

Aktenzeichen: 2 AZR 371/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 2. Februar 1984

- 2 AZR 371/82 -

I. Arbeitsgericht
Essen

Urteil vom 9. März 1982
- 6 Ca 6/82 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 30. Juli 1982
- 2 (8) Sa 631/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Angestellteigenschaft eines Discjockeys

Gesetz:

HGB § 59; BGB § 622; ZPO §§ 314, 320, 554, 561

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Ordentliche Kündigung eines Discjockeys während der Probezeit mit einläufiger Kündigungsfrist. Streit über die Zuordnung eines Discjockeys zur Gruppe der Angestellten oder der Arbeiter.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2 AZR 371/82

2 (8) Sa 631/82 Düsseldorf

Verkündet am
2. Februar 1984

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil
In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 2. Februar 1984 durch den
Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor
Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter
Dr. Kirchner und Dr. Wolter für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom
30. Juli 1982 - 2 (8) Sa 631/82 - wird zu-
rückgewiesen.

2. Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der im Jahre 1951 geborene Kläger, ein britischer Staats-
angehöriger, wurde von dem Beklagten, der unter anderem eine
Discothek in Dortmund und die im Dezember 1981 neu eröffnete
Discothek "T" (künftig: T) in E be-
treibt, ab 1. Dezember 1981 als Discjockey gegen ein Monatsent-
gelt von 4.000,-- DM netto eingestellt. Nach dem schriftlichen
Arbeitsvertrag vom 1. Dezember 1981 war eine Probezeit vom 1. bis
31. Dezember 1981 vereinbart, innerhalb derer das Arbeitsver-
hältnis mit eintägiger Frist gekündigt werden konnte. Für die
ordentliche Kündigung und die im Vertrag nicht geregelten Fragen
sollten die Bestimmungen des jeweiligen Manteltarifvertrages,
nicht aber des Lohn- und Gehaltstarifvertrages für das Gaststät-
ten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen gelten.

Der Kläger war zunächst vereinbarungsgemäß einige Abende in
der Dortmunder Discothek des Beklagten tätig. Im Auftrag des Be-



klagen kaufte er zur Vervollständigung des Plattenbestandes des T für 3.000,-- DM Schallplatten. Da sich die für den 1. Dezember 1981 vorgesehene Eröffnung des T verzögerte, arbeitete der Kläger vereinbarungsgemäß zunächst weiterhin in der Dortmunder Discothek und begann seine Tätigkeit im T am 16. Dezember 1981. Am 19. Dezember 1981 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der für die Probezeit vereinbarten eintägigen Frist.

Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit der vorliegenden Klage. Er erstrebt die Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis bis 31. Januar 1982 fortbestanden hat. Er hat vorgebracht, er sei als Angestellter bei dem Beklagten beschäftigt gewesen. Deshalb sei die im Vertrag getroffene Vereinbarung einer eintägigen Kündigungsfrist unwirksam, weil die Mindestkündigungsfrist für Angestellte einen Monat zum Monatsende betrage. Seine Tätigkeit habe nicht nur darin bestanden, Platten aufzulegen, sondern das Musikprogramm zusammenzustellen und auch Ansagen zu machen. Seine Arbeitsleistung sei auch einwandfrei gewesen. Der Beklagte schulde ihm aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs ferner für die Monate Dezember 1981 und Januar 1982 das vereinbarte Gehalt.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß die Kündigung des Beklagten vom 19. Dezember 1981 unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Januar 1982 fortbestanden habe,



-4-

2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 8.000,-- DM netto zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, daß der Kläger als gewerblicher Arbeiter eingestellt und beschäftigt worden sei. Seine alleinige Aufgabe habe darin bestanden, die Schallplatten aufzulegen und am Mischpult als Nonstop-Musik ohne Zwischenansagen einzublenden. Er habe dem Kläger jede Moderation ausdrücklich untersagt. In der Dortmunder Discothek habe er als Licht-Jockey lediglich die Lichtanlage gesteuert und das Musikprogramm kennenlernen sollen, da im T dasselbe Musikprogramm in Form von Nonstop-Musik geboten werden sollte. Er habe somit weder für den Platteneinkauf noch für die im T gespielten Titel eine eigenständige Auswahl treffen müssen. Entgegen dem ihm erteilten Auftrag habe er jedoch Platten nach seinem Geschmack gekauft und im T aufgelegt, so daß das Publikum weggeblieben sei. Dies sei auch der Grund für die Kündigung gewesen. Discjokeys, die lediglich Platten auflegten, übten jedoch eine überwiegend körperliche Tätigkeit aus und seien auch nach der Verkehrsanschauung Arbeiter. Der Kläger sei demgemäß auch bei der Arbeiterrentenversicherung sozialversichert worden, Die für die Probezeit vorgesehene eintägige Kündigungsfrist sei somit wirksam vereinbart worden.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

I. Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen hat, hängt die Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in dem zwischen den Parteien umstrittenen Zeitraum vom 20. Dezember 1981 bis 31. Januar 1982 davon ab, ob der Kläger als Angestellter oder als gewerblicher Arbeiter bei dem Beklagten beschäftigt war. Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung einer eintägigen Kündigungsfrist während der Probezeit ist nichtig, wenn der Kläger Angestellter war, weil sie dann gegen § 622 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt, der für Angestellte zwingend eine Mindestkündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende vorschreibt. Eine kürzere Frist kann gemäß § 622 Abs. 3 BGB nur durch Tarifvertrag und in dessen Geltungsbereich auch einzelvertraglich zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden. Der hier in Betracht kommende Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 2. Februar 1981 (MTV), in Kraft ab 1. Juli 1981, sieht jedoch in § 7 Ziff. 1 Buchst. b für Angestellte eine Regelkündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende vor und verkürzt somit die gesetzliche Mindestkündigungsfrist nicht.

II. Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsfehler den Kläger als Angestellten angesehen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

(vgl. insbesondere BAG 5, 98; 7, 86 und 35, 239 = AP Nr. 5, 12 und 24 zu § 59 HGB) bestimmt sich die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu der Gruppe der Angestellten oder der Arbeiter in erster Linie danach, wie seine Tätigkeit nach der Verkehrsanschauung, d. h. nach der Auffassung der im konkreten Fall beteiligten Berufskreise, bewertet wird. Ein entscheidendes Anzeichen für eine bestehende Verkehrsanschauung ist die Bewertung der Tätigkeit in einschlägigen Tarifverträgen als Arbeiter- oder Angestelltentätigkeit. Besteht in den in Betracht kommenden Kreisen keine feste Auffassung, so ist nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich Angestellter, wer kaufmännische oder büromäßige Arbeit leistet oder überwiegend leitende, beaufsichtigende oder eine vergleichbare Tätigkeit ausübt. Versagen diese Maßstäbe, so bleibt für die Annahme einer Angestelltentätigkeit entscheidend, ob nach dem Gesamtbild der verrichteten Tätigkeit die geistige Leistung im Vordergrund steht, wobei es allein auf die Art der Beschäftigung und die an die geistigen Fähigkeiten des Arbeitnehmers zu stellenden Anforderungen ankommt. Ohne Bedeutung für den Angestelltenbegriff sind dagegen Behandlung, Entlohnung und Bezeichnung des Arbeitnehmers. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Angestelltenversicherungspflicht von den Versicherungsbehörden angenommen oder, wie bei dem Kläger, verneint worden ist. Solche Entscheidungen haben allenfalls für den Bereich der Sozialversicherung, nicht aber für das Gebiet des Arbeitsrechts bindende Wirkung.

2. In zutreffender Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht deshalb der Qualifizierung des Klägers als gewerb-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

licher Arbeiter im Arbeitsvertrag sowie seiner Anmeldung bei der Arbeiterrentenversicherung keine wesentliche Bedeutung beigemessen. Da unstreitig auch die einschlägigen Tarifverträge keine Regelungen über die Zuordnung von Discjockeys zu der Gruppe der Angestellten oder gewerblichen Arbeiter enthalten, hat das Berufungsgericht folgerichtig geprüft, ob hierüber außerhalb der tariflichen Regelung in den in Betracht kommenden Kreisen eine feste Anschauung besteht.

Hierzu hat das Berufungsgericht im wesentlichen ausgeführt, dem von dem Beklagten vorgelegten Schreiben der AOK Dortmund sowie des Verlags Quirini sei lediglich die Rechtsansicht der Sozialversicherungsbehörden zur Qualifizierung von Discjockeys als Angestellte oder gewerbliche Arbeiter zu entnehmen. Die Erhebung von Sachverständigenbeweis sei nicht erforderlich. Fehle es nämlich zu dieser Frage bereits an festen Vorstellungen der Tarifvertragsparteien, könne schwerlich durch Sachverständigengutachten geklärt werden, ob hierzu innerhalb der Branche selbst feststellbare Anschauungen vorhanden seien.

3. Die Revision rügt, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts sei die von dem Sozialversicherungsträger vertretene Meinung ein wesentliches Indiz für das Bestehen einer Verkehrsanschauung. Gleiches gelte für den Verlag Quirini als dem offiziellen Organ deutscher Discotheken. Nach dem vorgelegten Schreiben dieses Verlages würden Discjockeys, die ähnlich wie Conferenciers arbeiteten, als Angestellte, Discjockeys, die lediglich Platten auflegten oder Titel ansagten, als Gewerbege-



hilfen angesehen. Das Berufungsgericht hätte deshalb nicht ohne weitere Nachforschungen das Bestehen einer festen Verkehrsanschauung verneinen dürfen. In diesem Zusammenhang nehme das Berufungsgericht zu Unrecht an, die vertragsgemäße Tätigkeit des Klägers habe darin bestanden, die zum Abspielen gelangten Platten eigenverantwortlich zusammenzustellen. Der Kläger habe unstreitig den Auftrag erhalten, im T die gleiche Musik zu spielen wie in der Dortmunder Discothek, und demgemäß auch die gleichen Platten einzukaufen. Er habe bei dem Auflegen der Platten ein vorgegebenes und bewährtes Schema einhalten müssen. Es sei zwischen den Parteien auch nicht streitig geblieben, ob der Kläger das dargebotene Musikprogramm habe moderieren müssen. Vielmehr habe der Beklagte unwidersprochen vorgetragen, daß es ausschließlich Aufgabe des Klägers gewesen sei, die Platten aufzulegen und die Titel anzusagen.

4. Soweit die Revision dem Berufungsgericht vorwirft, es habe ohne weitere Sachverhaltsaufklärung das Bestehen einer festen Verkehrsanschauung über die Statusbeurteilung von Discjokeys als Angestellte oder Arbeiter verneint, und die Feststellung des Berufungsgerichts über die vom Kläger auszuübenden und ausgeübten Tätigkeiten angreift, rügt sie erkennbar eine Verletzung der Verfahrensnorm des § 286 ZPO, weil diese zwar eine freie Beweiswürdigung gestattet, aber auch vorschreibt, daß sie erschöpfend sein muß (BAG 2, 245, 250 = AP Nr. 1 zu § 67 HGB, zu II der Gründe). Diese Rüge greift jedoch nicht durch.

a) Das Berufungsgericht hat in den Entscheidungsgründen seines



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Urteils festgestellt, die Aufgabe des Klägers habe u n-
s t r e i t i g darin bestanden, die zum Abspielen gelangten
Schallplatten, wenn auch unter Beachtung der vom Beklagten
gegebenen Richtlinien, eigenverantwortlich zusammenzustellen.
U n s t r e i t i g habe der Kläger ferner sogar die Aufgabe
gehabt, Platten im Werte von 3.000,-- DM für die neueröffnete
Discothek einzukaufen. Die Feststellung, daß bestimmte tatsäch-
liche Behauptungen unstreitig bzw. von der Gegenpartei nicht
bestritten worden seien, betrifft Parteivorbringen und gehört
deshalb zum Tatbestand im Sinne des § 314 ZPO, auch wenn es nicht
im formellen Tatbestand (§ 313 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), sondern in den
Entscheidungsgründen wiedergegeben wird (BAG 19, 342 = AP Nr. 13
zu § 91 a ZPO). Eine solche Feststellung kann deswegen nicht mit
einer Verfahrensrüge in der Revision, sondern nur mit einem An-
trag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO bekämpft werden.
Geschieht dies nicht, so kann die Partei in der Revisionsinstanz
nicht mehr damit gehört werden, der Tatbestand stelle etwas als
unstreitig dar, was streitig gewesen sei (BAG Urteile vom 9. De-
zember 1955 - 1 AZR 531/54 - AP Nr. 2 zu § 7 KSchG; vom 13. März
1964 - 1 AZR 100/63 - AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeit-
nehmers, zu II 1 der Gründe, sowie vom 9. März 1972 - 1 AZR
261/71 - AP Nr. 2 zu § 561 ZPO, zu 4 b der Gründe). Der Beklagte
kann auch nicht geltend machen, daß diese Feststellung des Be-
rufungsgerichts in Widerspruch zu seinem schriftsätzlichlichen Vor-
bringen in den Vorinstanzen stehe. Auch diesem Vorbringen geht
der Tatbestand vor, da es möglich ist, daß der Beklagte seinen
früheren Vortrag fallen gelassen hat (vgl. BAG Urteil vom
13. März 1964, aaO).



Auf der Grundlage der von ihm getroffenen und das Revisionsgericht gemäß § 561 Abs. 1 ZPO bindenden tatsächlichen Feststellungen über die Tätigkeit des Klägers konnte das Berufungsgericht die vom Beklagten zu den Akten gereichten Auskünfte unbeachtet lassen und war auch nicht gehalten, den vom Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis zu erheben. Die vorgelegten Auskünfte enthalten Stellungnahmen zur Qualifizierung von Discjockeys als Angestellte oder Arbeiter lediglich insoweit, als diese entweder auch moderieren oder nur Platten auflegen und die Musiktitel ansagen. Gleiches gilt für den vom Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis. Diese Beweismittel waren somit ungeeignet zum Nachweis dafür, ob in den in Betracht kommenden Berufskreisen eine feste Anschauung über den Angestellten- oder Arbeiterstatus von Discjockeys besteht, die gerade die vom Berufungsgericht festgestellte Tätigkeit des Klägers ausüben, nämlich den Einkauf eines Plattensortiments und die über das Auflegen von Platten mit Ansage der Titel hinausgehende eigenverantwortliche Zusammenstellung des dargebotenen Plattenrepertoires nach den vom Unternehmer gegebenen Richtlinien.

b) Die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht als streitig angesehen, ob der Kläger auch habe moderieren müssen, ist ebenfalls unzulässig, weil die Revision insoweit wiederum eine das Parteivorbringen betreffende Feststellung des Berufungsgerichts angreift, die zum Tatbestand gehört. Im übrigen kommt es auf diese Feststellung nicht an, weil das angefochtene Urteil hierauf nicht beruht. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, daß der Kläger zu einer Moderation aufgrund seiner



deutschen Sprachkenntnisse in der Lage gewesen sei. Im Anschluß hieran hat es jedoch betont, es bleibe gleichwohl e n t - s c h e i d e n d , daß der Kläger Schallplatten habe aussuchen und diese zu einem fortlaufenden Musikprogramm zusammenstellen müssen. Somit hat das Berufungsgericht für die Statusbeurteilung des Klägers allein diese Tätigkeiten zugrundegelegt und offengelassen, ob er auch moderieren mußte.

c) Da die Angriffe der Revision gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zu der vom Kläger tatsächlich ausgeübten Tätigkeit und zum Bestehen einer Verkehrsanschauung über die Angestellten- oder Arbeitereigenschaft von Discjockeys bereits aus den vorstehend dargelegten Gründen erfolglos sind, kommt es auf die weiteren Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine Beweiserhebung zu dieser Frage für entbehrlich gehalten hat, nicht an.

5. Das Berufungsgericht ist somit rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, es fehle an einer für die Statusbeurteilung des Klägers erheblichen Verkehrsanschauung. Die Tätigkeit, die er nach den tatsächlichen Feststellungen bei dem Beklagten auszuüben hatte, ist auch weder büromäßiger noch kaufmännischer Art noch als leitende oder einer solchen vergleichbare Tätigkeit anzusehen. Das Berufungsgericht hat somit entsprechend den Rechtsprechungsgrundsätzen des Bundesarbeitsgerichts für die Statusbeurteilung des Klägers zu Recht entscheidend darauf abgestellt, ob nach dem Gesamtbild der von ihm zu verrichtenden Tätigkeit die geistige Leistung im Vordergrund steht. Seine Würdigung, ein Discjockey,



der im Rahmen von Richtlinien des Unternehmers für eine Discothek Schallplatten einzukaufen und diese nicht nur abzuspielen, sondern eigenverantwortlich zu einem fortlaufenden Musikprogramm zusammenzustellen hat, erbringe "im Schwerpunkt" - und somit überwiegend - eine geistige Leistung, ist rechtlich nicht zu be-
anstanden. Sie wird insoweit auch von der Revision nicht in Frage gestellt, deren Rügen ausschließlich darauf gegründet sind, der Kläger habe lediglich nach einem bindend vorgegebenen Schema Platten einkaufen und auflegen müssen.

III.1. War der Kläger somit Angestellter, so konnte das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten vom 19. Dezember 1981 erst am 31. Januar 1982 beendet werden, so daß das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag des Klägers zu Recht stattgegeben hat.

Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung einer eintägigen Kündigungsfrist ist wegen Verstoßes gegen § 622 Abs. 1 Satz 2 BGB nichtig und gemäß § 140 BGB in die zulässige Vereinbarung der nach dieser Vorschrift einzuhaltenden Mindestfrist von einem Monat zum Monatsende umzudeuten. Gleiches gilt für die vom Beklagten ausgesprochene Kündigung, die somit erst zum 31. Januar 1982 wirksam werden konnte.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat der Beklagte die Kündigung als ordentliche mit eintägiger Frist gemäß der im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarung **e r k l ä r t**. Darauf, ob der Beklagte, wie das Berufungsgericht seinem Vortrag in der



Berufungsinstanz entnommen hat, auch eine außerordentliche Kündigung **b e a b s i c h t i g t** hat, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht hat aber diesen Umstand auch offensichtlich nur unter dem Gesichtspunkt der Umdeutung der ordentlichen in eine außerordentliche Kündigung erwähnt, jedoch tragend darauf abgestellt, daß der Beklagte einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB nicht schlüssig dargelegt habe. Dies kann jedoch offen bleiben, weil eine solche Umdeutung unzulässig ist, wie das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden hat (Urteile vom 12. September 1974 - 2 AZR 535/73 - AP Nr. 1 zu § 44 TVAL II, zu III der Gründe, sowie vom 14. Oktober 1975 - 2 AZR 365/74 - AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG 1968, zu 2 b der Gründe; vgl. ferner KR-Becker, § 1 KSchG Rz 174 und KR-Wolf, Grunds. Rz 317).

2. Die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, der Beklagte schulde dem Kläger aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs auch das Gehalt für zwei Monate in Höhe von 8.000,-- DM netto, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision hat auch insoweit nichts gerügt.

Hillebrecht Dr. Röhsler Triebfürst

Dr. Wolter Dr. Kirchner



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)