchG; Germelmann 2004: Rn. 5 f.).

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Aufhebungsverfahren ist wie jedes andere arbeitsgerichtliche Urteil – soweit die Voraussetzungen dafür gegeben sind – mit Rechtsmitteln angreifbar. Allgemein gibt es keine Besonderheit hinsichtlich der Rechtsmittel für die Entscheidungen nach § 110 ArbGG. Eine Berufung ist unter den Voraussetzungen des § 64 statthaft, die allgemeinen Grundsätze gelten auch für die Revision und die Möglichkeit, bei Nichtzulassung der Revision Nichtzulassungsbeschwerde einzulegen (Germelmann 2004: Rn. 28).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine arbeitsrechtliche Streitigkeit eines Bühnenkünstlers durch fünf (!) Instanzen betrieben werden kann. Dann haben 22 Richter über die Frage entscheiden, ob die Gitarre ein ungewöhnliches Instrument ist. Bühnenschiedsgericht und Bühnenoberschiedsgericht bilden die beiden Tatsacheninstanzen. Sodann stehen bis zu drei Instanzen in der staatlichen Gerichtsbarkeit zur Verfügung, in denen ausschließlich eine Überprüfung der jeweils vorangehenden Entscheidung auf Rechtsfehler wie im Revisionsverfahren stattfindet. Es gibt vermutlich keinen anderen Bereich in Deutschland, in dem fünf Instanzen für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zur Verfügung gestellt werden. Die übertriebene Ausgestaltung des Rechtsschutzes lädt zu Missbräuchen ein und begründet ein unverhältnismäßiges Kostenrisiko für den Fall des Unterliegens bei dem Bundesarbeitsgerichts.

So hat etwa das Land Berlin anlässlich der Schließung des Schillertheaters die Kläger in der Tat in einer Vielzahl von Fällen durch fünf Instanzen gezwungen, allein um auf diese Weise die Arbeitnehmer zu veranlassen, aufgrund des Kostenrisikos und der Zeitdauer von einer Verfolgung ihres Rechtsschutzbegehrens Abstand zu nehmen und sich zu vergleichen.

Letztlich ist auch die überlange Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Ganz beispielhaft sei hier der Fall genannt, der einem Urteil des BAG vom 2. Juli 2003 zugrunde lag (AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Musiker). In diesem Fall ging es um die Wirksamkeit der Befristung von Gastspielverträgen mit einer Opernsängerin. Die Klageerhebung bei dem Bezirksbühnenschiedsgericht erfolgte am 12. November 1998, die Entscheidung des BAG datiert – wie gesagt – vom 2. Juli 2003. Es ist nicht einsichtig, dass eine Bestandsschutzstreitigkeit über annähernd fünf Jahre hinweg geführt wird. Damit ist auch der Arbeitgeber im Hinblick auf das erhebliche Lohnfortzahlungsrisiko außerordentlich belastet. Eine Bereinigung des Instanzenzuges tut daher not.

b) Reformvorschlag

Die Tarifparteien sollten in Erwägung ziehen, lediglich eine schiedsgerichtliche Tatsacheninstanz vorzusehen. Nur in der ersten Instanz greift auch der Gedanke einer Vertrautheit der Schiedsrichter mit den örtlichen Besonderheiten.

Der Gesetzgeber sollte den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit einräumen, das Landesarbeitsgericht als Eingangsinstanz für die Aufhebungsklage vorzusehen. Gegen eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts könnte sodann die Revision unter den üblichen Voraussetzungen zugelassen werden. Auf diese Weise käme man auch im Bereich der Bühnenkünstler zu maximal drei Instanzen.

§ 110 Abs. 2 ArbGG wäre entsprechend diesem Vorschlag wie folgt neu zu fassen:

Für die Klage ist das Arbeitsgericht zuständig, das für die Geltendmachung des Anspruchs zuständig wäre. Die Tarifvertragsparteien können davon abweichend die Zuständigkeit eines Landesarbeitsgerichts vorsehen.

Auf diese Weise wäre den Tarifvertragsparteien auch die Möglichkeit gegeben, lediglich ein Landesarbeitsgericht im Bundesgebiet zur Überprüfung von Schiedssprüchen der Bühnenschiedsgerichte vorzusehen. Dadurch könnte die Herausbildung einer speziellen Bühnenerfahrung und damit eine größere Kompetenz in Bühnenangelegenheiten bei dem ausgewählten Landesarbeitsgericht gefördert werden.

C. Ausgliederung und rechtliche Verselbständigung

Insbesondere die tarifvertragliche Situation kann nur mit Aussicht auf Erfolg grundlegend verändert werden, wenn eine Ausgliederung im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB erfolgt. Das wird auch im Bühnenbereich mittlerweile allgemein so gesehen (siehe etwa Küppers 2004: 31). Nun sollte man annehmen, dass die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten durch einen Betriebsübergang exakt eröffnet werden, in der Diskussion zum Bühnenarbeitsrecht ausführlich erörtert wurde. Indes ist dies nicht der Fall. Bezeichnend ist insoweit der – im Übrigen lesenswerte – Band „Das Theater und sein Erfolg“ von Christoph Nix (Hrsg.), in dem die Ergebnisse einer Tagung am 30. April und am 1. Mai 2004 zu dem Thema „Erfolg am Theater!“ aufbereitet werden. Darin findet sich das Protokoll einer Arbeitsgruppe „Die richtige Rechtsform und der Betriebsübergang“ (Nix 2004: 104). Die Arbeitsgruppe stellt lapidar fest, „dass aufgrund der gesetzlichen Regelungen zum Betriebsübergang die mit einem Rechtsformwechsel häufig verbundene Hoffnung der Träger, die Tarif- und Arbeitsbedingungen aus ihrer Sicht zu verbessern, nicht oder nur sehr schwer umsetzbar ist.“ Auch der Deutsche Bühnenverein geht in seiner am 31. Oktober 2004 vorgelegten Studie davon aus, dass sich grundsätzliche Veränderungen der Arbeitsbedingungen im Falle einer Ausgliederung wegen bestehender Mitbestimmungsrechte, der Skepsis bei Gewerkschaften und Arbeitnehmern sowie wegen der

Schutzvorschrift des § 613 a BGB praktisch nicht erreichen lassen (Deutscher Bühnenverein 2004: 89 f.). Eine sorgfältige Analyse erfolgt auch hier nicht.

Eine offene Diskussion der Frage, welche Handlungsmöglichkeiten durch eine Ausgliederung eröffnet werden können, wird also bereits im Ansatz durch den Hinweis auf angeblich unüberwindbare Schwierigkeiten abgewürgt. Manchmal muss man indes das Unmögliche versuchen, um das Mögliche zu erreichen. Betrachten wir die Angelegenheit also genauer.

I. Grundfall zum Betriebsübergang

Die Ausgliederung in Form eines Betriebsübergangs bewirkt nicht, dass arbeitsrechtlich ein Freiraum entsteht, der dem Arbeitgeber unbeschränkte Gestaltungsfreiheit verschafft. Vielmehr gelten die Arbeitsbedingungen zunächst weiter. Der Gestaltungsspielraum entsteht aber mittel- und langfristig, weil der Betriebsübergang eine Zäsur darstellt. Er ermöglicht es insbesondere, die Tarfdynamik aufzuheben und den Tarifstand zum Zeitpunkt des Tarifübergangs „einzufrieren“. Dadurch entstehen Freiräume, weil die weitere Vergütungsentwicklung von Strukturveränderungen und der Umsetzung von optimierenden Maßnahmen abhängig gemacht werden kann. Auch für die Arbeitnehmerseite kann die Ausgliederung Vorteile begründen. Darauf wollen wir nach einer näheren Betrachtung der rechtlichen Konsequenzen eines Betriebsübergangs zurückkommen. Betrachten wir zunächst diese.

Im Folgenden befassen wir uns der Einfachheit halber mit einem *Grundfall*, der sich wie folgt beschreiben lässt:

Ein Theater wird bisher als Regie- oder Eigenbetrieb geführt. Es besteht eine Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband des Öffentlichen Dienstes sowie ferner eine Mitgliedschaft im Deutschen Bühnenverein. Die Arbeitsverträge der nicht künstlerischen Mitarbeiter verweisen auf den BAT oder den BMT-G. Die Arbeitsverträge der Künstler verweisen auf den NV Bühne. Die arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln erstrecken sich auf alle ergänzenden Tarifverträge. Mit Wirkung zum 1. Januar 2005 wird der Theaterbetrieb durch Rechtsgeschäft auf eine GmbH übertragen. Die GmbH tritt keinem Arbeitgeberverband bei, ein Personalüberleitungsvertrag wird nicht abgeschlossen. Die Arbeitnehmer widersprechen dem Betriebsübergang nicht.

Welche Konsequenzen ergeben sich für tarifvertragliche und sonstige Regelungen?

1. Übergang der Arbeitsverhältnisse

Der Übergang des Theaterbetriebes stellt einen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB dar. Er führt zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse. Da dem Arbeitnehmer ein Wechsel des Vertragspartners nicht aufgezwungen werden soll, steht jedem Arbeitnehmer im Falle des Betriebsübergangs das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu. Übt der Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht aus, so besteht das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fort. Das Widerspruchsrecht kann in Betriebsübergangsfällen von Bedeutung sein. Wir lassen es zunächst außer Betracht, um die Grundstruktur zu verdeutlichen, kommen aber später darauf zurück.

2. Tarifverträge

Tarifverträge gelten normativ grundsätzlich nur zwischen tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Mit der normativen Wirkung ist gemeint, dass der Tarifvertrag unabhängig von arbeitsvertraglichen Regelungen wie ein allgemeines Gesetz Anwendung findet. Sie setzt voraus, dass der Arbeitgeber entweder Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist oder einen Haustarifvertrag abgeschlossen hat sowie ferner, dass der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist. Unabhängig von der Verbandsmitgliedschaft finden Tarifverträge nur in dieser Weise Anwendung, wenn sie für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes und die Bühnentarifverträge sind nicht allgemeinverbindlich. Daraus folgt: Tritt die GmbH keinem Arbeitgeberverband bei und schließt sie keinen Haustarifvertrag ab, so gibt es für die Arbeitnehmer bei ihr keine normativ wirkenden Tarifverträge.

Soweit vor dem Betriebsübergang auf einzelne Arbeitsverhältnisse – wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers – der Tarifvertrag normativ galt, findet die Schutzvorschrift des § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB Anwendung. Die bisher normativ geltenden Arbeitsbedingungen werden transformiert in den Arbeitsvertrag und gelten auf dieser arbeitsvertraglichen Grundlage fort. Wichtig ist, dass die tariflichen Regelungen mit dem Stand transformiert werden, den sie im Zeitpunkt des Betriebsübergangs hatten. Ist in dem Beispielsfall etwa ein Angestellter, der Mitglied der Gewerkschaft ver.di ist, von dem Betriebsübergang betroffen, so bleibt es bei dem Stand des BAT am 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr. Wird später mit Wirkung ab dem 1. Januar 2005 im allgemeinen öffentlichen Dienst eine Vergütungserhöhung tarifvertraglich vereinbart, so findet diese keine Anwendung mehr. Der Tarifstand ist „eingefroren“ (BAG, Urteil vom 29. August 2001, NZA 2002, 513; BAG, Urteil vom 20. Juni 2001, NZA 2002, 517) Die transformierten tarifvertraglichen Regelungen dürfen vor Ablauf eines Jahres nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden (§ 613 a Abs. 1 S. 2 BGB).

3. Arbeitsvertragliche Regelungen, insbesondere Bezugnahmeklauseln

Die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverträgen gehen im Falle des Betriebsübergangs nach dem gesetzlichen Grundmodell unverändert auf den Erwerber über (§ 613 Abs. 1 S. 1 BGB). Die einjährige Änderungssperre gilt in diesem Fall allerdings nicht.

In unserem Beispielfall verweisen die Arbeitsverträge auf die einschlägigen Tarifverträge, also den BAT/BAT-O, BMT-G/BMT-G-O oder MTArb/MTArb-O oder den NV Bühne. Diese Bezugnahme bewirkt keine normative Wirkung der Tarifverträge, da diese – wie dargelegt – ihren Geltungsgrund nicht in arbeitsvertraglichen Regelungen hat, sondern in der beiderseitigen Verbandsmitgliedschaft. Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln enthalten in der Regel dynamische Verweisungen. Sie besagen, dass der Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung findet. Bedeutet dies, dass sich die Arbeitnehmer aufgrund der Regelungen in ihren Arbeitsverträgen auch nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf die Tarifiedynamik berufen können? Kommen also die Arbeitnehmer im Beispielfall allein aufgrund der arbeitsvertraglichen Regelungen in den Genuss der ab dem 1. Januar 2005 vereinbarten Tarifsteigerungen? Die Antwort ist nein.

Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln sind bei tarifgebundenen Arbeitgebern nach der ständigen Rechtsprechung des BAG in der Regel als sogenannte Gleichstellungsabreden zu verstehen (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG, Urteil vom 19. März 2003, NZA 2003, 1207; BAG, Urteil vom 20. Februar 2002, AP BGB § 157 Nr. 21; BAG, Urteil vom 25. September 2002, ZIP 2003, 966; BAG, Urteil vom 16. Oktober 2002, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 22; BAG, Urteil vom 27. November 2002, AP Nr. 28 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag). Sie sollen sicherstellen, dass nicht tarifgebundene Arbeitnehmer – also Arbeitnehmer, die nicht Gewerkschaftsmitglied sind – den organisierten Mitarbeitern gleichgestellt werden. Darauf beschränkt sich ihr Regelungsgehalt. Bezugnahmeklauseln geben dem Arbeitnehmer also nicht mehr als diejenige Rechtsposition, die sich für einen tarifgebundenen Arbeitnehmer bereits aufgrund der Tarifgebundenheit ergibt. Das bedeutet: Da der Tarifstand für die tarifgebundenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Betriebsübergangs „eingefroren“ wird, findet auch auf der Grundlage der Bezugnahmeklausel keine weitere Dynamisierung statt. Der Tarifstand ist ebenfalls im Beispielfall auf den Zeitpunkt 31. Dezember 2004 eingefroren.

Diese Rechtslage verkennt der Deutsche Bühnenverein in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2004 (Deutscher Bühnenverein 2004: 93 f.) gründlich. Dort wird die Auffassung vertreten, aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes würde auch nach der Beendigung der Mitgliedschaft in den Arbeitgeberverbänden des öffentlichen Dienstes eine Verpflichtung zu Tarifierhöhungen für die Zukunft bestehen. Das ist vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schlicht unzutreffend.

Es ist daher auch unzutreffend, wenn vereinzelt ausgeführt wird, aufgrund der von den Theatern verwandten Bezugnahmeklauseln in Musterarbeitsverträgen bestehe im Bühnenbereich ein „der Allgemeinverbindlichkeit gleichkommender Zustand“ (so Opolony 2004: 339). Im Falle der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen setzt sich die Dynamik im Falle des Betriebsübergangs fort, im Bühnenbereich wegen der fehlenden Allgemeinverbindlichkeit gerade nicht.

4. Sonderfall NV Bühne?

Der NV Bühne gilt nach seinem § 1 Abs. 1 an Bühnen, die von einem Land oder von einer Gemeinde ganz oder überwiegend rechtlich oder wirtschaftlich getragen werden. Im Falle der Übertragung des Theaterbetriebes auf eine eigenständige juristische Person bleibt die öffentliche Hand oft Alleingesellschafter, jedenfalls aber trägt sie in der Regel den Betrieb wirtschaftlich. Die Definition des Geltungsbereichs des NV Bühne verleitet vereinzelt zu dem Fehlschluss, der NV Bühne gelte im Falle eines Betriebsübergangs normativ fort, wenn nicht auch eine materielle Privatisierung erfolge (so etwa Opolony 2004: 340). Diese Auffassung ist falsch. Die Regelung des Geltungsbereichs hat nichts mit der notwendigen Voraussetzung der Tarifgebundenheit für die normative Anwendung von Tarifverträgen zu tun. Die Trägerschaft der neuen GmbH ist daher unerheblich. Erst wenn diese dem Arbeitgeberverband, in diesem Fall dem Deutschen Bühnenverein beitrifft, kommt es auf die Regelung zum Geltungsbereich an.

5. § 10 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des Deutschen Bühnenvereins

Ein echtes Flexibilisierungshindernis findet sich allerdings in § 10 Abs. 1 Satz 2 der Satzung des Deutschen Bühnenvereins. Danach bleibt die Mitgliedschaft im Deutschen Bühnenverein im Falle der Gesamtrechtsnachfolge unberührt. Fälle der Gesamtrechtsnachfolge sind etwa Ausgliederungen nach dem Umwandlungsgesetz, ebenso aber die Überführung durch Gesetz in eine Anstalt öffentlichen Rechts. Wird eine solche Form der Ausgliederung gewählt, so muss folglich die Mitgliedschaft im Bühnenverein vor deren Wirksamwerden beendet worden sein. Die Satzung des Deutschen Bühnenvereins sollte in diesem Punkt unverzüglich geändert werden, um diese zusätzliche Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Bühnen zu beseitigen.

6. Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes

Zu den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs auf die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes haben wir in Abschnitt B.V. Stellung genommen.

7. Zwischenergebnis

Die Ausgliederung schafft keinen rechtsfreien Raum. Die Arbeitsverhältnisse bestehen grundsätzlich mit dem bisherigen Inhalt fort. Die entscheidende Wirkung der Ausgliederung besteht darin, dass der Tarifstand und der Stand der Arbeitsbedingungen allgemein unter Einschluss der Vergütungshöhe auf den Stand im Zeitpunkt des Betriebsübergangs eingefroren wird. Die Abkoppelung von der Tarifautomatik eröffnet dadurch zumindest mittelfristig Spielräume für eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen.

Der Charme der rechtlichen Verselbständigung besteht also darin, dass für das einzelne Haus eine bewusste Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob man sich in Zukunft einer Tarifbindung unterwerfen will oder nicht. In jedem Einzelfall kann geprüft werden, ob die Vorteile der Tarifbindung überwiegen. Ist dies der Fall, so kann ferner eine bewusste Entscheidung getroffen werden, ob der Weg des Abschlusses eines Haustarifvertrags gegangen wird oder ob man sich den Kautelen des vom Deutschen Bühnenverein verhandelten Tarifwerks unterwirft. Wenn man sich im Grundsatz für die etablierten Bühnentarifverträge entscheidet, handelt es sich wiederum nicht um eine digitale Entscheidung. Der Beitritt zum Bühnenverein kann etwa davon abhängig gemacht werden, dass dieser für das betreffende Haus oder eine Gruppe von Bühnen hausbezogene Sonderregelungen vereinbart, etwa die Übernahme der Tarifsteigerungen des Öffentlichen Dienstes ausschließt.

Außerdem besteht Entscheidungsfreiheit dahingehend, für den Bereich der nicht künstlerisch Beschäftigten eine Tarifbindung insgesamt zu vermeiden oder eine theatergerechte herbeizuführen.

II. Personalüberleitungsverträge

Aus Anlass der rechtlichen Verselbständigung von Dienststellen der öffentlichen Hand werden häufig Personalüberleitungsverträge abgeschlossen. Worum geht es dabei? Um dies zu erläutern, wollen wir den Grundfall variieren.

Ausgangslage wie im Grundfall. Personalrat und Gewerkschaften verlangen jedoch den Abschluss eines Personalüberleitungsvertrages. Dieser soll sicherstellen, dass auch in der GmbH die bisher geltenden Tarifwerke Anwendung finden, und zwar auch künftig in der jeweils geltenden Fassung. Die Arbeitgeberseite lehnt dies ab.

Personalüberleitungsverträge verfolgen – in unterschiedlicher Intensität – das Ziel, die Weitergeltung bisheriger Arbeitsbedingungen nach der erfolgten Ausgliederung aus dem Bereich der öffentlichen Hand sicherzustellen. Erfolgt die Ausgliederung mit dem Ziel, in der Zukunft die Freiheit zu einer Neugestaltung der Arbeitsbedingungen zu haben, so darf eine derartige Bindung nicht zu weit gehen. Insbesondere die häufig anzutreffenden Forderung nach einer Weitergeltung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der jewei-

ligen Fassung und eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in den Arbeitgeberverbänden des öffentlichen Dienstes sind zu vermeiden. Dabei ist eine zeitlich unbefristete Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in einem bestimmten Arbeitgeberverband nach unserer Auffassung wegen eines Verstoßes gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte negative Koalitionsfreiheit rechtsunwirksam. Rechtsprechung zu dieser Frage steht allerdings – soweit ersichtlich – noch aus.

III. Widerspruch gegen den Betriebsübergang

Auch dazu ein Beispiel:

Die Ausgangslage entspricht derjenigen im Grundfall. Allerdings widersprechen jeweils 10% der künstlerischen Beschäftigten und der Verwaltungsmitarbeiter dem Betriebsübergang. Die öffentlich-rechtliche Körperschaft betreibt nur dieses eine Theater. Sie möchte wissen, ob sie die Arbeitsverhältnisse der dem Betriebsübergang widersprechenden Arbeitnehmer wirksam kündigen kann?

1. Grundsatz

Nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der neue Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Liegt ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang vor, so bedarf es der ausführlichen Information der Arbeitnehmer über ihr Widerspruchsrecht gemäß § 613 a Abs. 5 BGB. Dabei sind die Arbeitnehmer zu unterrichten über

- den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
- den Grund für den Übergang,
- die rechtlichen wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
- die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Die Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5 schriftlich zu widersprechen.

Die Ausübung des Widerspruchsrechts im Einzelfall bedarf nicht eines irgendwie gearteten sachlichen Grundes. Ob der Arbeitnehmer sich einem gesetzlichen Schuldnerwechsel unterwerfen will, liegt allein in seiner Beurteilung (BAG, Urteil vom 17. September 1998, NZA 1999, 258; BAG, Urteil vom 19. März 1998, BB 1998, 1421 mit zahlreichen Nachweisen). Das Widerspruchsrecht unterliegt jedoch den allgemei-

nen Schranken der Rechtsordnung und somit der Kontrolle des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Zweckrichtung oder Zielsetzung des Widerspruchs an. Die Frage des Rechtsmissbrauchs wurde insbesondere für Fälle diskutiert, in denen Arbeitnehmer „kollektiv“, d. h. eine große Anzahl der Arbeitnehmer, dem Betriebsübergang widersprochen haben. Das Bundesarbeitsgericht betont in diesem Zusammenhang, dass der Widerspruch dann wirksam ist, wenn er nicht der Erzwingung eines bestimmten Arbeitgeberverhaltens, sondern lediglich als Mittel zur Vermeidung des Arbeitgeberwechsels dient (BAG, Urteil vom 30. September 2004, Az. 8 AZR 462/03, Pressemitteilung des BAG Nr. 71/04). Da es auch bei einem „kollektiv“ ausgesprochenen Widerspruch das Interesse der Arbeitnehmer sein wird bzw. sein muss, den Arbeitgeberwechsel zu vermeiden, ist von der weitgehenden Zulässigkeit des „kollektiv“ ausgesprochenen Widerspruchs auszugehen.

Rechtsfolge des wirksam erklärten Widerspruchs ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum bisherigen Arbeitgeber. Die in § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Rechtsfolge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses tritt nicht ein. Das ergibt sich aus Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts, dem Arbeitnehmer gegen dessen ausdrücklich erklärten Willen keinen Arbeitgeberwechsel – auch nicht für begrenzte Zeit – aufzuzwingen.

Ein wesentliches Ziel bei der Planung und Umsetzung von Ausgliederungen muss darin bestehen, die Ausübung von Widerspruchsrechten zu vermeiden oder zumindest in Grenzen zu halten. Dies ist eine Managementaufgabe, die insbesondere einen offenen Kommunikation erfordert (dazu beispielhaft die Erläuterungen zum „Weimarer Modell“, C VII 1).

Geht der Theaterbetrieb über und verbleiben einzelne Arbeitnehmer infolge der Ausübung ihres Widerspruchsrechts bei dem vormaligen Arbeitgeber, so ist deren Arbeitsplatz entfallen. Damit bestehen an sich die Voraussetzungen für den Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen. Kündigungsschutzrechtlich und nach anwendbaren Rationalisierungsschutztarifverträgen besteht jedoch die rechtliche Verpflichtung, vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung anderweitige Verwendungsmöglichkeiten auf freien Arbeitsplätzen zu prüfen, sowie ferner das Erfordernis, die zu Kündigenden nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen. Dies kann eine Kündigung für den Arbeitgeber insbesondere dann erschweren, wenn es sich um einen Stadtstaat oder eine größere Gebietskörperschaft handelt.

2. Sonderfall: Gründung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

Die Regelung des § 613 a BGB knüpft an den *rechtsgeschäftlichen* Übergang des Betriebes an. Was gilt aber, wenn der Betrieb kraft Gesetzes übergeht? Dazu variieren wird den Grundfall erneut.

Im Grundsatz wie im Ausgangsfall. Die Bühne soll jedoch nicht auf eine GmbH, sondern auf eine Stiftung des öffentlichen Rechts übertragen werden. Dies geschieht durch Erlass eines Stiftungsgesetzes. Das Stiftungsgesetz regelt auch die Übertragung der für den Theaterbetrieb erforderlichen Vermögensgegenstände und den Übergang der Arbeitsverhältnisse. Können die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprechen?

Wird vorausgesetzt, dass die Gründung einer Stiftung öffentlichen Rechts durch Gesetz erfolgt, so stellt sich die Frage, inwieweit die Vorschrift des § 613 a BGB auf die Übertragung der Arbeitsverhältnisse anwendbar ist. Für den Fall, dass die Betriebsmittel rechtsgeschäftlich übertragen werden (nachdem zuvor durch Gründungsgesetz der Umfang der Ausstattung der Stiftung festgelegt wurde), bleibt es bei der Anwendbarkeit von § 613a BGB mit der Folge, dass auch ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer besteht (vgl. Preis 2005: § 613a BGB, Rn. 62). Regelt dagegen das Gründungsgesetz gleichzeitig auch die gesetzliche Übertragung der Arbeitsverhältnisse auf die Stiftung, so erfolgt die Übertragung der Arbeitsverhältnisse in diesem Fall nicht „durch Rechtsgeschäft“ – wie in § 613 a BGB vorgesehen – sondern durch ein Gesetz. In diesem Fall ist § 613 a BGB grundsätzlich nicht anwendbar, da der Übergang der Arbeitsverhältnisse besonders gesetzlich angeordnet ist (vgl. BAG, Urteil vom 19. Januar 2000, NZA 2000, 1170; BAG, Urteil vom 8. Mai 2001, NZA 2001, 1200).

Umstritten ist jedoch, ob dennoch den Arbeitnehmern hinsichtlich des gesetzlich angeordneten Übergangs des Arbeitsverhältnisses ein Widerspruchsrecht einzuräumen ist. In einer Entscheidung vom 8. Mai 2001 (NZA 2001, 1200) hat das Bundesarbeitsgericht betont, dass eine gesetzliche Regelung zur Übertragung der Arbeitsverhältnisse auf eine Anstalt öffentlichen Rechts auch ohne Anerkennung eines Widerspruchsrechts zulässig ist (so auch das Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 29. Juni 2004, Az. 93 Ca 5408/04, nicht rechtskräftig, zur Stiftung Oper Berlin). Dagegen hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 25. Januar 2001 (NZA 2001, 840) im Fall der Privatisierung der Berliner Bäderbetriebe den Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht eingeräumt. In dem zu entscheidenden Fall wurde gesetzlich der Übergang der Arbeitsverhältnisse festgelegt. Gleichzeitig wurde im Gesetz angeordnet, dass sämtliche Betriebsmittel (Inventar und Grundstücke) aufgrund eines Pachtvertrags auf die Anstalt übergehen sollen. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung zum Abschluss eines Pachtvertrags ist das Bundesarbeitsgericht von einem „gesetzlich geregelten rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang“ ausgegangen. Das Bundesarbeitsgericht betont in dieser Entscheidung, dass die Möglichkeit eines Widerspruchs des Arbeitnehmers bei einem Betriebsübergang auf der Grundlage eines Rechtsgeschäfts ständiger Rechtspraxis seit Inkrafttreten des § 613 a BGB entsprach, auch ohne dass ein Widerspruchsrecht ausdrücklich gesetzlich geregelt war. Folglich wurde die gesetzliche Regelung des Landes Berlin, die die Übertragung der

Arbeitsverhältnisse vorsah, dahingehend ausgelegt, dass den Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht eingeräumt wurde.

IV. Ablösung kollektiver Regelungen nach Betriebsübergang

1. Tarifverträge

Es wurde dargelegt, dass die Ausgliederung in jedem Fall Handlungsspielräume zur Neuordnung der Arbeitsbedingungen schafft. Die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen werden auf dem Stand zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs eingefroren. Damit ergibt sich zumindest mittelfristig die Chance zur Neuordnung. Ungleich schwieriger ist die Lage arbeitsrechtlich, wenn dieser Effekt als nicht ausreichend angesehen wird. Das ist etwa der Fall, wenn eine Fortführung der Bühne nur bei einer unmittelbaren Senkung der Personalkosten möglich ist. Das Problem wollen wir wiederum anhand eines Beispielfalls illustrieren, der zum Zwecke der Darstellung notwendige Vereinfachungen vornimmt.

Die Stadt unterhält einen Orchesterbetrieb, in dem Orchestermusiker und nicht künstlerische Beschäftigte tätig sind. Musiker A ist Mitglied der Gewerkschaft DOV Musiker B nicht. Die Arbeitsverträge beider Musiker verweisen auf den TVK in seiner jeweils geltenden Fassung. Arbeitnehmer C ist Verwaltungsangestellter und Mitglied der Gewerkschaft ver.di, Arbeitnehmer D ist ebenfalls Verwaltungsangestellter, allerdings nicht Mitglied der Gewerkschaft. Die Arbeitsverträge von C und D nehmen Bezug auf den BAT in seiner jeweils geltenden Fassung. Die Stadt gründet eine GmbH, auf die der Orchesterbetrieb übertragen wird. Im Zuge des Betriebsübergangs werden neue Tarifverträge abgeschlossen. Die GmbH schließt für die Musiker mit der Gewerkschaft DOV einen Tarifvertrag, der keine Zahlung von Urlaubsgeld vorsieht. Für die nicht-künstlerischen Beschäftigten ist die Gewerkschaft ver.di zu einem vergleichbaren Tarifabschluss nicht bereit. Daraufhin schließt die GmbH einen Tarifvertrag für die nicht künstlerisch Beschäftigten mit einer anderen Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes (z. B. der GÖD), der entsprechend den Regelungen für die Musiker einen Verzicht auf das Urlaubsgeld vorsieht.

Der Beispielfall führt uns in eines der unübersichtlichsten Gebiete des deutschen Arbeitsrechts. Vorab sei bemerkt, dass im Falle des Abschlusses von neuen Tarifverträgen für die GmbH nach aller Erfahrung die Arbeitnehmer die neuen Arbeitsbedingungen akzeptieren. Aber betrachten wir die Angelegenheit einmal rein rechtlich.

a) Ablösung vormals kollektivrechtlich geltender Bestimmungen

Zunächst müssen wir uns erinnern. Bezogen auf Arbeitnehmer A und Arbeitnehmer C galten Tarifverträge normativ. Die Stadt war kraft Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden des öffentlichen Dienstes an den BAT und kraft Mitgliedschaft im Deutschen Bühnenverein an den TVK gebunden. Im Zeitpunkt des Betriebsübergangs wurden die Rechtsnormen beider Tarifverträge gemäß § 613 a Abs. 1 S. 2 Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit der Folge, dass sie vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs zum Nachteil der Arbeitnehmer nicht geändert werden dürfen. Für Arbeitnehmer A und Arbeitnehmer C, die zuvor tarifgebunden waren, gilt daher im Grundsatz, dass der TVK und der BAT in der Fassung zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs Inhalt der Arbeitsverhältnisse wurden. Von dieser Rechtsfolge macht § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB eine Ausnahme. Die Umwandlung der Rechtsnormen des Tarifvertrages in arbeitsvertragliche Regelungen gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags geregelt werden. Die GmbH hat – wie im Beispielsfall dargelegt – mit der Gewerkschaft DOV einen neuen Tarifvertrag für die Künstler abgeschlossen und ebenso für die nicht künstlerischen Mitarbeiter mit einer anderen Gewerkschaft. Welche Rechtsfolgen ergeben sich daraus?

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 30. August 2000, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag) setzt die Anwendung der Vorschrift des § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB, also die Ablösung von bei dem vormaligen Betriebsinhaber (der Stadt) geltenden Tarifverträgen durch bei dem neuen Betriebsinhaber (der GmbH) geltende Tarifverträge, die beiderseitige Tarifgebundenheit voraus. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen also kraft Verbandsmitgliedschaft an den neuen Tarifvertrag gebunden sein. Im Fall von Arbeitnehmer A ist dies unproblematisch. Er gehörte vor dem Betriebsübergang der Gewerkschaft DOV an, die den TVK abgeschlossen hatte und die für die Zeit nach dem Betriebsübergang den TVK mit der Modifikation der Nichtzahlung eines Urlaubsgeldes abschloss. Für A gilt kraft Verbandszugehörigkeit danach in Zukunft der mit der GmbH abgeschlossene Tarifvertrag. Anders ist die Situation bezogen auf Arbeitnehmer C. Arbeitnehmer C ist Mitglied der Gewerkschaft ver.di. Eine beiderseitige Tarifgebundenheit liegt nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht vor. C ist nicht Mitglied der Gewerkschaft GÖD, die für den nicht künstlerischen Bereich einen Tarifvertrag mit der GmbH abgeschlossen hat. Danach verbleibt es bezogen auf ihn bei der „eingefrorenen“ Anwendung des BAT. Der Tarifabschluss mit der konkurrierenden Gewerkschaft GÖD bringt dem Arbeitgeber mithin unmittelbar keinen Vorteil.

b) Vertragliche Geltung der Arbeitsbedingungen

Die Tarifverträge TVK und BAT galten bei der Stadt allerdings nicht nur aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit. Vielmehr verwiesen sämtliche Arbeitsverträge der Musiker auf den TVK, sämtliche Arbeitsverträge der nicht künstlerischen Mit-

arbeiter auf den BAT. Die Geltung der tariflichen Arbeitsbedingungen beruhte also auch auf arbeitsvertraglichen Abreden. Auch wenn es schwer verständlich ist: Die Vorschriften des § 613 a Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB beziehen sich nur auf den Fall der Geltung von Rechtsnormen eines Tarifvertrages bei dem vormaligen Betriebsinhaber aufgrund der Tarifgebundenheit. Das Schicksal arbeitsvertraglich vereinbarter Arbeitsbedingungen richtet sich ausschließlich nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Die arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen gehen auf den Erwerber des Betriebs über. Ihre Änderung unterliegt allerdings nicht der einjährigen Veränderungssperre. Was folgt daraus?

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln gelten weiter der TVK in der ursprünglichen Fassung für die Musiker und der BAT für die nicht künstlerischen Mitarbeiter. Beide Tarifverträge gelten – wie dargelegt – „eingefroren“ auf den Stand im Zeitpunkt des Betriebsübergangs. Eine unmittelbare Kostenentlastung folgt aus dem Abschluss neuer Tarifverträge mit der Gewerkschaft DOV und der Gewerkschaft GÖD dagegen nicht. Erneut: In der Praxis ist der Tarifwechsel faktisch oft möglich, da die Arbeitnehmer der Anwendung des neuen Tarifvertrages in der Mehrheit zustimmen werden.

Das alles ist schwer verständlich, obwohl wir die Darstellung grob vereinfacht haben. Der arbeitsrechtliche Dogmatiker kann an der einen oder an der anderen Stelle bereits Einwände erheben. Bewusst haben wir das Problem holzschnittartig auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dargestellt.

c) Lösungsvorschlag

Die Lösung unseres Beispielsfalls könnte noch hundertfach komplizierter dargestellt werden. Auch darin zeigt sich eine Schwäche des deutschen Arbeitsrechts. Ein einfacher und im Wirtschaftsleben tagtäglich vorkommender Fall, der Fall des Erwerbs eines Betriebs oder eines Betriebsteils, lässt sich arbeitsrechtlich nicht befriedigend lösen. Der Erwerberbetrieb hat naturgemäß ein Interesse daran, die Arbeitsbedingungen auf dem Niveau der bei ihm geltenden Standards zu vereinheitlichen. Das Arbeitsrecht bietet hierfür kein geeignetes Instrumentarium.

Die mangelnde Flexibilität im Hinblick auf einen angestrebten Tarifwechsel oder eine Modifizierung von tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen liegt allerdings nicht nur im Rechtssystem selbst begründet, sondern auch an einer mangelnden Professionalität in der Gestaltung von Arbeitsverträgen. In fast allen Betrieben ist es nach wie vor Standard, auf den einschlägigen Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung zu verweisen. Entsprechend sieht auch die Anlage 2 zum NV Bühne in § 6 folgende Formulierung vor:

„Im Übrigen bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Normalvertrag Bühne in der jeweils geltenden Fassung und dem ihn ergänzenden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen.“

Dies ist schlicht und ergreifend ein Kunstfehler. Richtigerweise müssen Arbeitsverträge Bezug nehmen auf den Tarifvertrag, der aufgrund der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers in dem Betrieb Anwendung findet. Eine so formulierte Bezugnahme Klausel ermöglicht den Tarifwechsel. Im Beispielsfall würden unmittelbar die Tarifverträge der GmbH auf die Arbeitsverhältnisse auch arbeitsvertraglich Anwendung finden. Entsprechend wird auch im Bereich der Tarifwerke des öffentlichen Dienstes nach wie vor eine Bezugnahme auf den BAT/BAT-O (oder den BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O) in der jeweils geltenden Fassung vorgenommen. Auch das schränkt den Flexibilisierungsspielraum unangemessen ein.

Es ist daher zu empfehlen, bei Neueinstellungen in der dargelegten Form einen Tarifwechsel ermöglichende Bezugnahmen in den Einzelarbeitsverträgen vorzusehen. Im Bühnenbereich sollte den Formulierungsvorschlägen des Deutschen Bühnenvereins in der Anlage 2 des NV Bühne nicht gefolgt werden.

Es ist unredlich, wenn der Deutsche Bühnenverein den von ihm „beklagten“ Umstand, dass sich Änderungen in der Tarifstruktur durch Ausgliederungen nicht erreichen lassen, der Gesetzeslage zuschiebt (Deutscher Bühnenverein 2004: 87ff.). Bei Lichte betrachtet liegen viele Probleme in der gerade von dem Deutschen Bühnenverein und anderen Arbeitgeberverbänden vorgeschlagenen Bezugnahme Klausel auf tarifvertragliche Regelungen in den Arbeitsverträgen.

Die einen Tarifwechsel ermöglichende Umformulierung von Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverträgen bietet nur eine Lösung für die fernere Zukunft. Die Arbeitgeber sind im Wesentlichen bis auf weiteres Opfer der – vor allem von den Arbeitgeberverbänden empfohlenen – Bezugnahme auf bestimmte Tarifwerke. Eine Lösung des Problems kann nur durch ein Eingreifen des Gesetzgebers erfolgen. Das Problem beruht – wie dargelegt – darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Ablösung von vormals normativ geltenden Tarifbestimmungen eine beiderseitige Tarifbindung auch bei dem Erwerberbetrieb verlangt. Diese Rechtsprechung ist nicht unumstritten und sie bestand auch nicht seit je her. Die ausführlichste Auseinandersetzung mit dem Problem erfolgt in dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Februar 2001 (AP Nr. 20 zu § 4 TVG). In der Literatur ist bereits frühzeitig – zum Teil mit inhaltlichen Einschränkungen – die Auffassung vertreten worden, dem Ziel des § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB, dem Vereinheitlichungsinteresse des Arbeitgebers Rechnung zu tragen, werde nur eine Ausdehnung auf die Fälle der einseitigen arbeitgeberseitigen Tarifbindung gerecht (Moll 1996: 280 ff.; Bauer 1998; Heinze 1998; Hohenstatt 2003: 590ff., Rn. 136 ff.; Henssler 1998; Hromadtka 1996b: 1876; Zöllner 1995: 1403 ff.). Nach dieser Auffassung, die dem Interesse des Arbeitgebers an der Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen Vorrang einräumt, findet eine Ablösung der bisher geltenden tariflichen Regelungen also bereits dann statt, wenn allein der Arbeitgeber an den neuen Tarifvertrag gebunden ist. Im Beispielsfall würde also auch bezogen auf Arbeitnehmer C, der nicht Mitglied der Gewerk-

schaft GÖD ist, der neue Tarifvertrag allein wegen der Gebundenheit der GmbH an den mit dieser Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag Anwendung finden. Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 21. Februar 2001, AP Nr. 20 zu § 4 TVG) räumt selbst ein, dass die europäische Betriebsübergangsrichtlinie eine beiderseitige Tarifgebundenheit für die Ablösung der Arbeitsbedingungen nicht verlangt. Seine davon abweichende Rechtsauffassung begründet das BAG zunächst mit sehr formalen Argumenten. Daneben beruft sich das BAG auf den Umstand, dass nur eine beiderseitige Tarifgebundenheit einem nach § 613 a Abs. 1 BGB zu vermeidenden tariflosen Zustand entgegenwirkt. Dieses Ergebnis lässt sich allerdings durch einen maßvollen Eingriff des Gesetzgebers leicht korrigieren. Daher schlagen wir vor, nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB einzufügen:

Für die Ablösung der zuvor geltenden tariflichen Bestimmungen nach Satz 3 ist die einseitige Tarifbindung des neuen Inhabers ausreichend. Die Bestimmungen der bei dem neuen Inhaber des Betriebes nach den vorstehenden Regelungen geltenden Tarifverträge finden auch auf die Arbeitsverhältnisse von nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern auf der bisherigen Rechtsgrundlage Anwendung, soweit sich deren Arbeitsbedingungen aus anderen Gründen nach den bei dem vorherigen Betriebsinhaber normativ geltenden Tarifverträgen bestimmten.

Damit ließe sich eine insgesamt stimmige Lösung erreichen. Bezugnahmeklauseln tarifgebundener Arbeitgeber haben nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lediglich den Charakter einer Gleichstellungsabrede. Es sollen die Arbeitsbedingungen Anwendung finden, die für tarifgebundene Arbeitnehmer aufgrund ihrer Verbandsmitgliedschaft gelten. Findet auch für die tarifgebundenen Arbeitnehmer eine Ablösung zugunsten der bei dem neuen Inhaber geltenden Tarifwerke statt, so ist es sachgerecht, diese auch auf die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer anzuwenden.

2. Ablösung von Dienstvereinbarungen

Auch die Regelungen von Dienstvereinbarungen werden nach der Vorschrift des § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs Bestandteil der Arbeitsverträge. Eine Ablösung ist durch bei dem neuen Arbeitgeber abgeschlossene Betriebsvereinbarungen möglich.

V. Ablösung sonstiger Arbeitsbedingungen

Der Deutsche Bühnenverein hat in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2004 zutreffend auf ein besonderes Problem bei der Umgestaltung von Arbeitsbedingungen hingewiesen (Deutscher Bühnenverein 2004: 95). Theater- und Orchesterbetriebe haben zum Teil Zugeständnisse gegenüber den Arbeitnehmern gemacht, die über die tarifvertraglichen Regelungen hinausgehen. Dies betrifft zum einen Entgeltregelungen. Daneben bestehen aber auch sonstige Vergünstigungen, wie etwa die Bewertung von Pausen als Ar-

beitszeit, die gleichermaßen unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen haben. Derartige Zusagen können über die Jahre hinweg Bestandteile der Arbeitsverträge geworden sein. Dies geschieht etwa über das Institut der sogenannten betrieblichen Übung (im Bühnenbereich spricht man in der Regel in diesem Zusammenhang von „Bühnenbräuchen“), deren Entstehen im öffentlichen Dienst allerdings nur eingeschränkt möglich ist, oder durch entsprechende allgemeine Zusagen des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft (Gesamtzusagen).

Die Änderung von Arbeitsbedingungen, die zum Bestandteil der Arbeitsverträge geworden sind, bedarf der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers. Durch kollektive Regelungen (Tarifvertrag oder Dienst- und Betriebsvereinbarungen) können derartige Vergünstigungen nicht beseitigt werden. Im Verhältnis zwischen dem Einzelarbeitsvertrag und kollektiven Regelungen gilt das sogenannte Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG). Das Günstigkeitsprinzip besagt, dass Tarifverträge lediglich einseitig zwingend wirken. Gegenüber tarifgebundenen Arbeitnehmern sind Abweichungen vom Tarifvertrag zu deren Ungunsten unzulässig und unwirksam, selbstverständlich können aber Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu dessen Gunsten von dem Tarifvertrag abweichen. Die Arbeitsvertragsparteien können etwa übertarifliche Entgeltbestandteile wirksam vereinbaren (Das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot steht der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen nicht entgegen!). Eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips, wie sie der Deutsche Bühnenverein anregt (Deutscher Bühnenverein 2004: 97), wäre systemwidrig und würde darüber hinaus einen Verstoß gegen die Verfassung darstellen. Tarifverträge können und sollen nur Mindestarbeitsbedingungen festlegen. Die Grundrechte des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers aus Artikel 2 Abs. 1 und aus Art. 12 GG gebieten es, den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit günstigerer Vereinbarungen offen zu lassen. Auch ordnungspolitisch wäre es ein Irrweg Unternehmen, deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übertarifliche Vergütungen zulässt, insoweit rechtlichen Restriktionen zu unterwerfen. Die Lösung kann daher – wenn überhaupt – nur auf anderem Wege gefunden werden.

1. Zur Änderungskündigung

Ist der Arbeitnehmer mit einer Änderung seiner Arbeitsbedingungen, etwa mit einer Rückführung auf den tariflichen Stand, nicht einverstanden, so steht dem Arbeitgeber nur das Instrument der Änderungskündigung zur Verfügung.

Hier geraten wir nun in einen Bereich, in dem in der Tat die uns zur Verfügung stehende Bühne zu klein ist. Die Anpassung von Arbeitsbedingungen an sich ändernde wirtschaftliche Verhältnisse ist ein nicht bewältigtes Grundproblem der Arbeitsrechtsordnung unseres Landes. Dennoch wagen wir einen Blick auf dieses Problemfeld, der allerdings notwendig nur cursorisch sein kann. Dazu zunächst einige Thesen, die wir im Folgenden untermauern wollen:

Die Arbeitsrechtsordnung in Deutschland wird den Anforderungen einer modernen Wettbewerbswirtschaft jedenfalls insoweit nicht gerecht, als sie die Änderung von Arbeitsbedingungen übermäßig erschwert. Im Bereich der Änderung von arbeitsvertrag-

lichen Regelungen (unter Einschluss von betrieblichen Übungen und Gesamtzusagen) liegt dies daran, dass eine Änderung ausschließlich unter kündigungs- und kündigungsschutzrechtlichem Aspekt betrachtet wird. Will der Arbeitgeber eine Änderung gegen den Willen des Arbeitnehmers aus wirtschaftlichen Gründen durchsetzen, so ist er gezwungen, das Arbeitsverhältnis insgesamt zu kündigen (!) und dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anzubieten. Das geltende Recht zwingt den Arbeitgeber also etwas zu tun, was er an sich gar nicht beabsichtigt, nämlich die Kündigung des gesamten Arbeitsverhältnisses auszusprechen. Dies lässt sich durch eine Auslegung der bestehenden Gesetze nicht korrigieren, sondern beruht auf fundamentalen Prinzipien. Ist eine günstige Pausenregelung, ein besonderes Instrumentengeld, eine Aufwandsentschädigung oder ein besonderer Urlaubsanspruch erst einmal Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden (was in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland leicht geschehen kann), so gilt letztlich der römisch-rechtliche Grundsatz „pacta sunt servanda“, Verträge sind einzuhalten. Der Arbeitgeber kann nicht etwa Teile des Arbeitsvertrages, die ihm nicht mehr vertretbar erscheinen, „herauskündigen“. Es gilt das Alles-oder-Nichts-Prinzip. Der Arbeitgeber muss den Arbeitsvertrag insgesamt kündigen. In Arbeitsverhältnissen, die dem Kündigungsschutz unterliegen, sind dann die besonderen kündigungsschutzrechtlichen Voraussetzungen an eine Kündigung zu berücksichtigen.

Die durch unsere Rechtsordnung vorgegebene ausschließliche Verortung des Problems der Änderung von vertraglichen Arbeitsbedingungen im Kündigungsschutzrecht wird der Interessenlage in keiner Weise gerecht. Der Ausspruch der allein in Betracht kommenden betriebsbedingten (Änderungs-) Kündigung setzt den Wegfall des Arbeitsplatzes aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung voraus. Eine Änderungskündigung zur Senkung von Lohnkosten ist daher nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur dann zulässig, wenn bei unveränderten Lohnkosten die Stilllegung des Betriebes oder eines Betriebsteils und damit ein Wegfall der Arbeitsplätze erfolgen müssten. Unterhalb dieser Schwelle bietet das geltende Recht keinen Anpassungsmechanismus. Eine Änderung dieses Rechtszustandes setzt ein mutiges Eingreifen des Gesetzgebers voraus. Dabei sollte man sich ruhig über liebgewordene „Grundprinzipien“ der Zivilrechtsdogmatik und den einen oder anderen römisch-rechtlichen Grundsatz hinwegsetzen. Bevor wir hierzu eine Anregung unterbreiten können, müssen wir die betriebsbedingte Änderungskündigung jedoch näher betrachten.

2. Betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung

Die betriebsbedingte Änderungskündigung zur Senkung von Lohnkosten setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG voraus, dass ohne diese Kostenreduzierung die Stilllegung des Betriebes oder eines Betriebsteiles erfolgen müsste und damit die Arbeitsplätze wegfielen (BAG, Urteil vom 27. März 2003, EzA Nr. 48 zu § 2 KSchG; BAG, Urteil vom 16. Mai 2002, EzA Nr. 46 zu § 2 KSchG; BAG, Urteil vom 27. September 2001, EzA Nr. 44 zu § 2 KSchG). Von Änderungskündigungen zur Entgeltab-

senkung sind Änderungskündigungen zur Kündigung von Nebenabreden oder anderen Abreden zu unterscheiden, die nur einen gewissen Entgeltbezug haben und nur Randbereiche der vertraglichen Vereinbarungen betreffen. Diese Änderungskündigungen sollen nach neuester Rechtsprechung des BAG nicht den gleichen strengen Maßstäben wie Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung unterliegen (BAG, Urteil vom 27. März 2003, NZA 2003, 1029). Zu Letzteren:

Bereits seit längerer Zeit mehren sich Stimmen, die das von dem BAG aufgestellte Kriterium der Existenzgefährdung als zu eng ansehen. Unterschiedliche Versuche, die Änderungskündigung flexibler zu gestalten, wurden unterbreitet. So soll die Erreichung einer angemessenen Rentabilität als sachliches Interesse für die Änderung ausreichen (Löwisch/Bernards 1987). Andere halten es für ausreichend, wenn die Lohnkostensenkung Teil einer unternehmerischen Gesamtkonzeption zur langfristigen Sicherung der Arbeitsplätze ist (Krause 1995: 579) und wiederum andere Autoren stellen auf triftige Rentabilitätsinteressen ab, die ohne Anpassung absehbar in Beendigungskündigungen umschlagen müssen (Preis 2002: 520, Rn. 1273). Manche Autoren unternehmen den Versuch, auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Kriterien aufzustellen. Dazu gehört etwa der Vorschlag, die Zustimmung des Betriebsrats oder von 90 % der Belegschaft als Indiz für eine Gefährdung der Arbeitsplätze gelten zu lassen (Hromadka 1996a, 9 f.; Hromadka 2002: 1325).

Das BAG ist keinem dieser Vorschläge gefolgt. So soll etwa das Bedürfnis, eine unselbständige Betriebsabteilung wegen hoher Kosten zu sanieren, kein dringendes Erfordernis für eine Änderungskündigung zum Zwecke der Streichung außertariflicher Zulagen gegenüber in der Werkstatt beschäftigten Arbeitnehmern sein. Abzustellen sei vielmehr auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Bereich des gesamten Betriebes (BAG, Urteil vom 11. Oktober 1989, EzA Nr. 64 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung).

Arbeitsrichter werden erklären, dass die betrieblich bedingte Änderungskündigung in der Ausprägung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein funktionsfähiges Instrument darstellt. Das lässt sich aber nur aus einer sehr theoretischen Sicht so vertreten. Tatsächlich ist das Gegenteil zutreffend. Das Problem liegt insbesondere in der Übertragung der abstrakten Kriterien auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Prozess. So verlangt das Bundesarbeitsgericht für das Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses zum Ausspruch der Kündigung, dass eine Senkung der Kosten durch andere Maßnahmen nicht möglich ist. Der Arbeitgeber muss daher in jedem Fall einer betriebsbedingten Änderungskündigung zur Absenkung von Vergütungen im Einzelnen darlegen und beweisen, dass er sämtliche sonstigen in Betracht kommenden Maßnahmen zur Sanierung vollständig ausgeschöpft hat (BAG, Urteil vom 27. September 2001, EzA Nr. 44 zu § 2 KSchG). Der Arbeitgeber muss dann die Finanzlage des Betriebs, insbesondere die Erfüllung des zuletzt genannten Kriteriums, im Einzelnen erläutern. Der Nachweis, dass sämtliche übrigen Maßnahmen zur Kosteneinsparung ausgeschöpft wurden, gelingt dem Arbeitgeber im Prozess nicht.

Dies liegt aber nicht (immer) an einer unpräzisen Prozessführung des Arbeitgebers. Vielmehr ist es fast denkgesetzlich ausgeschlossen, den Nachweis zu führen, dass alle anderen Maßnahmen vollständig ausgeschöpft wurden. Was auf den ersten Blick vernünftig klingt, führt daher nicht zu sachgerechten Ergebnissen.

Betriebsbedingte Änderungskündigungen sind mit so vielen Unwirksamkeitsrisiken belastet, dass sie für ein geplantes unternehmerisches Vorgehen ungeeignet sind. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips ist ein Eingriff in den arbeitsvertraglichen Besitzstand durch kollektive Regelungen – wie dargelegt – nicht möglich. Dem Arbeitgeber bleibt daher nichts anderes als entgegen den Regeln wirtschaftlicher Vernunft auch übertarifliche Vergünstigungen unangetastet zu lassen.

Der Vollständigkeit halber noch eine Anmerkung. Gelingt es dem Arbeitgeber, die strengen Anforderungen an den Ausspruch einer Änderungskündigung im Grundsatz zu erfüllen, so muss auch das Maß der angestrebten Änderungen geeignet und erforderlich sein, den Erhalt von Arbeitsplätzen sicherzustellen. Das bedeutet: Die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen darf nicht über das hinausgehen, was unter Berücksichtigung sämtlicher sonstiger Kostensenkungsmaßnahmen erforderlich ist. Schießt der Arbeitgeber über das Ziel hinaus, so ist die Änderungskündigung insgesamt unwirksam und der Prozess beginnt von neuem. Das Arbeitsgericht hat keine Möglichkeit, die angestrebten Änderungen auf das von ihm für zulässiger gehaltene Maß zu reduzieren.

Was bedeutet das in der Praxis?

In einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen muss der Arbeitgeber auf den Kostendruck reagieren. Die betriebsbedingte Änderungskündigung ist – wie dargelegt – kein in seiner Wirksamkeit hinreichend prognostizierbares Instrument, um eine Kostensenkung verlässlich zu bewirken. Daher ist der Arbeitgeber im Ergebnis gezwungen, den Personalstand zu reduzieren, also Beendigungskündigungen auszusprechen. Die betriebsbedingte Beendigungskündigung ist in ihrer Handhabung ungleich einfacher prognostizierbarer. Die unternehmerische Entscheidung, einen Betrieb oder einen Betriebsteil stillzulegen oder die Leistungen eines Betriebes einzuschränken, ist der arbeitsgerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Damit stehen wir vor der erschreckenden Realität der deutschen Arbeitsrechtsordnung und insbesondere des deutschen Kündigungsschutzrechts. Deutschland leidet seit vielen Jahren unter einer sich stetig verschärfenden Massenarbeitslosigkeit. Es wäre daher an sich anzunehmen, dass der Gesetzgeber hierauf durch das Bereitstellen von Instrumenten reagiert, die Unternehmen eine Kostenreduzierung unter Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen ermöglicht. Das ist jedoch nicht der Fall. Stattdessen bleibt es bei der einfach zu handhabenden Beendigungskündigung. Der Arbeitgeber verhält sich innerhalb des gegebenen Rechtssystems wirtschaftlich vernünftig, wenn er Arbeitsplätze abbaut anstatt Arbeitsplätze zu erhalten.

3. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten

Der Gesetzgeber steht vor der Wahl. Er kann an einem überkommenen Prinzip festhalten. Dann ist der Weg vorgezeichnet. Es bleibt alles beim Alten. Arbeitgeber werden sich Kostenentlastungen durch Beendigungskündigungen verschaffen (müssen). Übertragen auf die Bühnen: Besteht keine Möglichkeit oder kein politischer Wille, eine Bühne in dem bisherigen Umfang zu finanzieren, so ist deren Schließung der vorgegebene Weg.

Der Gesetzgeber kann sich aber auch anders entscheiden. Dann muss ein Instrument zur Verfügung gestellt werden, vertragliche Arbeitsbedingungen ohne Infragestellung des Arbeitsverhältnisses geänderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen. Dies könnte etwa in der Weise geschehen, dass dem Arbeitgeber ein Gestaltungsrecht zur Änderung von Arbeitsbedingungen unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gegeben wird. Gänzlich fremd ist unserer Arbeitsrechtsordnung eine solche einseitig veranlasste Änderung von Arbeitsbedingungen nicht. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz gewährt dem Arbeitnehmer seit dem Jahre 2001 einen Anspruch auf Teilzeitarbeit. Der Arbeitnehmer hat damit die Möglichkeit, den Vertrag – bezogen auf den Umfang der Arbeitszeit – zu ändern. Der Arbeitgeber kann einem Teilzeitwunsch des Arbeitgebers nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen entgegenreten.

Ein anderer möglicher Weg wäre es, zumindest griffige und handhabbare Kriterien für den Ausspruch betriebsbedingter Änderungskündigungen zur Entgeltreduzierung in das Kündigungsschutzgesetz aufzunehmen. So könnte etwa zumindest eine Änderungskündigung zum Abbau übertariflicher Leistungen als sozial gerechtfertigt ausdrücklich in § 2 KSchG geregelt werden.

4. Ausnahme: Änderungskündigung zur Vermeidung von (Teil-) Schließungen

Betriebsbedingte Änderungskündigungen können allerdings in Teilbereichen nutzbar gemacht werden. Das Problem der Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung liegt – wie dargelegt – in der für den Arbeitgeber nicht beherrschbaren Darlegungslast. Die Situation ändert sich jedoch zugunsten des Arbeitgebers, wenn es ihm gelingt, eine arbeitsgerichtlich im Grundsatz nicht überprüfbare unternehmerische Entscheidung, die eine Überprüfung der betriebswirtschaftlichen Grundlagen entbehrlich macht, zu treffen.

Den Weg dazu weist eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1999 (BAG, Urteil vom 12. November 1998, NZA 1999, 471, 473). Die Entscheidung kann vor allem in Out-Sourcing-Fällen eine große Bedeutung haben. Eine gerichtlich nur auf Willkür überprüfbare Unternehmerentscheidung liegt vor, wenn sich der Arbeitgeber entschließt, eine Abteilung stillzulegen und die dort erledigten Arbeiten fremd zu vergeben, er sich dann aber später entschließt, als milderer Mittel eine Senkung der Personalkosten der betreffenden Abteilung notfalls durch Änderungs-

kündigung zu erreichen. Unter diesen Voraussetzungen ist eine Änderungskündigung möglich. Es versteht sich von selbst, dass dieser Weg nur gegangen werden kann, wenn der Arbeitgeber im Ernstfall auch bereit ist, die Schließung und die Fremdvergabe tatsächlich durchzuführen (siehe im Einzelnen dazu Bauer/Meinel 2000: 186 f.).

VI. Rechtliche Verselbständigung und Mitbestimmung der Personalräte

Bei der rechtlichen Verselbständigung von Theatern müssen auch Mitbestimmungsrechte der Personalräte beachtet werden.

1. Mitwirkungsrechte bei Auflösung, Einschränkung, Verlegung und Zusammenlegung von Dienststellen

§ 78 BPersVG sowie die jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetze sehen Mitwirkungsrechte der Personalräte bei der Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder deren wesentlichen Teilen vor. Es wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass bei einer Privatisierung oder bei einer Ausgliederung nur eine Aufgabenübertragung vorliegt und daher eine Auflösung bzw. Einschränkung der Dienststelle nicht gegeben ist (Ilbertz/Widmaier 2004: § 78, Rn. 10a mit weiteren Nachweisen). Dagegen vertreten Germelmann/Binkert, dass im Falle der Privatisierung der Dienststelle der Zweck der Existenz entzogen werde, da sie keine Aufgaben mehr wahrnehme. Daher sei eine Privatisierung, also die Aufgabenübertragung, der Auflösung der Dienststelle gleichzustellen mit der Folge, dass das Mitwirkungsrecht besteht (zum LPersVG Berlin: Germelmann/Blinkert 2002: § 90, Rn. 56; zum BPersVG: Altvater/Hammer/Ohnesorg/Peisler 2004: § 78, Rn. 14b).

In einigen Landespersonalvertretungsgesetzen ist die Rechtslage allerdings eindeutig. So bestimmen z. B. § 68 Abs. 2 Nr. 1 LPersVG Brandenburg, § 75 LPersVG Niedersachsen, § 84 LPersVG Rheinland-Pfalz und § 75a LPersVG Thüringen, dass der Personalrat bei Privatisierungen ein Mitwirkungsrecht hat, nach § 84 Ziff. 7 LPersVG Saarland hat der Personalrat sogar ein Mitbestimmungsrecht bei Privatisierungen.

2. Mitbestimmungsrechte über die Aufstellung von Sozialplänen

Des Weiteren besteht ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 13 BPersVG und nach entsprechenden Regelungen in den Landespersonalvertretungsgesetzen bezogen auf Sozialpläne zum Ausgleich von Härtefällen sowie zur Milderung wirtschaftlicher Nachteile infolge von Rationalisierungsmaßnahmen und der Auflösung, Einschränkung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von ihnen. Auch hier ist wieder umstritten, ob unter der Aufgabenübertragung gleichzeitig die Auflösung der Dienststelle zu verstehen ist (s. o.). Das Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung von Sozialplänen und zum Ausgleich oder zur Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen setzt jedoch voraus, dass die Dienstkräfte Nachteile infolge von Rationalisierungsmaßnahmen erleiden. Rationalisierungsmaß-

nahmen sind vom Dienstherrn veranlasste erhebliche Veränderungen der Arbeitstechnik oder wesentliche Änderungen der Arbeitsorganisation, die eine rationellere Arbeitsweise bezwecken. Als Beispiele werden in der Literatur insbesondere Verlegungen, Zusammenlegungen, Stilllegungen oder Ausgliederungen von Dienststellenanteilen, die für die Dienstkräfte einen Wechsel der Beschäftigung oder die Beendigung der Beschäftigung zur Folge haben, genannt (Germelmann/Binkert 2002: § 85, Rn. 143). Es hängt somit von der tatsächlichen Ausgestaltung ab, inwieweit bei einer Ausgliederung tatsächlich von Rationalisierungsmaßnahmen ausgegangen werden kann.

Sofern eine Maßnahme der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, kann diese nur mit Zustimmung des Personalrats erfolgen.

3. Anwendbarkeit des BetrVG und Übergangsmandate des Personalrats

Wird ein Theater, das zuvor als Eigenbetrieb des Landes geführt wurde, auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder auf eine sonstige juristische Person privaten Rechts übertragen, so ist nicht mehr das entsprechende Landespersonalvertragesgesetz, sondern das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) anwendbar. Demzufolge verliert der Personalrat sein Amt. Es besteht kein gesetzliches Übergangsmandat des früheren Personalrats zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte. In einem solchen Fall kann grundsätzlich auch nicht ein Übergangsmandat des Personalrats durch tarifliche Bestimmung oder durch Dienstvereinbarung geschaffen werden. Dem steht der zwingende Charakter der Organisationsbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes entgegen (vgl. z. B. LAG Köln, Beschluss vom 10. März 2000, NZA-RR 2001, 423 und LAG Köln, Beschluss vom 11. Februar 2000, NZA-RR 2001, 87). Allerdings ist es in der Praxis dennoch nicht unüblich, Übergangsmandate des Personalrats zur Wahrung der Kontinuität der Interessenvertretung der Belegschaft zu vereinbaren. Nicht selten wird eine solche Regelung im Personalüberleitungsvertrag vereinbart.

Die Anwendbarkeit des BetrVG kann im Verhältnis zu den Personalvertretungsgesetzen der Länder Vorteile mit sich bringen. So enthält § 118 BetrVG eine ausdrückliche Einschränkung der Regelungen des BetrVG für Tendenzbetriebe, die sich in dieser Form nicht in jedem Landespersonalvertretungsgesetz findet. Theater sind regelmäßig Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend künstlerischen Bestimmungen dienen und sind daher Tendenzbetriebe, vgl. § 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (BAG, Beschluss vom 28. Oktober 1986, BAGE 53, 237).

4. Zusammenfassung

Bei der Ausgliederung von Eigenbetrieben können Mitwirkungsrechte und Mitbestimmungsrechte des Personalrats bestehen. Sie stehen der Durchführung von Ausgliederungen allerdings nicht entgegen. Einige Landespersonalvertretungsrechte sehen ausdrücklich Mitwirkungsrechte des Personalrats bei Privatisierungen vor.

VII. Erfolgreiche Ausgründungen und Modelle

Im Folgenden wollen wir beispielhaft erläutern, welche Wirkungen sich im Wege der rechtlichen Verselbständigung erreichen lassen.

1. Das Weimarer Modell⁴⁵

Weimar nennen wir an erster Stelle, weil dieses Modell die Öffentlichkeit in den letzten Jahren in besonderer Weise beschäftigt hat. Der Deutsche Bühnenverein polemisiert gegen den Ansatz von Weimar in bisher unbekannter Schärfe. Die Geschäftsführung feiert das Modell als großen Erfolg. Die Künstlergewerkschaften erkennen zunehmend dessen Vorteile. In seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2004 spielt der Deutsche Bühnenverein dagegen die Signalwirkung von Weimar herunter. Letztlich handele es sich lediglich um einen Gehaltsverzicht, wie ihn der Bühnenverein auch für seine Mitglieder oft vereinbart habe (Deutscher Bühnenverein 2004: 90 f.). Was hat es nun wirklich mit diesem Weimar auf sich?

Die Grundüberlegung des Weimarer Modells ist einfach und vielleicht gerade deshalb so erfolgreich. Das Deutsche Nationaltheater und die Staatskapelle Weimar standen vor einer schwierigen Aufgabe. Eine drohende Fusion mit Erfurt, die zum Verlust der künstlerischen Eigenständigkeit und darüber hinaus zu einem erheblichen Verlust an Arbeitsplätzen geführt hätte, konnte nur vermieden werden, indem der Stadt Weimar und dem Freistaat Thüringen für einen längeren Zeitraum Planungssicherheit hinsichtlich der Kosten des Betriebes gegeben wurde. Insbesondere schien eine Steigerung des Personalkostenbudgets Stadt und Land wirtschaftlich nicht tragbar. Auf der anderen Seite musste sichergestellt werden, dass die zu gründende Theaterbetriebsgesellschaft für einen längeren Zeitraum einen feststehenden Mittelzufluss erhält. Letztlich sollte die Festschreibung des Personalkostenbudgets zu einer möglichst geringen Belastung der Arbeitnehmer führen. Dieses Ziel wurde in folgender Weise erreicht:

Die Stadt Weimar gründete die Deutsche Nationaltheater und Staatskapelle Weimar Theaterbetriebs gGmbH (im Folgenden: Theaterbetriebsgesellschaft). Die Stadt schloss mit der Theaterbetriebsgesellschaft einen Personalüberleitungsvertrag. Dabei wurde exakt darauf geachtet, die Gesellschaft lediglich mit dem Eintritt in die Arbeitsverhältnisse gemäß § 613 a BGB zu belasten. Es erfolgte keine Verpflichtung etwa zur Anwendung der Tarifwerke in der jeweils geltenden Fassung, wie diese in vielen Personalüberleitungsverträgen zu finden ist. Die Stadt Weimar und der Freistaat Thüringen verpflichteten sich in einem Zuwendungsvertrag, der Theaterbetriebsgesellschaft bis zum 31. Dezember 2008 die zum Betrieb erforderlichen Mittel zu überlassen, wobei allerdings das Personalkostenbudget festgeschrieben wurde auf dem

⁴⁵ Die Verfasser weisen der guten Ordnung halber darauf hin, dass sie im Rahmen der Gestaltung des sog. „Weimarer Modells“ anwaltlich beratend tätig waren.

Stand 2002. Im Gegenzug enthält der Personalüberleitungsvertrag die Verpflichtung, bis zum 31. Dezember 2008 keine betriebsbedingten Beendigungskündigungen oder Nichtverlängerungsmitteilungen auszusprechen. Verhaltens- und personenbedingte Kündigungen sowie Nichtverlängerungen aus künstlerischen Gründen blieben weiterhin möglich.

Durch Haustarifverträge mit den Gewerkschaften wurde vereinbart, die bis zum 31. Dezember 2008 wirksam werdenden Tarifsteigerungen zu neutralisieren. Dies geschah in der Weise, dass die Zuwendung und – soweit erforderlich – das Urlaubsgeld in der jeweiligen Spielzeit zunächst nicht ausgezahlt, sondern mit den linearen Erhöhungen der tariflichen Entgelte verrechnet werden. Ein etwa verbleibender Betrag wird thesauriert oder mit der letzten Gehaltszahlung vor der Spielzeitpause ausgezahlt. Die Sicherstellung der Einhaltung des Personalkostenbudgets wurde ergänzend durch eine Regelung gewährleistet, nach der die Tarifvertragsparteien verpflichtet sind, durch Verhandlungen das Ausmaß der Tarifierhöhungen auf das Maß der Gegenfinanzierung zu begrenzen, sofern die Gehalts- und Gagenanhebungen die Summe von Zuwendungen und Urlaubsgeld überschreiten. Bis zum Erreichen eines Einvernehmens werden weitergehende Tarifierhöhungen ausgesetzt.

Ein ganz wichtiges Element des Weimarer Modells besteht darin, die Arbeitnehmer an besonderen Erlösen und an Einsparungen zu beteiligen. Zu diesem Zweck wird ein Ausgleichsfond geführt. Gemeinsam mit der Geschäftsführung haben die Arbeitnehmer dadurch die Möglichkeit, z. B. über eine Neubesetzung von frei werdenden Stellen zu entscheiden. Ist die Leistungsfähigkeit auch ohne zusätzliches Personal gewährleistet, so profitieren auch die Arbeitnehmer von einem Produktivitätsfortschritt.

Das Modell wird ergänzt um die Möglichkeit, die Arbeitnehmer an besonderen Erlösen teilhaben zu lassen. Zu diesem Zweck wurde die Staatskapelle Weimar gleichsam als „profit center“ verfasst. Sie verfügt über einen eigenen Betriebsrat. Ein Gewinn des Betriebsteils Staatskapelle wird im Verhältnis 30 % zu 70 % zwischen der Theaterbetriebsgesellschaft und dem selbständigen Betriebsteil aufgeteilt.

Im Jahre 2004 werden die Musiker in Weimar bereits voraussichtlich ca. 90 % ihres Gehaltsverzichts und die Künstler zwischen 30 % und 90 % erwirtschaftet haben. Bei den BAT-O- und BMT-G-O-Kräften konnten sechs zusätzliche freie Tage bei gleichbleibender Produktivität gewährt werden.

Was bewirkte die Einführung des Modells in Weimar?

Das Theater konnte seine Eigenständigkeit verteidigen. Die Stadt Weimar hat den Vorteil der fest kalkulierten Kosten. Auf der Seite des Theaters konnte eine bundesweit einmalige Planungssicherheit und Flexibilität erreicht werden. Eine vorausschauende Planung ist möglich, das Damoklesschwert des Haushaltsvorbehalts schwebt nicht über der Theaterleitung. Das bedeutet zusätzliche künstlerische Freiheit.

Die Arbeitnehmer und die Bevölkerung identifizieren sich in besonderer Weise mit ihrem Theater. Die Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter hat zugenommen. Die an anderer Stelle so oft gescholtenen Musiker sind dazu bereit, nicht nur den Spielbetrieb sicherzustellen, sondern darüber hinaus an besonderen Engagements mitzuwirken.

Die Arbeitsplätze konnten erhalten werden und damit die Leistungsfähigkeit des Hauses. Die Theaterbetriebsgesellschaft ist in der Lage, pro Jahr 620 Vorstellungen und Konzerte und über 20 Neuproduktionen zu liefern.

Es ist also vollständig unzutreffend, wenn der Deutsche Bühnenverein Weimar als bloßes Gehaltsverzichtsmodell charakterisiert. Ebenso unrichtig ist die von dem Deutschen Bühnenverein immer wieder aufgestellte Behauptung, Weimar sei eben nur ein Modell auf Zeit. Die sorgfältige Ausgestaltung der Tarifverträge stellt sicher, dass auch über das Jahr 2008 hinaus die Personalkosten im Rahmen der möglichen Gegenfinanzierung bleiben. Der Deutsche Bühnenverein hat bei Lichte betrachtet an keinem einzigen der von ihm vertretenen Theater auch nur annähernd den Stand von Weimar erreicht. Seine „Modelle“ sind in der Tat reine Gehaltsverzichtsmodelle, bei denen nach üblichem Muster der Gewerkschaft ver.di Lohnverzicht durch Arbeitszeitreduzierung erkaufte wird. Das gilt in Thüringen für Gera-Altenburg ebenso wie für Meiningen. In Weimar ist dagegen die volle Leistungsfähigkeit des Theaterbetriebes bei für einen längeren Zeitraum feststehenden Kosten möglich geworden.

Der Deutsche Bühnenverein betont in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2004 (Deutscher Bühnenverein 2004: 89 f.) erneut, dass sich grundsätzliche Veränderungen im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen durch rechtliche Verselbständigungen nicht erreichen lassen. Jede GmbH-Gründung mit der Absicht, Änderungen an den Tarifbedingungen vorzunehmen, scheiterte an dem Widerstand von Gewerkschaften, Personalräten und Beschäftigten. Wegen der Schutzvorschrift des § 613 a BGB, der Möglichkeit der Arbeitnehmer, dem Betriebsübergang zu widersprechen und der Mitbestimmungsrechte der Personalräte gäbe es keine Aussicht auf Veränderung. Ist Weimar also nichts weiter als ein exotischer Ausnahmefall?

Wir meinen er ist wesentlich mehr, Besseres, Nachhaltiges.

Wer der Arbeitnehmerseite nichts weiter zu erklären hat als die Absicht, Vergütungen zu kürzen, wird Widerstand begegnen. Das versteht sich von selbst. Eine Ausgründung muss von einem offenen Kommunikationsprozess begleitet werden. In Weimar wurde das Konzept im Dialog mit Gewerkschaften, Personalrat und der Belegschaft entwickelt. Selbstverständlich erbrachte die Stadt auch eine Gegenleistung. Diese liegt in der langfristigen vertraglichen Bindung, der ein Schutz der Arbeitnehmer vor betriebsbedingten Beendigungskündigungen oder Nichtverlängerungsmitteilungen entspricht. Zusätzlich wurde ein intelligentes Modell entwickelt, um den Arbeitnehmern die Chance einzuräumen, Gehaltseinbußen zu mindern oder ganz zu vermeiden. Durch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vor- und Nachteilen für beide Seiten konnte Weimar zum Erfolg werden.

Wir wissen nicht, ob Weimar auf jeden Ort in der Bundesrepublik übertragen werden kann. Wahrscheinlich ist das nicht der Fall. Es mag auch Modelle geben, die ein noch höheres Maß an Akzeptanz haben können. Die Grundidee von Weimar ist allerdings die, die wir für richtig halten und der wir daher Modellcharakter beimessen. Sicherstellung von künstlerischer Freiheit und Leistungsfähigkeit der Bühnen durch langfristige Zuwendungsverträge. Gewährleistung von Planungssicherheit für die öffentliche Hand durch Festschreibung von Personalkosten. Beteiligung der Arbeitnehmer an Produktivitätssteigerungen.

2. Berliner Ensemble⁴⁶

Das Berliner Ensemble hat bewiesen, dass ein Theater durchaus auch ohne Tarifbindung geführt werden kann. Auch dieses Modell ist im Grundsatz einfach.

Zur Fortführung des ehemaligen Staatstheaters wurde eine GmbH gegründet. Gesellschafter dieser GmbH ist allerdings nicht die öffentliche Hand, sondern der jeweilige Intendant. Innovativ ist insbesondere die Behandlung des nicht künstlerischen Personals. Für dieses besteht ein Arbeitszeitkontingent von 520 Stunden im Kalendervierteljahr. Lediglich für die darüber hinaus geleisteten Stunden fallen Überstundenzuschläge an, die wahlweise durch Freizeit oder Bezahlung abgegolten werden können. Bei mehr als 180 Arbeitsstunden im Monat erfolgen maßvolle Zuschläge. Das Modell sieht darüber hinaus ein hohes Maß an Flexibilität in der Dienstplanung vor sowie die Möglichkeit, dienstplanmäßig vorgesehene, aber nicht abgerufene Arbeitszeit in beschränktem Umfang vorzutragen.

Es erstaunt wenig, dass auch der Fall des Berliner Ensemble in der Stellungnahme des Deutschen Bühnenvereins vom 31. Oktober 2004 (Deutscher Bühnenverein 2004: 86-88) als Ausnahmefall ohne Modellcharakter und Fehlentwicklung dargestellt wird. Auch das ist unzutreffend. Die Darstellung des Deutschen Bühnenvereins zum Hintergrund der Entwicklung dieses Modells ist schlicht unrichtig.

Im Zuge der rechtlichen Verselbständigung des ehemaligen Staatstheaters wurde zunächst der Versuch unternommen, einen einheitlichen Bühnentarifvertrag für das Berliner Ensemble unter Einbeziehung der nicht künstlerischen Mitarbeiter zu verhandeln. Die Verhandlungen mit der IG Medien führten zu einem ausformulierten einheitlichen Bühnentarifvertrag. Unrichtig ist die Behauptung, die Senatsverwaltung für Inneres des Landes Berlin habe den Abschluss dieses Tarifvertrages unter Hinweis auf das Besserstellungsverbot untersagt. Richtig ist vielmehr, dass der Bundesvorstand der IG Medien dem Abschluss des Tarifvertrages nicht zugestimmt hat. Das Modell Berliner Ensemble wurde daraufhin durch ein Geflecht von vertraglichen Einheitsregelungen und Betriebsvereinbarungen umgesetzt.

⁴⁶ Die Verfasser weisen der guten Ordnung halber darauf hin, dass sie die Berliner Ensemble GmbH anwaltlich beraten.

Ebenso unrichtig ist die Behauptung, der Übergang der Arbeitsverhältnisse sei nur durch die Drohung mit dem Ausspruch von Kündigungen erreicht worden. Vielmehr sind erst geraume Zeit nach dem Betriebsübergang und nach dem Scheitern der Verhandlungen mit der IG Medien auf betrieblicher und auf arbeitsvertraglicher Ebene Vereinbarungen abgeschlossen worden.

Das Berliner Ensemble ist also ein gutes Beispiel dafür, dass auch außerhalb etablierter Tarifstrukturen ein Theater wirtschaftlich zu führen ist.

VIII. Das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot

Wir sehen – wie dargelegt – erhebliche Vorteile in der rechtlichen Verselbständigung der Bühnen, wenn die Finanzierung durch langfristige Zuwendungsverträge auf eine solide Grundlage gestellt wird. Daraus folgt Planungssicherheit und letztlich künstlerische Freiheit, die es unter der Geltung eines Haushaltsvorbehalts nicht geben kann. Allerdings bedarf es noch flankierender Maßnahmen im Haushaltsrecht, um dieses Konzept voll funktionsfähig zu machen. Der rechtlich verselbständigten Bühne muss die Freiheit gewährt werden, ihre Organisation eigenverantwortlich zu optimieren. Wird z. B. in der Buchhaltung eine von drei Stellen frei, so muss es möglich sein, Einsparungen dadurch zu realisieren, dass an die beiden verbliebenen Mitarbeiter Leistungsprämien oder erhöhte Vergütungen gezahlt werden, um die Arbeit mit einem reduzierten Personalstand zu bewältigen. Wirtschaftlich kann diese Vorgehensweise sinnvoll sein, wenn die Summe der Personalaufwendungen für die Buchhaltung im Anschluss niedriger ist als bei der Besetzung mit drei Arbeitskräften. Einem solchen wirtschaftlich sinnvollen Vorgehen steht jedoch in der Regel das staatliche Haushaltsrecht in der Form des sogenannten „Besserstellungsverbots“ entgegen. Was hat es damit auf sich?

Die rechtlich verselbständigte Bühne ist Empfänger öffentlicher Zuwendungen. Das Besserstellungsverbot ist Ausprägung des Grundsatzes der Sparsamkeit der Haushaltsführung. Ein Zuwendungsempfänger soll nur in dem Umfang Kosten erstattet bekommen, in dem diese auch bei der Erledigung der Aufgabe durch die öffentliche Hand selbst anfallen. Dieser Grundgedanke ist verständlich. Wenn die Aufgabenerledigung durch den Zuwendungsempfänger Mehrkosten verursacht, so wäre es wirtschaftlich vernünftiger und allein dem Gebot der Sparsamkeit der öffentlichen Haushaltsführung entsprechend, wenn der Staat selbst die Aufgabe erledigt und eben nicht einem Zuwendungsempfänger überträgt.

Bezogen auf die Arbeitsbedingungen bei Zuwendungsempfängern enthalten daher die Landshaushaltsordnungen einschränkende Regelungen. So dürfen etwa nach § 51 der Landshaushaltsordnung Berlin Personalausgaben, die nicht auf Gesetz oder Tarifvertrag beruhen, nur geleistet werden, wenn dafür Ausgabemittel zur Verfügung gestellt sind. Für den Empfänger öffentlicher Zuwendungen bedeutet dies, dass er seinen Arbeitnehmern nur Leistungen entsprechend den für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes bestehenden Tarifverträgen zuwenden darf.

Der Beispielfall zeigt, dass diese individualisierende Betrachtung der Arbeitsverhältnisse der einzelnen Arbeitnehmer zu wirtschaftlich sinnwidrigen Ergebnissen führen kann. Eine Optimierung von Prozessen und eine Reduzierung der Gesamtkosten wird dadurch behindert. Daher sind die Bindungen der Zuwendungsempfänger an das öffentliche Haushaltsrecht in zeitgemäßer Form zu lockern. Dies ist übrigens auch in Bereichen der mittelbaren Staatsverwaltung schon geschehen. Entsprechende Bestimmungen enthält das Berliner Betriebesgesetz für einige Anstalten des öffentlichen Rechts, darunter die Berliner Stadtreinigungsbetriebe, die Berliner Verkehrsbetriebe und die Berliner Wasserbetriebe. Die Geltung der Haushaltsordnung wird durch § 23 BerBG auf die Vorschriften über die Prüfung durch den Rechnungshof beschränkt. Das Besserstellungsverbot findet keine Anwendung. Entsprechend sollten die Haushaltsordnungen auch für rechtlich selbständige Bühnen angepasst werden.

D. Veränderungen auf tariflicher Ebene

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob erwünschte Veränderungen "systemimmanent" durch eine Überarbeitung der einzelnen Tarifwerke angestrebt werden sollten oder ob die Zusammenführung der Tarifverträge - im Idealfall mit der Folge, dass an einem Haus für alle Beschäftigten ein Tarifvertrag gilt - vorzugswürdig erscheint.

I. Vor- und Nachteile des „Einheitstarifvertrags“

Viele der zuvor festgestellten Missstände der bestehenden Tarifwerke ließen sich prinzipiell auch beheben, wenn – wie bisher – mit unterschiedlichen Tarifvertragsparteien auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite Tarifverträge für die einzelnen künstlerischen Kollektive und die Solisten sowie für die BAT/BAT-O-Angestellten und die dem BMT-G/BMT-G-O bzw. MTArb/MTArb-O unterfallenden Arbeiter an den Bühnen ausgehandelt werden. Nur: Bei realistischer Betrachtung bleibt dies eine theoretische Möglichkeit. Jeder Einzeltarifvertrag hat seine Tradition, die von den jeweils beteiligten Verhandlungspartnern gepflegt wird. Im BAT/BAT-O-, im BMT-G/BMT-G-O- und im MTArb/MTArb-O-Bereich wird es immer nur darum gehen können, Sonderregelungen für an den Bühnen beschäftigte Arbeitnehmer zu vereinbaren, Ausnahmen von der Regel zu definieren. Allein dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis führt dazu, dass die Aufstellung eines an den Bedürfnissen der Bühnen orientierten Gesamtkonzepts hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen unterbleiben wird. Aber auch das Bühnentarifrecht im engeren Sinne wird bei getrennten Verhandlungen der einzelnen Tarifverträge kaum harmonisiert werden können.

Es ließe sich nun einwenden, dass diese Situation durch die Verhandlung einheitlicher Tarifverträge nicht grundsätzlich geändert wird. Die Traditionen bestehen so oder so, die Beteiligten werden auf wirklichen oder vermeintlichen Notwendigkeiten für eine Differenzierung bestehen. In diesem Zusammenhang ist eines klarzustellen:

Der besondere Reiz einheitlicher Tarifverträge liegt darin, dass allein durch das Ziel der Schaffung eines einheitlichen Tarifwerkes ein Prozess des Nachdenkens und der echte

Zwang zu einer Überprüfung althergebrachte Positionen begründet wird. In einem ersten Schritt handelt es sich um nicht mehr als das Zusammenschreiben bestehender Regelungen in übersichtlicher Form. Dabei wird sich zeigen, welche Regelungen harmonisiert werden können und wo ein Bedarf nach Differenzierung vorhanden ist. Überkommenes wird auf den Prüfstand gestellt. Das hat der NV Bühne in einem Teilbereich gezeigt. Gerade in diesem Punkt wird der Einheitstarifvertrag im übrigen "gefährlich", und zwar für die Arbeitgeberseite mehr als für die Arbeitnehmerseite. Die etwa aus den Reihen der GDBA geäußerte Befürchtung, ein Einheitstarifvertrag werde eine Nivellierung nach unten bewirken, ist sachlich nicht begründbar und unrealistisch. Alle Verhandlungserfahrung lehrt, dass gerade die Arbeitgeberseite in vielen Fällen einem besonderen Begründungszwang unterliegen wird. Bei der Verhandlung einheitlicher Tarifwerke wird etwa die Ungleichbehandlung zwischen Solisten und anderen Beschäftigten in besonderer Weise zutage treten. Die Verhandlung einheitlicher Tarifverträge birgt also Chancen und Risiken für den Arbeitgeber. Für alle Beteiligten aber bietet sie die Chance, zu harmonisierten und an den Bedürfnissen der Häuser orientierten Beschäftigungsbedingungen zu kommen, zu übersichtlichen Tarifwerken, die handhabbar sind und Verwaltungsaufwand zu reduzieren helfen.

II. Verbands- oder Haustarifvertrag

Bedarf nun die Verhandlung einheitlicher Tarifverträge auch einer Veränderung auf Seiten der Verhandlungspartner?

Die Beantwortung der Frage ist zunächst davon abhängig, was man unter dem einheitlichen Tarifvertrag versteht. Es spricht vieles dafür, einzelne Tarifverträge für die einzelnen Häuser, also Haustarifverträge, zu verhandeln. Ein einheitlicher Tarifvertrag für die Beschäftigten an einem Drei-Sparten-Haus muss nun einmal anders aussehen als ein Einheitstarifvertrag an einem reinen Schauspielhaus oder an einem Opernhaus, von Unterschieden der Bühnen innerhalb der einzelnen Kategorien ganz abgesehen. Derartige Regelungen können durch Verbandstarifverträge nicht geschaffen werden. Ein Arbeitgeberverband muss bei seinen Verhandlungen den Interessen aller Mitglieder Rechnung tragen, es müssen Regelungen geschaffen werden, die für alle Beteiligten Anwendung finden können. Bezogen auf den Deutschen Bühnenverein bedeutet dies, dass es für ihn wohl im Grundsatz bei Tarifverträgen für die einzelnen künstlerischen Kollektive und damit bei dem kleinsten gemeinsamen Nenner bleiben muss. Dabei soll selbstverständlich nicht verkannt werden, dass es auch dem Deutschen Bühnenverein möglich ist, Vereinheitlichung in einzelnen Bereichen zu bewirken. Strebt man es als Fernziel an, einen einheitlichen Tarifvertrag für die Beschäftigten eines Hauses zu erhalten, so wird es jedoch unabdingbare Voraussetzung sein, auf der Arbeitgeberseite einen einheitlichen Verhandlungspartner zu haben. Der Deutsche Bühnenverein und die Tarifgemeinschaft deutscher Länder oder die Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände werden – wiederum aufgrund unterschiedlicher Traditionen – bei Verhandlungen stets unterschiedliche Schwerpunkte setzen, so dass es zumindest bei dem "Bruch" zwischen künstlerischen und nicht künstlerischen Beschäftigten bleiben wird.

Festzustellen bleibt danach, dass es einen Einheitstarifvertrag im ursprünglichen Wortsinn für das einzelne Haus bei realistischer Betrachtung derzeit nur bei Abschluss von Haustarifverträgen geben wird. Hausspezifische Regelungen unter dem Dach eines Verbandstarifvertrages werden sich nur erreichen lassen, wenn die beteiligten Verbände sich auf den Abschluss von Rahmentarifverträgen beschränken, die weitgehende Öffnungsklauseln zugunsten der Mitglieder vorsehen. In jedem Fall bedarf es dann aber der gebündelten Wahrnehmung der Arbeitgeberinteressen durch einen Verband, der die Tarifizständigkeit zur Regelung der Arbeitsbedingungen sämtlicher Beschäftigten hat.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Tarifrecht

1. Strukturfragen

- Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge ist weiterhin sinnvoll. Ziel muss es dabei sein, für sämtliche Beschäftigten bühngerechte Regelungen zu schaffen.
- Die Aufspaltung der Interessenwahrnehmung in Tarifverhandlungen auf Arbeitgeberseite in den Deutschen Bühnenverein einerseits und die Arbeitgeberverbände des allgemeinen öffentlichen Dienstes andererseits behindert die umfassende Durchsetzung bühngerechter Regelungen.
- Haustarifverträge versprechen derzeit eine bessere Durchsetzungschance für die Einführung bühngerechter Arbeitsbedingungen für sämtliche Beschäftigte. Der Arbeitnehmerseite steht im Falle des Haustarifvertrages ein Verhandlungspartner mit umfassender Tarifizständigkeit zur Verfügung.
- Das Interesse an einer einheitlichen Wahrnehmung der Arbeitgeberinteressen in Tarifverhandlungen lässt sich grundsätzlich auch im Rahmen von Verbandstarifverträgen erreichen. In diesem Fall sollte eine einheitliche Tarifizständigkeit eines Arbeitgeberverbandes für die Regelung der Arbeitsbedingungen sämtlicher Beschäftigten begründet werden.
- Arbeitsrechtlich empfiehlt sich die rechtliche Verselbständigung von Bühnen und Orchestern. Sie bietet die Möglichkeit, sowohl auf der Seite der finanzierenden öffentlichen Hand als auch auf Seiten der Bühnen und Orchester Planungssicherheit über langfristige Zuwendungsverträge zu erzielen. Dies wiederum ermöglicht es, einen Anreiz für Einsparungen zu schaffen und auch die Arbeitnehmer an einem verbesserten Ergebnis zu beteiligen.

- Die Satzung des Deutschen Bühnenvereins sollte in § 10 Abs. 1 Satz 2 geändert werden, um Ausgliederungen auch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht zu erschweren.

2. Inhaltliche Fragen

a) Arbeitszeit

Die Arbeitszeitregelungen der künstlerischen und der künstlerisch-technischen Beschäftigten sind zu koordinieren und möglichst weitgehend dem NV Bühne für den Bereich Solo anzupassen. Für nicht künstlerisch Beschäftigte empfiehlt es sich, Arbeitszeitkontingente für einen längeren Zeitraum (Kalenderjahr oder Spielzeit) festzulegen. Ausgleichszeiträume müssen für sämtliche beschäftigten Gruppen hinreichend verlängert werden, um den Anforderungen des Proben- und Spielbetriebes zu genügen.

b) Teilzeitanpruch

Die Ablehnungsgründe für Teilzeitanprüche sollten tarifvertraglich konkretisiert werden.

c) Vergütungen

- Die automatische Anpassung der Vergütungen von künstlerischen Beschäftigten entsprechend der Entwicklung der Tarifabschlüsse im öffentlichen Dienst sollte aufgegeben werden.
- Die Vergütungsregelungen müssen Leistungsanreize schaffen. Auch die Beteiligung von Arbeitnehmern an erzielten Einsparungen und Sondereinnahmen sollte in Betracht gezogen werden.
- Im nicht künstlerischen Bereich sind breit gefasste Tätigkeitsmerkmale vorzusehen. Lebensalterstufen sollten auf wenige beschränkt bleiben, (Bewährungs-)Aufstiege abgeschafft werden. Eingesparte Vergütungen können für leistungsbezogene Entgeltbestandteile verwendet werden.

II. Reformbedarf im Bereich der Gesetzgebung

1. Befristungen

- Der Sachgrund der Befristung aus künstlerischen Gründen muss möglichst umfassend in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG anerkannt werden.

- Das Schriftformerfordernis für Befristungen nach § 14 Abs. 4 TzBfG sollte dem im Bühnenbereich üblichen Verlängerungsautomatismus angepasst werden.

2. Tendenzschutz

Es wäre wünschenswert, den Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz und in den Personalvertretungsgesetzen auszuweiten und zu konkretisieren. Insbesondere die Dienstplanung in Tendenzbetrieben sollte der Mitbestimmung entzogen bleiben.

3. Bühnenschiedsgerichtsbarkeit

Das Verfahren in Bühnenstreitigkeiten sollte auf insgesamt höchstens drei Instanzen beschränkt werden. Zu diesem Zweck empfiehlt sich eine Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes dahingehend, dass Tarifvertragsparteien ein Landesarbeitsgericht als Eingangsinstanz für Aufhebungsklagen bestimmen können.

4. Arbeitszeitgesetz

Derzeit arbeitet die Kommission der Europäischen Gemeinschaft an einer Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie. Diese wird vorsehen, dass Mitgliedstaaten Zeiten des Bereitschaftsdienstes nicht zur Arbeitszeit zählen müssen. Sollte die Richtlinie in dieser Form verabschiedet werden, so empfehlen wir dem Bundesgesetzgeber, von dieser erweiterten Möglichkeit zur Nutzung von Bereitschaftsdiensten unverzüglich Gebrauch zu machen und damit im Wesentlichen die früher in Deutschland geltende Rechtslage wieder herzustellen.

5. Änderung von Arbeitsbedingungen

Die Änderung von nicht tarifvertraglich abgesicherten Arbeitsbedingungen sollte rechtlich vereinfacht werden. Es empfiehlt sich, das Kündigungsschutzgesetz in § 2 dahingehend zu ändern, dass Änderungskündigungen zum Abbau von übertariflichen Leistungen grundsätzlich zugelassen werden. Zu erwägen ist darüber hinaus ein besonderes Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zur Anpassung von Arbeitsbedingungen unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

6. Betriebsübergang

Es empfiehlt sich, einen Tarifwechsel im Falle eines Betriebsübergangs zu vereinfachen. Dies kann durch einen maßvollen Eingriff des Bundesgesetzgebers geschehen, der eine Ablösung bei dem vormaligen Arbeitgeber geltender Arbeitsbedingungen bereits bei einseitiger Tarifbindung des neuen Arbeitgebers zulässt.

7. Besserstellungsverbot

Entsprechend dem Grundkonzept einer rechtlichen Verselbständigung von Bühnen und Orchestern, sei es in Form einer Stiftung öffentlichen Rechts, sei es in Form einer GmbH, bedarf es einer Modifizierung des haushaltsrechtlichen Besserstellungsverbot. Dem Interesse der öffentlichen Hand an einer Kontrolle über die Kosten wird durch den Abschluss längerfristiger Zuwendungsverträge entsprochen. Im Gegenzug sollten die Bühnen grundsätzlich von den Einschränkungen des Haushaltsrechts freigestellt werden, um Spielräume für eigenverantwortliches Wirtschaften zu eröffnen und Einsparpotentiale zu gewinnen.

NEUNTER TEIL: SOZIALRECHT

DER PRINZ. *Guten Morgen, Conti. Wie leben Sie? Was macht die Kunst?*

CONTI. *Prinz, die Kunst geht nach Brot.*

DER PRINZ. *Das muss sie nicht; das soll sie nicht,*

– in meinem kleinen Gebiete gewiss nicht. –

Aber der Künstler muss auch arbeiten wollen.

CONTI. *Arbeiten? Das ist seine Lust. Nur zuviel arbeiten müssen, kann ihn um den Namen Künstler bringen.*

(Gotthold Ephraim Lessing, Emilia Galotti, Erster Aufzug, Zweiter Auftritt)

A. Einleitung

Das Sozialversicherungsrecht weist für die Beschäftigten in Theater- und Orchesterbetrieben nur vereinzelt Besonderheiten auf. Strukturell ist die vor allem auch für den Theater- und Orchesterbereich geltende Künstlersozialversicherung, in der selbstständige Künstler versichert sind, eine die besonderen Verhältnisse im Kunst- und Kulturbereich widerspiegelnde Einrichtung. Im Übrigen sind die allgemeinen für sonstige Beschäftigungsbereiche geltenden Regelungen anzuwenden.

Eine Analyse der sozialversicherungsrechtlichen Problemlagen zeigt, dass das für Normalarbeitsverhältnisse geschaffene Sozialversicherungssystem nur mit erheblichen Friktionen auf die Gegebenheiten im Bereich der Theater und Orchester übertragen werden kann. Besondere Probleme bereitet die sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Gastkünstlern, die auf der Grundlage von Gastspiel- oder Stückverträgen beschäftigt werden. Die umfassende Übertragung arbeits- und sozialrechtlicher Grundsätze auf unstetig beschäftigte Künstler führt hierbei oft zu inadäquaten Ergebnissen. Dies zeigt sich an der für alle Beteiligten unbefriedigenden beitragsrechtlichen Behandlung der Einnahmen von Gastkünstlern während der Aufführungsphase, an den zukünftigen Möglichkeiten des Erwerbs von Ansprüchen auf Arbeitslosengeld, aber auch an den ebenfalls sich zukünftig verschärfenden Problemen beim Erwerb eines Aufenthaltstitels für das Engagement ausländischer Künstler.

Die Auswahl der nachfolgend erörterten Bereiche des Sozialversicherungsrechts berücksichtigt vor allem Problemlagen, denen Entscheidungen der Sozialgerichte zu Grunde liegen, die Angaben der Theater- und Orchesterbetriebe im Fragebogen sowie veröffentlichte Stellungnahmen von Interessenverbänden und sonstigen mit der Materie vertrauten Autoren.

B. Zum Problem der „Scheinselbständigkeit“

Die im gesamten Bereich des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts unter dem Begriff „Scheinselbständigkeit“ zusammengefasste Problematik erfasst die Beschäftigung von formal als selbstständig arbeitenden Personen, die aufgrund der konkreten Tätigkeit jedoch rechtlich als Arbeitnehmer bzw. sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtige abhängig Beschäftigte zu qualifizieren sind. Dieses Problem tritt auch im Theater- und Orchesterbereich auf. Verwiesen sei vor allem auf kurzzeitig für einzelne Aufführungen engagierte Schauspieler und Opernsänger, Regisseure, „freie“ Regieassistenten oder den beispielsweise für nur eine Inszenierung eingesetzten Tontechniker oder Beleuchter. All dies Fälle aus der Rechtsprechung der Sozialgerichte bzw. der Bühnenschieds- und Arbeitsgerichte sowie Finanzgerichte.

Dieses Problem kann erhebliche Bedeutung für die Einrichtungen haben. Bei Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ist die Einrichtung verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge von zur Zeit mindestens 40 % der vereinbarten Vergütung (6,5 % für die Arbeitslosenversicherung, 19,5 % Rentenversicherungsbeitrag, 1,7 % Pflegeversicherungsbeitrag sowie zwischen 12 % und 15 % Krankenversicherungsbeitrag) und Lohnsteuer abzuführen. Einzelne Theater- und Orchesterbetriebe werden nach einer rechtlich fehlerhaft als selbstständig erfolgten Qualifizierung im Zuge der regelmäßigen Betriebsprüfungen durch die jeweiligen Landesversicherungsanstalten mit hohen Beitragsnachforderungen, die für die vergangenen vier Jahre geltend gemacht werden können, konfrontiert. Derartige Beitragsnachforderungen haben erhebliche wirtschaftliche Bedeutung und können sich schnell auf fünf- oder sechstellige Beträge summieren.

Eine Auswertung der 33 Fragebögen ergibt ein uneinheitliches Bild. Ein erheblicher Teil der Einrichtungen gibt häufige Schwierigkeiten mit dem Problem der Scheinselbständigkeit an (42 % der Befragten haben auf einer Skala 1 (geringe Probleme) bis 5 (häufige Probleme) 3 bis 5 angegeben). Andererseits bezeichnet ein nicht unwesentlicher Teil der befragten Einrichtungen sowohl die sozialversicherungsrechtliche als auch die steuerrechtliche Beurteilung von Beschäftigungsverhältnissen als einfach bzw. unproblematisch (23 %).

I. Rechtslage in der Sozialversicherung

1. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Die Versicherungs- und Beitragspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung hängt zunächst von dem sozialversicherungsrechtlichen Status der im Theater- oder Orchesterbetrieb beschäftigten Mitarbeiter ab. Die im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV abhängig beschäftigten Mitarbeiter sind zwingend in die gesetzliche Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), die gesetzliche Arbeitslosenversicherung (§ 24 Abs. 1 SGB III, § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III) sowie – jedenfalls bei einem Verdienst bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze – in die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI) einbezogen.

Für alle in Theater- und Orchesterbetrieben beschäftigten selbstständigen Künstler besteht darüber hinaus eine Versicherungspflicht in der Künstlersozialversicherung (§ 1 KSVG).

a) Beschäftigtenbegriff nach § 7 SGB IV

§ 7 Abs. 1 SGB IV ist als Grundtatbestand von zentraler Bedeutung für das gesamte Sozialversicherungsrecht. Die Vorschrift definiert den Begriff der Beschäftigung wie folgt:

„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.“

Eine weitere Konkretisierung findet sich in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV:

„Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Die Norm des § 7 Abs. 1 SGB IV blieb seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1976 (Gesetz vom 13. Dezember 1976, BGBl. I S. 3845) lange Zeit im Wesentlichen unverändert. Eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs ist gesetzlich nicht erfolgt. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts legt zwar § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB als Auslegungshilfe zu Grunde. Diese für die Abgrenzung des selbstständigen vom unselbstständigen Handlungsgehilfen geltende Regelung geht jedoch inhaltlich nicht über § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV hinaus.

Somit musste die rechtsanwendende Praxis für eine unzählige Vielfalt von Fallgestaltungen mit einer knappen gesetzlichen Regelung auskommen. Der Begriff des abhängig Beschäftigten gewann erst durch die Rechtsprechung der Sozial- und Arbeitsgerichte in einer kaum überschaubaren Anzahl von Entscheidungen klarere Konturen.

b) Vorübergehende Konkretisierung des Beschäftigtenbegriffs durch Einführung eines Merkmalkatalogs

Trotz der umfangreichen Rechtsprechung häuften sich die Fälle, in denen Unternehmen in erheblichem Umfang Aufgaben, die herkömmlich von Arbeitnehmern erbracht wurden, auf der Basis freier Mitarbeiterverträge erfüllen ließen. Unter dem Eindruck von Schätzungen unterschiedlicher Forschungsinstitute, wonach ca. 10 bis 15 % des Bruttoinlandsprodukts auf dem grauen und schwarzen Markt erwirtschaftet wurden, wurde unter dem Begriffsmerkmal der Scheinselbstständigkeit ab Mitte der 90er Jahre eine intensive öffentliche Diskussion geführt (vgl. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte 1998; zusammenfassend Reiserer/Freckmann 2003). Es wurde vielfach gefordert, gesetzlich zu definieren, wann ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt (Sitte 1998; Plagemann 2003: § 5, Rn. 5). Durch Art. 3 „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung

der Arbeitnehmerrechte“ vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 38) wurde Abs. 4 des § 7 SGB IV eingeführt, der erstmalig einen Katalog mit vier Merkmalen zur Abgrenzung von abhängiger und selbstständiger Tätigkeit festlegt. Nur ein Jahr später wurde der Katalog durch das „Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit“ (BGBl. I 2000, S. 2) auf fünf Merkmale erweitert, von denen zur Bejahung von abhängiger Beschäftigung mindestens drei („drei von fünf“) erfüllt sein mussten. Ausschlaggebend sollte im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sein,

- ob der Erwerbstätige im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit einen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt,
- auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist,
- der Auftraggeber entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten lässt,
- die Tätigkeit typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen lässt und
- die Tätigkeit im äußeren Erscheinungsbild der Tätigkeit entspricht, die zuvor für den selben Auftraggeber aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird.

Die Kriterien galten allerdings nur im Rahmen einer Vermutungsregelung für den Fall, dass der Auftragnehmer ihm obliegenden Aufklärungspflichten nicht nachgekommen ist.

Die genannten Kriterien waren der gefestigten Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit entnommen. Durch das „Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ (vom 23. Dezember 2002, BGBl. I S. 4621, 4623, sog. „Hartz II-Gesetz“) wurde der Kriterienkatalog wieder abgeschafft und die Regelung vor dem Hintergrund der Einführung des Existenzgründungszuschusses für eine „Ich-AG“ grundlegend modifiziert. Nunmehr beinhaltet die Norm eine widerlegbare Vermutung der Selbstständigkeit für Personen, die für eine selbstständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421 Abs. 1 SGB III (Existenzgründerzuschuss) beantragen.

c) Bedeutung des Kriterienkatalogs in der Praxis

In der Rechtsprechung hat der Kriterienkatalog offenbar keine Bedeutung erlangt (Sommer 2003: 170; Seewald 2004: Rn. 187; BSG, Urteil vom 28. Januar 1999, BSGE 83, 246; BSG, Urteil vom 10. August 2000, BSGE 87, 53). Das Bundessozialgericht hat die gesetzlichen Merkmale zwar als wesentliche Gesichtspunkte angesehen, nicht jedoch als abschließenden Katalog zur Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit verstanden. Vielmehr hat das Bundes-

sozialgericht, entsprechend seiner vorherigen Rechtsprechung, auf eine Gesamtwertung sämtlicher in Frage kommender Indizien abgestellt (z. B. BSG, Urteil vom 28. Januar 1999, BSGE 83, 246; BSG, Urteil vom 25. Januar 2001, USK 2001, 25; BSG, Urteil vom 3. Februar 1994, SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 7). Der Konkretisierung des Beschäftigtenbegriffs durch Einführung des Kriterienkatalogs kommt somit rechtlich gesehen kaum eine Bedeutung zu.

Unabhängig hiervon ist festzustellen, dass zeitgleich mit der Einführung des Kriterienkatalogs in erheblichem Umfang Vertragsverhältnisse freier Mitarbeiter auf dem Prüfstand der Sozialversicherungsträger und der Gerichte standen. Die Praxis hat sich schnell auf die Prüfung konzentriert, ob die Merkmale nach der früheren Fassung des § 7 Abs. 4 SGB IV vorliegen, die eine Prüfung auf den ersten Blick erheblich erleichterte, festzustellen. Dies hat Niederschlag in den von der BfA – der nach einer ebenfalls im gleichen Zeitraum durchgeführten Verwaltungsreform allein zuständigen Behörde zur Überprüfung des Beschäftigtenstatus – verwendeten Formularen gefunden. Bemerkenswert ist die erhebliche Anzahl der von der BfA durchgeführten Statusverfahren seit Anfang 2000 (nach dem Geschäftsbericht der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte 2001: 30, hat die BfA allein im Jahr 2001 in 36.732 Fällen eine Statusentscheidung getroffen, weitere 7.009 allgemeine Anfragen zur Versicherungspflicht bearbeitet).

2. Die Rechtsprechung von Bundessozial- und Bundesarbeitsgericht

Die Abgrenzung des abhängig Beschäftigten vom Selbstständigen scheint auf der Grundlage der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sowie des Bundesarbeitsgerichts für eine Vielzahl von Einzelfällen weitgehend geklärt, wenngleich die Einzelfallentscheidung immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts von erheblicher Bedeutung, da § 7 Abs. 1 SGB IV *insbesondere* bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis annimmt. Das Bundessozialgericht nimmt hierauf vielfach Bezug (z. B. jüngst BSG, Urteil vom 12. Februar 2004, EzBAT Nr. 36 zu § 1 BAT Arbeitnehmerbegriff). Beide Begriffe sind in der überwiegenden Zahl der Fälle deckungsgleich und weisen lediglich bei besonderen Beschäftigungsformen und gesetzlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften Unterschiede auf (Rittweger 2004; ausführlich Seewald 2004: Rn. 3 ff.; Plagemann 2003: § 5, Rn. 60 f.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozial- und Bundesarbeitsgerichts setzt eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne beziehungsweise ein Arbeitsverhältnis voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei der Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er einem nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene

Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale bei der Beurteilung der Tätigkeit überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (ständige Rechtsprechung, zuletzt BSG, Urteil vom 12. Februar 2004, EzBAT Nr. 36 zu § 1 BAT Arbeitnehmerbegriff; BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, SozVers 2003, 23 – 26; BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, NZA-RR 2003, 325; BSG, Urteil vom 28. Januar 1999, BSGE 83; BAG, Urteil vom 20. August 2003, NZA 2004, 39). Das Weisungsrecht kann bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur „dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, SozVers 2003, 23-26; BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, NZA-RR 2003, 325; Hess. LSG, Urteil vom 31. Januar 2002, Az. L 14 KR 429/99, nicht veröffentlicht). In seiner Rechtsprechung betont das Bundessozialgericht darüber hinaus, dass allgemein gültige, abstrakte Kriterien sich nicht für alle Beschäftigungsverhältnisse gleichermaßen aufstellen lassen. Vielmehr bestimmt die Eigenart der konkreten Tätigkeit die Bedeutung einzelner Umstände. Im Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung als verfassungsgemäß anerkannt (SozR 3-2400 § 7 SGB IV Nr. 11).

Die Übertragung der Rechtsprechung auf konkret zu beurteilende Sachverhalte bereitet oftmals Schwierigkeiten. Zwar ist eine Vielzahl von Indizien benannt, die zur Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses führen können, jedem der Indizien kommt für sich gesehen jedoch keine allein entscheidende Bedeutung zu. Vielmehr ist immer wieder – und das betont die Rechtsprechung ausdrücklich – eine wertende Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls erforderlich und zu entscheiden, welche Merkmale überwiegen (z. B. BSG, Urteil vom 23. Juni 1994, NJW 1994, 2974; BSG, Urteil vom 30. Juni 1999, Breith. 1999, 1033; BAG, Urteil vom 22. Februar 1999, Az. 5 AZB 56/98, nicht veröffentlicht). So gibt es auch in klassischen Arbeitsverhältnissen Erfolgsbeteiligungen bzw. eine erfolgsabhängige Vergütung (Akkordarbeit) oder auch den Selbstständigen, der eine fremde Betriebsorganisation und fremde Betriebsmittel einsetzt (Theaterintendant, BAG, Urteil vom 22. Februar 1999, Az. 5 AZB 56/98, nicht veröffentlicht). Naturgemäß ist die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen für die Praxis aus diesem Grund oftmals eingeschränkt (so auch Seewald 2004: Rn. 49).

Die Schwierigkeit der Zuordnung dürfte allerdings ihren wesentlichen Ursprung in der Materie selbst haben. Die facettenreiche Rechtsprechung ist der Vielzahl der Beschäftigungsformen in modernen Gesellschaften geschuldet. Im vorliegend interessierenden Theater- und Orchesterbereich ist allerdings festzustellen, dass die rechtliche Einordnung wesentlicher Tätigkeitsbilder, bei denen Zweifel am Status aufkommen können, mittlerweile weitgehend gerichtlich vorgegeben ist.

Folgende Grundsätze für den künstlerischen Bereich lassen sich aus der bisherigen Rechtsprechung ableiten:

- Ständige Bühnenmitglieder sind Arbeitnehmer (vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 2. Juli 2003, AP Nr. 39 zu § 611 BGB Musiker).
- Gastspielkünstler sind im Regelfall ebenfalls Arbeitnehmer, jedenfalls wenn eine Einbeziehung in den Probenbetrieb vorliegt (vgl. LAG Berlin, Urteil vom 29. Dezember 1989, AP Nr. 50 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BOSchG Hamburg, Entscheidung vom 10.7.2001, Az. BOSch 4/01; BOSchG, Entscheidung vom 21. März 1994, Az. BOSch 37/93; BOSchG, Entscheidung vom 10. Juli 2001, Az. BOSchG 3/01; Bolwin/Sponer 2004: § 1 NV Bühne, Rn.159 ff. m.w.N.).
- Orchestermusiker, die kontinuierlich zu Orchesterdiensten herangezogen werden, sind Arbeitnehmer und zwar auch bei Beschäftigung aufgrund eines so genannten Aushilfsarbeitsverhältnisses (Vertretung fehlender Musiker, auch in Fällen der Vakanz; Vergrößerung des Orchesters aus künstlerischen Gründen, BAG, Urteile vom 7. Mai 1980, USK 80 - 124; BSG, Urteil vom 4. April 1979, USK 79 - 61; Hessisches LSG, Urteil vom 31. Januar 2002, Az. L 14 KR 429/99, nicht veröffentlicht; Hessisches LAG, Urteil vom 14. Dezember 1990, Az. 13 Sa 1563/89, nicht veröffentlicht).
- Ein auf Grundlage eines Regievertrages für die Inszenierung eines Bühnenstückes tätiger Gastregisseur ist freier Mitarbeiter (BSG, Urteil vom 24. Juni 1981, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag).
- Ein auf Grundlage eines Dienstvertrages beschäftigter Theaterintendant wird ebenfalls als Selbständiger zu qualifizieren sein (BAG, Urteil vom 22. Februar 1999, Az. 5 AZB 56/98, nicht veröffentlicht).

Unsicherheiten bestehen ungeachtet der zitierten Rechtsprechung noch immer bei Gastspielverträgen. Gastspielverträge zeichnen sich zunächst im Gegensatz zu normalen Bühnenarbeitsverträgen dadurch aus, dass im Vertrag unmittelbar das Stück sowie die im Regelfall erforderlichen Proben vereinbart sind (so zuletzt auch die Umschreibung im Urteil des BAG vom 2. Juli 2003, AP Nr. 39 zu § 611 Musiker). Aufgrund der Probenverpflichtung gehen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis jedoch zumeist vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auch bei Gastspiel- oder Stücke- verträgen aus. Dementsprechend werden in der Praxis zumeist auch Arbeitsverträge abgeschlossen. Dies ist nicht unumstritten. So hat das Sozialgericht Gotha in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 18. Dezember 2001 den Gastspielvertrag einer Orchesteraushilfe mit Probenverpflichtung als Selbstständigenvertrag gewertet (Az. S 22 RJ 1629/99).

Für den nichtkünstlerischen Bereich gelten die allgemeinen Regelungen. Hier liegen typischerweise sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse vor. Soweit ersichtlich sind für diesen Bereich kaum Entscheidungen ergangen, was dafür spricht, dass den Beteiligten die zutreffende Statusbestimmung keine größeren Probleme bereitet.

3. Gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung

Für die Bestimmung der Beschäftigteneigenschaft im Bereich der Theater- und Orchesterbetriebe kann für den Bereich des Sozialversicherungsrechts zudem auf das „gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 26. März 2003“ sowie auf den als Anlage 1 beigefügten „Abgrenzungskatalog für im Bereich Theater, Orchester, Rundfunk und Fernsehanbieter, Film- und Fernsehproduktion tätige Personen vom 30. Mai 2000“ zurückgegriffen werden. Den gemeinsamen Rundschreiben kommt zwar keine Rechtsqualität im eigentlichen Sinne zu (BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, Soz-Vers 2003, 23; BSG, Urteil vom 28. Januar 1999, BSGE 83, 246), jedoch haben sie erhebliche praktische Bedeutung, denn das Verwaltungshandeln der BfA sowie der für die Betriebsprüfungen zuständigen Landesversicherungsanstalten wird maßgeblich durch die gemeinsamen Rundschreiben bestimmt. Sie ermöglichen andererseits den Theater- und Orchesterbetrieben sowie den jeweils betroffenen Beschäftigten, die Entscheidungen der Sozialversicherungsträger nachzuvollziehen und vor allem vorherzusehen.

In 3.1 bis 3.4 des gemeinsamen Rundschreibens die allgemeinen Grundsätze für die Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von einer selbstständigen Tätigkeit zusammengefasst. Bedeutsam für den Theater- und Orchesterbereich sind die im Abgrenzungskatalog aufgeführten einzelnen Tätigkeiten bei Theaterunternehmen und Orchesterträgern. Danach ergeben sich nach Auffassung der Spitzenverbände für die einzelnen Tätigkeiten folgende Festlegungen:

- Künstler und Angehörige von verwandten Berufen, die auf Spielzeit- oder Teilspielzeitverträgen angestellt sind, sind in den Theaterbetrieb eingegliedert und damit abhängig beschäftigt (spielzeitverpflichtete Künstler). Dabei spielt es keine Rolle, ob der Künstler gleichzeitig einer Gastspielverpflichtung bei einem anderen Unternehmen eingegangen ist.
- Gastspielverpflichtete Schauspieler, Sänger, Tänzer und andere Künstler (einschließlich Kleindarsteller und Statisten) sind ebenfalls in dem Theaterbetrieb eingegliedert und daher grundsätzlich abhängig beschäftigt (gastspielverpflichtete Künstler).
- Eine selbstständige Tätigkeit kann bei Vorliegen eines Gastspielvertrages ausnahmsweise bei einem Schauspieler, Sänger (Solo), Tänzer (Solo) und Instrumentalsolisten anzunehmen sein, wenn er aufgrund seiner hervorragenden künstlerischen Stellung maßgeblich zum künstlerischen Erfolg einer Aufführung beizutragen verspricht und wenn nach dem jeweiligen Gastspielvertrag nur wenige Vorstellungen vereinbart sind. Hierunter sind in erster Linie Gastsolisten zu verstehen, denen eine herausragende künstlerische Stellung zukommt. Allerdings kann eine regelmäßige Probenverpflichtung als Indiz gegen eine selbstständige Tätigkeit gewertet werden.

- Von einer selbstständigen Tätigkeit ist im Regelfall bei Dirigenten, Regisseuren, Choreografen sowie Bühnen- und Kostümbildnern auszugehen, soweit jeweils nur eine vertragliche Verpflichtung im Hinblick auf ein bestimmtes Stück besteht.
- Ausnahmsweise können gastspielverpflichtete Künstler zudem selbstständig sein, wenn sie an einer nur gelegentlich aufgeführten konzertanten Opernaufführung, einem Oratorium, Liederabend oder dergleichen mitwirken.
- Orchesteraushilfen sind lediglich ausnahmsweise selbstständig tätig, wenn sie ohne Verpflichtung für den allgemeinen Dienst (zum Beispiel keine regelmäßige Probenverpflichtung) bestimmte musikalische Aufgaben übernehmen und sich dadurch von den festangestellten Orchestermitgliedern erheblich unterscheiden.
- Schauspieler, (Chor-) Sänger und Tänzer, die als Aushilfen tätig werden, sind grundsätzlich als abhängig Beschäftigte anzusehen.

II. Versicherung in der Künstlersozialversicherung

Im Bühnen- und Orchesterbereich besteht die Besonderheit, dass auch bei Nichtvorliegen einer abhängigen Beschäftigung für die künstlerischen Mitarbeiter eine gesetzliche Sozialversicherungspflicht über die Künstlersozialversicherung besteht. Jedenfalls zum Teil wird das Problem der Scheinselbständigkeit dadurch entschärft (Finke 2004: § 1, Rn. 20.).

1. Allgemeines

Das Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) ist am 1. Januar 1983 in Kraft getreten (vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte Zimmermann/Schulz 2001). Dadurch sind selbstständige Künstler und Publizisten in die gesetzliche Sozialversicherung mit einbezogen worden, in der ansonsten – mit wenigen Ausnahmen in der gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. § 2 SGB VI) – nur Arbeitnehmer gesetzlich versichert sind. Der Versicherungsschutz umfasst die gesetzliche Kranken-, Pflege und Rentenversicherung, nicht aber die gesetzliche Unfall- und Arbeitslosenversicherung. Die durch das KSVG begründete Versicherungspflicht und die Pflicht der Unternehmen zur Künstlersozialabgabe stieß auf eine Vielzahl von verfassungsrechtlichen Bedenken. Durch Beschluss vom 8. April 1987 (BVerfGE 75, 108) bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und betonte insbesondere, dass die Künstlersozialabgabe ein verfassungsmäßiger Sozialversicherungsbeitrag sei.

Ebenso wie Arbeitnehmer haben die vom KSVG erfassten Personenkreise nur die Hälfte der Beiträge selbst aufzubringen. Die andere Beitragshälfte wird durch einen Bundeszuschuss (derzeit 20 % der nach Zahlungen der Beitragsanteile der Versi-

cherten noch fehlenden Beiträge) und eine Abgabe der Unternehmen, die künstlerische und publizistische Leistungen verwerten, finanziert (sog. Künstlersozialabgabe).

Die Künstlersozialkasse ist als Sonderinstitution den Trägern der gesetzlichen Sozialversicherung vorgeschaltet. Dabei gehört die Erfassung der Versicherungs- und Abgabepflichtigen, der Einzug der Beiträge der Versicherten und der Künstlersozialabgabe und die Zahlung der Beiträge an die Versicherungsträger zu ihren Aufgaben. Die Künstlersozialkasse hat festzustellen, wer versicherungspflichtig und wer als Verwerter abgabepflichtig ist. Die Künstlersozialkasse meldet dann die versicherungspflichtigen Künstler bei den zuständigen Leistungsträgern an und führt die Versicherungsbeiträge für diese ab. Die Künstlersozialkasse ist eingegliedert in die Unfallkasse des Bundes in Wilhelmshaven.

2. Pflichtversicherte Personenkreise

Das Gesetz wendet sich ausschließlich an selbstständige Künstler und Publizisten. Werden die Künstler als Arbeitnehmer beschäftigt, unterliegen sie der allgemeinen gesetzlichen Sozialversicherung. Nach § 2 KSVG ist Künstler, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt. Publizist ist, wer als Schriftsteller, Journalist oder in anderer Weise publizistisch tätig ist oder Publizistik lehrt. Das Gesetz deckt durch diese Generalklauseln sämtliche Berufsgruppen im künstlerischen bzw. publizistischen Bereich umfassend ab.

Die Künstlersozialkasse überprüft im Rahmen ihrer Zuständigkeit allerdings nur, ob generell die angemeldete Tätigkeit als eine selbstständige künstlerische Tätigkeit anzusehen ist. Sie führt keine statusbezogene Prüfung im Hinblick auf einzelne Vertragsverhältnisse bzw. Engagements durch. Deshalb kann – trotz Beitragsabführung an die Künstlersozialkasse – eine spätere Prüfung durch eine Landesversicherungsanstalt oder die BfA ergeben, dass ein konkretes allgemein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hat. Die unter Umständen bereits geleisteten Beiträge des Künstlers bzw. die Künstlersozialabgabe können nach § 21 KSVG erstattet bzw. an den zuständigen Versicherungsträger überführt werden.

3. Höhe der Beiträge

Die Beitragssätze für die pflichtversicherten Künstler und Publizisten entsprechen denen der gesetzlichen Renten-, Pflege und Krankenversicherung. Der Beitragssatz zur gesetzlichen Rentenversicherung beträgt für das Jahr 2004 19,5 % des Einkommens (bis zur Beitragsbemessungsgrenze) und für die Pflegeversicherung 1,7 %. für die Berechnung des Krankenversicherungsbeitrages ist der jeweilige Beitragssatz der Krankenversicherung maßgebend. Von diesen Beitragssätzen zahlen die pflichtversicherten Künstler die Hälfte.

4. Künstlersozialabgabe

Der Kreis der abgabepflichtigen Unternehmer ist in § 24 KSVG weit gefasst. Insbesondere Theater sind nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 KSVG abgabepflichtig. Dabei kommt es auf die gesellschaftsrechtliche Organisationsform nicht an.

Die Künstlersozialabgabe wird pauschal in Höhe eines Prozentsatzes von den Entgeltzahlungen an selbständige Künstler und Publizisten erhoben (vgl. hierzu im Einzelnen § 25 KSVG). Der Prozentsatz wird zum 30. September eines jeden Jahres für das nachfolgende Kalenderjahr durch eine Künstlersozialabgabe-Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung festgesetzt. Für das Jahr 2004 beträgt der Abgabesatz 4,3 %. Der Beitragssatz wird ab dem 1. Januar 2005 auf 5,8 % angehoben.

5. Ergebnisse der Befragungen

Aus den Umfrageergebnissen ergibt sich, dass Probleme mit der Künstlersozialversicherung eher selten auftreten. Die Mehrzahl der Häuser sieht die Handhabung auch als unkompliziert an (45 %). Auch der Kosten- und Verwaltungsaufwand wird von der Mehrzahl der Einrichtungen nicht besonderes hervorgehoben (lediglich 3 % geben einen hohen Verwaltungsaufwand an, 16 % einen hohen Kostenaufwand).

Teilweise werden Bedenken im Hinblick auf die sich zum 1. Januar 2005 ergebende erhöhte Kostenlast im Zuge der Anhebung der Künstlersozialabgabe auf 5,8 % geltend gemacht.

III. Rechtslage im Steuerrecht

Der Status des Beschäftigten hat im Steuerrecht vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Abführung von Lohnsteuerbeiträgen nach § 38 EStG Bedeutung. Die tatsächlichen und rechtlichen Probleme sind allerdings weitgehend mit der Situation im Sozialversicherungsrecht vergleichbar, wie die Lösungsansätze in Rechtsprechung und Verwaltung.

1. Gesetzliche Regelungen

Die Theater- und Orchesterbetriebe sind bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit verpflichtet, von dem an die Beschäftigten auszuzahlenden Lohn Lohnsteuer einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen (§ 38 Abs. 1 EStG).

Eine gesetzliche Definition der „nichtselbständigen Arbeit“ fehlt. Nach der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung ist die nichtselbständige Arbeit aber durch die Begriffe Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitslohn und Dienstverhältnis geprägt (vgl. §§ 1 und 2 LStDV). Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 LStDV dann der Fall,

„wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zur folgen verpflichtet ist.“

2. Rechtsprechung des BFH

Die Abgrenzung der lohnsteuerpflichtigen Beschäftigung von der selbstständigen Tätigkeit erfolgt ebenfalls nach dem Kriterium der persönlichen Abhängigkeit (BFH, Urteil vom 9. August 1990, UR 1991, 138). Die weitere juristische Prüfung entspricht der Rechtsprechung von Bundesarbeits- und Bundessozialgericht (vgl. im Einzelnen hierzu oben unter I.2).

In seiner Entscheidung vom 9. August 1990 zur Unternehmereigenschaft einer gastspielverpflichteten Opernsängerin hat sich der BFH allerdings zur Frage der statusrechtlichen Einordnung von gastspielverpflichteten Künstlern ausdrücklich gegen die – im Sozialversicherungsrecht anzutreffende – übergeordnete Bedeutung des Kriteriums der Probenverpflichtung ausgesprochen (BFH, Urteil vom 9. August 1990, UR 1991, 138). Das Vertragsverhältnis eines Opersängers mit Probenverpflichtung wurde als freier Unternehmervertrag angesehen.

Mit Urteil vom 14. Dezember 1995 hat der BFH eine gastspielverpflichtete Chorsängerin eines Musicals als selbständig beurteilt (BFH, Urteil vom 14. Dezember 1995, BStBl II 1996, 386). Auf das Kriterium einer etwa bestehenden Probenverpflichtung wurde bei der Urteilsbegründung nicht eingegangen.

Besondere Bedeutung hat das Urteil vom 30. Mai 1996 des BFH zur Einordnung einer gastspielverpflichteten Opersängerin erlangt (BFH, Urteil vom 30. Mai 1996, BStBl II 1996, 493). Darin hat sich der BFH in Bestätigung des BFH-Urteils vom 9. August 1990 auch mit dem sogenannten Künstler-Erlass des Bundesfinanzministeriums auseinandergesetzt (vgl. nachfolgendes Kapitel c):

„Soweit der BMF in dem Schreiben einseitig auf die Probenverpflichtung abstellt, steht dies nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BFH.“

Dieses Urteil und somit die Relativierung des Abgrenzungskriteriums Probenverpflichtung wird mittlerweile auch von der Finanzverwaltung akzeptiert (vgl. H. 134 Einkommensteuerrichtlinien „Selbständigkeit – von Künstlern“, wo ausdrücklich auf das BFH Urteil vom 30. Mai 1996 hingewiesen wird).

3. Verwaltungspraxis der Finanzbehörden

Die Verwaltungspraxis der Finanzbehörden bestimmt sich im Bereich der Theater/Orchesterbetriebe maßgeblich nach dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 5. Oktober 1990, dem sogenannten Künstler-Erlass (BMF, Schreiben vom 5. Oktober 1990, BStBl. I 1990, 638).

Danach wird bei der Abgrenzung der selbständigen und nichtselbständigen Tätigkeit – wie im gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherung – bei Theaterbetrieben zwischen spielzeit- und gastspielverpflichteten Künstlern unterschieden.

Spielzeitverpflichtete Künstler in Theaterbetrieben sind danach stets nichtselbständig tätig, weil sie in den Theaterbetrieb eingegliedert sind.

Bei gastspielverpflichteten Künstlern in Theaterbetrieben unterscheidet der Künstler-Erlass wie folgt:

- Gastspielverpflichtete Schauspieler, Sänger, Tänzer und andere Künstler sind in den Theaterbetrieb eingegliedert und daher grundsätzlich selbständig tätig (gastspielverpflichtete Künstler), wenn sie gleichzeitig mit der Rolle eine Probenverpflichtung zur Einarbeitung in die Rolle übernehmen. Durch Abschnitt 134 der Hinweise in den Einkommensteuerrichtlinien und dem ausdrücklichen Hinweis auf das BFH-Urteil vom 30. Mai 1996 wird die Bedeutung des Abgrenzungskriteriums „Probenverpflichtung“ aber erheblich relativiert.
- Von einer selbständigen Tätigkeit ist im Regelfall bei Regisseuren, Choreografen sowie Bühnen- und Kostümbildnern auszugehen.
- Ausnahmsweise können gastspielverpflichtete Künstler selbständig tätig sein, wenn sie an einer konzertanten Operaufführung, einem Oratorium, Liederabend oder dergleichen mitwirken.
- Orchester- und Choraushilfen sind lediglich ausnahmsweise selbständig tätig, wenn sie nur für kurze Zeit einspringen

Bei Orchesterbetrieben unterscheidet der Künstler-Erlass zwar offensichtlich auch zwischen spielzeit- und gastspielverpflichteten Künstlern, nennt die Einordnung ausdrücklich aber nur für gastspielverpflichtete Künstler. Danach sind sämtliche gastspielverpflichteten Künstler in Kulturorchestern (namentlich werden Dirigenten, Vokal- und Instrumentalsolisten genannt) stets und ohne Rücksicht auf die Art und Anzahl der Aufführungen selbständig. Orchesteraushilfen sind ebenfalls selbständig tätig, wenn sie nur kurze Zeit einspringen.

4. Zusammenfassung

Auch wenn sich der steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht decken, beide vielmehr de jure unabhängig voneinander gelten, so ist es de facto so, dass regelmäßig derjenige, der arbeits- und sozialversicherungsrechtlich Arbeitnehmer ist, auch steuerrechtlicher Arbeitnehmer ist. So entspricht denn auch die Rechtslage im Steuerrecht im wesentlichen der im Sozialversicherungsrecht. Und von daher können Lösungsansätze, die zu einer klaren und unkomplizierten Regelung der Abrechnung von Vergütungen der Theater/Orchesterbetrieben an ihre Künst-

ler/Mitarbeiter führen soll, nur einheitlich entwickelt werden. Aus diesem Grund verweisen wir an dieser Stelle auf die nachfolgenden unter 5. skizzierten Lösungsansätze.

IV. Verfahrensfragen

1. Sozialversicherungsrecht

Für den Bereich der Sozialversicherung ist die BfA im Hinblick auf die Statusbeurteilung für alle Zweige der Sozialversicherung allein zuständig. Die Beteiligten können gemäß § 7 a Abs. 1 SGB IV vorab oder auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses eine Entscheidung darüber beantragen, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Die Entscheidung der BfA bezieht sich immer auf eine konkrete Tätigkeit, d. h. ein konkretes Vertragsverhältnis. Die Versicherungs- und Beitragspflicht beginnt im Fall der Durchführung des Anfrageverfahrens innerhalb des ersten Monats der Beschäftigung erst mit Rechtskraft der Entscheidung (zu den Einzelheiten: Plagemann 2003: § 6, Rn. 11 - 22).

Nach unserer Erfahrung entscheidet die BfA relativ zügig, so dass im Regelfall bereits einige Wochen nach Antragstellung die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit durch die BfA feststeht. Das Anfrageverfahren gibt den Beteiligten damit ein Verfahren zur schnellen und – nach unserer Auffassung – auch effektiven Vermeidung rückwirkender belastender Statusentscheidungen an die Hand.

Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen die Beteiligten bei einer Beschäftigung als selbstständige Künstler auf den gewährten Versicherungsschutz durch die Künstlersozialversicherung vertrauen. Denn für den Fall einer nachträglichen Überprüfung der Statusentscheidung im Zuge einer Betriebsprüfung ist die Versicherung nach dem KSVG nicht bindend. Vielmehr kann trotzdem nachträglich festgestellt werden, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt. In der Praxis wird zwischen der generellen Entscheidung der Künstlersozialkasse sowie der zum einzelnen Vertragsverhältnis zu treffenden Entscheidung der BfA nicht hinreichend differenziert. Es besteht zwar die Möglichkeit der Rückabwicklung bzw. der Beitragsüberführung, jedoch ist dies grundsätzlich mit einem hohen Verwaltungsaufwand und erheblichen Mehrkosten verbunden.

2. Steuerrecht

Im Bereich des Steuerrechts besteht die Möglichkeit mit der sogenannten *Anrufungsauskunft* die Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses in die lohnsteuerpflichtige nichtselbständige Tätigkeit vorab vom Finanzamt prüfen zu lassen (vgl. § 42 e EStG). Die im Rahmen einer solchen Prüfung vom zuständigen Finanzamt erteilte Auskunft schützt den Arbeitgeber vor einer späteren Inanspruchnahme als Haftungsschuldner.

V. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansätze

Es ist zunächst festzustellen, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung und der ständigen Verwaltungspraxis im Theater- und Orchesterbereich wenig Raum für die Annahme selbstständiger Beschäftigungsverhältnisse verbleibt. Das überrascht auf den ersten Blick, denn gerade im künstlerischen Bereich ist oftmals die Weisungsunabhängigkeit und zeitliche Ungebundenheit gerade ein Teil künstlerischen Selbstverständnisses. Die aus Sicht vieler Beteiligter restriktive Handhabung künstlerischer Beschäftigungsformen und deren regelmäßige, vollständige Einbindung in das Arbeits- und Sozialrecht ergibt sich letztlich aus dem paradigmatisch wiederkehrenden Kriterium der „Probenverpflichtung“, die als Beleg für die Eingliederung und Weisungsgebundenheit der Künstler dient.

Die Statusbeurteilung lässt sich für die nicht künstlerischen Tätigkeitsbereiche unproblematisch auf Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen, der Rechtsprechung der Gerichte und den Verwaltungsvorschriften durchführen. Während für die festen Ensemblemitglieder ebenfalls kein Zweifel an der Richtigkeit der Einordnung als Arbeitsverhältnis aufkommen kann, erscheint dies für die vielen gastspiel- und stückverpflichteten Künstler zweifelhaft. Da diese – bis auf Ausnahmen – grundsätzlich als Arbeitnehmer eingestuft werden, treten erhebliche Friktionen mit den allgemeinen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften auf. Diese ergeben sich letztlich daraus, dass die gastspiel- und spielzeitverpflichteten Künstler trotz einer Probenverpflichtung nicht vergleichbar „normalen“ Arbeitnehmern beschäftigt sind. Auf diese Normalarbeitsverhältnisse ist indes das für abhängig Beschäftigte geltende Sozialversicherungsrecht zugeschnitten. Dies wird sich bei dem Sonderproblem der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung der Gagen von Gästen (dazu unten unter C) ebenso zeigen, wie im Hinblick auf das durch die Hartz-Gesetze sich verschärfende Problem der Absicherung beschäftigungsloser Zeiträume bei Künstlern durch Arbeitsförderungsleistungen (dazu unten unter D).

Vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Gesetzgebungsprozess zu § 7 Abs. 4 SGB IV ist indes der Versuch zweifelhaft, über gesetzliche Regelungen zu einer Konkretisierung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs zu kommen. Es ist der Komplexität der mannigfaltigen Lebenssachverhalte geschuldet, dass die Beurteilung des Rechtsstatus' von Arbeitnehmern/Selbstständigen nicht auf einige wenige Merkmale verkürzt werden kann. Vielmehr liegt in einer derartigen Verkürzung die Gefahr, dass die zur Prüfung berufenen Sozialversicherungsträger allzu schnell von einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung ausgehen.

Dem Problem der im Ergebnis weitgehend pauschalen Einordnung aller künstlerischen Mitarbeiter als Arbeitnehmer kann auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Regelungen nur durch eine Umkehr in der Rechtsprechung der Gerichte sowie der entsprechenden Verwaltungspraxis abgeholfen werden. Das von der Rechtsprechung als ausschlaggebende angesehene Kriterium der Probenverpflichtung bei Gastkünstlern muss in Wahrheit als neutrales Kriterium gewertet werden. Es taugt nicht als Abgrenzungskriterium, denn letztlich wird jeder Künstler an Proben teilnehmen müssen. Ein Kriterium, dass immer vorliegt ist jedoch als Abgrenzungsmerkmal ungeeignet. Vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, ob die Künstler über die konkret vertraglich vereinbarte Produktion

einschließlich der werkbezogenen Proben hinaus Weisungsrechten unterliegen. Lediglich konkretisierende Weisungen im Hinblick auf das Stück selbst führen nicht zu einer Weisungsgebundenheit im arbeitsrechtlichen Sinne. Letztlich gebietet auch die Kunstfreiheit, den Künstlern – und nicht nur den herausragenden – die Möglichkeit zu eröffnen, Vertragsverhältnisse als Selbstständige einzugehen. Dem steht vor allem im künstlerischen Bereich nicht der Gedanke der notwendigen sozialen Absicherungen entgegen. Die Künstlersozialversicherung sorgt für eine eingeschränkte Absicherung, auch wenn häufig kritisiert wird, dass die Rentenansprüche gegenüber der Künstlersozialversicherung aufgrund der verhältnismäßig geringen Beitragsleistungen zu gering sind (so z. B. Finke 2004: Einführung, Rn. 51). Auch die durch die Künstlersozialversicherung nicht gewährte Arbeitslosenversicherung dürfte insbesondere mit Blick darauf, dass die gastspielverpflichteten Künstler zukünftig ohnehin selten in den Genuss von Arbeitslosengeld kommen werden, kaum das Recht auf selbständige Beschäftigung beschränken. Vielmehr wird die Einführung des Arbeitslosengeld II mit den damit verbundenen Verpflichtungen, im künstlerischen Bereich oftmals kaum sinnvoll umsetzbar sein (hierzu näher unten unter III.).

Auf Grundlage der vorstehenden Erwägungen schlagen wir deshalb vor, Künstlern die Möglichkeit einzuräumen, die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung auch für konkrete Gast- und Stückverträge konstitutiv festzulegen. Hat der Künstler eine entsprechende Wahl getroffen, müssen auch die übrigen Sozialversicherungsträger und das Finanzamt im Grundsatz hieran gebunden sein. Als Vorbild für eine entsprechende gesetzliche Regelung kann die derzeitige Fassung des § 7 Abs. 4 SGB IV dienen. Nach § 7 Abs. 4 SGB IV wird bei Personen, die einen Existenzgründerzuschuss nach § 421 Abs. 1 SGB III erhalten, widerlegbar vermutet, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Dementsprechend könnte eine für Künstler vergleichbare Regelung, die aus systematischen Gründen als § 2 a KSVG eingefügt werden sollte, wie folgt lauten:

„Künstler, die nach diesem Gesetz versichert werden, können bei Abschluss eines auf eine Produktion bezogenen Vertrages (Gastspiel- oder Stückvertrag) wählen, ob dieses Vertragsverhältnis in die Versicherungspflicht nach diesem Gesetz einbezogen werden soll. Das Wahlrecht wird durch einfache Anzeige gegenüber der Künstlersozialkasse ausgeübt und muss vom Künstler und dem beschäftigenden Unternehmer unterzeichnet werden. Hat sich der Künstler für eine Einbeziehung entschieden, so wird widerlegbar vermutet, dass eine selbstständige Tätigkeit im Sinne von § 1 dieses Gesetzes vorliegt.“

C. Problem der derzeitigen beitragsrechtlichen Behandlung von Gastkünstlern

Das Engagement von Gastkünstlern ist für die Verwirklichung der künstlerischen Ansprüche der Theater- und Opernhäuser sowie für Orchester unverzichtbar. Auch für die jeweiligen Künstler ist die Arbeit an unterschiedlichen Bühnen und Projekten notwendig zur Weiterentwicklung und Verwirklichung der eigenen Fähigkeiten.

Gastspielverpflichtete Künstler werden üblicherweise mit einem auf eine bestimmte Produktion bezogenen Vertrag (Gast- oder Stückvertrag) beschäftigt (zur Begriffsbestimmung vgl. BAG, Urteil vom 2. Juli 2003, AP Nr. 39 zu § 611 BGB Musiker). In diesem Vertrag wird zunächst der Probenzeitraum abgesteckt, der mit der Premiere der Aufführung endet. Für den Folgezeitraum werden entweder bereits im ursprünglichen Vertrag einzelne Aufführungstermine festgelegt und/oder in der Folgezeit jeweils neu vereinbart. Naturgemäß kann es je nach dem Erfolg der Produktion zu einer im Vorfeld kaum absehbaren Anzahl der Aufführungen kommen. Während der Probenzeitraum zumeist mit einem monatlichen Bruttogehalt oder einem Pauschalbetrag vergütet wird (Probenpauschale), erfolgt im Anschluss hieran eine Pauschalvergütung für die jeweilige Aufführung. Die Beschäftigung der Gastschauspieler lässt sich danach in zwei Phasen einteilen:

1. Zeitraum von der ersten Probe bis zur Premiere
2. Zeitraum von der Premiere bis zur letzten Aufführung.

Aufgrund der Probenverpflichtung der Gastkünstler scheidet im Regelfall nach derzeitiger Rechtslage die Möglichkeit der Beschäftigung als Selbstständiger aus.

I. Versicherungs- und beitragsrechtliche Behandlung durch die Sozialversicherungsträger

Die Probenphase wird von den Beteiligten versicherungs- und beitragsrechtlich als durchgängiges Beschäftigungsverhältnis behandelt und einheitlich abgerechnet.

Demgegenüber wurden in der Vergangenheit die einzelnen Auftritte während der eigentlichen Gastspielphase jeweils auf den Kalendertag bezogen abgerechnet. Dies hatte zur Folge, dass die jeweilige kalendertägliche Beitragsbemessungsgrenze zur Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu Grunde zu legen war. Dies haben die Sozialversicherungsträger in der Vergangenheit akzeptiert. Auf der Grundlage des Besprechungsergebnisses der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 16./17. November 1999 sowie vom 26./27. Juni 2002 wurde die Verwaltungspraxis geändert. Die Sozialversicherungsträger gehen nunmehr davon aus, dass gastspielverpflichtete Künstler vom ersten Probenstag bis zum letzten Auftritt in einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis stehen. Dies hat zur Folge, dass beitragsrechtlich die für den einzelnen Auftritt vereinbarte Vergütung auf den Gesamtzeitraum zu beziehen ist, was dazu führt, dass nicht die kalendertägliche, sondern die Monats- bzw. Jahresbeitragsbemessungsgrenze maßgeblich ist.

Die Sozialversicherungsträger weisen ausdrücklich darauf hin, dass nicht von einer sogenannten unständigen Beschäftigung auszugehen ist.

II. Konsequenzen für die Betriebe und Künstler

Der Sozialversicherungsbeitrag wird durch die Anwendung der unterschiedlichen Beitragsbemessungsgrenzen deutlich höher.

Die kalendertägliche Beitragsbemessungsgrenze (BBG) berechnet sich wie folgt:

$$\frac{\text{monatliche BBG} \times \text{Kalendertage}}{30} = \text{Kalendertägliche BBG}$$

Hieraus folgt, dass beispielsweise bei zwei Gastauftritten in einem Monat, für die der Gastkünstler insgesamt 6.000 € erhält, für die kalendertägliche Beitragsberechnung in der Renten- und Arbeitslosenversicherung eine Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 343,33 € (alte Bundesländer) zugrunde zu legen wäre. Bei einem Beitragssatz von derzeit 19,5 % ergäbe dies einen Rentenversicherungsbeitrag von insgesamt 66,95 € bzw. einen Beitrag zur Arbeitslosenversicherung in Höhe von 22,32 € (6,5 %). Der Kranken- und Pflegeversicherungsbeitrag (z. B. AOK 15,5 % sowie 1,7 % Pflegeversicherung) beläufte sich auf insgesamt 39,99 € (kalendertägliche BBG = 232,50 €).

Geht man demgegenüber von einem durchgängigen Beschäftigungsverhältnis aus, gilt die monatliche Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 5.150 € (alte Bundesländer). Danach sind als Rentenversicherungsbeitrag 1004,25 € sowie als Arbeitslosenversicherungsbeitrag insgesamt 334,75 € abzuführen. Als Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge fallen 599,85 € an (BBG = 3487,50 €).

Auf Grundlage der neuen Verwaltungspraxis verteuert sich der zweimalige Auftritt für den Arbeitgeber um 884,80 €. Der Gastkünstler hat ebenfalls einen um 884,80 € erhöhten Abzug von seiner Gage hinzunehmen. Zwar wird der höhere Abzug auch zu rechnerisch höheren Anwartschaften führen, die unmittelbare Vermögenseinbuße wird jedoch von den Beteiligten als erhebliches Problem gesehen.

Die Differenz relativiert sich, wenn der Gastschauspieler mehr als zwei Auftritte in einem Monat absolviert, entsprechend. Arbeitet der Künstler für mehrere Arbeitgeber, so wird oftmals zunächst jeweils der volle Beitrag abzuführen sein und eine Erstattung erst einige Zeit später erfolgen.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen

Nach § 28 n Satz 1 Nr. 1 SGB IV i. V. m. § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Abstimmung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Beitragszahlungsverordnung in der Fassung vom 13. August 2001, Bundesgesetzblatt I S. 2165) werden Sozialversicherungsbeitrag und Beitragsbemessungsgrenzen je Kalendermonat für die Kalendertage berechnet, an denen eine versicherungspflichtige Beschäftigung besteht. Entscheidend für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge ist demzufolge der Beschäftigungszeitraum, in dem das Arbeitsentgelt erzielt wurde. Die Festlegung des Beschäftigungszeitraumes, auf den die Einnahmen zu beziehen sind, richtet sich ausschließlich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Weder die Bezeichnung beispielsweise als „Gastschauspieler“ noch die generalisierenden internen Festlegungen durch die Sozialversicherungsträger im Rahmen der gemeinsamen Besprechungen vermögen hieran etwas zu ändern, da diesen keine Rechtsverbindlichkeit zukommt (BSG,

Urteil vom 18. Dezember 2001, SozVers 2003, 23 – 26; BSG, Urteil vom 28. Januar 1999, BSGE 83, 246).

Um den maßgeblichen Beschäftigungszeitraum zu ermitteln, ist es notwendig zu klären, ob es sich nach derzeitiger Rechtslage bei dem Engagement von Gastschauspielern für Proben und Aufführungen nach der Premiere um eine Tätigkeit aufgrund von „Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen“ oder aufgrund eines befristeten Dauerarbeitsverhältnisses handelt.

1. Arbeitsrechtliche Einordnung der Gastspielverträge

Typische Gastspielverträge lassen sich nur schwer in einer den gewachsenen Bühnenbräuchen sowie den Interessen der Beteiligten entsprechenden Weise arbeitsrechtlich einordnen.

Im allgemeinen Arbeitsrecht wurde vom Bundesarbeitsgericht anerkannt, dass es Vertragsverhältnisse geben kann, bei denen die Modalitäten der Arbeitsleistung in einem Rahmenvertrag festgelegt sind, jedoch der konkrete Arbeitseinsatz auf einem jeweils neu begründeten Arbeitsvertrag (z. B. Tagesarbeitsvertrag) beruhen kann (BAG, Urteil vom 31. Juli 2002, EzA § 12 TzBfG Nr. 1 mit weiteren Nachweisen). Eine solche Kombination von Rahmenvereinbarung und Einzelarbeitsverträgen ist abzugrenzen von einem sogenannten Abrufarbeitsverhältnis im Sinne von § 12 TzBfG. Beim Abrufarbeitsverhältnis liegt ein befristetes oder unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis vor, bei dem lediglich der Zeitpunkt der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber jeweils konkretisiert, das heißt abgerufen, wird.

Der Unterschied zwischen einem Abrufarbeitsverhältnis und einer Rahmenvereinbarung, bei der die Arbeitsleistung durch den Abschluss neuer Verträge jeweils konkretisiert wird, liegt in der Verpflichtungswirkung der jeweiligen Verträge:

Beim Abrufarbeitsverhältnis ist der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn ihm der Arbeitgeber die Lage seiner Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus mitteilt (§ 12 Abs. 2 TzBfG). Voraussetzung für ein Abrufarbeitsverhältnis ist somit stets eine von Anfang an bestehende vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung. Der Abruf konkretisiert lediglich die bestehende Verpflichtung. Im Gegensatz hierzu enthält die Rahmenvereinbarung lediglich die Bedingungen der noch abzuschließenden Arbeitsverträge, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Die Arbeitsleistung erfolgt demzufolge erst auf der Grundlage der jeweils neu geschlossenen Arbeitsverträge. Sehen diese Arbeitsverträge einen Arbeitseinsatz von einem Tag vor, so liegt lediglich ein Ein-Tages-Arbeitsverhältnis vor. Dieses ist sodann sozialversicherungsrechtlich entsprechend zu behandeln, d. h. kalendertäglich abzurechnen, es sei denn, es liegt eine sog. „unständige Beschäftigung“ vor (dazu sogleich unter c).

Die Annahme eines Abrufarbeitsverhältnisses hat allerdings auch die Verpflichtung zur Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit mit der Folge einer entsprechenden Mindestvergütung zu Folge (§ 12 TzBfG). Diese Verpflichtung indes wird weder den Inte-

ressen der Bühnen noch der Gäste gerecht. In der Praxis wird diese Regelung dementsprechend auch nicht angewendet.

Ob ein Vertrag ein Abrufarbeitsverhältnis begründet oder lediglich eine Rahmenvereinbarung darstellt, die den jeweiligen Arbeitseinsatz erst noch abzuschließenden Arbeitsverträgen vorbehält, richtet sich allein nach dem Parteiwillen. Dieser kann sich aus den ausdrücklichen Erklärungen der Vertragsparteien, aber auch aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen ergeben, soweit sie Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien zulässt (BAG, Urteil vom 31. Juli 2002, EzA § 12 TzBfG Nr. 1).

Das Bundessozialgericht wendet die gleichen Grundsätze an zur Abgrenzung einer Dauerbeschäftigung von einer „unständigen Beschäftigung“, das heißt einer jeweils auf neuen Verträgen beruhende Beschäftigung, (BSG, Urteil vom 4.6.1998, Az. B 12 KR 5/97, nicht veröffentlicht).

Die Übertragung der Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts auf die typischen Gastspielverträge ergibt folgendes Bild:

Entscheidend für die Annahme eines Dauerarbeitsverhältnisses ist, dass bereits der Gastspielvertrag für den Zeitraum nach der Premiere eine Verpflichtung zur Teilnahme an Proben und Aufführungsterminen unmittelbar enthält. Bis zur Premiere richten sich die Proben- und Aufführungstermine typischerweise nach den Dispositionen der Einrichtung. In Übereinstimmung hiermit wird für diese erste Phase des Vertragsverhältnisses ein durchgehender Arbeitsvertrag abgeschlossen. Danach werden für die Aufführungsphase die Termine im gegenseitigen Einvernehmen vereinbart. Den Theater- und Orchesterbetrieben ist im Regelfall kein einseitiges Weisungsrecht im Hinblick auf Proben- und Aufführungstermine nach der Premiere eingeräumt, da die Gäste oftmals noch weiteren vertraglichen Bindungen für andere Produktionen unterliegen.

Die vorstehend beschriebene Sachlage spricht für die Annahme einer Rahmenvereinbarung ab dem Zeitpunkt der Premiere im Hinblick auf die sodann jeweils durch Einzelarbeitsvertrag zu konkretisierenden Proben und Aufführungstermine. Die sozialversicherungsrechtliche Abrechnung hätte auf kalendertäglicher Basis zu erfolgen.

Demgegenüber kann bei lebensnaher Betrachtung der Gastspielvertrag auch für die Aufführungsphase eine verpflichtende Wirkung dahin gehend entfalten, dass der Gast für die späteren genau festgelegten Aufführungen auch tatsächlich zur Verfügung steht. Auch wenn einzelne Auftritte noch nicht fest vereinbart werden, so ist doch jede Einrichtung zur Gewährleistung einer sicheren Planungsgrundlage darauf angewiesen, den Gast einer gewissen vertraglichen Bindung zu unterwerfen. Dem entsprechen die häufig in Gastspielverträgen anzufindende „first preference“-Vereinbarung zugunsten des Gasttheaters.

Entnimmt man dem Gastspielvertrag eine Verpflichtung, auch tatsächlich für die Aufführungen zur Verfügung zu stehen, so dürften solche Gastspielverträge arbeitsrechtlich jedenfalls als Dauerarbeitsverhältnisse zu qualifizieren sein.

Gegen die Annahme von jeweils befristeten Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen spricht des weiteren, dass nach § 14 Abs. 4 TzBfG die Befristung eines Arbeitsvertrages der Schriftform bedarf. Rechtsfolge der Missachtung des Schriftformerfordernisses ist nach § 16 Satz 1 TzBfG, dass die Befristung rechtsunwirksam ist und der befristete Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Danach wäre selbst bei Annahme eines entsprechenden Parteiwillens zwischen Theater und Gastschauspieler von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mangels Einhaltung des gesetzlich geregelten Schriftformerfordernisses auszugehen.

Es bleibt letztlich das Ergebnis, dass weder die Einordnung als Dauerschuldverhältnis mit der Folge der Geltung von § 12 TzBfG der Natur des Gastspielvertrages entspricht, noch die Einordnung als Tagesarbeitsverhältnis.

2. Sozialrechtliche Folgen der arbeitsrechtlichen Einordnung

Wird der Gastspielvertrag ungeachtet dessen arbeitsrechtlich als durchgängiger Arbeitsvertrag qualifiziert, so ist die Ansicht der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger von einem durchgängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, nahe liegend.

Qualifiziert man den Gastspielvertrag demgegenüber als Rahmenvertrag und demzufolge die Vereinbarungen über die Teilnahme an den jeweiligen Proben und Aufführungen als jeweils neu abzuschließende Arbeitsverträge, könnte beitragsrechtlich von einer sog. „unständigen Beschäftigung“ auszugehen sein. Eine Beschäftigung ist entsprechend der in § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III, § 232 Abs. 3 SGB V und § 163 Abs. 1 Satz 2 SGB VI enthaltenen Definitionen als unständige Beschäftigung anzusehen, wenn sie (1) auf weniger als eine Woche entweder nach der Natur der Sache befristet zu sein pflegt oder im Voraus durch den Arbeitsvertrag befristet ist und (2) berufsmäßig ausgeübt wird:

„Unständig ist eine Beschäftigung, die auf weniger als eine Woche der Natur der Sache nach beschränkt zu sein pflegt oder im Voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt ist“ (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 SGB III)

Diese Voraussetzungen können für den Gastspielvertrag für den Zeitraum nach der Premiere gegeben sein: Der jeweils pro Aufführung oder Probe abzuschließende Vertrag ist sowohl nach der Natur der Sache (jeweilige Aufführung oder Probe) wie auch nach dem Arbeitsvertrag (dieser wird gerade im Hinblick auf die jeweilige Probe oder Aufführung abgeschlossen) befristet. Weitere Voraussetzung einer unständigen Beschäftigung ist, dass nur solche Personen als unständig Beschäftigte anzusehen sind, die derartige Beschäftigungen berufsmäßig ausüben. Dies bedeutet, dass die unständigen Beschäftigten den wirtschaftlichen und zeitlichen Schwerpunkt der

Erwerbstätigkeit bilden müssen (Minn 2002). Dies wird jedenfalls bei den Künstlern abzulehnen sein, die ein festes Hauptengagement an einer anderen Bühne und an einem anderen Orchester haben. Lediglich bei den Gastkünstlern, die ausschließlich oder ganz überwiegend auf der Basis von Gastverträgen tätig sind, ist das Merkmal der Berufsmäßigkeit zu bejahen.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kann eine unständige Beschäftigung auch im Anschluss an ein festes Arbeitsverhältnis (Zeitraum von der ersten Probe bis zur Premiere) angenommen werden, wenn die Unständigkeit der Beschäftigung in dem betreffenden Wirtschaftszweig berufstypisch ist (BSG, Urteil vom 16. Februar 1983, Az. 12 RK 23/81, nicht veröffentlicht). Eine unregelmäßige Folge von tageweisen Arbeitseinsätzen bei einem Arbeitgeber ist dann eine unständige Beschäftigung, wenn die Dauer der einzelnen Beschäftigung auf weniger als eine Woche beschränkt ist und der Betroffene einer derartigen Beschäftigung berufsmäßig nachgeht (BSG, Urteil vom 11. Mai 1993, Az. 12 RK 23/91, nicht veröffentlicht). Die unständige Beschäftigung kann auch bei dem selben Arbeitgeber erfolgen (BSG, Urteil vom 21. Januar 1987, Az. 7 RAr 44/85, nicht veröffentlicht).

Die Annahme einer unständigen Beschäftigung hat folgende beitragsrechtliche Konsequenzen:

- Die Gastschauspieler wären als unständig Beschäftigte nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III versicherungsfrei in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung.
- Im Rahmen der Berechnung der Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung erfolgt die Beitragsbemessung nach § 232 Abs. 1 SGB V grundsätzlich auf den Kalendermonat bezogen. Dies wurde vom Gesetzgeber aus Vereinfachungsgründen, aber auch weil die Versicherung an beschäftigungsfreien Tagen fortbesteht (§ 190 Abs. 4 SGB V) festgelegt. Beschäftigungs- und endgeltlose Tage werden also beitragsrechtlich im Hinblick auf die Krankenversicherung nicht ausgeklammert.
- Für die Beitragspflicht in der gesetzlichen Pflegeversicherung gelten nach § 57 Abs. 1 SGB IX die selben Grundsätze wie in der gesetzlichen Krankenversicherung.
- Die gleichen Grundsätze wie in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung gelten nach § 163 Abs. 1 SGB VI auch für die Beitragsbemessung in der gesetzlichen Rentenversicherung. Danach ist als beitragspflichtige Einnahme ohne Rücksicht auf die Beschäftigungsdauer das innerhalb eines Kalendermonats erzielte Arbeitsentgelt bis zur Höhe der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze zugrunde zu legen.
- Soweit innerhalb eines Kalendermonats mehrere unständige Beschäftigungen bestanden (z. B. Tätigkeit an mehreren Bühnen) und das Ar-

beitsentgelt hieraus insgesamt die monatliche Beitragsbemessungsgrenze übersteigt, sind bei der Berechnung der Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung die einzelnen Arbeitsentgelte anteilmäßig nur zu berücksichtigen, soweit der Gesamtbetrag die monatliche Beitragsbemessungsgrenze nicht übersteigt. Soweit der Versicherte oder der Arbeitgeber dies beantragen, verteilt die zuständige Einzugsstelle die Beiträge nach den zu berücksichtigenden Arbeitsentgelten aus unständigen Beschäftigungen (§ 163 Abs. 1 Satz 3, 4 SGB VI, § 232 Abs. 2 SGB V).

Die Annahme einer unständigen Beschäftigung hätte somit zur Folge, dass zwar Beiträge zur Arbeitslosenversicherung nicht zu entrichten wären, allerdings die höheren, auf den Monat bezogenen Beiträge zur Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung abzuführen sind.

3. Besonderheiten im Bühnenbereich

Gastspielverträge stellen eine Besonderheit im Bühnenarbeitsrecht dar. Sie entziehen sich der für andere Tätigkeitsbereiche entwickelten arbeitsrechtlichen Kategorisierung. Dementsprechend werden nach den für die Bühnen geltenden Tarifverträgen Gastspielverträge als eine besondere Art des Bühnenarbeitsvertrages seit jeher anerkannt. Nach § 1 Abs. 5 NV Bühne finden tarifvertragliche Regelungen auf Gastspielverträge weitgehend keine Anwendung. Bereits vor Inkrafttreten des NV Bühne wurden Gastspielverträge nach § 20 NV Solo aus dem Geltungsbereich nahezu aller tarifvertraglicher Bühnenregelungen ausgeschlossen.

Tarifvertraglich nicht geregelt ist allerdings, ob durch den Gastspielvertrag ein Dauerarbeitsverhältnis begründet wird oder lediglich ein Rahmenvertrag, der erst durch einzelne Aufführungs- bzw. Probenverträge konkretisiert wird. Ein Blick in die Rechtsprechung der Bühnenoberschiedsgerichte sowie der Arbeitsgerichte zu Gastspielverträgen legt allerdings den Schluss nahe, dass bereits der Gastspielvertrag selbst die Dienstleistungsverpflichtung, d.h. die Verpflichtung zur Teilnahme an Proben und Aufführungen nach der Premiere beinhaltet (vgl. BAG, Urteil vom 2. Juli 2003, AP Nr. 39 zu § 611 BGB Musiker; BOSchG, Entscheidung vom 13. April 1981, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Bühnenengagementvertrag; BOSchG, Entscheidung vom 18. April 1950, Az. OSch 21/49, LAG Berlin, Urteil vom 29. Dezember 1989, AP Nr. 50 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BOSchG, Entscheidung vom 21. März 1994, Az. OSch 37/93, LAG Köln, Urteil vom 18. April 1996, NZA 1996, 1325). Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung der Bühnenoberschiedsgerichte und Arbeitsgerichte überwiegend zu der Frage des Status der Gäste als freie Mitarbeiter oder Arbeitnehmer ergangen ist. Die Rechtsprechung hat sich demzufolge nicht explizit mit dem Problem auseinandergesetzt, ob durch den Gastspielvertrag notwendigerweise bereits ein Dauerarbeitsverhältnis begründet wird. Im Ergebnis lässt sich weder aus den tariflichen Vorschriften noch aus der hierzu ergangenen Rechtsprechung ein ausdrücklicher Hinweis darauf entnehmen, ob der Gastspiel- oder Stückvertrag als Dauer-

schuldverhältnis anzusehen ist oder nicht. In der Tendenz scheint die Rechtsprechung allerdings von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen.

Ob das BAG im Fall der Beschäftigung von Gastkünstlern unter Berücksichtigung von Bühnenbräuchen zu einer anderen Bewertung kommt, ist schwer zu beurteilen. Zutreffend ist, dass Gastspielverträge eine besondere Rolle im Bühnenbereich einnehmen. Aufgrund des Ausschlusses der Tarifgeltung sind die Vertragsparteien ungebundener. Dies vermag allerdings nichts daran zu ändern, dass der Gastspielvertrag der bereits eine Verpflichtung des Künstlers zur Teilnahme an Proben und Aufführungen nach der Premiere enthält, ein Dauerschuldverhältnis regelt. Andererseits wird es weder den Bedürfnissen der Schauspieler noch der Bühnen und Orchester gerecht, von einem derartigen Dauerschuldverhältnis auszugehen. Die Annahme eines Dauerarbeitsverhältnisses würde zu kaum lösbaren Wertungsschwierigkeiten mit dem allgemeinen Arbeitsrecht führen. So müssten beispielsweise den Gastschauspielern nach § 12 TzBfG eine Mindestbeschäftigungszeit ebenso garantiert werden, wie Urlaubsansprüche und Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. All dies lässt sich auf die klassischen Gastverträge nicht sinnvoll anwenden.

IV. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansatz

Im Wesentlichen wird das Problem der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von Gästen dadurch verursacht, dass die Beteiligten derzeit auf Grundlage der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis nur die Möglichkeit haben, die Tätigkeiten insgesamt im Rahmen eines Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses zu erbringen. Den Beteiligten ist deshalb der Weg zu eröffnen, die Leistung in der Aufführungsphase auf Grundlage eines freien Mitarbeitervertrages zu erbringen. Dies ist auch sachgerecht und systemkonform. Ein Versicherungsschutz im Hinblick auf die Risiken Krankheit, Pflegebedürftigkeit und Alter ist durch die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung gewährleistet. Der Versicherungsschutz bei Arbeitslosigkeit wird beim Eintritt des Versicherungsfalles in der Regel ins Leere laufen, da die entsprechenden Anwartschaftszeiten selten erreicht werden (hierzu siehe im Einzelnen unten unter III.). Das Problem könnte deshalb ebenfalls über die Einräumung des bereits unter I. 5. vorgeschlagenen Wahlrechts für die Einbeziehung in die Künstlersozialversicherung gelöst werden. Dass dies sinnvoll ist, zeigt sich vor allem auch daran, dass das auf das Jahr bezogene Beitragsrecht der Künstlersozialversicherung adäquat die dargestellten Besonderheiten der Gast- und Stückverträge regelt.

Zumindest ist der Gastspielvertrag als Dauerschuldverhältnis eigener Art im Bühnenbereich anzuerkennen. Hierbei handelt sich jedoch weder um ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG noch um ein durchgängiges sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Verfassungsrechtlich ist die Berücksichtigung besonderer Verhältnisse im Bühnenbereich durch Art. 5 Abs. 3 GG geboten.

Letztlich entsprach die tatsächlich geübte Verwaltungspraxis vor 1999 sowohl den Bedürfnissen der Beteiligten wie auch der rechtlichen Sonderstellung von Gastspielverträgen. Eine Qualifizierung als durchgängiges Arbeitsverhältnis führt nicht nur zu rechtlichen

Problemen, sondern entspricht vor allem nicht dem Bedürfnis der Gäste nach Flexibilität und damit einhergehender künstlerischer Verwirklichung. Lediglich von unverbindlichen Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen auszugehen, führt zu einer untragbaren Unsicherheit auf Seiten der Einrichtungen. Es ist deshalb die verpflichtende Wirkung der Gastspielverträge auch für die Aufführungsphase anzuerkennen, andererseits sollte der Vertrag nicht den für Dauerarbeitsverträge geltenden Regelungen unterworfen werden. Dies muss dementsprechend auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung des Gastspielvertrages berücksichtigt werden. Gastspielverträge sollten deshalb sozialversicherungsrechtlich jeweils auf den Aufführungstag bezogen abzurechnen sein. Etwas anderes sollte nur dann gelten, wenn die Zahl der Gastauftritte in einem Monat so zahlreich ist, dass im Rahmen einer typisierenden Betrachtung von einer durchgängigen Beschäftigung auszugehen ist. Dies dürfte nach unserer Auffassung bei mehr als 10 Auftritten im Monat der Fall sein.

Das Ziel kann durch einen klarstellenden Zusatz in § 1 Abs. 1 BZVO mit folgendem Inhalt erreicht werden:

„Gastspielverträge im Sinne von § 1 Abs. 5 NV Bühne sind für die Dauer der Aufführungsphase pro Aufführungstag kalendertäglich abzurechnen, es sei denn, die Zahl der Auftritte im Monat überschreitet 10 Aufführungen.“

Dabei dürfen wir klarstellen, dass wir die Einräumung des vorstehend näher beschriebenen Wahlrechts zur Selbstständigkeit im Sinne der Künstlersozialversicherung für die systemkonforme und adäquate Lösung halten und den Vorzug geben.

D. Änderungen durch sog. Hartz-Gesetze

Bestandteil der als Hartz-Gesetze bezeichneten vier Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (vom 23. Dezember 2002, BGBl. I S. 4607 (Hartz I); vom 30. Dezember 2002, BGBl. I S. 4621 (Hartz II); vom 23. Dezember 2003, BGBl. I S. 2848 (Hartz III); vom 24. Dezember 2003, BGBl. I S. 2954 (Hartz IV)) sind neben der Einschränkung von Leistungsansprüchen durch die Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe auch verschärfte Anforderungen an die Pflichten des Arbeitssuchenden zur Rückkehr in Beschäftigung. Die sich hieraus ergebenden Anforderungen gelten gleichermaßen für Künstler wie für die Angehörigen aller anderen Berufsgruppen.

Eine Besonderheit besteht allerdings insoweit, als eine große Anzahl von Künstlern bislang Zeiträume zwischen Engagements mit Leistungen der Bundesagentur für Arbeit überbrückten. Insbesondere bei kleineren Produktionen wurde oftmals der Probenzeitraum mit Leistungen der Arbeitsförderung überbrückt, um sodann erst die tatsächlichen Aufführungen als Arbeitstätigkeit anzumelden. Teilweise wird insoweit auch von einer bislang anzutreffenden „Subventionierung der Kleinkunst“ durch staatliche Arbeitsförderungsleistungen gesprochen (Leuckfeld 2004; Laudenbach 2004: 7 f.). Grundsätzlich wird, jedenfalls aus rechtlicher Sicht, kaum etwas gegen die Einschränkung dieser mittelbaren Subventionierung einzuwenden sein. Allerdings führen einige Änderungen im Rahmen der

Hartz-Gesetzgebung zu systematischen Widersprüchen, die über den Abbau einer mittelbaren Subventionierung hinausgehen und unter Umständen Sonderregelungen bzw. Systemangleichungen erforderlich erscheinen lassen.

I. Verkürzung der Rahmenfrist

Durch das Dritte Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz III) wurde die Rahmenfrist, innerhalb derer der Arbeitslose in einem Versicherungspflichtverhältnis von mindestens 360 Tagen gestanden haben muss, von drei auf zwei Jahre verkürzt (§§ 123 Satz 1, 124 Abs. 1 SGB III). Da Künstler im Zwei-Jahreszeitraum oftmals nicht die notwendige Beschäftigungsdauer von 360 Tage erreichen, ist ein Anspruch auf Arbeitslosengeld häufig nicht realisierbar (vgl. Leuckfeld, 2004; Laudenbach 2004: 5 unter Verweis auf Johannes Klapper, der Fachbereichsleiter der Künstlervermittler bei der Bundesagentur für Arbeit). Bereits die dreijährige Rahmenfrist stellte für viele Künstler ein Hindernis dar, das allerdings im Hinblick auf den subsidiären Anspruch auf Arbeitslosenhilfe noch aufgefangen wurde.

Diese Regelung wird vor allem häufig als Gäste auftretende Künstler treffen. Derzeit sind rund 3.200 Schauspieler arbeitslos gemeldet, was angesichts von rund 3.000 an Theatern fest angestellten Schauspielern eine erhebliche Zahl ist (Laudenbach 2004: 6). Da diesen zudem eine Berufung auf den Selbstständigenstatus verwehrt ist (vgl. oben unter I.), entsteht eine für die Betroffenen äußerst problematische Gemengelage: Einerseits ist der Weg in die Selbstständigkeit oftmals durch Rechtsprechung und Verwaltungspraxis verbaut, andererseits wird die Frucht der abhängigen Beschäftigung, Anspruch auf Arbeitslosengeld, verwehrt. Auch hier zeigt sich, dass die weit reichende Einbeziehung von nicht fest angestellten Ensemblekünstlern in die allgemeine Sozialversicherung nicht angemessen ist. Oftmals wird es sachgerechter sein, von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen und den sozialen Mindestschutz über die Künstlersozialversicherung sicher zu stellen.

II. Verpflichtung zur Aufnahme berufsfremder Beschäftigungen

Erklärtes Ziel des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz IV) ist es, den Vermittlungsdruck auf Arbeitslose erheblich zu erhöhen. Dies wird zum einen über die Leistungsseite verwirklicht, andererseits über eine wesentlich erhöhte Betreuungsintensität. Das Arbeitslosengeld II wird strenge Bedürftigkeitskriterien voraussetzen und geringes eigenes Kapital zulassen. Oftmals wird dies dazu führen, dass die bisherigen Gagen der Schauspieler zunächst weitgehend aufgebraucht werden müssen, bevor Arbeitslosengeld II bewilligt werden kann. Mag dies im Rahmen einer sozialpolitischen Grundentscheidung auch für den Bereich der Theater und Orchester noch hinzunehmen sein, so wird die Verpflichtung, während eines sich unter Umständen anschließenden Bezugs von Arbeitslosengeld II jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen, die Künstler erheblich beeinträchtigen (§§ 16 Abs. 3, 31 SGB II in der ab 1. Januar 2005 geltenden Fassung, sog. „Ein-Euro-Jobs“). Gerade im künstlerischen Bereich kann diese

Verpflichtung oftmals das Ende der künstlerischen Betätigung (Vorbereitungszeit, Stücke lesen, Texte lernen) bedeuten.

Es zeigt sich jedoch auch hier, dass das geltende Sozialversicherungsrecht für abhängig Beschäftigte im künstlerischen Bereich nicht geschneidert ist. Es passt, soweit die Beschäftigungsverhältnisse in Theatern und Orchestern den typischerweise in der freien Wirtschaft anzutreffenden Normalarbeitsverhältnissen entsprechen, d.h. eine auf Dauer angelegte Festanstellung, die nur gelegentlich und ausnahmsweise von Zeiten der Arbeitslosigkeit durchbrochen werden. Es ist unpassend für die Vielzahl „freier Künstler“ an Theatern und Orchestern, die von ständig wechselnden Engagements leben. Auch hier kann eine Lösung nur in der stärkeren Zulassung selbstständiger Tätigkeiten an Theatern und Orchestern unter gleichzeitiger Absicherung über die Künstlersozialkasse gefunden werden. Nur eine vermehrte selbstständige Tätigkeit kann den Künstlern helfen, einen höheren Gagenanspruch zu realisieren, um Zeiten der Arbeitslosigkeit zu überbrücken. Ein weiterer Grund, der für unser Votum das Wahlrecht streitet!

III. Zusammenfassung und Lösungsansatz

Die Hartz-Gesetzgebung ist geeignet, die schwierige soziale Situation von Künstlern zu verschärfen. Dies wird vor allem die auf Grundlage von Gast- und Stückverträgen unstat beschäftigten Künstler treffen. Nach unserer Auffassung kann das Problem systemimmanent nur durch eine weitergehende Zulassung selbstständiger Tätigkeiten im Bühnen- und Orchesterbereich bzw. der Einräumung des oben unter I. 5. bereits vorgeschlagenen Wahlrechts zur Einbeziehung von Gastspiel- und Stückverträgen in die Künstlersozialversicherung abmildert werden.

E. Beschäftigung von ausländischen Künstlern

Für die Beschäftigung von ausländischen Künstlern, die nicht aus der Europäischen Union stammen, benötigen die Einrichtungen eine Arbeitsgenehmigung nach §§ 284 ff. SGB III. Das erforderliche Verwaltungsverfahren wird von den Einrichtungen oftmals als kompliziert, zeitaufwändig und mit hohem Aufwand verbunden angesehen. Besondere Probleme bereitet der erforderliche Nachweis, dass das Beschäftigungsbedürfnis nicht durch deutsche Arbeitskräfte abgedeckt werden kann.

Die bisherigen gesetzlichen Regelungen im SGB III werden für Nicht-EU-Ausländer abgelöst durch die §§ 39 ff. AufenthG, dessen Regelungen zum 1. Januar 2005 in Kraft treten werden (Artikel 1 des Zuwanderungsgesetzes vom 30. Juli 2004, BGBl. I S. 1950). Weitere Neuerungen werden sich voraussichtlich durch den vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit dem Bundesrat zugeleiteten Entwurf einer neuen Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung – BeschV, BR-Drucksache 727/04 vom 23. September 2004) ergeben. Die Verordnung bedarf der Zustimmung des Bundesrates, die – soweit ersichtlich – noch nicht erteilt wurde.

Die bisherige, nur noch bis zum 31. Dezember 2004 geltende Rechtslage muss im Folgenden ausführlicher dargestellt werden, denn nur so lassen sich die von den Betroffenen aufgezeigten Probleme analysieren. Darüber hinaus bauen die gesetzlichen Neuregelungen wesentlich auf die bisherige Rechtslage auf.

I. Zur derzeitigen Rechtslage

Nach § 284 SGB III dürfen Ausländer nur mit einer Arbeitsgenehmigung arbeiten und beschäftigt werden, es sei denn, eine Genehmigungspflicht entfällt ausnahmsweise. Naturgemäß ist das Engagement von ausländischen Künstlern von hoher Bedeutung für die Vielfalt und künstlerische Qualität deutscher Bühnen und Orchester, so dass die Beschäftigung von Gastkünstlern eine bedeutende Rolle im Alltag der Bühnen spielt.

1. Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung

Die Arbeitsgenehmigung konnte bislang als Arbeitserlaubnis oder als Arbeitsberechtigung erteilt werden.

Da für die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung der langjährige vorherige Aufenthalt (fünf bzw. sechs Jahre) in Deutschland Voraussetzung ist, kam für ausländische Gastkünstler oft nur die Tätigkeit aufgrund einer Arbeitserlaubnis in Betracht (zur ausnahmsweise zulässigen genehmigungsfreien Tätigkeit vgl. unten unter b).

Die Erteilung einer Arbeitserlaubnis setzt einen wirksamen Aufenthaltstitel nach dem Ausländerrecht voraus. Ferner bestimmt § 285 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB III unter anderem, dass sich durch die Beschäftigung von Ausländern keine nachteiligen Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt ergeben und vergleichbare deutsche Arbeitnehmer nicht vorhanden sein dürfen. Schließlich ist für die Genehmigung der Nachweis erforderlich, dass ausländische Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Bedingungen beschäftigt werden sollen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer. Ausländern, die ihren Wohnsitz im Ausland beibehalten, darf grundsätzlich keine Erlaubnis erteilt werden, es sei denn, durch Rechtsverordnung ist dies ausdrücklich gestattet (§ 285 Abs. 3 SGB III). Da ausländische Gastkünstler im Regelfall ihren ständigen Wohnsitz im Ausland beibehalten, ist ein Engagement nur auf Grundlage der jeweiligen Ausnahmebestimmungen möglich.

2. Ausnahmebestimmungen und Sonderregelungen

Nach § 284 Abs. 1 Satz 2 SGB III sind drei Gruppen von Ausländern grundsätzlich privilegiert und benötigen keine Arbeitsgenehmigung. Dies betrifft zunächst Angehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, die sich auf den Schutz nach Art. 39 EG (Freizügigkeit) berufen können (§ 284 Abs. 1 Satz 2 Nummer 1 SGB III). Ferner bedürfen Ausländer, die eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung haben, keiner Arbeitsgenehmigung (§ 284 Abs. 1 Satz 2 Nummer 2

SGB III). Schließlich benötigen weitere Ausländer keiner Genehmigung, wenn dies in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, aufgrund eines Gesetzes oder durch eine Rechtsverordnung bestimmt ist (§ 284 Abs. 1 Satz 2 Nummer 3 SGB III).

Für Künstler, die nicht unter die vorstehenden Ausnahmetatbeständen fallen, verbleibt das grundsätzliche Genehmigungserfordernis, wobei oftmals die geplante Tätigkeit ausschließlich aufgrund der Sonderregelungen nach § 9 Nr. 6 der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV vom 17. September 1998, BGBl. I S. 2899) sowie nach § 5 Nr. 8 der Anwerbestoppausnahmereverordnung (ASAV vom 17. September 1998 BGBl. I S. 2893) möglich war, da die Künstler im Regelfall ihren Wohnsitz im Ausland beibehielten.

- Nach § 9 Nr. 6 ArGV ist Künstlern die genehmigungsfreie Tätigkeit gestattet, wenn die Darbietung besonderen künstlerischen Wert hat und die Dauer von drei Monaten im Jahr nicht übersteigt. Die Regelung führte in der Praxis zu der Notwendigkeit, den besonderen künstlerischen Wert der Darbietung des ausländischen Künstlers gegenüber der Agentur für Arbeit belegen zu müssen. Dies wird sowohl aufgrund des hohen Verwaltungsaufwandes für die Bühnen und Orchester, wie auch aufgrund der jeweiligen Unwägbarkeit der Entscheidung durch die Sachbearbeiter der Agentur für Arbeit als hindernd für die Produktion angesehen. Hinzu kommt die zeitliche Begrenzung der Tätigkeit auf drei Monate. Oftmals werden sich Engagements ausländischer Künstler bereits wegen der längeren Probenphase kaum auf drei Monate begrenzen lassen. All dies führte dazu, dass die vermeintlich privilegierende Wirkung der Regelung des § 9 Nr. 6 ArGV sich in der Praxis auf ein Minimum reduzierte.
- Daneben kann nach § 5 Nr. 8 ASAV ausländischen Künstlern eine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die sich aus § 285 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB III ergebenden Anforderungen, dass heißt insbesondere die fehlende Verfügbarkeit deutscher Arbeitskräfte, weiterhin zu beachten sind (Bieback 2004: § 285, Rn. 112). Die Erteilung der Arbeitserlaubnis steht im gebundenen Ermessen der Bundesagentur für Arbeit (Bieback 2004: § 285, Rn. 114).

Aus den dargestellten Gründen kam nur eine Erlaubnis nach § 5 Nr. 8 ASAV in Betracht. Die führte bislang zur Notwendigkeit der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens zur Erlangung einer Arbeitserlaubnis. Zwar wäre eine vorherige Genehmigung im Fall einer selbständigen Tätigkeit nicht erforderlich, jedoch hilft dies in der Praxis nicht weiter, da, wie bereits dargestellt, aufgrund der Rechtsprechung der Sozial- und Arbeitsgerichte sowie der Verwaltungspraxis im Theater- und Orchesterbereich im Regelfall von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist.

II. Zur Rechtslage ab dem 1. Januar 2005

1. Neuregelungen durch das Aufenthaltsgesetz

Das am 1. Januar 2005 in Kraft tretende Aufenthaltsgesetz ersetzt für den Bereich der Beschäftigung von Nicht-EU-Bürgern die bisherigen Regelungen im SGB III. Zukünftig wird die Genehmigung zur Aufnahme einer Beschäftigung enger mit dem Aufenthaltsrecht verzahnt und ein weitgehend einheitliches Verwaltungsverfahren eingeführt. Dies wird eine Verfahrenserleichterung bewirken.

Das Aufenthaltsgesetz gilt nur für Nicht-EU-Bürger. Wie nach bisherigem Recht benötigen EU-Bürger aufgrund des EG-Rechts keine Arbeitsgenehmigungen, sondern genießen nach Art. 39 EG Freizügigkeit. Eine Sonderregelung verbleibt für die neuen, nach dem Vertrag vom 16. April 2003 beigetretenen Mitgliedsstaaten der EU (Staaten der EU-Osterweiterung). Die Arbeitnehmer dieser Staaten benötigen weiterhin eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III (neue Fassung ab 1. Januar 2005). Die Anforderungen an die Erteilung der Arbeitsgenehmigung entsprechen letztlich den allgemeinen, für Nicht-EU-Ausländer geltenden Anforderungen.

Der bereits in § 285 Abs. 3 SGB III (derzeitige Fassung) festgelegte Grundsatz, dass Arbeitserlaubnisse für Ausländer, die ihren Wohnsitz im Ausland beibehalten, grundsätzlich nur erteilt werden, wenn dies durch Rechtsverordnung ausdrücklich gestattet ist, wird beibehalten bzw. noch verschärft. Nach § 18 AufenthG wird grundsätzlich kein Aufenthaltstitel zur Aufnahme einer Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, mehr erteilt, es sei denn, die Berufsgruppe ist durch Rechtsverordnung privilegiert. Der Aufenthaltstitel zur Aufnahme einer Beschäftigung bedarf der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit.

Auch soweit grundsätzlich eine Zustimmung zur Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt werden kann, sind die besonderen Anforderungen nach den §§ 39 ff. AufenthG zu beachten. Diese entsprechen weitgehend den bisherigen Anforderungen, d.h. insbesondere keine nachteiligen Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt, fehlende einheimische Arbeitskräfte sowie vergleichbare Arbeitsbedingungen. Als neue Voraussetzung wird in § 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG festgelegt, dass die Bundesagentur für Arbeit feststellt, dass die Beschäftigung von Ausländern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist.

2. Neuregelung durch den Entwurf der BeschV

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat dem Bundesrat am 23. September 2004 auf der Grundlage des § 42 Abs. 1 und 2 AufenthG den Entwurf einer Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (BeschV) zugeleitet (BR-Drucksache 727/04). Die BeschV soll die bisherigen Regelungen der ArGV und der ASAV ersetzen. Die BeschV führt zu einer

Verschärfung der bisherigen Regelungen über die Beschäftigung von ausländischen Künstlern:

In der BeschV wurde in § 7 Nr. 1 BeschV zunächst die Regelung des § 9 Nr. 6 ArGV nahezu wörtlich übernommen. Danach ist weiterhin die Beschäftigung von Künstlern, deren Darbietung besonderen künstlerischen Wert haben, für die Dauer von drei Monaten in einem Zeitraum von 12 Monaten genehmigungsfrei möglich. Darüber hinaus ist in § 7 Nr. 2 BeschV neu geregelt, dass Personen, die im Rahmen von Festspielen, Musik- und Kulturtagen oder Gastspielen entsandt werden, ebenfalls keine Genehmigung benötigen, soweit die Dauer der Tätigkeit drei Monate innerhalb von zwölf Monaten nicht überschreitet. Schließlich ist in § 7 Nr. 3 BeschV die bisherige Regelung aufgegriffen, die Tätigkeit im Rahmen von Tagesdarbietungen genehmigungsfrei zu belassen. Eine Einschränkung ist jedoch insoweit vorgesehen, als dass die Anzahl der Tagesdarbietungen auf 15 im Jahr beschränkt wurde. Nach bisheriger Rechtslage bestand zwar Genehmigungsfreiheit, solange die Tagesdarbietungen nur *gelegentlich* erfolgten. Die Arbeitsverwaltungen gingen hierbei indes von einer Obergrenze von 6 Auftritten im Jahr aus (vgl. hierzu auch amtliche Begründung zum Verordnungsentwurf, BR-Drucksache 727/04, 27). Insoweit dürfte diese Regelung eine Verbesserung des bisherigen Rechtszustandes bedeuten.

Ersatzlos entfallen ist die in § 5 Nr. 8 ASAV geregelte generelle Möglichkeit der Genehmigung der Beschäftigung von ausländischen Künstlern unter der Voraussetzung, dass diese keine nachteiligen Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt hat und vergleichbare inländische Arbeitnehmer nicht verfügbar sind. Zwar findet sich nunmehr in § 23 BeschV eine Ermessensregelung, wonach Künstlern und deren Hilfspersonal die Genehmigung erteilt werden kann. Die Regelung betrifft allerdings aufgrund ihrer systematischen Stellung im Abschnitt 2 nur Künstler und Hilfspersonen, die Beschäftigungen ausüben, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen.

Es verbleibt demnach für die in der Praxis wohl häufigsten Fälle des Engagements von ausländischen Gästen für eine vollständige Produktion dabei, dass dies nur dann möglich ist, wenn der besondere künstlerische Wert der Tätigkeit nachgewiesen wird und zugleich die Beschäftigung nicht länger als drei Monate andauert. Erschwerend kommt hinzu, dass der Künstler entsandt worden sein muss. Für die Vielzahl freier ausländischer Künstler wird von vornherein die Möglichkeit der Teilnahme an Theaterinszenierungen und Orchesterstücken weitgehend ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass die Beschränkung auf drei Monate der zeitlichen Dauer vieler, insbesondere erfolgreicher Inszenierungen (Musicals!), einschließlich der Probenphase nicht gerecht wird.

III. Zur Verwaltungspraxis

Die Arbeitsgenehmigungen sind im Fall fehlender Genehmigungsfreiheit sowohl nach derzeitiger wie auch nach der geplanten Neuregelung vor Aufnahme der Beschäftigung zu beantragen. Die Aufnahme der Tätigkeit darf erst nach Erteilung der Genehmigung erfol-

gen. Dies führt dazu, dass bereits lange vor der ersten Probe die Besetzung von Rollen ebenso feststehen muss, wie der weitere zeitliche Ablauf. Nur so kann rechtzeitig das Genehmigungsverfahren durchgeführt werden.

Zukünftig droht eine weitere Verlängerung der Verfahren, denn die Anforderungen sind strenger geworden.

IV. Zusammenfassende Betrachtung und Lösungsansatz

Sowohl die derzeitige wie auch die sich abzeichnende Rechtslage zur Beschäftigung ausländischer Künstler ist unbefriedigend. Sie wird den Bedürfnissen an den Theatern und Orchestern nicht gerecht und wird von den Betroffenen bereits auf Grundlage der derzeitigen Rechtslage oftmals als kompliziert und hindernd empfunden (dies gaben 35 % der Befragten im Rahmen des Fragebogens an).

Eine sachgerechte Lösung der vorstehenden Problematik kann nur durch eine weitgehende Privilegierung ausländischer Künstler erfolgen. Dies lässt sich zum einen aus systemimmanenten Erwägungen begründen. Mit Blick auf die verfassungsrechtliche verbürgte Kunstfreiheit ist nicht einsichtig, dass der Gesetzgeber beispielsweise weitgehende Privilegierungen für Berufssportler und -trainer vorsieht (§ 7 Nr. 4 BeschV), ausländische Künstler allerdings hiervon überwiegend ausnimmt. Auch ein Blick auf die voraussetzungslos mögliche Beschäftigung in Forschung und Lehre (§ 5 BeschV), vermag die Differenzierung zur Beschäftigung im künstlerischen Bereich nicht zu rechtfertigen. Wissenschafts- und Kunstfreiheit sind gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützt. Erst recht vermag die Einschränkung im künstlerischen Bereich nicht zu überzeugen, wenn man demgegenüber die grundsätzlich genehmigungsfreie Tätigkeit von Fotomodellen, Werbetypen, Mannequins oder Dressmen (§ 7 Nr. 5 BeschV) betrachtet.

Wir schlagen deshalb vor, die Beschäftigung von ausländischen Gastkünstlern dann genehmigungsfrei zu belassen, wenn die ausländischen Künstler unter marktüblichen Arbeitsbedingungen, d.h. einem inländischen Arbeitnehmer vergleichbar, beschäftigt werden. Dies sichert ab, dass in der Tat nur künstlerische Erwägungen den Ausschlag für das Engagement eines ausländischen Künstlers geben und ein „Lohndumping“ im Kunstbereich vermieden wird. Im übrigen ist jedoch für die vom Gesetzgeber geplante restriktive Handhabung der Beschäftigung ausländischer Künstler kein überzeugender Sachgrund erkennbar. Arbeitsmarktpolitische Interessen müssen nach unserer Auffassung – ebenso wie im Wissenschafts- und Sportbereich – hinter künstlerischen Belangen zurücktreten. Jedenfalls kann das Aufenthaltsrecht kein Mittel sein, nationale Künstler zu fördern und Konkurrenz fernzuhalten. Vielmehr ist auch unter diesem Aspekt der Kunstfreiheit und damit der Entscheidungsfreiheit der Theater und Orchester der Vorrang einzuräumen.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse zum Sozialrecht

1. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Gesetzgebungsprozess zu § 7 Abs. 4 SGB IV ist der Versuch wohl als gescheitert anzusehen, über gesetzliche Regelungen zu einer Konkretisierung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs zu kommen.

Dem Problem der im Ergebnis weitgehend pauschalen Einordnung aller künstlerischer Mitarbeiter als Arbeitnehmer kann auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Regelungen nur durch eine Umkehr in der Rechtsprechung abgeholfen werden. Das Kriterium der Probenverpflichtung muss im Regelfall als neutrales Kriterium gewertet werden. Vielmehr kommt es – wie bei sonstigen Rechtsverhältnissen auch – ausschließlich darauf an, ob die Künstler über die konkret vertraglich vereinbarte Produktion hinaus Weisungsrechten unterliegen. Lediglich konkretisierende Weisungen im Hinblick auf das Stück selbst führen allerdings nicht zu einer Weisungsgebundenheit im arbeitsrechtlichen Sinne. Hierauf hat der Gesetzgeber allerdings nur beschränkte Möglichkeiten der Einflussnahme.

Vielmehr sollte gastspielverpflichteten Künstlern, die nur für ein Stück engagiert werden, die Möglichkeit eines auch die Sozialversicherungsträger im Rahmen einer Vermutungsregelung weitgehend bindenden Wahlrechts zur Selbstständigkeit eingeräumt werden. Die Gastkünstler sollen sich auch in Bezug auf ein konkretes Vertragsverhältnis im Regelfall für die Einbeziehung in die Künstlersozialversicherung entscheiden können.

Hierzu schlagen wir folgende Regelung, zum Beispiel als § 2 a KSVG, vor:

„Künstler, die nach diesem Gesetz versichert werden, können bei Abschluss eines auf eine Produktion bezogenen Vertrages (Gastspiel- oder Stückvertrag) wählen, ob dieses Vertragsverhältnis in die Versicherungspflicht nach diesem Gesetz einbezogen werden soll. Das Wahlrecht wird durch einfache Anzeige gegenüber der Künstlersozialkasse ausgeübt und muss vom Künstler und dem beschäftigenden Unternehmer unterzeichnet werden. Hat sich der Künstler für eine Einbeziehung entschieden, so wird widerlegbar vermutet, dass eine selbstständige Tätigkeit im Sinne von § 1 dieses Gesetzes vorliegt.“

2. Gastspielverträge sollten sozialversicherungsrechtlich jeweils auf den Aufführungstag bezogen abzurechnen sein. Etwas anderes sollte nur dann gelten, wenn die Zahl der Gastauftritte in einem Monat so zahlreich ist, dass im Rahmen einer typisierenden Betrachtung von einer durchgängigen Beschäftigung auszugehen ist. Dies dürfte nach unserer Auffassung bei mehr als 10 Auftritten im Monat der Fall sein. Rechtstechnisch kann dies nach unserer Auffassung durch einen klarstellenden Zusatz in § 1 Abs. 1 BZVO mit folgendem Inhalt erfolgen:

„Gastspielverträge im Sinne von § 1 Abs. 5 NV Bühne sind für die Dauer der Aufführungsphase pro Aufführungstag kalendertäglich abzurechnen, es sei denn, die Zahl der Auftritte im Monat überschreitet 10 Aufführungen.“

Eröffnet der Gesetzgeber den Gastkünstlern die Möglichkeit der Ausübung eines Wahlrechts mit der Folge, dass die Tätigkeit der Versicherungspflicht nach dem KSVG unterfällt, bedarf es indes der vorstehend vorgeschlagenen Gesetzesänderung nicht.

3. Die durch die Hartz-Gesetze drohenden Verschärfungen im Arbeitsförderungsrecht können insbesondere bei Gastkünstlern zu einer Beitragspflicht ohne die Begründung von Ansprüchen auf Arbeitsförderungsleistungen führen. Auch hier zeigt sich nach unserer Auffassung deutlich, dass die nahezu durchgängige Einordnung der Rechtsverhältnisse an Bühnen und Orchestern als Arbeitsverhältnisse unbefriedigend ist. Eine Lösung kann für gastspielverpflichtete Künstler auch hier vor allem durch eine weitergehende Öffnung für die Annahme selbstständiger Beschäftigungsverhältnisse liegen. Dies reduziert die unmittelbare Kostenbelastung für Künstler und Einrichtung und eröffnet so die Möglichkeit einer stärkeren Eigenvorsorge für den durch die Künstlersozialversicherung nicht geschützten Bereich der Arbeitslosigkeit.
4. Der soziale Mindestabsicherung selbstständiger Künstler sollte im übrigen weiterhin über die Künstlersozialversicherung erfolgen bzw. noch durch die Einräumung eines Wahlrechts erweitert werden.
5. Die Beschäftigung von ausländischen Gastkünstlern muss genehmigungsfrei sein, wenn die ausländischen Künstler unter marktüblichen Arbeitsbedingungen, d. h. einem inländischen Arbeitnehmer vergleichbar, beschäftigt werden. Dies sichert, dass in der Tat nur künstlerische Erwägungen den Ausschlag für das Engagement eines ausländischen Künstlers geben und ein „Lohndumping“ im Kunstbereich vermieden wird. Dies führt zu einer Gleichstellung mit Arbeitnehmern, die durch die Wissenschaftsfreiheit geschützt werden und stellt die Künstler den Sportlern gleich.

ZEHNTER TEIL: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

*„Wie alles sich zum Ganzen webt,
Eins in dem andern wirkt und lebt!
Wie Himmelskräfte auf- und niedersteigen
Und sich die goldnen Eimer reichen!
Mit segenduftenden Schwingen
Vom Himmel durch die Erde dringen,
Harmonisch all das All durchklingen*

Welch Schauspiel! Aber ach! ein Schauspiel nur!

(Johann Wolfgang von Goethe, Faust I, Nacht)

Eine kurze Darstellung der Ergebnisse unserer gutachtlichen Betrachtungen findet sich am Ende der jeweiligen Kapitel. Um dem Leser einen Überblick zu gestatten, fassen wir diese Ergebnisse hier noch einmal zusammen:

A. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Eine Aufnahme eines Staatsziels Kultur in das Grundgesetz beurteilen wir eher skeptisch. Eine unmittelbare Rechtswirkung ließe sich aus einer solchen Staatszielbestimmung im konkreten Konfliktfall nicht ableiten. Allerdings hätte eine Staatszielbestimmung Kultur eine appellative Bedeutung für den Bundes- und auch die Landesgesetzgeber, die in ihrer Wirkung aber ebenfalls nicht überschätzt werden sollte.
2. Wir begrüßen die im Freistaat Sachsen geschaffenen sog. „Kulturräume“, die sich als Modell bewährt haben. Wir schlagen vor, in Art. 28 des Grundgesetzes die Länder ausdrücklich zu ermächtigen, Kulturräume nach dem Vorbild des Freistaates Sachsen zu schaffen.
3. Ebenso begrüßen wir die Mitwirkung des Bundes an der Förderung von Kunst und Kultur. Deswegen schlagen wir eine klarstellende Änderung des Art. 91b GG vor.

B. Europarechtlicher Rahmen

1. Die Kulturpolitik liegt im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Die europäische Gemeinschaft hat in der Kulturpolitik keine unmittelbare Regelungskompetenz. An dieser Ausgangslage wird sich auch durch die Ratifizierung und das Inkrafttreten des Europäischen Verfassungsvertrages nichts ändern. Gleichwohl gibt es eine Vielzahl von Gemeinschaftsregelungen, die auf andere Kompetenzen als die Kulturkompetenz der Gemeinschaft gestützt sind und die erhebliche *mittelbare* Auswirkungen auf die Kulturpolitiken der Mitgliedstaaten haben.

2. Dabei ist die Europäische Gemeinschaft dazu verpflichtet, bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen (Art. 151 Abs. 4 EG-Vertrag). Auch zur Beachtung der Kunstfreiheit ist sie nach der Charta der Grundrechte verpflichtet. In dieser Hinsicht stößt die von der Gemeinschaft jüngst verabschiedete Richtlinie über Mindestvorschriften zum Schutz vor Lärm (RL 2003/10/EG) auf schwerwiegende Bedenken, da die Vorgaben der Richtlinie auf den Orchesterbereich nicht abgestimmt und insoweit möglicherweise nicht ohne schwerwiegende Eingriffe in die künstlerische Freiheit der Orchester umsetzbar sind. Sollte die von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin eingesetzte Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Kodexes im Sinne des Art. 14 der Richtlinie keine handhabbaren Lösungen zur Lärmverringeringung finden, ist auf eine Änderung der Richtlinie hinzuwirken, mit der Sonderregelungen für den Orchesterbereich geschaffen werden.
3. In Bezug auf die beihilfenrechtliche Überprüfung der staatlichen Subventionierung und der Gewährung anderer staatlicher Begünstigungen an öffentliche Theater und Orchester hat die Europäische Kommission bislang Zurückhaltung geübt. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht die rechtliche Unbedenklichkeit dieser Fördermaßnahmen gefolgert werden. Das europäische Beihilfenrecht verfügt aber über geeignete Instrumentarien für eine Würdigung der staatlichen Fördermaßnahmen, die der kulturpolitischen Bedeutung der Theater und Orchester angemessen ist. Dazu gehört die Möglichkeit, Kulturfördermaßnahmen aufgrund der Kulturklausel in Art. 87 Abs. 3 lit. d EG-Vertrag zu genehmigen, sowie die Möglichkeit, die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vom Beihilfenverbot freizustellen. Rechtssicherheit kann in diesem Bereich aber nur durch eine verstärkte Notifizierung staatlicher Fördermaßnahmen vor der Kommission erlangt werden.
4. Gleichwohl ist insgesamt davon auszugehen, dass die Kerntätigkeiten der Theater und Orchester in Deutschland, nämlich die Darbietungen in deren Stammhäusern, durch das Beihilfenverbot nicht berührt werden, da hier in der Regel lediglich lokale/regionale Märkte betroffen sind. Das Bestehen eines weiteren Marktes ist jedoch insbesondere im Orchesterbereich nicht ausgeschlossen, bedürfte aber einer Prüfung im Einzelfall. Für die von den öffentlichen Rundfunkanstalten unterhaltenen Rundfunkorchester besteht dagegen die konkrete Gefahr, dass sich die Kommission grundsätzlich gegen das System der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland stellen könnte. Wir empfehlen, den öffentlichen Auftrag der Rundfunkorchester durch die Schaffung klarer gesetzlicher Regelungen in den Rundfunkgesetzen der Länder zu verdeutlichen.
5. Das Kulturangebot der Theater und Orchester ist grundsätzlich dem Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages zuzuordnen. Daraus ergeben sich jedoch keine grundlegenden Folgen für die öffentliche Finanzierung der Kulturbetriebe. Die Vereinbarkeit der öffentlichen Theater- und Orchestersubventionierung mit Europäischem Recht ist im Kern eine beihilfenrechtliche Problematik. Die im Vertrag gewährleistete Dienstleistungsfreiheit bringt (ebenso wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit) den Theatern und

Orchestern wirtschaftliche Vorteile, da die Freistellung von Staatsangehörigen aus EG-Mitgliedstaaten vom Erfordernis einer Arbeitsgenehmigung für die – traditionell eine Vielzahl von Gastkünstlern beschäftigenden – Theater und Orchester eine Erleichterung bedeutet.

6. Die vom Deutschen Bühnenverein in seiner Studie vom 30. Oktober 2004 geäußerten Bedenken gegen den Kommissionsentwurf für eine „Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum“ sind gegenstandslos, da das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist und die im Kommissionsvorschlag ursprünglich enthaltene Regelung eines doppelten Schadensersatzanspruches im Falle einer Urheberrechtsverletzung nicht in die endgültig verabschiedete Richtlinie übernommen wurde.

C. Urheberrecht

1. Eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes wird nicht für erforderlich gehalten. Die Forderungen der Bühnen lassen sich – wie gezeigt – durch einzelvertragliche Absprachen, die Anpassung der geltenden Tarifverträge (NV Bühne, TVK) sowie die Anpassung der Festlegungen der Regelsammlung erzielen.
2. Um den Bühnen eine umfassende Archivierung von Aufnahmen und die auszugsweise Wiedergabe von Aufführungen im Internet auf der Web-Site des Theaters zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen zu ermöglichen, bedarf es einer Anpassung der tarifvertraglichen Regelungen. Der TVK ist um folgende umfassende Rechteeinräumung zu ergänzen:

„Bei Veranstaltungen, die auf Ton- und/oder Bildträger sowie Bildtonträger zu theater- und orchestereigenen Zwecken aufgenommen werden, hat der Musiker die für diese Zwecke vorgenommene Vervielfältigung, Verbreitung sowie die – auch durch Dritte vorgenommene – Wiedergabe zu dulden. Er räumt dem Arbeitgeber die dafür erforderlichen zeitlich und räumlich unbegrenzten Rechte ein. Zu den theater- und orchestereigenen Zwecken gehören auch die Werbezwecke des Arbeitgebers. Hiervon umfasst ist insbesondere das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Website der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

Die Regelung des § 8 Abs. 2 NV Bühne ist ebenfalls um folgenden klarstellenden Zusatz zu ergänzen:

„Vom Werbezweck umfasst ist insbesondere das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen.“

3. Die Regelsammlung ist zum Zwecke der Ermöglichung einer umfassenden, zeitlich unbegrenzten Archivierung, der Werbung im Internet sowie der Herstellung von Übertitelungen nach Wünschen der Theater um folgende Punkte zu erweitern:

- a) Ziffer 8.2

„Wird die Genehmigung erteilt, so ist die Bühne berechtigt, zwei Bild- und/oder Tonträger sowie Bildtonträger (jeweils ein Mutterband und eine Kopie) herzustellen. Das Recht zur Verwendung der Aufnahmen für archivalische Zwecke oder andere ausschließlich betriebsinterne Zwecke wird zeitlich unbefristet eingeräumt.“

- b) Als Ziffer 1.6 sollte ergänzt werden:

“Der Verlag räumt der Bühne das Recht zur auszugsweisen Wiedergabe der Aufführung im Internet auf der Webseite der Bühne zum Zwecke der Werbung für die laufenden Aufführungen ein.“

- c) Als Ziffer 1.7 sollte ergänzt werden:

„Das Aufführungsrecht umfasst das Recht, den Text des Werkes im Original, in einer Übersetzung, in einer sonstigen Bearbeitung auf Übertitelungsanlagen für das Publikum wahrnehmbar zu machen.“

4. Soweit im Zuge einer Änderung der Rechtsform eines Bühnen- oder Orchesterbetriebs die bestehenden Tarifverträge keine Bindung mehr entfalten, sollten die in den Tarifverträgen enthaltenen Regelungen der Mitwirkungspflichten und Rechteübertragungen (§§ 7, 8 NV Bühne sowie § 7 TVK) sowie die insoweit vorgeschlagenen Ergänzungen und Präzisierungen beim Abschluss von Haustarifverträgen übernommen werden.

D. Organisationsstrukturen

1. Vielfach wird in der Theater-Strukturdebatte darauf hingewiesen, die Frage der Rechtsform dürfe nicht überschätzt werden. Wir sind hingegen der Auffassung, dass diese Frage nicht *unterschätzt* werden darf. Die Rechtsform ist zwar kein Garant für einen erfolgreichen Theaterbetrieb. Die Bedeutung der Rechtsformwahl darf aber nicht als nebensächlich abgetan werden.
2. In der Mehrzahl fordern die Theater- und Orchester für ihren Betrieb den Wunsch nach einer Wirtschaftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen, einer Loslösung von den Bindungen des öffentlichen Haushaltsrechts, einer flexiblen und eigenverantwortlichen Betriebsführung mit kurzen Entscheidungswegen, der Kontrolle und Beratung durch ein sachkundiges und unabhängiges theatereigenes Gremium und einer

sicheren Finanzierungsgrundlage. Unterzieht man die für den Betrieb eines größeren Theaters in Frage kommenden Rechtsformen einem „Eignungstest“ in Bezug auf diese Zielsetzungen, erweisen sich die rechtlich verselbständigten Organisationsformen der GmbH und der Stiftung insgesamt als am besten geeignet:

- Die Wirtschaftsführung und Rechnungslegung kann nach kaufmännischen anstatt nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen erfolgen.
- Die Finanzierung kann auf Grundlage von mehrjährigen Zuwendungsverträgen gesichert werden. Das gibt den Theatern und Orchestern, sofern sie als rechtsfähige Personen organisiert sind, Planungssicherheit, denn Verpflichtungen der Träger aus Zuwendungsverträgen können notfalls eingeklagt werden.
- Eine GmbH kann unabhängig von der Trägerkörperschaft entscheiden, ob sie im Arbeitgeberverband verbleiben möchte. Durch den Austritt aus den Verbandstarifverträgen können personalwirtschaftliche Aufgaben flexibler gehandhabt werden und auf das Theater abgestimmt werden.
- Die Geschäftsführung einer GmbH ist bei der Führung des Theaters nicht auf die Abstimmung und Zusammenarbeit mit Querschnittsämtern der Trägerkörperschaft angewiesen und ist insgesamt unabhängiger. Von der Pflicht zur Anwendung der haushaltsrechtlichen Vergaberechtnlinien kann die GmbH befreit werden. Das alles spart Zeit- und Reibungsverluste, Entscheidungen werden nicht nur schneller, sondern auch sachnäher getroffen. Die gesellschaftsrechtliche Haftung der Geschäftsführung und auch die Konkursfähigkeit der Gesellschaft schaffen zusätzliche Anreizmomente für eine effiziente und kostenbewusste Führung, die bei den herkömmlichen Organisationsformen des Regie- und Eigenbetriebs fehlen.
- Neben Vertretern der Politik können (und sollten) in den Aufsichtsrat einer GmbH bzw. das Kuratorium einer Stiftung auch Private einberufen werden. Die von uns befragten Theater befürworten in der Mehrzahl die Aufnahme von kaufmännischen und künstlerischen Sachkundigen in Aufsichtsgremien, weil hierdurch zu einer Versachlichung der Entscheidungen beigetragen werden kann. Auch Vertreter von Sponsoren und Mitglieder von Freundeskreisen etc. sollten in Aufsichtsräten vertreten sein.
- Gleichzeitig steigen mit der rechtlichen Verselbständigung die Möglichkeiten und Chancen eines Kulturunternehmens, private Mittel einzuwerben. Das gilt in besonderem Maße für die Stiftung, dessen Stiftungszweck dauerhaft festgelegt und über dessen Vermögensbestand nicht frei disponiert werden darf. Das erhöht den Anreiz für private Zustiftungen.
- Die GmbH kann – im Unterschied zum Regie- und Eigenbetrieb – mehrere Gesellschafter haben. Die Rechtsform eignet sich deshalb gut zur rechtlichen Organisation mehrerer gemeinsamer Träger für ein Theater.

E. Finanzierung

1. Eine wirtschaftliche und unternehmerischen Kriterien genügende Haushaltsführung erfordert es, die Theater und Orchester von den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Jährlichkeit, Spezialität und Nicht-Übertragung erwirtschafteter Überschüsse zu befreien. Im Interesse einer effizienten Haushaltsführung sollten die zum Teil bereits jetzt zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten – etwa bei der Ausdehnung der Deckungsfähigkeit – voll ausgeschöpft werden.
2. Gegenwärtig ist die rechtliche Lage zur Bildung von Rücklagen im Rahmen einer Förderung durch Zuwendungsbescheide in Bund und Ländern uneinheitlich. Wir empfehlen – dem Beispiel Baden-Württembergs folgend – die entsprechenden Verwaltungsvorschriften zur Bundshaushaltsordnung und den jeweiligen Landshaushaltsordnungen so zu ändern, dass die Bildung von Rücklagen zukünftig ohne Einschränkung möglich ist.
3. Das Erfordernis einer doppelten Prüfung der Jahresabschlüsse von Eigenbetrieben und Kapitalgesellschaften durch Rechnungsprüfungsämter und Wirtschaftsprüfer sollte wegfallen. Dabei bietet sich der generelle Wegfall der Prüfungspflicht von Jahresabschlüssen durch Wirtschaftsprüfer an.
4. Um den Theatern und Orchestern und den öffentlichen Zuwendungsgebern ein hohes Maß an Planungssicherheit zu gewährleisten, bietet sich der Abschluss eines auf mehrere Jahre gerichteten Zuwendungsvertrages an. Auch aus diesem Grund empfehlen wir für ein Theater und Orchester als Rechtsform die GmbH anstelle eines Regie- oder Eigenbetriebes. Im Rahmen des Zuwendungsvertrages haben der öffentliche Zuwendungsgeber und das Theater/Orchester die Möglichkeit, auszuhandeln, was für die Haushaltsführung sowohl des Theaters/Orchesters als auch des öffentlichen Zuwendungsgebers im Einzelfall am sinnvollsten ist.
5. Die Arbeit der Fördervereine von Theatern und Orchestern wird durch die 2003 ergangene Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt erheblich erschwert: Die Finanzverwaltung erkennt seit 2004 die Staffelung von Mitgliedsbeiträgen und daran anknüpfend unterschiedliche Vergünstigungen für Mitglieder nicht mehr an; der Sonderausgabenabzug derartiger Mitgliedsbeiträge wird insgesamt versagt. Die Rundverfügung muss aufgehoben werden. Soweit den Mitgliedern für ihre gestaffelten Mitgliedsbeiträge auch Vergünstigungen eingeräumt werden, sollte – ähnlich der Behandlung in den USA – eine Aufteilung des Mitgliedsbeitrages in einen steuerlich abzugsfähigen und einen nicht-abzugsfähigen Teil erfolgen.
6. Die steuerliche Beurteilung der einheitlichen Eintrittsgelder für Benefiz-Veranstaltungen sollte attraktiver gestaltet werden. Gegenwärtig ist bei Zahlung eines einheitlichen Entgeltes für eine Benefiz-Veranstaltung zur Förderung gemeinnütziger Zwecke eine Aufteilung in einen nicht-abzugsfähigen Anteil für Bewirtschaftungsleistungen und einen als Sonderausgaben abzugsfähigen Spendenanteil nicht möglich. Das ist ärgerlich, weil nach der sonst im Steuerrecht durchaus üblichen wirtschaftlichen Be-

trachtungsweise die hohen Entgelte für die Teilnahme an Benefiz-Veranstaltungen im Kern der uneigennützigen Förderung eines gemeinnützigen Zwecks dienen. Um die Möglichkeiten des sogenannten Fundraising auch im Bereich der Förderung von Theatern und Orchestern wesentlich zu verbessern, empfehlen wir, zukünftig bei einheitlichen Entgelten für eine Benefiz-Veranstaltung eine Aufteilung des Entgeltes in einen nicht-abzugsfähigen und einen als Spende abzugsfähigen Teil zuzulassen. Aus Vereinfachungsgründen wäre auch – ähnlich der Aufteilung von Bewirtungskosten beim Betriebsausgabenabzug – eine pauschale Aufteilung in 30 % nicht-abzugsfähiges Entgelt und 70 % abzugsfähige Spende denkbar.

F. Vergaberecht

1. Die öffentlichen Theater und Orchester sind regelmäßig an das Vergaberecht gebunden. Bei den Kulturunternehmen, die aus der Verwaltung ausgegliedert sind und in privater Rechtsform betrieben werden, folgt die Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts aus den Zuwendungsverträgen und Zuwendungsbescheiden ihrer Träger oder den Betriebssatzungen, zum Teil aber auch aus landesrechtlichen Vorgaben.
2. Die Pflicht zur formalisierten Auftragsvergabe von Leistungen, die den typischen und täglichen Bedarf der Theater und Orchester betreffen (Sicherheitsdienste, Gebäudereinigung, Wäscherei, Druckaufträge, Einkauf, Veranstaltungsagenturen etc.), wird von der Mehrheit der Betriebe als Belastung empfunden.
3. Die Verpflichtung der selbständigen, insbesondere der als GmbH geführten Kulturunternehmen zur Anwendung der VOL/A hat unserer Auffassung nach keine Legitimation, sondern führt zu einer unangemessenen Verteuerung des Beschaffungswesens. Wir empfehlen, diese Kulturunternehmen insoweit von der Anwendung des nationalen Vergaberechts zu befreien. Von entsprechenden Bestimmungen in Zuwendungsverträgen, Zuwendungsbescheiden und Betriebs- und Stiftungssatzungen der selbständigen, insbesondere der als GmbH geführten Theater und Orchester, die die Anwendung der VOL/A vorschreiben, ist abzusehen. Landesrechtlich bestehende Verpflichtungen der öffentlichen Träger, bei ihren Eigengesellschaften auf eine Anwendung der VOL/A hinzuwirken, sind ggf. in der Weise zu flexibilisieren, dass die Träger lediglich zu einer *Empfehlung* der Anwendung der VOL/A verpflichtet werden.

G. Steuerrecht

Die Theater/Orchesterbetriebe sind im Bereich des Steuerrechts im wesentlichen durch komplizierte und aufwendige Verwaltungsverfahren in ihrer täglichen Arbeit gehemmt.

Es wäre ein großer Schritt in Richtung Steuervereinfachung, wenn die folgenden Änderungen realisiert würden:

1. Die Möglichkeit der pauschalen Gewinnermittlung gem. § 64 Abs. 6 AO sollte auf sämtliche wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe von Theater/Orchesterbetrieben erweitert werden.
2. Das EuGH-Urteil *Hoffmann* zur Umsatzsteuerbefreiung von Einzelkünstlern sollte uneingeschränkt angewendet werden. Auch Regisseure, Bühnenbildner etc. erbringen umsatzsteuerfreie Leistungen im Sinne von § 4 Nr. 20a UStG.
3. Das überflüssige Erfordernis der Bescheinigung zur Umsatzsteuerbefreiung gem. § 4 Nr. 20a Satz 2 UStG sollte jedenfalls bei Künstlern, die an Theater/Orchesterbetrieben tätig sind, entfallen.
4. Das im Teil „Sozialversicherungsrecht“ näher erläuterte Wahlrecht, für konkrete Gast- und Stückeverträge die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung wählen zu können und die Maßgeblichkeit dieses Wahlrechts für Sozialversicherungsträger und Finanzverwaltung, würde die für die Lohnsteuer so wichtige Einordnung einer Tätigkeit von Künstlern in nichtselbständig ja/nein wesentlich erleichtern und zu mehr Rechts- und Planungssicherheit für die Theater/Orchesterbetriebe führen.
5. Der Einkommensteuer-Abzugssatz sollte bei im Ausland ansässigen Künstlern einheitlich 20 % betragen. Die gegenwärtige Differenzierung nach selbständig, kurzfristig nichtselbständig, langfristig nichtselbständig tätigen Künstlern sollte abgeschafft werden.
6. In Anlehnung an das EuGH-Urteil *Gerritse* sollte die Erstattung von Reisekosten nicht in die Bemessungsgrundlage des Steuerabzugs einbezogen werden.
7. Das separate Antragsverfahren beim Bundesamt für Finanzen sollte bei im Ausland ansässigen, selbständigen nicht-darbietenden Künstlern (Regisseure, Choreographen, Bühnenbildner u. ä.) ersetzt werden, entweder durch die bloße Vorlage der Ansässigkeitsbescheinigung des ausländischen Wohnsitzfinanzamts oder durch die generelle, nicht betragsmäßig begrenzte, Erstreckung des vereinfachten Kontrollmeldeverfahrens auf eben diese an Theater/Orchesterbetrieben tätigen selbständigen, nicht-darbietenden Künstler.

H. Arbeitsrecht

I. Tarifrecht

1. Strukturfragen

- Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge ist weiterhin sinnvoll. Ziel muss es dabei sein, für sämtliche Beschäftigten bühngerechte Regelungen zu schaffen.

- Die Aufspaltung der Interessenwahrnehmung in Tarifverhandlungen auf Arbeitgeberseite in den Deutschen Bühnenverein einerseits und die Arbeitgeberverbände des allgemeinen öffentlichen Dienstes andererseits behindert die umfassende Durchsetzung bühngerechter Regelungen.
- Haustarifverträge versprechen derzeit eine bessere Durchsetzungschance für die Einführung bühngerechter Arbeitsbedingungen für sämtliche Beschäftigte. Der Arbeitnehmerseite steht im Falle des Haustarifvertrages ein Verhandlungspartner mit umfassender Tarifzuständigkeit zur Verfügung.
- Das Interesse an einer einheitlichen Wahrnehmung der Arbeitgeberinteressen in Tarifverhandlungen lässt sich grundsätzlich auch im Rahmen von Verbandstarifverträgen erreichen. In diesem Fall sollte eine einheitliche Tarifzuständigkeit eines Arbeitgeberverbandes für die Regelung der Arbeitsbedingungen sämtlicher Beschäftigten begründet werden.
- Arbeitsrechtlich empfiehlt sich die rechtliche Verselbständigung von Bühnen und Orchestern. Sie bietet die Möglichkeit, sowohl auf der Seite der finanzierenden öffentlichen Hand als auch auf Seiten der Bühnen und Orchester Planungssicherheit über langfristige Zuwendungsverträge zu erzielen. Dies wiederum ermöglicht es, einen Anreiz für Einsparungen zu schaffen und auch die Arbeitnehmer an einem verbesserten Ergebnis zu beteiligen.
- Die Satzung des Deutschen Bühnenvereins sollte in § 10 Abs. 1 Satz 2 geändert werden, um Ausgliederungen auch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht zu erschweren.

2. Inhaltliche Fragen

a) Arbeitszeit

Die Arbeitszeitregelungen der künstlerischen und der künstlerisch-technischen Beschäftigten sind zu koordinieren und möglichst weitgehend dem NV Bühne für den Bereich Solo anzupassen. Für nicht künstlerisch Beschäftigte empfiehlt es sich, Arbeitszeitkontingente für einen längeren Zeitraum (Kalenderjahr oder Spielzeit) festzulegen. Ausgleichszeiträume müssen für sämtliche beschäftigten Gruppen hinreichend verlängert werden, um den Anforderungen des Proben- und Spielbetriebes zu genügen.

b) Teilzeitanpruch

Die Ablehnungsgründe für Teilzeitanprüche sollten tarifvertraglich konkretisiert werden.

c) Vergütungen

- Die automatische Anpassung der Vergütungen von künstlerischen Beschäftigten entsprechend der Entwicklung der Tarifabschlüsse im öffentlichen Dienst sollte aufgegeben werden.
- Die Vergütungsregelungen müssen Leistungsanreize schaffen. Auch die Beteiligung von Arbeitnehmern an erzielten Einsparungen und Sondereinnahmen sollte in Betracht gezogen werden.
- Im nicht künstlerischen Bereich sind breit gefasste Tätigkeitsmerkmale vorzusehen. Lebensaltersstufen sollten auf wenige beschränkt bleiben, (Bewährungs-) Aufstiege abgeschafft werden. Eingesparte Vergütungen können für leistungsbezogene Entgeltbestandteile verwendet werden.

II. Reformbedarf im Bereich der Gesetzgebung

1. Befristungen

- Der Sachgrund der Befristung aus künstlerischen Gründen muss möglichst umfassend in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG anerkannt werden.
- Das Schriftformerfordernis für Befristungen nach § 14 Abs. 4 TzBfG sollte dem im Bühnenbereich üblichen Verlängerungsautomatismus angepasst werden.

2. Tendenzschutz

Es wäre wünschenswert, den Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz und in den Personalvertretungsgesetzen auszuweiten und zu konkretisieren. Insbesondere die Dienstplanung in Tendenzbetrieben sollte der Mitbestimmung entzogen bleiben.

3. Bühnenschiedsgerichtsbarkeit

Das Verfahren in Bühnenstreitigkeiten sollte auf insgesamt höchstens drei Instanzen beschränkt werden. Zu diesem Zweck empfiehlt sich eine Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes dahingehend, dass Tarifvertragsparteien ein Landesarbeitsgericht als Eingangsinstanz für Aufhebungsklagen bestimmen können.

4. Arbeitszeitgesetz

Derzeit arbeitet die Kommission der Europäischen Gemeinschaft an einer Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie. Diese wird vorsehen, dass Mitgliedstaaten Zeiten des Bereitschaftsdienstes nicht zur Arbeitszeit zählen müssen. Sollte die Richtlinie in die-

ser Form verabschiedet werden, so empfehlen wir dem Bundesgesetzgeber, von dieser erweiterten Möglichkeit zur Nutzung von Bereitschaftsdiensten unverzüglich Gebrauch zu machen und damit im wesentlichen die früher in Deutschland geltende Rechtslage wieder herzustellen.

5. Änderung von Arbeitsbedingungen

Die Änderung von nicht tarifvertraglich abgesicherten Arbeitsbedingungen sollte rechtlich vereinfacht werden. Es empfiehlt sich, das Kündigungsschutzgesetz in § 2 dahingehend zu ändern, dass Änderungskündigungen zum Abbau von übertariflichen Leistungen grundsätzlich zugelassen werden. Zu erwägen ist darüber hinaus ein besonderes Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zur Anpassung von Arbeitsbedingungen unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses.

6. Betriebsübergang

Es empfiehlt sich, einen Tarifwechsel im Falle eines Betriebsübergangs zu vereinfachen. Dies kann durch einen maßvollen Eingriff des Bundesgesetzgebers geschehen, der eine Ablösung bei dem vormaligen Arbeitgeber geltender Arbeitsbedingungen bereits bei einseitiger Tarifbindung des neuen Arbeitgebers zulässt.

7. Besserstellungsverbot

Entsprechend dem Grundkonzept einer rechtlichen Verselbständigung von Bühnen und Orchestern, sei es in Form einer Stiftung öffentlichen Rechts, sei es in Form einer GmbH, bedarf es einer Modifizierung des haushaltsrechtlichen Besserstellungsverbot. Dem Interesse der öffentlichen Hand an einer Kontrolle über die Kosten wird durch den Abschluss längerfristiger Zuwendungsverträge entsprochen. Im Gegenzug sollten die Bühnen grundsätzlich von den Einschränkungen des Haushaltsrechts freigestellt werden, um Spielräume für eigenverantwortliches Wirtschaften zu eröffnen und Einsparpotentiale zu gewinnen.

I. Sozialrecht

1. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Gesetzgebungsprozess zu § 7 Abs. 4 SGB IV ist der Versuch zweifelhaft, über gesetzliche Regelungen zu einer Konkretisierung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs zu kommen.

Dem Problem der im Ergebnis weitgehend pauschalen Einordnung aller künstlerischer Mitarbeiter als Arbeitnehmer kann auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Regelungen nur durch eine Umkehr in der Rechtsprechung der Gerichte abgeholfen werden. Das Kriterium der Probenverpflichtung muss im Regelfall als neutrales Kriterium gewertet werden. Vielmehr kommt es – wie bei sonstigen Rechtsverhältnissen

auch – ausschließlich darauf an, ob die Künstler über die konkret vertraglich vereinbarte Produktion hinaus Weisungsrechten unterliegen. Lediglich konkretisierende Weisungen im Hinblick auf das Stück selbst führen allerdings nicht zu einer Weisungsgebundenheit im arbeitsrechtlichen Sinne. Hierauf hat der Gesetzgeber allerdings nur beschränkte Möglichkeiten der Einflussnahme.

Vielmehr sollte gastspielverpflichteten Künstlern, die nur für ein Stück engagiert werden, die Möglichkeit eines auch die Sozialversicherungsträger im Rahmen einer Vermutungsregelung weitgehend bindenden Wahlrechts zur Selbstständigkeit eingeräumt werden. Die Gastkünstler sollen sich auch in Bezug auf ein konkretes Vertragsverhältnis im Regelfall für die Einbeziehung in die Künstlersozialversicherung entscheiden können.

Hierzu schlagen wir folgende Regelung, zum Beispiel als § 2 a KSVG, vor:

„Künstler, die nach diesem Gesetz versichert werden, können bei Abschluss eines auf eine Produktion bezogenen Vertrages (Gastspiel- oder Stückvertrag) wählen, ob dieses Vertragsverhältnis in die Versicherungspflicht nach diesem Gesetz einbezogen werden soll. Das Wahlrecht wird durch einfache Anzeige gegenüber der Künstlersozialkasse ausgeübt und muss vom Künstler und dem beschäftigenden Unternehmer unterzeichnet werden. Hat sich der Künstler für eine Einbeziehung entschieden, so wird widerlegbar vermutet, dass eine selbstständige Tätigkeit im Sinne von § 1 dieses Gesetzes vorliegt.“

2. Gastspielverträge sollten sozialversicherungsrechtlich jeweils auf den Aufführungstag bezogen abzurechnen sein. Etwas anderes sollte nur dann gelten, wenn die Zahl der Gastauftritte in einem Monat so zahlreich ist, dass im Rahmen einer typisierenden Betrachtung von einer durchgängigen Beschäftigung auszugehen ist. Dies dürfte nach unserer Auffassung bei mehr als 10 Auftritten im Monat der Fall sein. Rechtstechnisch kann dies nach unserer Auffassung durch einen klarstellenden Zusatz in § 1 Abs. 1 BZVO mit folgendem Inhalt erfolgen:

„Gastspielverträge im Sinne von § 1 Abs. 5 NV Bühne sind für die Dauer der Aufführungsphase pro Aufführungstag kalendertäglich abzurechnen, es sei denn, die Zahl der Auftritte im Monat überschreitet 10 Aufführungen.“

Eröffnet der Gesetzgeber den Gastkünstlern die Möglichkeit der Ausübung eines Wahlrechts mit der Folge, dass die Tätigkeit der Versicherungspflicht nach dem KSVG unterfällt, bedarf es indes der vorstehend vorgeschlagenen Gesetzesänderung nicht.

3. Die durch die Hartz-Gesetze drohenden Verschärfungen im Arbeitsförderungsrecht können insbesondere bei Gastkünstlern zu einer Beitragspflicht ohne die Begründung von Ansprüchen auf Arbeitsförderungsleistungen führen. Auch hier zeigt sich nach unserer Auffassung deutlich, dass die nahezu durchgängige Einordnung der Rechts-

verhältnisse an Bühnen und Orchestern als Arbeitsverhältnisse unbefriedigend ist. Eine Lösung kann für gastspielverpflichtete Künstler auch hier vor allem durch eine weitergehende Öffnung für die Annahme selbstständiger Beschäftigungsverhältnisse liegen. Dies reduziert die unmittelbare Kostenbelastung für Künstler und Einrichtung und eröffnet so die Möglichkeit einer stärkeren Eigenvorsorge für den durch die Künstlersozialversicherung nicht geschützten Bereich der Arbeitslosigkeit.

4. Der soziale Mindestabsicherung selbstständiger Künstler sollte im übrigen weiterhin über die Künstlersozialversicherung erfolgen bzw. noch durch die Einräumung eines Wahlrechts erweitert werden.
5. Die Beschäftigung von ausländischen Gastkünstlern muss genehmigungsfrei sein, wenn die ausländischen Künstler unter marktüblichen Arbeitsbedingungen, d. h. einem inländischen Arbeitnehmer vergleichbar, beschäftigt werden. Dies sichert ab, dass in der Tat nur künstlerische Erwägungen den Ausschlag für das Engagement eines ausländischen Künstlers geben und ein „Lohndumping“ im Kunstbereich vermieden wird. Es erfolgt damit eine Gleichstellung mit Arbeitnehmern, die durch die Wissenschaftsfreiheit geschützt werden.

ANHANG: AUSWERTUNG DER FRAGEBÖGEN

A. Urheberrecht

Welche Rolle spielen die Regelungen des Urheberrechts im täglichen Betrieb?				
1 geringe Rolle	2	3	4	5 große Rolle

Anmerkungen (Auswahl):

- „Die Abgeltung des Urheberrechts ist ein Kostenfaktor. Wenn z.B. für die Erstaufführung einer Oper, die ein spezielles Publikum und damit einen eingeschränkten Kreis erreicht, zusätzlich 200% der Materialleihgebühren fällig werden, wird das Wagnis eines unbekanntes Titels noch größer. Die Tantieme für Gastspiele ist ebenfalls ein Kostenfaktor, an dem solche Unternehmungen u. U. scheitern.“
- „Die Konditionen zur Erlangung der Aufführungsrechte (speziell für Vorstellungen in kleineren Räumen) verschlechtern sich für die Theater. Mindestgarantien pro Vorstellung und garantierte Aufführungszahlen belasten den Etat zusätzlich.“
- „Abgeltung von Leistungsschutzrechten bei Fernseh- und CD-Produktionen.“
- „Hochgradig ritualisiertes Verfahren bei Beweis der jeweiligen Rechte.“
- „Probleme bestehen bei Archivmaterial – Vervielfältigungen, Werbemöglichkeiten, Lösung für neue Medien.“
- „Keine Probleme bestehen beim Erwerb der Aufführungsrechte, sondern bei Medienverwertungen sowie Video und Internetauftritten.“
- „Die Forderungen der Verlage für so genannte ‚wissenschaftliche‘ Bearbeitungen sind in der Regel unangemessen hoch.“

Stellen die Regelungen des Urheberrechts aus Ihrer Sicht ein Hindernis dar, wenn es um folgende Themen geht?					
	1 kein Hindernis	2	3	4	5 großes Hindernis
Werbung im Internet					
Archivierung von Mitschnitten					
Übertragung von Aufführungen ins Foyer					
Sonstige	<ul style="list-style-type: none"> ○ Werbung/Video für Gastspiele ○ Bearbeitung von Musiktheaterwerken für spezielle Produktionsbedingungen ○ Zum Teil werden große Hindernisse gesehen bei Anbietung der Dienstleistung audio on demand sowie bei dem Abschluss von CD-Verträgen, zum Teil werden hierbei keine Hindernisse gesehen. ○ Großes Hindernis auch bei Bearbeitung von Werken, eine finanzielle Belastung, wenn Verlage nicht Mitglied im Verband der Bühnenverleger sind. 				

Wie häufig stellt sich in der Praxis das Problem der Veränderung einer Inszenierung ohne Mitwirkung/Zustimmung des Regisseurs?				
1 gar nicht	2	3	4	5 häufig
				⁴⁷

⁴⁷ Anmerkung des Theaters: Spezifik der Abstecherbühnen.

Bereitet die Abwicklung mit den Verwertungsgesellschaften im täglichen Theater-/Orchesterbetrieb Probleme?				
1 keine Probleme	2	3	4	5 erhebliche Probleme

Anmerkungen (Auswahl):

- „Das Verfahren ist handhabbar, aber die Verlage legen die Regelsammlung zum Nachteil des Theaters aus oder halten sich nicht daran. Beispiel: Rechte müssen auch bezahlt werden, wenn die Inszenierung nicht zustande kommt.“
- „Die Abwicklung ist vor allem teuer, im Fall der GEMA schwer nachvollziehbar und vorher oft nicht zu kalkulieren.“
- „Probleme bei der Nutzung nicht mehr geschützter Werke sowie im Falle von Zusatzforderungen für Gastspiele.“
- „Eine größere Transparenz, wohin das Geld fließt, wäre wünschenswert (bspw. bei GEMA-Pauschalen).“
- „Verträge kommen mitunter spät.“

Besteht aus Ihrer Sicht Bedarf für eine Veränderung der gesetzlichen Regelung im Urheberrechtsgesetz?				
1 kein Bedarf	2	3	4	5 akuter Bedarf

Wenn aus Ihrer Sicht Bedarf besteht, begründen Sie bitte kurz, inwieweit eine Veränderung wünschenswert wäre:

- „Die „Genehmigung“ von Musikern, kleine Rechte, sollte mit GEMA ausreichend abgegolten sein; bei Gastspielen im Ausland bestehen große Probleme.“
- „Umfassendere Abtretung von ‚im Dienst‘ erbrachten Leistungen auch zur kommerziellen Verwertung durch den Arbeitgeber wäre wünschenswert.“
- Benutzung von Übersetzungen, wenn das Werk als solches nicht mehr geschützt ist; Benutzung von Ausschnitten (*aus den Produktionen*) für Werbemaßnahmen.“
- „Insbesondere bei Studioproduktionen sollte eine deutliche Herabsetzung von Mindestbeträgen für Tantiemen möglich werden, da sonst häufig die Abendeinnahmen nicht einmal zur Deckung der Tantiemenkosten reichen.“
- „Freierer Umgang z.B. mit Texten, Photos, Film, Musikwerken bei Adaptionen für die (jeweilige) Bühne.“
- „Rücknahme der Angemessenheitsregelung.“
- „Vermieden werden muss, die Klassifizierung der Regie-, Bühnen- und Kostümbildtätigkeit als Urheberrecht, weil diesen Leistungen in einem Theaterbetrieb ein so originäre Recht nicht zukommt, da der schöpferische Prozess in allen drei Berufen ohne die kreative Mitarbeit anderer nicht denkbar ist. Im Fall der Regie gilt das insbesondere für die Mitarbeit der Darsteller. – Die für die Berufe bestehenden Leistungsschutzrechte sind ausreichend.“
- „Bei Theatereinrichtungen, die Zuwendungen erhalten, sollten einfache Pauschalwerte festgelegt werden.“
- „Mehr öffentliche Werbung zulassen ohne große Einschränkungen und finanzielle Abgeltung für Urheberrechte.“

B. Rechtsform

Welche Rechtsform ist die nach Ihrer Erfahrung am besten geeignete für die Führung eines Theater- / Orchesterbetriebs?					
	1 geeignet	2	3	4	5 ungeeignet
Regiebetrieb					
Eigenbetrieb					
Zweckverband					
GbR					
GmbH					
AG					
e.V.					
Stiftung öff.R.					

Begründungen (Auswahl):

- „Die Rechtsform ist abhängig von der Gesellschafter-/Trägerkonstellation. So kann ein Zweckverband bei einem Konglomerat von Trägern sehr sinnvoll sein, einem anderen Falle nicht. Zweckverband kann auch Mitgesellschafter einer GmbH sein.“
- „Bei GmbH, Stiftung und Eigenbetrieb Unabhängigkeit von Kameralistik, kaufmännische Buchführung, Flexibilität, unternehmerisches Handeln.“
- „GmbH erlaubt Verwendung der erwirtschafteten Beträge, Deckungsfähigkeit.“
- „GmbH: Größtmögliche unternehmerische Flexibilität.“
- „Eigenbetrieb und GmbH sinnvoll wegen Selbständigkeit in finanzieller, entscheidungsmäßiger Hinsicht. GbR und e.V. zu schwerfällig bei Entscheidungen. AG wegen der Entmündigung der Geldgeber ungeeignet, die dann die Mitsprache in Bewilligungsbedingungen verpacken müssen.“
- „Der Idealfall sind ausschließlich von privaten Gesellschafter betriebene GmbH-Theater. Zuwendungen werden für bestimmte Zeiträume ausgehandelt. Die diesen zugrunde liegenden Wirtschaftspläne sind in sämtlichen Ansätzen gegenseitig deckungsfähig mit der einzigen Einschränkung, dass die Umwidmung einzelner Ansätze nicht zu einem höheren Zuwendungsbedarf im Folgejahr führen darf.“

Sämtliche Spielplan- und Personalentscheidungen liegen bei der Geschäftsführung. Ein Mitsprache- oder gar Einspruchsrecht gibt es nicht.“

- „GmbH: Kurze Entscheidungswege, optimale Flexibilität.“
- „GmbH und Stiftung unterstützt unternehmerisches Denken und Handeln, der Rest: verhindert dies.“
- „GmbH und GbR (letztere beschränkt) sind flexibel, aber zu leicht abzuwickeln.“
- „Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Zweckverband und GmbH gewährleisten Freiheit/Eigenverantwortung für Inhalte, Finanzen und Personalentscheidungen.“
- „Rechtsform spielt sekundäre Rolle. Unwägbarkeiten beim Empfang von Zuschüssen öffentlicher und privater Geldgeber und starke Eingriffsrechte des Aufsichtsrats z.B. einer GmbH beeinträchtigen den wirtschaftlichen und künstlerischen Erfolg des Theaters. Im Übrigen kommt es auf die Verhältnisse und Risikoverteilung im Einzelfall an, um die ideale Rechtsform zu beurteilen.“
- „Regiebetrieb mit seiner Kameralistik lässt kein unternehmerisches Handeln zu.“
- „Auch wenn uns bisher noch nicht alle notwendigen betriebswirtschaftlichen Entscheidungsmöglichkeiten gegeben sind, haben wir nahezu durchgängig positive Erfahrungen mit unserer Rechtsform des Regiebetriebs gemacht.“
- „Regiebetrieb zu unflexibel, zu viel Hineinregieren der Kommune; ausreichende Flexibilität der unternehmerischen Entscheidungen in Stiftung, notwendige Politikferne.“
- „Grundsätzlich sind Rechtsformen zu bevorzugen, bei denen die künstlerische Wirkungsquote möglichst direkt umsetzbar ist. Ein vergleichbarer Prozess wie die Notwendigkeit eines privaten Wirtschaftsunternehmens, auf den Markt schnell reagieren zu können. Möglichst wenige Zusatzgremien, die nicht in den Produktionsprozess involviert sind.“
- „Voraussetzung für eine geeignete Rechtsform ist Planungssicherheit und das selbständige, eigenverantwortliche unternehmerische Handeln. In der Praxis bieten Eigenbetrieb und GmbH die besten Möglichkeiten. Regiebetrieb kann genauso gut geeignet sein, wenn die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten im Haushalt verankert sind und das Theater von Verfügungen oder Erlassen zur Stellen- und Haushaltswirtschaft der Ministerien und nachgeordneten Einrichtungen ausgenommen ist. Handlungsmöglichkeiten sind z.B. Übertragbarkeit von Mehreinnahmen und Ausgaberechten, Bewirtschaftung der Personalmittel, weitgehende Deckungsfähigkeit auch zwischen Personal- und Sachmitteln.“
- „Entscheidend ist nicht die Rechtsform, in der Theater der öffentlichen Hand betrieben werden. Die Betriebsführung ist in jeder Rechtsform denkbar, wenn der Rechtsträger die Verantwortung bei der Leitung belässt und diese nach kaufmännischen Erfordernissen handeln kann. Es gibt hervorragend funktionierende Regiebetriebe, die dem Intendanten eine kaufmännische Betriebsführung ermöglichen. Es gibt dagegen zahlreiche städtische GmbH-Theater mit überwiegend aus Angehörigen des öff. Dienst zusammengesetzten Aufsichtsräten, die der Geschäftsführung das enge Korsett öffentlicher Verwaltung anlegen und auf diese Weise ein wirtschaftliches Handeln unterbinden.“
- „Eigenbetriebe unterliegen offensichtlich größeren Einflussmöglichkeiten als Regiebetriebe, wie ich den Klagen von Kollegen entnehme. Zweckverbände haben oft den Charme of unterschiedlicher Interessen der verschiedenen Kommunen und zeichnen sich durch permanente Einflussnahmen auf Spielpläne und komplizierte Finanzierungsentscheidungen aus.“
- „Regie-, Eigenbetrieb, Zweckverband, GbR und AG: Eingriff der öffentlichen Hand zu groß; Handlungsfähigkeit aufgrund der Bürokratie und Formalismus; Eigenständigkeit auf niedrigstem Niveau.“
- „AGs als gewinnorientierte Rechtsform mit Aktionärsbeteiligung scheint in der Zielsetzung deplaziert zu sein.“

C. Aufsicht und Kontrolle

<i>Die Rechts- und/oder Fachaufsicht spielt im täglichen Betrieb Ihres Theater-/Orchesterunternehmens eine ...</i>				
1 geringe Rolle	2	3	4	5 große Rolle

<i>Die konkrete Durchführung der Rechts- und/oder Fachaufsicht ist im täglichen Betrieb ...</i>				
1 unterstützend	2	3	4	5 behindernd

Anmerkungen (Auswahl):

- „Die Bezirksregierung wirkt als Verzögerungsfaktor. In der Zusammenarbeit kompliziert das Fachdezernat die Abläufe durch Formalismus.“
- „Rechtsaufsicht spielt keine große Rolle. Die Fachaufsicht ist oft zu wenig spezifisch auf Theaterfragen ausgerichtet, aber eher personenabhängig, bei politischen Entscheidungen nicht immer sachdienlich.“
- „Neben der gesetzlich vorgeschriebenen Rechtskontrolle erfolgt auch ein sinnloser Bürokratismus, der einen erhöhten Aufwand notwendig macht. Insgesamt unterstützt *und* behindert die Aufsicht.“
- „Rechts- und Fachaufsicht wirkt sich eher im wirtschaftlichen Bereich aus. Ist in jedem Fall hinderlich (nicht nur lästig). Aber wegen der Sicherheitswirkung meist förderlich.“
- „Rechts- und Fachaufsicht ist unterstützend als auch behindernd. Typisch dafür Baugeschehen: Die Baureferate in der Verwaltung eher behindernd, das Fachreferat eher unterstützend.“
- „Aufgrund der bestehenden Strukturen erfolgt beinahe täglich eine Abstimmung mit dem Träger zu verschiedenen Themen. Manchmal ist das hilfreich.“

Die Aufsichtstätigkeit durch Aufsichtsgremien spielt im täglichen Betrieb eine ...				
1 geringe Rolle	2	3	4	5 große Rolle

Die konkrete Aufsichtstätigkeit durch Aufsichtsgremien ist im täglichen Betrieb ...				
1 unterstützend	2	3	4	5 behindernd

Anmerkungen (Auswahl):

- „Es gibt einen aus Vertretern der beiden Zuschussgeber des Landes und der Stadt gebildeten Ausschuss, der ein bis zwei Mal jährlich tagt. Im Wesentlichen hat er Informationsrechte und nur geringe Einflussmöglichkeiten. Er bildet insbesondere ein Forum für die Stadtvertreter, Einblicke in die künstlerische, finanzielle und Investitionsplanung des Theaters sowie für die Rückschau zu haben. Im täglichen Betrieb spielt das Aufsichtsgremium kaum eine Rolle. Die Befugnisse für Beschlüsse beziehen sich auf wenige Sachverhalte. Dadurch behindert das Gremium wenig. Eine Unterstützung stellt der Ausschuss nicht dar.“
- „Konkret sind die Grenzen der zustimmungspflichtigen Geschäfts zu niedrig und müssten erhöht werden.“
- „So allgemein lässt sich die Bedeutung der Rechts- und Fachaufsicht nicht zusammenfassen. Auch in unserem Theater ist die Aufsicht bei den Themen mit grundsätzlicher Tragweite (Budgetverträge, Berichtswesen, Besetzung Leitungspositionen) sehr bedeutend, bei den Themen des operativen Geschäfts nicht so bedeutend und auch nicht störend.“
- „Erfordernis der Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates zu bestimmten Entscheidungen nötig, aber oftmals hinderlich.“
- „Bei Aufsichtskontrolle besteht die besondere Schwierigkeit der Aufsicht durch Vielzahl von Gesellschaftern.“

In Aufsichtsgremien sollten folgende Personengruppen vertreten sein:					
	1 unbedingt	2	3	4	5 eher nicht
Vertreter der Politik					
Vertreter des künstlerischen Ensembles					
Vertreter der nicht künstlerischen Mitarbeiter					
Vertreter verbundener Fördervereine					
kaufmännische Sachverständige					
künstlerische Sachverständige					
Gewerkschaftsvertreter					
Sonstige	Betriebsrat				

Anmerkungen (Auswahl):

- „Im Theater ist der künstlerische, arbeitsrechtliche und kaufmännische Sachverstand vorhanden. Die Theaterleitung kann sich beraten lassen, wenn sie dies für notwendig hält. Einer Unterstützung des Aufsichtsrats bedarf sie nicht. Sofern sich der Aufsichtsrat auf seine Kontrollaufgaben beschränkt, ist die Herkunft seiner Mitglieder sekundär. In der Erfahrung verstehen Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt bisweilen als Interessenvertretung oder Hilfestellung und behindern den Theaterbetrieb, indem sie versuchen, das künstlerische Programm, die Organisation oder das kaufmännische Handeln zu beeinflussen.“
- „Für unser Theater ist es ein großer Vorteil, dass das Aufsichtsgremium, der zuständige Fachbereichsausschuss des Gemeinderats, mit Politikern besetzt ist und die Angelegenheiten des Theaters in öffentlicher Sitzung verhandelt werden. Selbstverständlich ist es bei einem Staatstheater sinnvoll, dass Vertreter der Fach- und Finanzministerien in den Aufsichtsgremien sitzen.“
- „Die Mehrheit im Aufsichtsgremium darf nicht bei der Politik liegen. In künstlerischen Betrieben haben Gewerkschaftsvertreter wie auch Vertreter des Personals nichts zu suchen, da letztere genügend Einflussmöglichkeiten über Personal- bzw. Betriebsräte haben.“

- „Bei der Zusammensetzung eines Gremiums sollte der Fach- und Sachverstand wichtig sein. Das Gremium sollte nur teilweise durch Politiker besetzt werden wegen Einflussnahme auf Geldverteilung im Land/Stadt. Arbeitnehmervertreter (Betriebsrat) wichtig, um Beschlüsse schneller durchzusetzen.“
- „Es ist wichtig, die verantwortliche Politik in den Aufsichtsgremien rechtzeitig und verbindlich mit am Tisch zu haben.“

Wie würde nach Ihrer Auffassung die optimale Organisation eines Theater-/Opernbetriebes aussehen?

- „Klare Ziel- und Finanzierungsvereinbarungen, die einen zuverlässigen Rahmen für publikumsorientierte, aber künstlerisch freie Arbeit schaffen.“
- „Enge Bindung an Rechtsträger. Klare Strukturen in den Theatern entsprechend der Aufgabenstellung. Eingeschränkte Doppelspitze. Ensemblestruktur und Repertoirebetrieb.“
- „GmbH oder Stiftung mit Aufsichtsgremien, in denen die Vertreter der Politik und der Verwaltung in der Minderheit sind und die restlichen Mitglieder ausschließlich kaufmännische und künstlerische Sachverständige sind. Der Intendant und der kaufmännische Direktor bilden die Geschäftsführung, wobei der Intendant die letzte Entscheidung hat. Der Intendant hat ein Mitspracherecht bei der Besetzung des kaufmännischen Direktors. Sämtliche Leitungspositionen, auch die des Generalmusikdirektors werden vom Intendanten im Benehmen mit dem Rechtsträger besetzt. Beschäftigung des künstlerischen und handwerklich-künstlerischen Personals nach NV Bühne. Beschäftigung des Orchesters nach reformierten TVK. Herauslösung des nichtkünstlerischen Personals aus dem BAT bzw. BMT-G und Beschäftigung in einem auf die Bühne zugeschnittenen Haustarifvertrag.“
- „Geschäftsführer – Prokuristen (verantwortlich für Geschäftsführung, Verwaltung und Technik) – Einzelne Sparten-Intendanten (künstlerisch selbständig mit eigenem Etat).“
- „Beachtung künstlerischer Freiheit und Eigenverantwortung. Mehrjährige Zuwendungsverträge.“
- „Allgemein ist die Organisationsform weniger wichtig als das Verhalten: Eine Verständigung auf klare Ziele und Zielkriterien, klare Zuständigkeiten und organisatorische und finanzielle Selbständigkeit. Wenn alle Beteiligten das wollen, kann man das in jeder Organisationsform erreichen.“
- „Wichtig ist langfristige Planungssicherheit (idealerweise fünf Jahre).“
- „Kleines Organisationsteam fest angestellter Mitarbeiter zur Planung und Durchführung eines Spielplans mit frei zu engagierenden Künstlern und Technikern.“
- „Holdingsstruktur mit kaufmännischem Leiter, kein Durchgriff in künstlerische Planung, völlige Planungshoheit über das Etat, Personal, rechtliche Vertretung, technische Dienste. Mehrere Intendanten für die einzelnen Sparten, aber selbständige künstlerische Einheit, die auch nach außen auftritt.“
- „Kontrolle durch den Träger wirtschaftlich und künstlerisch, jedoch soweit möglich: Staatsferne und Entlastung.“
- „Künstlerische und wirtschaftliche Führung personell getrennt, zur einvernehmlichen Entscheidung verpflichtet.“
- „Rücklagenbildung, Verlustvorträge.“
- „Geklärte finanzielle Verantwortlichkeit durch Land, Stadt, Gemeinde oder Landkreis.“

D. Verwaltung und Management

Sehen Sie Möglichkeiten der Kooperation mit anderen Theater- oder Orchesterbetrieben auf den nachfolgend bezeichneten Gebieten?

	1 Kooperation gut möglich/effektiv	2	3	4	5 Kooperation unsinnig/ineffektiv
Nutzung von Werkstätten					
Ticketverkauf					
Marketing					
Lohnbuchhaltung					
Sonstige Verwaltungsaufgaben	Noten, Instrumente, Transporte, gemeinsamer Fuhrpark, Lagerung, Einkauf, Personalverwaltung, Rechnungswesen, EDV-Organisation, Facility-Management, Tarif- / Vertretungs- und Arbeitsrecht				
Beauftragung von Sicherheitsdiensten					
Gardero- ben/Abenddienst					
Sonstige	Fahrdienste, Fuhrpark, Reisebüros, Technikpool, Aushilfen, Reinigungsleistungen				

Begründungen für besonders effektiv und sinnvoll gehaltene Gebiete der Zusammenarbeit:

- „Verwaltungsaufgaben, wegen geringer Größe unseres Theaters.“
- „Alle Überlegungen, die geeignet sind, zusätzliche Möglichkeiten zu erschließen oder nicht zum Kerngeschäft eines Theaterbetriebes gehören.“

- „Zusammenarbeit nur zwischen Bühnen in derselben Stadt. Keine Zentralwerkstatt, sondern räumliche Zusammenführung der Werkstätten an einem Ort mit der Möglichkeit, das Personal der anderen Bühne bei freien Kapazitäten nutzen zu können. Dadurch sind Überstunden und krankheitsbedingte Aushilfen weitgehend zu vermeiden. – Koordinierter Fuhrpark: Vermeidung von Leerfahrten. – Gemeinsame Sozialräume sparen ebenfalls Kosten. – Gemeinsames Kosten sparendes Gebäudemanagement.“
- „Bei Werkstätten, Ticketverkauf, Lohnbuchhaltung sind vielfältige Kenntnisse nötig, die kleinere Häuser nicht immer vorhalten können.“
- „Es kommt auf die territoriale Lage an. Neben zentralen Ticketverkauf muss es auch Verkauf vor Ort geben. Neben gemeinsamen Marketing auch spezifisches Marketing für eigene Produkte. Gemeinsame Werkstättenkapazitäten sinnvoll, nur für Standardmaße, die Spezifik muss bei eigener Werkstatt bleiben.“
- „Ein grundsätzliches Problem bei verstärkter Zusammenarbeit besteht darin, dass ein teilweise hoher zusätzlicher Koordinationsaufwand nötig ist, der die finanziellen Effekte der Kooperation wieder auffrisst.“
- „Sämtliche administrativen Abläufen, die keine profilbildenden Konsequenzen haben, können out-sourced und zusammengelegt werden.“
- „Reinigung: Die gemeinsame Ausschreibung der Hausreinigung (*für zwei Institutionen*) brachte jeweils ca. 200.000 Euro Einsparung.“
- „Kundenfreundlicher Service beim gemeinsamen Ticketing, sowie bei Veranstaltungen/Festivals, die hausübergreifend funktionieren.“

Begründungen für besonders ungeeignet gehaltene Gebiete der Zusammenarbeit:

- „Marketing, wegen der Verschiedenheit der Marken. Marketing funktioniert primär über die Corporate Identity eines Theaters und ist insofern nicht für zwei Theater verwendbar. Es geht um das ‚Verkaufen‘ unterschiedlicher künstlerischer Konzepte. Die spezifischen Inhalte von Theaterarbeit müssen institutsnah erarbeitet werden. Für ein gemeinsames Marketing wäre nur ein größerer äußerer Rahmen vorbehalten. Wer Vieles verkauft und anpreist, dem glaubt man wenig.“
- „Alle Überlegungen, die Entscheidungswege verlängern und zusätzliche Bürokratie-Kosten schaffen sind für eine Kooperation ungeeignet.“
- „Da das nächste Theater mind. 50 km entfernt liegt, sind alle gefragten Kooperationsformen ungeeignet.“
- „Kooperation bei Werkstätten schwierig: Ständige Veränderungen an Dekorationen entsprechend der Bedingungen der Abstecher- und Gastspielorte.“
- „Jedes Theater hat andere Bedingungen. Bei Kooperationen ist der Verwaltungsaufwand und die Koordination der Disposition sehr mühsam und personalintensiv. Die Fehlerquellen steigen, je weniger der unmittelbare Kontakt mit den Beschäftigten vorhanden ist.“
- „Aufgrund des ständig wechselnden Spielplans bildet eine genaue und detaillierte Disposition einen sehr wichtigen Punkt für den reibungslosen Arbeitsablauf. Durch die finanziell engen Etats ist stets der aktuelle Stand der Personal- und Sachkosten sowie der Einnahmen zu führen. Das Profil des Hauses muss immer erkennbar sein und nicht durch Kooperationen oder gemeinsames Marketing verwaschen werden.“

Versprechen Sie sich vom „Outsourcing“ von Leistungen wirtschaftlich positive Effekte?					
	1 Kooperation gut mög- lich/effektiv	2	3	4	5 Kooperation unsin- nig/ineffektiv
Nutzung von Werkstät- ten					
Ticketverkauf					
Marketing					
Lohnbuchhaltung					
sonstige Verwaltungs- aufgaben	Reise, Finanzbuchhaltung				
Beauftragung von Si- cherheitsdiensten					
Garderoben/Abenddienst					
sonstige	Reinigungsleistungen, Einlasspersonal, Facility-Management, Kantine, Winter- dienst				

Anmerkungen (Auswahl):

- „Beim Spielbetrieb ist die 24 Stunden-Bewachung notwendig. Der Pfortnerdienst und der Abenddienst haben nach bisheriger Erfahrung mit eigenem Personal bessere Arbeitsergebnisse gebracht. Das Abendpersonal wird nur nach Einsatz bezahlt und ist während der Sommerpause arbeitslos. Bei Engpässen kann auf das eigene Personal flexibler zurückgegriffen werden als bei Fremdpersonal.“
- „Sicherheitsdienste müssen ausgelagert sein; Abenddienste auf Honorarbasis/Stunde.“
- „Kann sinnvoll sein, muss nicht sein, abhängig von den Grundbedingungen. Wegen der Lohn- und Tariffdifferenzierung ist die Lohnbuchhaltung kaum auszulagern. Garderobendienst wird ausgelagert teurer, da Firma auch nur mit Aushilfen arbeitet, aber einen Zuschlag für sich braucht. Einzelvergaben sind in der Summe teuer. Es ist immer abhängig von den Grundbedingungen, ob eine Vergabe nach außen sinnvoller ist als eine Eigenfertigung. Größe, Kompetenz, Qualität, Terminenge u. v. a. mehr sind entscheidend.“

Halten Sie es für sinnvoll, auch die folgenden Leistungen nicht durch fest angestellte Mitarbeiter, sondern von Inszenierung zu Inszenierung durch die Beauftragung von Einzelnen/Fremdfirmen erbringen zu lassen?					
	1 sinnvoll	2	3	4	5 sinnlos
Dramaturgie					
Lichtdesign					
Ton					
Maske					
Bühnenbild/Dekoration					
sonstige	Regie, Choreographie, Kostüme, Musik (<i>Letzteres Angabe eines Schauspieltheaters</i>)				

Anmerkungen (Auswahl):

- „Generell ist es sinnvoll, wenn die externe Kraft nur während der Produktionsphase tätig ist. Das produktionsbezogene Engagement während der Aufführungen ist im Repertoirebetrieb wegen der wechselnden und kurzen Einsätze kaum zu realisieren.“
- „Outsourcing bei über 60 Spielorten nur eingeschränkt möglich.“
- „Im Repertoirebetrieb macht die Verpflichtung eines Dramaturgen für eine einzelne Produktion Sinn, um Arbeitsüberlastungen zu vermeiden. Grundsätzlich sind diese Tätigkeiten aber spielplanprägend und vom künstlerischen Leitungsteam der Bühne zu leisten. – Vergleichbares gilt für den Lichtdesigner. Die gastweise Verpflichtung von Bühnenbildner und Kostümbildnern ist bei Bühnen mit vielen Premieren als Ergänzung auch künstlerisch sinnvoll.“
- „Nutzung von Werkstätten abhängig von Anzahl der zu fertigenden Produktionen (für Nationaltheater nicht sinnvoll!).“
- „Honorarkräfte sollten eingesetzt werden, wenn die künstlerische Handschrift geändert werden soll.“
- „Outsourcing von Lichtdesign kann künstlerischen Ansprüchen genügen, führt aber immer zu zusätzlichem Aufwand, da Beleuchtungsmeister vorhanden sind.“
- „Keine komplette Fremdvergabe für alle Inszenierungen.“
- „Projektgebundene Dienstleistungs- oder Honorarverträge erzeugen zumeist eine höchstmögliche Identität und eine direkte Verantwortlichkeit.“

- „Lichtdesign als künstlerischer Vorgang wird oft an Gäste übertragen. Beauftragung von Firmen völlig sinnlos, da die Tätigkeiten künstlerisch zu bewerten sind und deshalb in das Profil/Programm des Hauses passen müssen.“

E. Finanzierung

Folgt die Rechnungslegung Ihres Theater-/Orchesterbetriebs kameralistischen Prinzipien?	
Ja	Nein

Stellen die nachfolgenden Haushaltsgrundsätze/-prinzipien für die Führung Ihres Theater-/Orchesterbetriebs ein Problem dar?					
	1 geringes	2	3	4	5 erhebliches Problem
Kalenderjährlichkeit (Stichwort: „Dezemberfieber“)					
Vorherigkeit (Verkündung Haushaltsplan vor Beginn der Haushaltsperiode)					

Die Möglichkeit, Überschüsse im Haushalt des Theater-/Orchesterbetriebs zu thesaurieren und in folgende Haushaltsjahre zu übertragen, spielt eine ...				
1 geringe Rolle	2	3	4	5 große Rolle

<i>Wie hoch ist, jeweils gemessen am Gesamtetat Ihres Theater-/Orchesterbetriebs, der Anteil der Finanzierung durch ...</i>					
	1 geringer Anteil	2	3	4	5 großer Anteil
Sponsoring					
Fördervereine/Förderkreise					

<i>Behindert die Gesetzeslage und/oder Entscheidungen Ihres Rechtsträgers/Ihrer Aufsichtsgremien die Finanzierung durch Fundraising?</i>				
1 kein Hindernis	2	3	4	5 großes Hindernis

F. Vergaberecht

<i>Stellt das Vergaberecht für Ihren Betrieb eine Belastung bei der Erteilung von Aufträgen dar?</i>					
	1 Keine Belastung	2	3	4	5 Große Belastung
Erhöhter Verwaltungsaufwand					
Zeitliche Verzögerung					
Vergabebezogene Rechtsstreitigkeiten					

Besteht aus Ihrer Sicht Bedarf für eine Veränderung der gesetzlichen Regelungen im Vergaberecht?				
1 Kein Bedarf	2	3	4	5 Akuter Bedarf

Anmerkungen (Auswahl):

- „Das Vergaberecht einerseits sehr zeitraubend, andererseits aber nicht unbedingt wirtschaftlich sinnvoll. Das billigste Angebot ist meistens das schlechteste. Die insoweit investierte Arbeitszeit daher vergeudet.“
- „Große, aber hilfreiche Rolle des Vergaberechts: Mindert den Druck, teurere, aber ortsansässige Firmen zu berücksichtigen. Hilft und schützt trotz des erhöhten Aufwands.“
- Der Zeitaufwand, der mit VOL-Ausschreibungen verbunden ist, ist enorm. Unser Theater verfügt nicht über eine Personaldecke, die es ermöglichen würde, eine eigene Vergabestelle einzurichten. Der Theaterbetrieb erfordert eine laufende Flexibilität von allen Beteiligten. Diese ist etwa in einer VOL-Ausschreibung über Drucksachen oder Reinigungsleistungen nicht rechtssicher abzubilden.
- „Bindung an das Vergaberecht behindert das freie Aushandeln günstiger Angebote.“
- „Anpassung der Vergabegrenzen nach oben.“
- „Für einzelne Aufträge wäre die Möglichkeit nach überregionaler Ausschreibung wünschenswert. Z.B. bei Druckaufträgen könnten preisgünstigere Angebote ausgenutzt werden. In manchen Fällen könnte ein günstigerer Preis erzielt werden, wenn Nachverhandlungen erlaubt wären.“
- „Da sich das Vergaberecht nicht auf Theater beschränkt, ist die Forderung nach einer Veränderung des Vergaberechts sinnlos. Vielmehr wäre zu klären, in welchen Fällen es (wie teilweise schon Praxis) nicht zwingend angewendet werden muss. Hier ist es z.B. bei Prüfungen des Rechnungshofes dem Prüfer überlassen, ob er die Argumente des Theaters anerkennt oder nicht.“
- „Klarere Vorgaben, mehr Transparenz.“
- „Vergabe nicht mehr nur nach Günstigkeits-Prinzip, Qualität spielt häufig übergeordnete Rolle; Vertrauen in Vergabepaxis der jeweils Verantwortlichen, damit Beschleunigung der Vergabe möglich ist.“
- „Unbürokratischeres, zeitlich verkürztes Auswahlverfahren.“
- „Möglichkeit, auch ohne Vergaberecht einen Auftrag zu vergeben.“
- „Als GmbH sind wir nur über die Zuschussbedingungen an die Vergabeordnungen gebunden. Es ist nicht sinnvoll, zur wirtschaftlichen Verbesserung eine GmbH zu gründen, sie aber voll dem öffentlichen Recht zu unterwerfen.“
- „Akuter Bedarf besteht ausschließlich bei größeren Sanierungsmaßnahmen, die Berlin als Eigentümer finanzieren und teilweise europaweit ausschreiben muss. Da in der Regel der billigste Anbieter genommen werden muss, werden häufig Firmen beauftragt, die teilweise keinerlei Erfahrungen haben.“
- „Geringere formale Ansprüche. Verfahrenssteuerung überlastet die ja sehr kleinen Verwaltungseinheiten einer Oper.“

- „Eingrenzung auf 3-5 Angebote. Qualität sollte bei Auswahl ausschlaggebender Punkt sein. Anbieter aus dem Territorium und damit Aufbau von Geschäftsbeziehungen (Rabatte/Sponsoring/Hilfe u.a.).“

G. Steuerrecht

<i>Die Frage, ob die Honorare/Vergütungen an Künstler, Bühnenmitarbeiter etc. der Lohnsteuer zu unterwerfen sind, d.h. die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit, bereitet ...</i>				
1 geringe Probleme	2	3	4	5 erhebliche Probleme

<i>Die Besteuerung der im Ausland ansässigen Künstler bereitet ...</i>				
1 geringe Probleme	2	3	4	5 erhebliche Probleme

<i>Die Umsatzbesteuerung von Nebenleistungen (z.B. Umsätze einer Theatergaststätte, Vermietung von Fundusgegenständen) bereitet ...</i>				
1 geringe Probleme	2	3	4	5 erhebliche Probleme

Die Umsatzbesteuerung von Einzel-Künstlern (Schauspieler, Solisten, Dirigenten, Regisseure, Bühnenbildner u.ä.) bereitet ...

1 geringe Probleme	2	3	4	5 erhebliche Probleme

Das geltende Steuerrecht (insbesondere der sog. Sponsoring-Erlass) hat auf die Bereitschaft Ihres Theater-/Orchesterbetriebs, Sponsoring als Finanzierungsform zu nutzen, folgenden Einfluss:

1 kein Hindernis	2	3	4	5 behindernd

H. Arbeitsrecht

Ist Ihr Haus tarifgebunden?

Ja	Nein

Die Tarifgebundenheit besteht aufgrund...

Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband	Haustarifvertrag

Finden auf die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter unterschiedliche Tarifverträge Anwendung? Wenn ja, welche?					
BAT	BAT-O	BMT-G	BMT-G-O	NV-Bühne	TVK

Anmerkungen (Auswahl):

- „Die Werkstätten des Theaters befinden sich im ehem. Westberlin, das Theater und die Probebühnen sind daselbst auf dem ehem. Territorium der Hauptstadt der DDR zu finden. Deshalb arbeiten wir mit allen BAT- und BMT-G-Tarifverträgen, was bei Versetzungen etc. nicht immer einfach zu handhaben ist.“
- „Bühnenverträge tarifgebunden, für den übrigen Bereich aus der Tarifgemeinschaft der öffentlichen Träger ausgetreten.“
- „Bei uns existiert eine Tarifbindung nur im künstlerischen, NV-Bühne-Bereich. Hier gibt es keine Probleme, die übrigen Arbeitsverträge sind synchronisiert, frei geschlossen.“
- „NV Bühne über Bühnenverein problemlos. Haustarifvertrag für Arbeiter mit ver.di mit zeitweiligen aber lösbaren Problemen. Ca. 35 nichtkünstlerisch beschäftigte Angestellte werden mit einem Arbeitsvertrag, der umfassende Regelungen enthält problemlos beschäftigt.“
- „Zu viele tarifliche Bereiche.“

Die grundsätzliche Zweiteilung zwischen den Tarifwerken für das künstlerische Personal und für sonstige Beschäftigte schätzen Sie ein als:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Unkompliziert					
Kompliziert, aber handhabbar					
Hoher Verwaltungsaufwand					
Hoher Kostenaufwand					
Produktion wird behindert					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Nach jahrelanger Praxis können alle Beteiligten mit den verschiedenen Tarifverträgen umgehen und die Software ist darauf eingerichtet worden. Eine Verschlinkung und Angleichung der Regelwerke würde die administrative Handhabung erleichtern und dadurch Kosten sparen.“

Die Differenzierung in den Arbeitsbedingungen für die unterschiedlichen Künstlerkollektive schätzen Sie ein als:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Unkompliziert					
Kompliziert, aber handhabbar					
Hoher Verwaltungsaufwand					
Hoher Kostenaufwand					
Produktion wird behindert					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Hier gilt das Gleiche wie bei der Zweiteilung zwischen künstlerischen und sonstigen Beschäftigten. Jahrelange Übung hat Routine im Umgang mit den unterschiedlichen Regeln gebracht, aber eine Überarbeitung im Sinne einer Vereinfachung der Organisation wäre wünschenswert und kostendämpfend.“
- „Unkompliziert vor allem deswegen, weil die Beteiligten im Sinne des Ergebnisses handeln und nicht auf Einhaltung etwaiger tariflicher oder sonstiger Rechte bestehen.“
- „TVK muss NV Bühne angepasst werden.“

Die Weiterentwicklung der Arbeitsbedingungen sollte sich nach Ihrer Einschätzung mittelfristig vollziehen durch:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Fortentwicklung innerhalb bestehender Tarifstrukturen					
Schaffung eines einheitlichen „Bühnentarifvertrags“					
Durch Zulassung abweichender oder ergänzender betrieblicher Regelungen					
Haustarifverträge					
Ausstieg aus Tarifverträgen					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Prinzipiell ist ein einheitlicher Tarifvertrag für alle Beschäftigten eines Bühnenbetriebes denkbar, jedoch mit der Unterscheidung zwischen Tendenzträgern und den übrigen Beschäftigten. Im Interesse einer Kontinuität des Unternehmens müsste die Dienstleistung für die Bühne (Technik und Verwaltung) frei vom Wechsel der künstlerischen Leitung sein.“
- „Ausweitung des NV Bühne auf nichtkünstlerisches Personal und Zulassung abweichender oder ergänzender betrieblicher Regelungen.“
- „Alle am Theater beschäftigten Mitarbeiter müssen einheitliche Verträge haben, das gleiche Risiko tragen und deshalb genau wissen, dass sie nur diesen und keinen anderen Beruf ausüben wollen.“

Bei der Weiterentwicklung der Tarifwerke und dem Abschluss neuer Tarifverträge sollte besonderes Augenmerk gerichtet werden auf:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Entgelthöhe					
Sondervergütungen					
Ergebnis- und/oder leistungsbezogene Vergütungsbestandteile					
Koordinierung der Arbeitszeiten unterschiedlicher Beschäftigungsgruppen					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Problematisch ist das verschiedene Niveau der Vergütungen im Vergleich der Künstlergruppen untereinander und der Künstler und dem nichtkünstlerischen Personal. In Zeiten knappen Geldes entwickelt sich die Schiefelage, dass die Solokünstler ungünstigere Arbeitszeiten und geringere Vergütungen haben als andere Künstler oder sonstige Beschäftigte. Auch die Gewährung von sozialgebundenen Zulagen lassen große Unterschiede entstehen. Schön wäre auch hier eine Angleichung von Bedingungen, Perspektiven und Leistungen.“
- „Es sollten einerseits Leistungsanreize gesetzt werden; auch die Anpassung der Gesamtarbeitszeiten bei ‚alle unter einem Dach‘ wäre vorteilhaft.“
- „Strukturen veraltet, fehlende Flexibilität, keine Anreizsysteme.“
- „Vereinfachung der Tarifverträge Kunst + Technik sinnvoll, Eingliederung von TVK in den NV Bühne sinnvoll, Abschaffung von Sonderregelungen.“
- „Gegen Regelaufstieg, für leistungsbezogene Zulagen; gegen enge Arbeitsplatzbeschreibungen für einen flexibleren Einsatz von Angestellten und Arbeitern; für eine Jahresarbeitszeit mit einem Ausgleichszeitraum von einem Jahr; für eine tägliche Mindestarbeitszeit von 4 Stunden.“
- „Die Unterschiede bei den Entgelten für die Künstler (incl. Chor u. Orchester!) sind zu groß, insbes. Zwischen den Einzelverträgen und den Verträgen für die Kollektive.“

Von den Möglichkeiten der Befristung von Arbeitsverhältnissen machen wir wie folgt Gebrauch:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Nicht-künstlerische Produktions- mitarbeiter					
Verwaltungs- mitarbeiter					
Studenten					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Bei Studenten werden die Verträge regelmäßig befristet, in den sonstigen nicht-künstlerischen Bereichen, sofern es sich um Aushilfen, Vertretungen oder projektbezogenen Einsatz handelt, auch. Im Übrigen werden die Möglichkeiten nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz genutzt.“
- „Tritt auf bei Technikern im Bühnenbetrieb und in den Werkstätten. Teilweise auch bei Nichtbesetzung von Stellen, hohem Krankenstand, verstärkt festzustellen seit Einführung des TV Berlin.“
- „Für BAT/BMT-G gilt nach Haustarifvertrag ein Mindest-Stellenplan; nach 2 Befristungen wird die Stelle in der Regel dann unbefristet vergeben.“
- „Nur im Fall von Krankheits- / Schwangerschaftsvertretung u. ä.“

Wird von den Befristungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 2 TzBfG – Befristung ohne Sachgrund – regelmäßig Gebrauch gemacht?					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Künstlerisches Personal					
Nicht-künstlerische Produktionsmitarbeiter					
Verwaltungsmitarbeiter					
Studenten					

Anmerkungen (Auswahl):

- „In sensibelsten Bereichen wird ohnedies nur mit Befristung gearbeitet.“

Das gegenwärtige Rechtssystem mit Bühnenschiedsgerichtsbarkeit und anschließendem arbeitsgerichtlichen Verfahren ist aus Ihrer Sicht...					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Theatergerecht					
Langwierig					
Kostenintensiv					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Ein Spezialgericht hat den Vorteil, dass alle Beteiligten die bühnenspezifischen Verhältnisse kennen und dadurch ausführliche Beschreibungen und Erklärungen entfallen. Langwierig ist das Verfahren

nur, wenn es durch mehrere Instanzen geht, jedoch nicht langwieriger als beim Arbeitsgericht auch. Kosten entstehen durch die örtliche Distanz der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit.“

- „Ein arbeitsgerichtliches Verfahren nach einer bühnenschiedsgerichtlichen Klärung hat es noch nie gegeben.“
- „Das Problem besteht in den fünf Instanzen. Gegen das Bühnenoberschiedsgericht sollte es nur eine weitere Arbeitsgerichtsinstanz geben.“

I. Sozialrecht

<i>In welchen der nachfolgend genannten sozialversicherungsrechtlichen Bereichen treten in der alltäglichen Praxis Schwierigkeiten auf?</i>					
	1 geringe	2	3	4	5 häufige
Scheinselbstständigkeit					
Künstlersozialversicherung					
Tagweise Beschäftigung von Studenten					
Tagweise Beschäftigung von Künstlern					
Geringfügige Beschäftigungsverhältnisse					
Beschäftigung ausländischer Künstler					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Das Verfahren für die Abführung der Sozialversicherungsabgaben ist klar, aber der Verwaltungsaufwand ist hoch. Ausländische und unselbständige Künstler werden nur in geringer Zahl beschäftigt, deshalb ist der Verwaltungsaufwand begrenzt.“
- „Problem der durchgängigen Versicherung/Meldung.“
- „Die Schwierigkeiten liegen weniger im Sozialrecht als im Unverständnis der ausländischen Mitarbeiter für an sich sinnvolle, aber nicht durchschaute Regelungen.“

<i>Die Frage, ob Honorare / Vergütungen an Künstler, Bühnenmitarbeiter etc. der Sozialversicherungspflicht zu unterwerfen sind, d.h. die Abgrenzung selbstständige oder unselbstständige Arbeit, ist...</i>				
1 einfach	2	3	4	5 nicht handhabbar

Von den Möglichkeiten einer geringfügigen Beschäftigung machen wir wie folgt Gebrauch:					
○ Geringfügige Beschäftigung bis 400 €/Monat:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Künstlerisches Personal					
Nicht-künstlerisches Personal					
Verwaltungsmitarbeiter					
Studenten					
○ Geringfügige Beschäftigung bis 800 €/Monat (Gleitzone nregelung):					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Künstlerisches Personal					
Nicht-künstlerisches Personal					
Verwaltungsmitarbeiter					
Studenten					

○ <i>Kurzfristige Beschäftigung oder Saisonbeschäftigung (längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage im Kalenderjahr):</i>					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Künstlerisches Personal					
Nicht-künstlerisches Personal					
Verwaltungsmitarbeiter					
Studenten					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Das Verfahren ist durch die Meldungen für die Sozialversicherung zeitintensiv und verzögert Abläufe. Dadurch werden Personalkapazitäten gebunden und Produktionen behindert.“
- „Wegen der Prüfung der Berufsmäßigkeit kaum kurzfristige Beschäftigung möglich.“
- „Im Proben- und Vorstellungsbetrieb Einsatz vorher nicht voll kalkulierbar, bei Überschreitung gefährdete Produktion (z. B. Statisten).“
- „Das Aufwandsverhältnis zwischen den Vollbeschäftigten u. den geringfügig Besch.-Verhältnissen ist völlig schief, gemessen an der Bedeutung.“

Die Handhabung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse schätzen Sie ein als.:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Unkompliziert					
Kompliziert, aber handhabbar					
Hoher Verwaltungsaufwand					
Hoher Kostenaufwand					
Produktion wird behindert					

Das Verfahren zum Erwerb einer Arbeitsgenehmigung für ausländische Künstler schätzen Sie ein als:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Unkompliziert					
Kompliziert, aber handhabbar					
Hoher Verwaltungsaufwand					
Hoher Kostenaufwand					
Produktion wird behindert					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Es sollte keine Pflicht zum Erwerb einer Arbeitsgenehmigung für ausländische Künstler geben – Freiheit der Kunst – keine Daueranstellung.“
- „Notwendige Flexibilität der Theater ist durch starre Handhabung nicht gegeben (ständige Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen bleiben nicht aus).“
- „Eine Behinderung tritt dann ein, wenn ausländische Künstler zu spät besetzt werden, d. h. erst kurz oder während des laufenden Probenprozesses.“
- „Zustimmungserfordernis der Ausländerbehörde behindert stark den Kunstbetrieb. Für die Theater/Orchester muss die Kunstfreiheit gewährt sein.“
- „Immer wieder ist von neuem zu begründen, warum kein inländischer Künstler genommen werden kann. Personal in der Behörde wechselt ständig.“

Die Handhabung der Künstlersozialversicherung schätzen Sie ein als:					
	1 trifft zu	2	3	4	5 trifft nicht zu
Unkompliziert					
Kompliziert, aber handhabbar					
Hoher Verwaltungsaufwand					
Hoher Kostenaufwand					
Produktion wird behindert					

Anmerkungen (Auswahl):

- „Der steigende Arbeitgeberanteil belastet den Etat. Das Verfahren für die Leistungen an die Künstlersozialversicherung ist einfach.“

J. EU-Vorgaben

<i>Inwieweit treten in Ihrem Unternehmen Probleme im Hinblick auf die Umsetzung von EU-Vorgaben auf (u. a./z. B. im Zusammenhang mit der Osterweiterung)?</i>				
1 keine	2	3	4	5 erhebliche

Anmerkungen (Auswahl):

- „Zur Zeit noch nicht abschätzbar.“
- „Eher vereinfachende Wirkung, sobald EU-Bürger.“
- „Z. B. EU-Richtlinie ‚Lärm‘.“
- „Im Moment noch kein Problem.“