

Aktenzeichen: 3 AZR 33/82

Bundesarbeitsgericht Dritter Senat Urteil vom 11. September 1984
- 3 AZR 33/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 17. März 1981
Wiesbaden - 2 Ca 2511/79 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 17. November 1981
Frankfurt/Main - 7 Sa 574/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Duldungs- u. Anscheinsvollmacht, cic, entgangener Verdienst

Gesetz:

BGB § 164, § 252 Satz 2, § 276 Verschulden bei Vertragsschluß

Leitsätze:

K e i n e



3 AZR 33/82

7 Sa 574/81 Frankfurt/Main

Verkündet am
11. September 1984

Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. September 1984 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Dieterich, die Richter Griebeling und Dr. Peifer sowie die ehrenamtlichen Richter Kunze und Dr. Hromadka für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/Main vom 17. November 1981 - 7 Sa 574/81 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin, eine freischaffende Balletttänzerin, begehrt von der Beklagten die Zahlung der Gage für einen nicht zustandegekommenen Ballettauftritt.

Die Beklagte plante die Produktion einer F
-Sendung für das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF). Die Sendung sollte im Januar 1979 hergestellt werden. Im August/September 1978 fand ein vorbereitendes Gespräch in Saarbrücken statt. An ihm nahmen als damaliger Produktionsleiter der Beklagten der Zeuge K , als Choreograph der Zeuge R und als Redakteur des ZDF der Zeuge M teil. Da die Mitwirkung eines Balletts vorgesehen war, bat der Zeuge K bei dieser Besprechung den Zeugen R , je 8 geeignete Tänzerinnen und Tänzer anzusprechen. Die Klägerin wurde am 6. Dezember 1978 von einer Assistentin des Zeugen R telefonisch gefragt, ob sie für die in Rede stehende Sendung Zeit habe und vom 8. bis zum 21. Januar 1979 teilnehmen könne. Dies bejahte die Klägerin. K erhielt in der Folgezeit von R eine Liste der angesprochenen Personen, auf der auch die Klägerin stand.

Im Dezember 1978, noch vor der Erteilung des Produktionsauftrags durch das ZDF an die Beklagte, stellte sich heraus, daß aus finanziellen Gründen kein Ballett eingesetzt werden konnte. Auf Wunsch des Zeugen R teilte der Zeuge K dies den bereits angesprochenen Tänzerinnen und Tänzern, darunter auch der Klägerin, durch Schreiben vom 15. Dezember 1978 mit. Die Klägerin widersprach sofort gegenüber dem Zeugen R und brachte zum Ausdruck, daß sie weiterhin zur Verfügung stehe. Der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Klägerin unterrichtete die Beklagte in der ersten Januarwoche telefonisch ebenfalls in diesem Sinne und kündigte an, die Klägerin werde ihre Gage verlangen. Diese Mitteilung wiederholte er mit Schreiben vom 11. Januar 1980. Ein Ersatzengagement kam nicht zustande.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte, vertreten durch den Zeugen K, habe schon bei der Besprechung in Saarbrücken den Zeugen R beauftragt, die Tänzerinnen und Tänzer fest zu engagieren. R bzw. seine Assistentin seien dementsprechend ihr - der Klägerin - gegenüber so aufgetreten, daß sie davon habe ausgehen müssen, ein festes Engagement sei beabsichtigt. Es sei branchenüblich, daß der Choreograph die mitwirkenden Tänzerinnen und Tänzer durch mündlichen Vertrag mit bindender Wirkung einstelle. Somit sei ein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Die Beklagte schulde ihr die vorgesehene Gage von 180,-- DM je Arbeitstag für 13 Tage.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie
2.340,-- DM nebst 4 % Zinsen seit der
Zustellung der Klage am 20. Juni 1979
zu zahlen.

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe den Choreographen R nicht beauftragt, feste Engagementsverträge abzuschließen. R habe nur feststellen sollen, ob die Tänzerinnen und Tänzer in der Zeit des eventuellen Einsatzes zur Verfügung stünden. Er habe gewußt, daß ihr - der Beklagten - noch kein Produktionsauftrag vom ZDF erteilt gewesen sei. Es sei branchenüblich, Mitwirkende erst nach Erteilung des Produktionsauftrags zu engagieren.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

I. Frei von Rechtsirrtum ist die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, der Zeuge R sei zum Abschluß des Engagementsvertrags zwischen den Parteien nicht von der Beklagten bevollmächtigt gewesen.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es sei nicht bewiesen, daß der Zeuge R von der Beklagten beauftragt und bevollmächtigt gewesen sei, die Künstler für das vorgesehene Ballett schon fest zu engagieren. Es hat dabei dem Zeugen K geglaubt, der bekundet hat, er habe namens der Beklagten den Zeugen R nur gebeten, ein Ballett zusammenzustellen und den in Aussicht genommenen Tänzern und Tänzerinnen den Produktionstermin mitzuteilen. R habe gewußt, daß die Beklagte vom ZDF noch keinen Produktionsauftrag erhalten habe.

Auf der Grundlage dieser für das Revisionsgericht nach § 561 Abs. 2 ZPO bindenden tatsächlichen Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht zu Recht abgelehnt, daß der von der Klägerin behauptete Engagementsvertrag auf einer dem Zeugen R erteilten Vollmacht beruht. Da der Zeuge R wußte, daß die Beklagte noch keinen Produktionsauftrag vom ZDF erhalten hatte, konnte er die Bitte des Zeugen K nicht als Bevollmächtigung i.S. des § 167 Abs. 1 BGB auffassen. Seine Erklärungen wirkten somit nicht aufgrund einer ihm ausdrücklich erteilten Vollmacht nach § 164 Abs. 1 BGB für und gegen die Beklagte.

II. Zu Recht rügt die Revision jedoch, das Landesarbeitsgericht habe nicht geprüft, ob es aufgrund einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zu einem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien gekommen ist, aus dem sich der Anspruch der Klägerin auf die vereinbarte Vergütung (§ 615 BGB) ergeben könnte.

1. Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen läßt, daß ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehen darf, der als Vertreter Handelnde sei tatsächlich



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



- 5 -

bevollmächtigt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 173 Anm. 4 b aa). Ob dieser Tatbestand im vorliegenden Fall erfüllt ist, läßt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen noch nicht beurteilen.

Nach den Feststellungen des Berufungsurteils hat der Zeuge K den Zeugen R beauftragt, die in Betracht kommenden Tänzer und Tänzerinnen auszuwählen und ihnen den in Aussicht genommenen Produktionstermin mitzuteilen. Ob die Beklagte dadurch geduldet hat, daß der Zeuge R wie ein Vertreter für sie auftrat, hängt davon ab, wie die Stellung eines Choreographen in einem solchen Fall aus der Sicht der angesprochenen Tänzerinnen und Tänzer zu beurteilen ist. Ist der Choreograph üblicherweise derjenige, der die mitwirkenden Künstler engagiert, und kannte der Zeuge K und damit die Beklagte (§ 166 Abs. 1 BGB) diese Verkehrssitte, so liegt darin, daß die Beklagte den Zeugen R in der geschehenen Weise hat tätig werden lassen, die Duldung eines Vertreterhandelns, das die Beklagte sich nach Treu und Glauben zurechnen lassen muß. Zwar könnte nach dem Inhalt des Berufungsurteils der Eindruck entstehen, der Zeuge K habe dem Zeugen R gesagt, er solle die Tänzerinnen und Tänzer noch nicht engagieren. Eine dahingehende, die Duldung des Vertreterhandelns ausschließende Feststellung enthält das Berufungsurteil jedoch nicht. Es beschränkt sich darauf, die Aussage des nur erstinstanzlich vernommenen Zeugen K sinngemäß wiederzugeben. Der Zeuge hat jedoch nur bekundet, er habe R gebeten, ein Ballett zusammenzustellen und den in Aussicht genommenen Produktionstermin mitzuteilen. Daß R nicht beauftragt war, die Tänzerinnen und Tänzer bereits zu engagieren, hat der Zeuge K nur als seine Meinung geäußert. Er hat nicht bekundet, den Zeugen R zu einschränkenden Erklärungen gegenüber den Tänzerinnen und Tänzern veranlaßt zu haben.

Das Landesarbeitsgericht wird daher festzustellen haben, ob, wie die Klägerin behauptet, in der Fernsehbranche ein Choreograph Tänzerinnen und Tänzer üblicherweise



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 6 -

mündlich oder telefonisch durch bloße Terminabsprachen engagiert und ob dem Zeugen K diese Verkehrs-
sitte bekannt war. War beides der Fall, so ist der von der Klägerin behauptete Arbeitsvertrag mit der Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht zu bejahen. Daß, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, feste Engagements normalerweise erst nach Erteilung des Produktionsauftrags erfolgen, ist für die Auslegung des Verhaltens des Zeugen R unerheblich. Nach den getroffenen Feststellungen konnten die Tänzerinnen und Tänzer nicht erkennen, ob die Beklagte bereits vom ZDF mit der Produktion beauftragt war.

2. Sollte das Landesarbeitsgericht in der erneuten mündlichen Verhandlung feststellen, daß die formlose Beauftragung der Tänzerinnen und Tänzer durch den Choreographen branchenüblich ist, dem Zeugen K diese Verkehrs-
sitte jedoch nicht bekannt war, so könnte sich die Haftung der Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht ergeben. Von einer solchen wird gesprochen, wenn der Vertretene das Handeln seines angeblichen Vertreters nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn ferner der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln seines (Schein-)Vertreters (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 173 Anm. 4 c aa, m.w.N.). Im Unterschied zur Duldungsvollmacht müßte die Beklagte sich nach diesen Grundsätzen das Handeln des Zeugen R auch dann zurechnen lassen, wenn ihr Produktionsleiter die vorgenannte Branchenüblichkeit nicht gekannt haben sollte und es somit an der Duldung eines Vertreterhandels durch die Beklagte fehlte. Die Beklagte müßte sich das Handeln des Zeugen R in diesem Falle deshalb zurechnen lassen, weil der Zeuge K die Branchenüblichkeit hätte kennen müssen. Denn wer als Produktionsleiter in der Filmbranche tätig ist, muß Verkehrssitten kennen, die Engagementsverträge im Showgeschäft betreffen.



- 7 -

III. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht als mögliche Grundlage des Klageanspruchs ein Verschulden bei Vertragsschluß angesehen. Sollte es mangels der von der Klägerin behaupteten Branchenüblichkeit des Vertragsschlusses durch den Choreographen nicht nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zu einem Vertrag zwischen den Parteien gekommen sein, so bliebe zu prüfen, ob der Zeuge R einen Schaden der Klägerin verursacht hat, der der Beklagten zuzurechnen wäre. Hierbei kommt es, wie das Landesarbeitsgericht richtig erkannt hat, nicht darauf an, ob der Zeuge R als Erfüllungsgehilfe der Beklagten (§ 278 BGB) Abschlußvollmacht hatte oder nur bei der Vorbereitung des Vertrags mitwirken sollte. Wer Vertragsverhandlungen durch einen Beauftragten führen läßt, hat zu vertreten, wenn dieser einen Vertrag schließt, obwohl ihm eine entsprechende Vollmacht fehlt (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 276 Anm. 6 B b; BAG 2, 217 = AP Nr. 1 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluß).

Richtig ist ferner die Annahme des Landesarbeitsgerichts, daß die Klägerin danach nur Ersatz des Schadens verlangen könnte, der dadurch entstanden ist, daß sie auf das Zustandekommen des Engagements vertraut hat. Nicht gefolgt werden kann dem Landesarbeitsgericht jedoch darin, die Klägerin haben einen solchen Schaden nicht dargetan.

Das Landesarbeitsgericht meint, die Klägerin habe näher erläutern müssen, welche anderen Angebote für die Zeit vom 8. bis 21. Januar 1979 ihr zwischen dem 6. und 15. Dezember 1978 vorlagen, die sie im Vertrauen auf die Zusage der Assistentin des Zeugen R ausgeschlagen habe. Damit überspannt das Landesarbeitsgericht die an die Darlegungslast der Klägerin zu stellenden Anforderungen.

Der Klägerin kommen für den Nachweis ihres Verdienstauffalls die Darlegungs- und Beweiserleichterungen des § 252 Satz 2 BGB zugute. Es kommt somit darauf an, welchen Gewinn die Klägerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

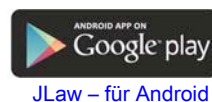
getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Dazu brauchte die Klägerin nicht, wie das Landesarbeitsgericht offenbar meint, bestimmte, die Zeit vom 8. bis 21. Januar 1979 betreffende andere Angebote zu nennen. Vielmehr genügte statt des positiven Nachweises die Wahrscheinlichkeit eines Minderverdienstes (vgl. Urteil des Senats vom 26. Februar 1976 - 3 AZR 215/76 - AP Nr. 3 zu § 252 BGB, zu 2 a der Gründe, m.w.N.). § 287 ZPO sieht eine entsprechend großzügige Regelung der Darlegungs- und Beweislast vor. Die geschädigte Partei muß nicht Tatsachen vortragen, die einen zwingenden Schluß auf den behaupteten Schaden zulassen. Es genügt der Nachweis von Tatsachen, die den Schadenseintritt wahrscheinlich machen (vgl. BAG, aaO).

Hätte das Landesarbeitsgericht diese Grundsätze beachtet, so hätte es dem Vortrag der Klägerin nachgehen müssen, mit dem diese die Wahrscheinlichkeit eines Ersatzengagements für die Zeit vom 8. bis zum 21. Januar 1979 begründet hat. Die Klägerin hat vorgetragen, das Absageschreiben vom 15. Dezember 1978 sei ihr erst kurz vor Weihnachten zugegangen. In den Weihnachtstagen und bis zum Neujahrstag habe sie keinerlei Kontakte zu möglichen Auftraggebern aufnehmen können. Auch der Künstlervermittlungsdienst habe in dieser Zeit nicht gearbeitet. Erst Anfang Januar 1979 sei es ihr gelungen, ein Engagement für Februar zu erhalten. Hätte sie am 6. Dezember 1978 nicht das Engagement bei der Beklagten angenommen, hätte sie einen Vertrag für Januar erhalten können. Ob diese Ausführungen der Klägerin allein schon für die Wahrscheinlichkeit eines Vertragsschlusses zwischen dem 8. und 21. Januar 1979 sprechen, kann der Senat nicht beurteilen. Dies wird davon abhängen, wie die Arbeitsmarktlage für Tänzerinnen in der Zeit vom 8. bis zum 21. Januar 1979 war, dabei ist zu unterstellen, die Klägerin hätte sich unbeeinflusst von dem Anruf der Assistentin des Zeugen R vom 6. Dezember an um ein Engagement bemüht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



- 9 -

Dieser Frage ist das Landesarbeitsgericht nicht nachgegangen, weil es sich mit der bloßen Wahrscheinlichkeit eines Ersatzengagements nicht begnügt hat. Es wird die erforderlichen Feststellungen nachholen müssen, falls es nicht zur Begründetheit der Klage aus dem Gesichtspunkt der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht kommt.

Dr. Dieterich

Griebeling

Dr. Peifer

Kunze

Dr. Hromadka





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)