

Aktenzeichen: 5 AZR 270/06
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 7. Februar 2007
- 5 AZR 270/06 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 30. März 2005
- 7 Ca 10307/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 21. Oktober 2005
- 12 Sa 836/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerstatus - Gastvertrag nach § 20 NV-Solo

Gesetze:

BGB § 611 Abhängigkeit, § 616; EntgeltfortzahlungsgG § 3; AGB-Gesetz
§§ 3, 5, 8, 9

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 270/06
12 Sa 836/05
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Februar 2007

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

schiedsbeklagtes Land; im Aufhebungsverfahren: beklagtes,
berufungsbeklagtes und revisionsklagendes Land,

pp.

Schiedskläger; im Aufhebungsverfahren: Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie die ehrenamtlichen Richter Heel und Steinmann für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 21. Oktober 2005 - 12 Sa 836/05 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 30. März 2005 - 7 Ca 10307/04 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

1

Der 1963 geborene Kläger ist ein international auftretender Opernsänger. Im Jahre 2002 stand er in einem festen Engagement an der Oper N. Daneben gastierte er ua. am Staatstheater K. Dem lag ein „GASTVERTRAG nach § 20 NV-Solo“ zwischen den Parteien vom 22. Januar 2001 zugrunde, in dem es auszugsweise heißt:

2

„§ 1

Herr
mit der Partie des
für die Produktion
im Opernhaus
verpflichtet.

S
„P“
P

§ 2

Der Gast steht dem Staatstheater K zu den erforderlichen Proben in der Zeit vom **29.04.2002** bis zur Premiere zur Verfügung. Die Premiere findet am **15.06.2002** statt; ihre Verlegung von bis zu 7 Tagen bleibt der Bühnenleitung vorbehalten. Die Theaterleitung behält sich das Recht zu Terminverschiebungen aus betrieblichen Gründen vor.

Besondere Vereinbarungen über Vorstellungstermine: 16.06.2002,
21.06.2002,
30.06.2002,
03.07.2002,
06.07.2002.

Die vereinbarten Termine sind grundsätzlich vorrangig vor anderen Terminen des Gastes. Der Gast steht dem Staatstheater K an folgenden Tagen nicht zur Verfügung:

29.04.2002 bis 05.05.2002, 11.05.2002, 25.05.2002, 31.05.2002, 02.06.2002, 09.06.2002.

Der Gast steht nach den Abwesenheitstagen jeweils am Tag darauf zur



Abendprobe zur Verfügung.

§ 3

1. Für jede wahrgenommene Vorstellung erhält der Gast ein Honorar in Höhe von

DM 7.500,--

(I.W.: Siebentausendfünfhundert,--)

zuzügl. Reisekosten: ...

2. Für die Probenzeit erhält der Gast eine Probenpauschale in Höhe von

DM 10.000,--

(I.W.: Zehntausend,--)

zuzügl. Reisekosten: ...

§ 4

Mit den in § 3 genannten Beträgen sind alle Forderungen, einschließlich eines etwaigen Urlaubsanspruches abgegolten. Die Probenpauschale wird am Premiertag fällig. Zuvor können Abschlagszahlungen geleistet werden. Die weiteren Honorare werden monatlich **unbar** angewiesen.

...

§ 10

(1) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der Schriftform. Von Seiten des Theaters müssen sie von Intendant und Direktor unterzeichnet sein. Die Vertragschließenden stellen fest, daß über den vorliegenden Inhalt dieses Vertrages hinaus keine Abreden getroffen wurden.

(2) Für alle Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis ist unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges das Bünnenschiedsgericht Frankfurt zuständig.

Kommt kein Bünnenschiedsgerichtsverfahren zustande, ist das Arbeitsgericht K als besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes der Pflichten aus dem Vertragsverhältnis ausschließlich zuständig.

(3) Besondere Vereinbarungen:

- a) Die Probenpauschale beinhaltet die Abgeltung einer eventuell stattfindenden öffentlichen Probe und einer eventuell stattfindenden Matineeveranstaltung.
- b) Der Gast ist verpflichtet, an Presse- und Werbeveranstaltungen des Theaters teilzunehmen.
- c) Die Terminierung erfolgt nach Absprache mit dem Theater unter Berücksichtigung anderweitiger Disposition des Gastes.
- d) **Der Gast wird eine Selbstversteuerungsbescheinigung beibringen, so dass dieses Engagement nicht**



über die Lohnsteuerkarte laufen wird.“

Am 30. Juni 2002 sagte der Kläger die Vorstellung vom 3. Juli 2002 wegen einer Erkrankung ab. 3

Der Kläger macht die Vergütung für die Vorstellung vom 3. Juli 2002 als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geltend. Er sei Arbeitnehmer des beklagten Landes gewesen. Bei dem Gastvertrag vom 22. Januar 2001 handele es sich um einen Arbeitsvertrag. Er sei in dem erforderlichen Maße persönlich abhängig gewesen. Er habe uneingeschränkt den fachlichen und künstlerischen Weisungen des Regisseurs und des Generalmusikdirektors unterlegen. Dies gelte auch in zeitlicher Hinsicht für seine Teilnahme an den Proben, die vom beklagten Land jeweils ohne Rücksprache durch Aushang bekannt gegeben worden seien. Im Zeitraum vom 29. April bis zum 15. Juni 2002 habe er mit Ausnahme der vereinbarten Sperrtermine an allen Tagen der Theaterleitung für zwei Proben je vier Stunden zur Verfügung stehen müssen. Sollte er kein Arbeitnehmer gewesen sein, ergebe sich der Anspruch aus § 616 BGB. Die Abbedingung des Anspruchs in § 3 Abs. 1 des Gastvertrags verstoße gegen § 307 BGB. 4

Der Kläger hat beantragt, 5
das beklagte Land zu verurteilen, an den Kläger 3.834,69 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 1. November 2003 zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat vorgetragen, 6
der Kläger sei nach dem Gastvertrag Selbständiger, weshalb ihm Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nicht zustehe. Der Anspruch nach § 616 BGB sei wirksam abbedungen worden.

Die zunächst angerufenen Bühnenschiedsgerichte haben die Klage abgewiesen. Die Aufhebungsklage des Klägers war erfolglos. Auf seine Berufung hat das Landesarbeitsgericht das beklagte Land antragsgemäß verurteilt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt das beklagte Land, die Entscheidung des Arbeitsgerichts wiederherzustellen. 7



Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Für den geltend gemachten Anspruch fehlt es an einer Grundlage. 8
- I. Der Kläger hat keinen Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsg. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis auf Grund des Gastvertrags vom 22. Januar 2001. 9
1. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend, wenn auch ohne Begründung davon ausgegangen, mit dem Gastvertrag (GastV) seien nicht zwei getrennt zu beurteilende Rechtsverhältnisse begründet worden. Die Vertragsgestaltung der Parteien bietet keinen hinreichenden Anhaltspunkt für zwei Vertragsverhältnisse. Vielmehr spricht die Verpflichtung „für die Produktion P“ als einheitlicher Vertragsgegenstand eindeutig für ein einheitliches Vertragsverhältnis. Wenn hinsichtlich der Proben und der Vorstellungen unterschiedliche Bedingungen vereinbart wurden, erklärt sich das zwanglos aus der unterschiedlichen Art und dem unterschiedlichen Wert der Leistungen. Beides war nur zusammen gewollt. Getrennt machten Proben und Vorstellungstermine weder für den Kläger noch für das beklagte Land einen Sinn. Es liegt keine Vertragsverbindung vor. 10
2. Der Vertrag war nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag, § 611 BGB. Der Kläger hatte sowohl bei den Proben als auch bei den Aufführungen Dienste zu leisten. Er schuldete keinen Erfolg iSv. § 631 Abs. 2 BGB, sondern künstlerische Tätigkeit. Daran ändert nichts, dass der Vertragsgegenstand auf die Partie des „P“ beschränkt war. Das stellt weder ein bestimmtes Arbeitsergebnis noch einen bestimmten Arbeitserfolg dar. Der Kläger musste nicht einen „P“ frei von Sach- und Rechtsmängeln (§§ 633 ff. BGB) verschaffen, sondern entsprechend seinem Fachkönnen in dieser Rolle tätig werden. 11
3. Die Parteien haben kein Arbeitsverhältnis begründet, indem sie eine Schiedsabrede getroffen, ersatzweise die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts K vereinbart haben. Der Wille, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, ist mit derartigen Vereinbarungen nicht notwendig verbunden. Auch der sonstige Vertragsinhalt rechtfertigt nicht die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Der Kläger hatte nach dem Gastvertrag keine ab- 12



hängige Dienstleistung zu erbringen. Er konnte seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit im Wesentlichen frei bestimmen.

- a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, nach denen Arbeitnehmer von selbständigen Dienstverpflichteten abgegrenzt werden. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. In einem Arbeitsverhältnis ist die vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Diese Grundsätze gelten auch für Musiker (vgl. nur BAG 9. Oktober 2002 - 5 AZR 405/01 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 114 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 1, zu II 1, 2 der Gründe mwN). 13
- b) Das Landesarbeitsgericht hat bei der Anwendung der dargestellten Grundsätze auf den Streitfall wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen. Es hat insbesondere nicht ausreichend berücksichtigt, dass der vorliegende Gastvertrag sein Gepräge durch die Mitwirkung an den Vorstellungen erhält. Auch wenn die Proben zeitlich überwogen, dienten sie nur dem Zweck, die Oper aufzuführen. Dies war der eigentliche Sinn des Vertrags, der auch in den unterschiedlichen Vergütungsregelungen zum Ausdruck kommt. Die Prüfung der Weisungsgebundenheit muss diese dienende Funktion der Proben angemessen berücksichtigen. Die Bewertung der persönlichen Abhängigkeit darf nicht allein nach dem zeitlichen Umfang der Tätigkeiten erfolgen. Stehen die Aufführungen als Vertragsgegenstand ganz im Vordergrund, sind sie neben den in zeitlicher Hinsicht überwiegenden Proben zumindest gleichgewichtig. 14
- c) Bei den Aufführungen bestand keine ins Gewicht fallende Weisungsgebundenheit des Klägers. 15

Der Kläger war hier zwar nicht fachlich weisungsfrei. Er hatte sich in die von anderen bestimmte Gesamtkonzeption des Werkes einzuordnen. Das stellt aber nur eine schwache Weisungsbindung dar. Die nach dem Vertrag vorausgesetzte maßgebliche künstlerische Tätigkeit des Klägers als „P“ war der Einflussnahme durch fachliche Weisungen weitgehend entzogen. Eher kann davon gesprochen werden, es werde das 16



gemeinsam erarbeitete Werk aufgeführt. Dem stehen etwaige unterschiedliche künstlerische Auffassungen zur Gastrolle nicht entgegen. Durchsetzen wird sich dabei nicht ohne weiteres das Theater als Weisungsgeber, sondern die „bessere“ künstlerische Konzeption, immer begrenzt durch das jeweilige Können des Gastes.

Die Zeit der Dienstleistung war hinsichtlich der Aufführungen im Wesentlichen vertraglich festgelegt. Dem beklagten Land kam, abgesehen von der Möglichkeit, die Premiere um bis zu sieben Tage zu verschieben, insoweit kein zeitliches Weisungsrecht zu. Der Kläger unterwarf sich nicht etwa einem von dem Vertragspartner noch aufzustellenden Spielplan. Er war hinsichtlich der Zeit der Arbeitsleistung zwar nicht frei, aber doch frei von Weisungen.

Entsprechendes gilt für Inhalt, Dauer und Ort der Tätigkeit. Diese ergaben sich schon aus dem Gastvertrag und konnten von dem beklagten Land nicht mehr einseitig festgelegt werden.

d) Bei den Proben bestand eine weitergehende Weisungsgebundenheit des Klägers.

Das beklagte Land bestimmte den Ablauf der Proben. Damit unterlag der Kläger einem Weisungsrecht hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit. Der Einfluss auf die eigentliche künstlerische Tätigkeit des Klägers war freilich auch hier begrenzt.

Der vereinbarte Zeitraum für die Proben war beschränkt und durch bestimmte bezeichnete Zeiträume und Tage weiter eingeschränkt. Dem beklagten Land blieb damit angesichts der unstreitig erforderlichen Anzahl von Proben nur ein deutlich begrenztes Weisungsrecht zur zeitlichen Festlegung. Darauf hat bereits das Bühnenoberschiedsgericht hingewiesen.

Das beklagte Land durfte die erforderliche Zeitdauer im Rahmen der verbleibenden Zeiträume konkretisieren. Die Teilnahme des Klägers an Presse- und Werbeveranstaltungen setzte dagegen eine Absprache und die Berücksichtigung anderweitiger Dispositionen voraus. Weitergehende Spielräume zur einseitigen Festlegung bestanden nach dem Gastvertrag nicht.

e) Bei einer isolierten Würdigung der Verpflichtung zur Mitwirkung an bestimmten Aufführungen, eventuell mit kurzen zusätzlichen Stell- oder Verständigungsproben, wäre eine selbständige Dienstleistung anzunehmen. Demgegenüber müsste der Probenzeitraum, könnte er gesondert bewertet werden, wohl als Arbeitsverhältnis anzuse-



hen sein. Die Annahme eines gemischten Vertrags aus Elementen des freien Dienstvertrags und des Arbeitsvertrags erscheint aber lebensfremd. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen Vertragsgegenstand mit unterschiedlichen Pflichten, die nach der Natur der Sache und den Vereinbarungen der Parteien in verschiedener Art und Weise zu erbringen waren. Deshalb ist eine Gesamtwürdigung geboten, die nicht nur für die rechtliche Beurteilung von Begründung und Beendigung des Rechtsverhältnisses, sondern auch insgesamt für dessen Inhalt maßgebend ist. Diese Gesamtwürdigung ergibt eine selbständige Tätigkeit. Die Weisungsgebundenheit war insgesamt nicht so stark, dass sie zu einem Arbeitsverhältnis führt. Sie tritt gegenüber der freien Stellung des Klägers nach dem Gesamtgepräge des Vertragsverhältnisses zurück.

- | | | |
|-----|---|----|
| II. | Der Kläger hat keinen Vergütungsanspruch nach § 616 BGB. | 24 |
| 1. | Die Voraussetzungen des § 616 Satz 1 BGB sind erfüllt, da der Kläger auf Grund von Krankheit für verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert war. Bei sechs vorgesehenen Aufführungsterminen erscheint ein Tag als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. | 25 |
| 2. | Die Parteien haben § 616 BGB durch § 3 GastV wirksam abbedungen. | 26 |
| a) | § 616 BGB ist nicht zwingend, sondern kann durch Einzelvertrag ausgeschlossen werden. | 27 |
| b) | Die Vereinbarung eines Honorars für jede „wahrgenommene“ Vorstellung nach § 3 GastV beinhaltet einen Ausschluss der Anwendung des § 616 BGB auf Vorstellungen. Nur die erbrachte Leistung soll hier vergütet werden. Das haben die Parteien übereinstimmend auch so verstanden. | 28 |
| c) | Ob nach geltendem Recht eine Abbedingung des § 616 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist und ob die Abbedingung im GastV einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhalten würde, kann dahinstehen. Die §§ 305 ff. BGB finden auf den Streitfall keine Anwendung. | 29 |
| aa) | Nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB sind auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, das BGB, das AGB-Gesetz (AGBG) und andere Gesetze grundsätzlich in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Bei Dauerschuldverhältnissen ist statt dessen ab dem 1. Januar 2003 das BGB in der neuen Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). | 30 |



- bb) Der GastV vom 22. Januar 2001 ist vor dem 1. Januar 2002 entstanden, da sich der gesamte Entstehungstatbestand vor diesem Zeitpunkt verwirklicht hat (*vgl. nur Palandt/Heinrichs 66. Aufl. Art. 229 § 5 EGBGB Rn. 3*). Auch als Dauerschuldverhältnis konnten auf ihn die §§ 305 ff. BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 erst ab dem 1. Januar 2003 Anwendung finden. Der geltend gemachte Anspruch resultiert aber aus dem Jahr 2002. 31
- d) Anzuwenden ist danach das AGBG. Die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG greift nicht ein, da kein Arbeitsvertrag vorliegt. Der Kläger war im Übrigen auch nicht arbeitnehmerähnliche Person. Er war weder von dem beklagten Land wirtschaftlich abhängig noch vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig. Die Reichweite des § 23 Abs. 1 AGBG im Hinblick auf arbeitnehmerähnliche Personen bedarf keiner Prüfung. 32
- aa) Zugunsten des Klägers kann angenommen werden, dass es sich bei der beanstandeten Regelung in § 3 GastV um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 1 AGBG handelt. 33
- bb) Die Regelung ist nicht ungewöhnlich (§ 3 AGBG). Die Honorierung nur der erbrachten Dienstleistung ist bei künstlerischen Tätigkeiten der vorliegenden Art üblich. Der Kläger musste mit einer solchen Klausel zumindest rechnen, sie konnte einen freiberuflich tätigen Opersänger wie den Kläger nicht überraschen. 34
- cc) Die Regelung ist nicht unklar (§ 5 AGBG). Die Vergütung jeder „wahrgenommenen“ Vorstellung schließt eine Vergütungsfortzahlung bei Verhinderung des Dienstverpflichteten aus in seiner Person liegenden Gründen eindeutig aus. Das muss ein verständiger und redlicher Vertragspartner bei Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise so verstehen. Ob die Vorstellung wegen der Krankheit des Klägers ausfiel oder mit einem Ersatz durchgeführt wurde, ist für diese Auslegung unerheblich. Demgegenüber erhält der Gast die Probenpauschale „für die Probenzeit“. Das schließt die Anwendung des § 616 BGB nicht aus. Der Gegensatz beider Regelungen in diesem Sinne wird auch dem rechtlich nicht vorgebildeten Bühnenkünstler hinreichend deutlich. 35
- dd) Die von § 616 BGB abweichende Regelung (§ 8 AGBG) ist nicht nach § 9 AGBG unwirksam. Sie benachteiligt den Kläger nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Zwar wird § 616 BGB hinsichtlich der Vorstellungen zu Lasten des Dienstverpflichteten insgesamt abbedungen. Doch handelt es sich bei der 36



Vergütungsfortzahlung insoweit um kein unabweisbares Gerechtigkeitsgebot. Die Vorschrift dient angesichts des „Werkcharakters“ der Gastrolle nicht einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Gastes. Sie kommt ohnehin nur bei einer Verhinderung von verhältnismäßig nicht erheblicher Dauer zur Anwendung, also etwa dann nicht, wenn mehrere Aufführungen krankheitsbedingt nicht wahrgenommen werden können. Zudem stellt die Gastrolle regelmäßig eine Nebentätigkeit dar. Steht der Gast - wie hier - anderweitig in einem Arbeitsverhältnis, kommt ihm dadurch ein ausreichender Schutz zu. Die Erreichung des Zwecks des Gastvertrags wird nicht durch den Ausschluss der Vergütung bei krankheitsbedingter Absage von Vorstellungen, sondern eher durch die Absage selbst gefährdet. Berücksichtigt man des Weiteren die Anwendbarkeit von § 616 BGB während der Probenzeit, erscheint die vereinbarte Risikoabgrenzung angemessen. Dabei fällt ins Gewicht, dass die Verpflichtung zur Vergütungsfortzahlung nach § 616 BGB ein hohes Risiko für das Theater darstellen kann. Die Heranziehung eines Ersatzes für den Gast ist mit weiteren, in der Regel höheren Kosten verbunden. Muss die Vorstellung ausfallen, entsteht ein weiterer Schaden.

III. Der Kläger hat nach den §§ 91, 97 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

37

Müller-Glöge

Mikosch

Laux

Heel

Rolf Steinmann



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

