

**4 Sa 370/15**  
35 Ca 11866/14  
(ArbG München)

Verkündet am: 22.10.2015

Telaku  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

D.  
D-Straße, B-Stadt

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte C.  
C-Straße, C-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Plank und Gröll

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 15. April 2015 – 35 Ca 11866/14 – wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.**
  
- II. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses.

Die am 00.00.1969 geborene Klägerin ist Musikerin – Violinistin –. Sie wurde seit Oktober 2009 wiederholt – im Jahr 2010 insgesamt 14-mal – aushilfsweise als Violinistin bei Proben und Konzerten des Orchesters des Staatstheaters in B-Stadt, dessen Rechts-träger der D. ist, beschäftigt. Schriftliche Vereinbarungen wurden hierzu nicht geschlossen. Im Jahr 2009 hatte die Klägerin in diesem Zusammenhang an einem internen „Pro-bespiel“ teilgenommen, bei dem sie ein Konzertstück vorzutragen hatte – nach den Aus-führungen der Beklagten sei dies die Voraussetzung für die Aufnahme in einen Pool von Orchesteraushilfen gewesen. Am 31.10.2011 schlossen die Parteien einen für den Zeit-raum vom 01.11.2011 bis 31.08.2012 befristeten Arbeitsvertrag (Anl. K 3, Bl. 26/27 d. A.), mit dem die Klägerin mit der Begründung der Vertretung für den Zeitraum des Sonderur-laus eines anderen Orchestermitglieds als Tuttistin der 1. Geigen dieses Orchesters ein-gestellt wurde. Unter dem 18.09.2012 schlossen die Parteien einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag für den Zeitraum vom 01.10.2012 bis 13.04.2013 (Anl. K 4, Bl. 28/29 d. A.),

der auf den Befristungsgrund der Elternzeitvertretung für ein anderes Orchestermitglied abstellte und die Klägerin wiederum zu einer (Vollzeit-) Tätigkeit einer Tuttistin der 1. Geigen verpflichtete. Diese befristeten Arbeitsverträge nehmen in beiden Fällen Bezug auf die Regelungen des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 31.10.2009 und legen jeweils eine Eingruppierung/Vergütung der Klägerin nach Vergütungsgruppe A/F2 fest.

Die Klägerin bewarb sich sodann auf die vom Beklagten – dem Staatstheater in B-Stadt bzw. dessen Orchester – ausgeschriebene vakante Planstelle einer Violinistin in der Instrumentengruppe der 1. Violinen dieses Orchesters. In diesem Zusammenhang nahm sie am für die dortige Personalauswahl vorgesehenen Probespiel teil, dessen förmliche Grundlage die „Probespielordnung“ des Orchesters des Staatstheaters in B-Stadt ist (in der vorgelegten Fassung vom 05.05.2014: Anl. B 1, Bl. 79 - 84 d. A.). Diese „Probespielordnung“ bezeichnet das dort geregelte Probespiel für die Besetzung von Orchesterplanstellen als „Einstellungsprüfung“, mit dem einzigen „Zweck, eine vakante Orchesterposition in fachlicher und menschlicher Hinsicht möglichst optimal zu besetzen“, und sieht ein mehrstufiges Auswahlverfahren in Form des Vorspiels der Bewerber vor dem Plenum des Orchesters, mit mehrfachen Abstimmungsvorgängen der Orchestermitglieder samt einer abschließenden „Endabstimmung“ über den schließlich vom Orchestervorstand dem Arbeitgeber zur Einstellung vorzuschlagenden Bewerber vor. Die Klägerin absolvierte dieses Probespiel erfolgreich und wurde deshalb zur Einstellung vorgeschlagen – worauf die Parteien entsprechend der Regelung unter Art. IV. der „Probespielordnung“ („Ergebnis des Probespiels und Probezeit“, dort § 1 Anstellung: „für die Dauer der Probezeit soll grundsätzlich ein einjähriger Zeitvertrag abgeschlossen werden“) unter dem 10.07.2013 einen befristeten Arbeitsvertrag („Zeitvertrag zwecks Erprobung“) für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 (Anl. K 1, Bl. 23/24 d. A.) schlossen, durch den die Klägerin wiederum zum Spielen des Instruments Violine verpflichtet und ihr die Tätigkeit einer Tuttistin der 1. Violinen übertragen wurden. Auch dieser befristete Arbeitsvertrag verwies auf die Geltung der Bestimmungen des Tarifvertrages für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 31.10.2009 in seiner jeweiligen Fassung und legte wiederum fest, dass die Klägerin in Vergütungsgruppe A/F2 dieses Tarifvertrages eingruppiert sei. Im Juni 2014 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass dieser probezeitbefristete Arbeitsvertrag über den 30.09.2014 hinaus nicht verlängert werde, da sie sich in diesem Zeitraum nicht ausreichend bewährt habe, was in einer geheimen Abstimmung des Orchesters, unter Beteili-

gung des nunmehrigen Chefdirigenten, am 05.06.2014 – damit das Nichtbestehen der Probezeit – festgestellt worden sei.

Mit der vorliegenden Feststellungsklage mit Schriftsatz vom 20.10.2014, am selben Tag zunächst per Telefax beim Arbeitsgericht München eingegangen, macht die Klägerin die Rechtsunwirksamkeit der Befristungsabrede des letzten befristeten Arbeitsvertrages zum 30.09.2014 im Wesentlichen mit der Begründung geltend, dass die dort festgelegte Erprobungsbefristung als Befristungsgrund ausscheide, wenn der Arbeitnehmer bereits zuvor ausreichende Zeit bei diesem Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei und dieser damit dessen Fähigkeiten bereits genügend beurteilen habe können – wie bei der Klägerin aufgrund ihrer Vorbeschäftigungen im Rahmen von Aushilfseinsätzen ab 2009 und sodann vor allem zweier befristeter Arbeitsverträge im Zeitraum vom 01.11.2011 bis insgesamt 30.04.2013 geschehen –, weshalb die Befristung des Arbeitsvertrages nicht durch den Befristungsgrund der Erprobung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG gerechtfertigt sei. Demgegenüber stellt der Beklagte hinsichtlich der von ihm angenommenen Rechtswirksamkeit dieser Befristungsabrede im Wesentlichen darauf ab, dass erst das förmliche, quantitativ und qualitativ umfassendere, Probevorspiel der Klägerin auf der Grundlage der „Probenspielordnung“ des Orchesters, das die Klägerin bestanden habe, sowie die dann auf dieser Grundlage erfolgte Probezeitbeschäftigung eine genuine Rechtsgrundlage für ihre eigentliche Erprobung dargestellt hätten, während es sich bei den früheren Einsätzen/Beschäftigungen der Klägerin um Tätigkeiten ohne förmliche solche Erprobung und mit wesentlich anderem Anforderungsprofil gehandelt habe.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgericht München vom 15.04.2015, das den Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 21.04.2015 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses der Feststellungsklage hinsichtlich der Wirksamkeit der Befristungsabrede zum 30.09.2014 – unter Abweisung eines allgemeinen Feststellungsantrages sowie eines weitergehenden Entschädigungsantrages der Klägerin - mit der Begründung statt gegeben hat, dass die Befristung des Arbeitsvertrages für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 nicht durch den, erforderlichen, Sachgrund der Erprobung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG i. V. m. § 3 Abs. 2 TVK gerechtfertigt sei. Es könne dahinstehen, ob eine Befristung zur Erprobung der Klägerin trotz ihrer Vorbeschäftigungszeiten beim Beklagten

überhaupt möglich sei – jedenfalls stehe unter Berücksichtigung dieser Vorbeschäftigungszeiten die vereinbarte Dauer der Erprobungszeit von einem Jahr in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu ihrer in Aussicht genommenen Tätigkeit, da dieses auf ein Jahr befristete Arbeitsverhältnis die in § 3 Abs. 2 TVK vorgesehene Dauer eines befristeten Probearbeitsverhältnisses von bis zu 18 Monaten überschreite und damit unwirksam sei. Auch wenn § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG keine konkrete zeitliche Vorgabe hinsichtlich einer Erprobungsdauer nenne, müsse diese sich am Sachgrund der Befristung orientieren und in einem angemessenen Verhältnis zur in Aussicht genommenen Tätigkeit stehen, wobei im Regelfall sechs Monate als Erprobungszeit ausreichen. Am sachlichen Grund der Erprobung fehle es, wenn der Arbeitnehmer bereits ausreichende Zeit mit den von ihm zu erfüllenden Aufgaben beschäftigt gewesen sei und der Arbeitgeber deshalb die Fähigkeiten des Arbeitnehmers hinreichend beurteilen habe können. Der TVK sehe in § 3 Abs. 2 eine Höchstprobezeitdauer von insgesamt 18 Monaten vor, was sowohl dem Interesse des Arbeitgebers, seine Beurteilung der in diesem künstlerischen Bereich schwierig, wenig objektvierbar, festzustellenden Eignung auf eine längere Zeit der Bewährung stützen zu können, entgegenkomme als auch dem Arbeitnehmer Gelegenheit gebe, in die Zusammenarbeit mit dem Orchester hineinzuwachsen. Hier habe jedoch der Beklagte bereits vor dem letzten Probearbeitsverhältnis ausreichend Zeit gehabt, die Fähigkeiten der Klägerin zu beurteilen, selbst wenn diese während ihrer vertretungsweisen Tätigkeiten nicht im Fokus gestanden sei und der Beklagte auch andere Erwartungen an eine Vertretung gestellt habe. Jedenfalls hätten der Beklagte und auch das Orchester die Möglichkeit gehabt, bereits in der 16 ½-monatigen vorherigen Beschäftigungszeit als Tuttistin der 1. Violine das Spiel- und Sozialverhalten der Klägerin zu beurteilen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 28.04.2015, am 30.04.2015 beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, zu deren Begründung diese nach auf ihren Antrag erfolgter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 22.07.2015 mit, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz von diesem Tag ausgeführt haben, dass die Argumentation des Arbeitsgerichtes, auf die Höchstdauer einer Probezeit von insgesamt 18 Monaten nach § 3 Abs. 2 TVK abzustellen - wobei der Beklagte die Klägerin bereits aus einer 16 ½-monatigen vorherigen Beschäftigungszeit ausreichend gekannt hätte -, zu kurz greife und die Besonderheiten, die sich aus dem tarifvertraglich

vorgesehenen Probespiel und seinen Regularien ergäben, übergehe. Eine Erprobung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG finde ohne Einbeziehung des Orchesterkollektivs nicht statt, zumal es anerkannter und bundesweit üblicher Bühnenbrauch sei, dass in die Besetzung einer Planstelle im Orchester von der Auswahl des Bewerbers bis zur Abstimmung, ob dieser die Erprobung bestanden habe, das Kollektiv des Orchesters einbezogen würde, was die kunstnahen Tarifvertragsparteien in § 57 TVK hinsichtlich der dort festgelegten Regularien über die Bewertung durch das Orchesterkollektiv innerhalb des formellen Probespiels umgesetzt hätten. Die Durchführung eines ordentlichen Probespiels und die Bewertung und Entscheidung über das Bestehen des Probearbeitsverhältnisses durch das Orchesterkollektiv seien integraler Bestandteil der Erprobung eines Musikers; ohne das Durchlaufen dieser Regularien finde keine Erprobung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG statt. Deshalb handelte es sich bei dem in § 3 Abs. 2 TVK genannten befristeten Arbeitsverhältnis von bis zu 18 Monaten nur dann um eine Erprobungsbefristung im Sinne der tarifvertraglichen Vorschriften, wenn sowohl in den Auswahlprozess als auch im Entscheidungsprozess für das Bestehen der Probezeit das Orchesterkollektiv einbezogen gewesen wären. Aus diesem Grund habe nahezu jedes Orchester eine sogenannte Probespielordnung – wie hier das Orchester des Staatstheaters in B-Stadt -, in der Durchführung und ordnungsgemäßer Ablauf des Probespiels usw. umfangreich geregelt seien. Die Klägerin habe vor der erfolgreichen Absolvierung des Probespiels im Jahr 2013 im Jahr 2009 lediglich an einem internen Vorspiel teilgenommen, das bezweckt habe, einen Pool an Orchesteraushilfen zu schaffen. Dieses Vorspiel habe keinerlei formelle Voraussetzungen erfüllt, es sei ohne Ausschreibung und ohne Einbeziehung des Orchesters erfolgt. Hieran hätten nur vier bis fünf Musiker teilgenommen, während am förmlichen Probespiel im Rahmen der Probespielordnung für die Besetzung einer Planstelle durchschnittlich 40 Musiker teilnahmen. Auch habe die Klägerin beim internen Vorspiel im Jahr 2009 lediglich ein Stück Konzert vorgespielt, wobei, ohne schriftliche Abstimmung und Einbindung der musikalischen Leitung und ohne ein mehrrundiges Verfahren, lediglich geprüft worden sei, ob sie so ordentlich spielen könne, dass sie als Aushilfe eingesetzt werden könne. Bei dem ordentlichen Probespiel nach der Probespielordnung habe die Klägerin dagegen zwei Konzerte aufführungsreif vorbereiten müssen, darunter ein Mozartkonzert und ein romantisches Konzert, darüber hinaus von der jeweiligen Instrumentengruppe hierfür ausgewählte schwierige und exponierte Passagen aus der einschlägigen Orchesterliteratur vorgetragen. Die Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin als Aushilfe seien deshalb kein

Erprobungszeitraum im Sinne des § 3 Abs. 2 TVK i. V. m. § 57 TVK und i. V. m. der Probespielordnung des Beklagten gewesen – anders als das von der Klägerin im Juni 2013 absolvierte ordentliche Probespiel gemäß den tarifvertraglichen und betrieblichen Vorgaben für die vakante Planstelle der 1. Violine. Weiter sei zu berücksichtigen, dass für die Frage der Erprobung die notwendige Einbeziehung des Chefdirigenten erforderlich sei, wobei der nunmehrige Chefdirigent seine Tätigkeit bei diesem Theater erst am 01.09.2012 aufgenommen habe und somit vor diesem Zeitraum nicht beurteilen habe können, ob die Klägerin die künstlerischen Fähigkeiten mitbringe, sich in den Klangkörper einzugliedern und zu bewähren, insbesondere, sich mit diesem musikalisch zu verschmelzen, wofür der Dirigent als künstlerischer Leiter des Orchesters verantwortlich sei. Deshalb seien die von der Klägerin während ihrer Vorbeschäftigungszeiten zu erfüllenden Aufgaben mit denjenigen nach Absolvierung des ordentlichen Vorspiels im Rahmen des befristeten Arbeitsvertrages zum 30.09.2014 nicht vergleichbar. Während der Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin vom 01.11.2011 bis 13.04.2013 sei die Beurteilung ihrer Fähigkeiten für die Ausfüllung einer Planstelle nicht möglich gewesen, da dort von der Klägerin weitaus geringere künstlerische Anforderungen verlangt worden seien als von Musikern, die auf einer festen Planstelle dauerhaft engagiert würden. Aushilfen bzw. vertretungsweise beschäftigte Musiker/innen würden in diesem Orchester grundsätzlich neben einen Kollegen mit hoher Erfahrung oder sehr hohem künstlerischen Können gesetzt, damit sich die jeweilige Vertretung an diesen orientieren könne. Während dieser Zeiten sei die Klägerin nie „im Fokus“ gestanden und habe ausschließlich an den hinteren Pulten gespielt. Vor Beginn der befristeten Probetätigkeit ab 01.10.2013 sei die Klägerin auch zu keinem Zeitpunkt ein ganzes Jahr durchgängig für das Theater tätig gewesen und habe nicht an einem gesamten Spielplan mitgewirkt gehabt. Dagegen würden die Musiker im „offiziellen“ Probejahr bei diesem Theater völlig anders eingesetzt. Sie würden dort erprobt und müssten nicht lediglich an den hinteren Pulten Dienst leisten. Die Anforderungen im eigentlichen Probejahr seien deshalb wesentlich umfassender und höher. Bei der Klägerin sei dort jedoch eine offensichtliche Unlust festgestellt worden, auch habe ihr der Enthusiasmus für das künstlerisch notwendige intensive und konzentrierte Spiel gefehlt. Sie habe sich in ihrem Probejahr künstlerisch nicht weiterentwickelt, wie vorausgesetzt.

Der Beklagte beantragt:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichtes München vom 15. April 2015, Aktenzeichen 35 Ca 11866/14 wird abgeändert.**
- 2. Die Klage wird abgewiesen.**

Die Klägerin trägt zur Begründung ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung vor, dass der Beklagte – das Orchester des Staatstheaters in B-Stadt – vor Abschluss des streitgegenständlichen befristeten Arbeitsvertrages zum 30.09.2014 durch die vorausgegangene befristete Beschäftigung über insgesamt 16 ½ Monate und zudem auch noch bei den dem vorausgegangenen diversen Aushilfsbeschäftigungen bei gleicher Tätigkeit als Tuttistin der 1. Violine ausreichend Gelegenheit gehabt habe, ihre Leistungen zu beurteilen. Im Jahr 2009 habe sie bereits ein internes Probespiel absolviert, das ebenfalls der Überprüfung ihrer Fähigkeiten hinsichtlich Intonation, Technik, Musikalität sowie Tongebung gedient und deshalb alle notwendigen Facetten dafür aufgewiesen habe, ihr spielerisches Niveau überprüfen zu können. Bereits für eine Beschäftigung als Musiker in Aushilfe kommen nur in Betracht, wer eine dem Orchester gleichwertige oder höhere Qualität aufweise, weshalb eine kritische Einschätzung der Fähigkeiten auch während eines Aushilfsverhältnisses möglich sei und beim Beklagten geübt werde. Ebenso sei es im Rahmen der beiden vertretungsbedingten befristeten Arbeitsverhältnisse notwendig gewesen, dass die Klägerin als zur Vertretung beschäftigte Violinistin dieselbe spielerische Qualität wie die übrigen im Orchester – in der Gruppe Violine 1 – beschäftigten Musiker aufweise und sich somit optimal in den Klangkörper einpasse. Andernfalls würde dies hörbar herausstechen und die Gesamtqualität des Orchesters beeinflussen. Dies gelte vor allem bei kleinen Orchestern wie demjenigen des Staatstheaters in B-Stadt, wo die Musiker in sehr enger Anordnung gereiht seien; im Übrigen werde hier ein rotierendes System geübt, weshalb die Klägerin auch während der Zeit ihrer vertretungsweise befristeten Beschäftigungen neben den unterschiedlichsten Musikern ihrer Gruppe gesessen sei. An einen vertretungsweise beschäftigten Musiker würden keine anderen Anforderungen als an jeden anderen Musiker des Orchesters gestellt. Für den Ausschluss der Befristung zur Erprobung reiche es aus, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt habe, seine Fähigkeiten zu beurteilen, wie dies hier eben aufgrund der Vorbeschäftigungszeiten der Kläge-

rin der Fall gewesen sei.. Auf die vom Beklagten geltend gemachte Beteiligung des, neuen, Chefdirigenten komme es nicht an, ebenso wenig auf die Einbeziehung des Orchesterkollektivs. Andere Orchestermitglieder hätten ihre Erprobungszeit im wesentlichen vor der Tätigkeitsaufnahme des nunmehrigen Chefdirigenten zum 01.09.2012 und damit ohne dessen Einbeziehung und in einem Fall sogar ohne vorheriges offizielles Probejahr im Rahmen einer unmittelbar erfolgten unbefristeten Einstellung geleistet. Deshalb gebe es hier keinen Anlass, von den Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung zur angemessenen Dauer einer Erprobungsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG abzugehen. Weder aus § 57 TVK i. V. m. der Probespielordnung ließen sich besondere Anforderungen an eine Erprobungszeit konkretisieren - § 57 TVK stelle eine reine Kompetenznorm dar – noch lägen hier Besonderheiten vor, die die Überschreitung eines angemessenen Zeitraums für eine Erprobungsbefristung rechtfertigen könnten. Es stünde Sinne und Zweck des § 14 TzBfG diametral entgegen, wenn eine Erprobung im dortigen Sinne erst ab dem Zeitpunkt vorliegen sollte, ab dem der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber selbst auferlegten formellen Voraussetzungen erfülle, da dann die Erprobungszeit völlig in dessen Belieben gestellt würde. Auch liefere solches den Regelungen des TVK zuwider, da nach dessen § 3 Abs. 2 ein befristetes Probearbeitsverhältnis nur für eine Dauer von bis zu 18 Monaten abgeschlossen werden könne. Die Probespielordnung dieses Orchesters stelle auch keine, zumal im Hinblick auf § 22 TzBfG wirksame, Abweichung von § 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG dar. Damit sei unter, notwendiger, Berücksichtigung der Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin insbesondere im Rahmen der beiden befristeten Arbeitsverhältnisse für die Gesamtdauer von 16 ½ Monaten die zulässige Gesamtdauer einer Probezeitbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG überschritten – diese damit rechtsunwirksam.

Wegen des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 22.07.2015 und vom 28.09.2015 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

- 10 -

## I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

## II.

Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend und mit überzeugender Begründung entschieden, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses der Parteien für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 hier nicht durch einen sachlichen Befristungsgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gerechtfertigt war.

**1.** Streitgegenstand des Berufungsverfahrens, und nunmehr des Rechtsstreits, ist allein die Entscheidung des Arbeitsgerichtes zur Rechts(un)wirksamkeit des letzten befristeten Arbeitsvertrages (01.10.2013 bis 30.09.2014). Gegen die gleichzeitig ergangenen, jeweils klageabweisenden, Entscheidungen des Arbeitsgerichts zum allgemeinen Feststellungsantrag der Klägerin und ihrem weitergehenden Entschädigungsantrag hat diese keine Berufung, auch keine Anschlussberufung, eingelegt.

**2.** Das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die, neuerliche, Befristung des Arbeitsvertrages für den einjährigen Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 hier nach den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht durch einen, erforderlichen, Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gerechtfertigt war.

**a)** Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, bedurfte diese Befristung zu ihrer Rechtswirksamkeit eines sachlich rechtfertigenden Grundes im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG, da im Hinblick auf die Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin – Aushilfstätigkeiten im Zeitraum von Oktober 2009 bis 2011 sowie zwei befristete Arbeitsverträge über einen insgesamt 16 ½-monatigen Zeitraum zwischen dem 01.11.2011 und dem 13.04.2013 – der Rahmen einer sachgrundlos möglichen Befristung nach § 14 Abs. 2 (f) TzBfG bereits in zeitlicher Hinsicht überschritten war.

**b)** Die Voraussetzungen einer „Erprobung“ im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG, die hier allein als Sachgrund in Frage kommt und vom Beklagten auch ausschließlich geltend gemacht ist, liegen hier jedoch nicht vor:

**aa)** „Erprobung“ als anerkannter Grund für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages, wie er in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG kodifiziert ist, meint die Prüfung - grundsätzlich für beide Seiten -, ob der Arbeitnehmer für die arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeiten auf Dauer geeignet ist, er deren Anforderungen in fachlicher und persönlicher Hinsicht dauerhaft gerecht werden kann.

Wie der Beklagte zu Recht geltend macht, stellt diese gesetzliche Regelung nicht auf eine konkrete zeitliche Vorgabe zu einer zulässigen Erprobungsdauer ab. Die Zeitdauer des probebefristeten Arbeitsvertrages muss sich generell an dessen Sachgrund orientieren und so mit diesem in Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrundes spricht – sie darf vor allem nicht indizieren, dass dieser Sachgrund ggf. nur vorgeschoben ist. Dies bedeutet, dass die festgelegte Dauer der Erprobungszeit in einem angemessenen Verhältnis zur konkret in Aussicht genommenen, erprobungsweise auszuführenden, Tätigkeit stehen muss, wobei neben den Regelungen zur Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG und zur Probezeit in § 622 Abs. 3 BGB – jeweils sechs Monate – auch einschlägige tarifvertragliche Regelungen Anhaltspunkte dafür begründen können, welche – ggf. auch längere – Probezeit im konkreten Einzelfall als angemessen anzusehen ist.

An einem Sachgrund der Erprobung in diesem Sinne fehlt es, wenn der Arbeitnehmer bereits ausreichende Zeit mit den von ihm zu erfüllenden Aufgaben bei diesem Arbeitgeber beschäftigt gewesen war und dieser deshalb die Eignung und die Fähigkeiten – die Leistung – des Arbeitnehmers hinreichend – ggf. in kürzerer als in der nunmehr als (weitere) Erprobungsphase vorgesehenen – Zeit beurteilen kann. Ein vorheriger befristeter oder unbefristeter Arbeitsvertrag, in dem der Arbeitnehmer bereits mit den im wesentlichen gleichen Arbeitsaufgaben betraut war, spricht daher regelmäßig gegen das Vorliegen des Sachgrundes der Erprobung bzw. beeinflusst deren dann noch als angemessen anzusehende Erprobungsdauer (vgl. BAG, U. v. 02.06.2010, 7 AZR 85/09, NZA 2010, S. 1293 f – Rz. 16, m. w. N. -; sh. auch BAG, U. v. 23.06.2004, 7 AZR 636/03, NZA 2004, S. 1333 f – II. 3. a) der Gründe –).

In diesem Zusammenhang der Frage der Angemessenheit der konkreten Probezeitdauer ist weiter zu berücksichtigen, dass die Beurteilung der Eignung und Befähigung des Arbeitnehmers im künstlerischen Bereich wie hier zwangsläufig schwierig, weil wenig objektivierbar und auch von der spezifischen Situation, den künstlerischen Besonderheiten dieses Klangkörpers – Individualität/Charakter/Tradition des konkreten Orchesters –, abhängig ist. Deshalb sieht § 3 Abs. 2 TVK – der auf das Arbeitsverhältnis der Parteien auch zuletzt jedenfalls aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung Anwendung fand – eine über die übliche Probezeitdauer hinausgehende maximal mögliche Probezeit von 18 Monaten selbst für Orchestermitglieder vor. Dies trägt „nicht nur dem Interesse des Arbeitgebers Rechnung, diese Beurteilung auf eine längere Zeit der Bewährung stützen zu können. Vielmehr soll dadurch auch dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben werden, in die Zusammenarbeit mit dem übrigen Orchester hineinzuwachsen, da ein künstlerischer Eingliederungs- und Bewährungsprozess ein sich im Zusammenspiel mit dem gesamten Klangkörper vollziehender Entwicklungsprozess ist, für den ausreichend Zeit gegeben werden soll“ (so BAG, U. v. 12.09.1996, 7 AZR 31/96, NZA 1997, S. 841 f – I. 3. der Gründe -).

**bb)** Ausgehend von diesen Grundsätzen überschreitet die Vereinbarung einer weiteren zwölfmonatigen Probezeit mit dem hier allein streitgegenständlichen (letzten) befristeten Arbeitsvertrag der Parteien (01.10.2013 bis 30.09.2014) angesichts jedenfalls der, hierbei grundsätzlich nicht als irrelevant anzusehenden, befristeten Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin für die Dauer von insgesamt ca. 16 ½ Monaten im Zeitraum vom 01.11.2011 bis insgesamt 13.04.2013, in gleicher Funktion und ebenfalls jeweils in Vollzeitbeschäftigung sowie mit identischer vergütungsmäßiger Bewertung, - zusammengenommen somit eine 28 ½-monatige „Probezeit“ - die unter Berücksichtigung der einschlägigen Regelungen unter § 3 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TVK (18 bzw. ggf. 24 Monate) noch als angemessen anzusehende und damit zulässige Höchstdauer einer Probezeitbefristung, weshalb diese, und damit die Befristung dieses Arbeitsvertrages insgesamt, rechtsunwirksam sind.

Der Beklagte hebt im wesentlichen darauf ab, dass erst die einjährige Probezeitbefristung nach dem förmlichen – differenzierten, mehrstufigen und erfolgreich absolvierten – Probespiel der Klägerin auf der Grundlage der Regelungen der „Probespielordnung“ dieses Orchesters und unter Beteiligung dessen Plenums („Kollektivs“) im Rahmen des

Planstellenbesetzungsverfahren ein, kondensiert formuliert, eigentliches Probearbeitsverhältnis in diesem, und einem grundsätzlichen, Sinn dargestellt habe – insbesondere auch, weil dies, wie die Ablehnung einer Fortsetzung nach der folgenden Probezeit, nunmehr jeweils durch eine Beteiligung und Abstimmung des „Orchesterkollektivs“ flankiert gewesen sei, während die vorausgegangenen befristeten Beschäftigungen der Klägerin qualitativ letztlich ein minderes „aliud“ hierzu dargestellt hätten: Dort sei das Anforderungsprofil in künstlerischer und auch in „persönlicher“ Hinsicht (was etwa die dort irrelevanten Fragen des „Enthusiasmus“ und der Motivation des Spiels betreffe) deutlich geringer gewesen, vorausgegangen gewesen sei dem kein „offiziöses“ Probespiel nach der Probespielordnung, sondern lediglich ein eher informelles „schlichtes“ Vorspiel zu Beginn der Aushilfstätigkeiten der Klägerin mit vereinfachtem Anforderungsprofil in qualitativer und in quantitativer Hinsicht, ohne Einbindung des Orchesterkollektivs, auch ohne Einbeziehung des jetzigen Chefdirigenten dieses Orchesters. Beide Tätigkeitsabschnitte der Klägerin im Orchester – ihre vorausgegangenen befristeten Beschäftigungen über insgesamt ca. 16 ½ Monate und die „eigentliche“ Probezeit von 12 Monaten nach dem förmlich absolvierten Vorspiel der Klägerin zuletzt – würden sich damit qualitativ substantiell, als aliud, unterscheiden, weshalb der streitgegenständliche befristete Arbeitsvertrag für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 isoliert für sich betrachtet werden müsse und damit auch hinsichtlich seiner 12-monatigen Zeitdauer als Probezeit adäquat, und mit den tarifvertraglichen Vorschriften (§ 3 Abs. 2 TVK) übereinstimmend, anzusehen – deshalb als ausreichender Sachgrund gerechtfertigt – sei.

Mit dem Arbeitsgericht ist jedoch auch das Berufungsgericht der Auffassung, dass der streitgegenständliche befristete Arbeitsvertrag für die Dauer von einem Jahr nach dem erfolgreich absolvierten „förmlichen“ Probespiel der Klägerin im Jahr 2013 aufgrund seiner Zeitdauer nicht mehr durch den Befristungsgrund der Erprobung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG gerechtfertigt war, dieser Arbeitsvertrag kein „aliud“ jedenfalls zu den befristeten Vorbeschäftigungszeiten von insgesamt ca. 16 ½ Monaten im Zeitraum vom 01.11.2011 bis insgesamt 13.04.2013 darstellte, sondern auch diese grundsätzlich ebenfalls als „Erprobungsphasen“/-zeiten in diesem Sinne angesehen werden müssen, die erneute Befristung damit insgesamt betrachtet jedenfalls zu lang war – was dem Vorliegen eines Sachgrundes in diesem Sinn entgegensteht:

Zwar verweist der Beklagte – das Staatstheater in B-Stadt bzw. dessen Orchester im Besonderen – zunächst nachvollziehbar eben darauf, dass ein förmliches „großes“, erfolgreich absolviertes, Probevorspiel der Klägerin auf der Grundlage der detaillierten Regelungen der „Probenspielordnung“ dieses Orchesters erstmals im Jahr 2013 stattgefunden hat, während das vorausgegangene „interne“ Vorspiel als Voraussetzung für eine Tätigkeit der Klägerin zunächst als gelegentliche Aushilfe und sodann als vollzeitbeschäftigte Violinistin (Tuttistin) ein deutlich einfacheres Anspruchsniveaus, auch noch ohne Beteiligung des gesamten „Orchesterkollektivs“ (sowie des aktuellen Chefdirigenten), gehabt habe.

Allerdings müssen auch zur Überzeugung der Berufungskammer jedenfalls die beiden befristeten Arbeitsverträge für die Zeiträume vom 01.11.2011 bis 31.08.2012 und vom 01.10.2012 bis 23.04.2013 hier grundsätzlich als „Erprobungsphasen“ der Klägerin berücksichtigt werden: In beiden Fällen handelte es sich ebenfalls um – jeweils längere - Vollzeitbeschäftigungen mit den gleichen Aufgaben des Spielens des Instruments Violine in der konkreten Tätigkeit einer Tuttistin der Instrumentengruppe der 1. Geigen (jeweils § 3 dieser beiden befristeter Arbeitsverträge). Dies ist identisch mit der Tätigkeitsbezeichnung/-beschreibung im streitgegenständlichen Probezeitarbeitsvertrag für den Zeitraum vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 (dort ebenfalls § 3). Die Eingruppierung/Vergütung der Klägerin war in diesen Zeiträumen, bei allen drei befristeten Arbeitsverträgen, identisch: Sowohl die beiden befristeten Arbeitsverträge 2011/2012 und 2012/2013 als auch der letzte, hier streitgegenständliche, befristete Arbeitsvertrag 2013/2014 legen eine identische Eingruppierung der Klägerin in Vergütungsgruppe A/F2 TVK fest (dort jeweils § 5 – in allen Fällen unter, ersichtlich formularmäßiger, Bezugnahme auf ein Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 03.03.2013 zur Begründung dieser hiernach von § 17 Abs. 2 TVK abweichenden Eingruppierung).

Auch wenn nicht übersehen wird, dass die Situation einer förmlichen Erprobung nach bestandem Probenspiel gemäß der Probenspielordnung zur perspektivisch dauerhaften Besetzung einer Planstelle eine andere ist als bei sonstigen befristeten Beschäftigung einer Orchestermusikerin ohne diese Voraussetzung, zumal dort keine förmliche Einbindung des Orchesterkollektivs, und hier des neuen Chefdirigenten dieses Orchesters, stattgefunden hatten: Die befristeten Vollzeitbeschäftigungsarbeitsverhältnisse der Klägerin für den immerhin ca. 16 ½-monatigen Zeitraum vom 01.11.2011 bis insgesamt

13.04.2013 können hier jedoch nicht bereits als „aliud“, als lediglich informell oder jedenfalls erprobungsneutral erfolgt angesehen werden. Wie ausgeführt übte die Klägerin sowohl während ihrer befristeten Arbeitsverhältnisse in den Zeiträumen 2011/2012 und 2012/2013 als auch beim streitgegenständlichen befristeten Arbeitsvertrag vom 01.10.2013 bis 30.09.2014 die gleiche Tätigkeit einer Orchesterviolinistin/Tuttistin in der Instrumentengruppe der 1. Geigen, in identischem Eingruppierungsniveau und jeweils im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung, aus. Auch ohne spezifische Erprobungsperspektive wie zuletzt konnte das Orchester – das Staatstheater in B-Stadt bzw. der Beklagte – die Eignung und Befähigung der Klägerin jedenfalls auch in den ca. 16 ½ Monaten ihrer befristeten Vorbeschäftigungszeiten ohne weiteres und zwanglos beurteilen/bewerten – tat dies zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) zweifellos auch, weil die Klägerin andernfalls keine solchen Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse nach ihren mehrjährigen Aushilfseinsätzen angeboten erhalten haben würde. Zwar hebt der Beklagte nachvollziehbar und insoweit überzeugend darauf ab, dass Sinn und Zweck der hier stattfindenden faktischen Kooptation des Orchesters mittels eines förmliches Vorspielverfahrens vor dem „Orchesterkollektiv“ die Wahrung der künstlerischen Identität/Eigenheit, der künstlerischen Tradition, der künstlerischen Qualität dieses Klangkörpers sei: Eben dies hatte die Klägerin jedoch bereits durch ihren vollzeitigen Einsatz jedenfalls im Rahmen ihrer ca. 16 ½-monatigen Vollzeitvorbeschäftigungszeiten im Zeitraum vom 01.11.2011 bis 13.04.2013 gezeigt, und zumal dann auch das komplexe förmliche Probespielverfahren nach der Probespielordnung, in einem Konkurrenzfeld mit offensichtlich zahlreichen anderen Bewerbern auf diese ausgeschriebene Planstelle, bestanden – also damit auch nachträglich im Rahmen eines umfangreichen, mehrstufigen, formellen Selektionsverfahrens gezeigt, dass sie den Anforderungen an die Aufgaben einer Tuttistin der 1. Violine des Staatstheaters in B-Stadt gerecht werden kann.

Damit überschritt unter hier notwendiger Einbeziehung – nicht möglicher Außerachtlassung – jedenfalls der Vorbeschäftigungszeiten der Klägerin als vollzeittätiger Tuttistin der Instrumentengruppe der 1. Violinen über die Dauer von ca. 16 ½ Monaten ihre neuerliche Probebefristung für 12 Monate die noch als angemessen anzusehende Dauer einer befristeten Probezeitbeschäftigung von maximal 18 bzw. 24 Monaten, wie sie hier einschlägig in § 3 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TVK normiert ist, weshalb diese eines ausreichenden Sachgrundes für eine Erprobungsbefristung im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5

TzBfG entbehrt. Deshalb hat das Arbeitsgericht die Befristungsabrede zu Recht als rechtsunwirksam angesehen.

Damit ist die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

### **III.**

Der Beklagte hat damit die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

### **IV.**

Die Berufungskammer hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

- 17 -

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Burger

Plank

Gröll