

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 295, §§ 613 a, 615, 628 Abs. 2;
AFG § 18 Abs. 1 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 1;
AEVO § 6 Nr. 2

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 292/74

Vers.-Urteil des BAG vom 30. Juli 1975 LAG Baden-Württemberg
(Mannheim)



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



5 AZR 292/74

6 Sa 150/73 Baden-Württemberg
(Mannheim)

Verkündet
am 30. Juli 1975

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Versäumnis-

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juli 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter G.W. Keller und Scherer für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 6. Mai 1974 - 6 Sa 150/73 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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



- 2 -

Tatbestand

Der Kläger, ein Kapellenleiter, und drei weitere Musiker, alle österreichische Staatsangehörige, schlossen mit dem Ehemann der Beklagten am 29. Juni 1971 in Zell am See (Österreich) einen Engagementsvertrag. Danach verpflichtete sich der Kläger, mit seiner Kapelle im Tanzrestaurant "G" in Karlsruhe vom 1. bis 31. Mai 1972 gegen eine Gage von 11.500,-- DM netto zu spielen. Der Kapelle war außerdem freies Essen und freie Unterkunft zugesagt. Ein weiteres Engagement war für die Zeit vom 1. bis 30. November 1972 vereinbart.

Am 1. Dezember 1971 übernahm die Beklagte von ihrem Ehemann das Lokal "G".

Mit Schreiben vom 3. Februar 1972 zeigte der jetzige Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, Rechtsanwalt J., an, daß seine Mandantin die Gaststätte übernommen habe. Sie könne den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag nicht einhalten, da sie die verlangte Gage als überhöht ansehen müsse. Weiter heißt es in diesem Schreiben:

"Frau B., die den Vertrag nicht unterzeichnet hat, kann an diesem nicht festhalten. Sie ist allenfalls bereit, erneute Vertragsverhandlungen mit Ihnen in die Wege zu leiten. Ein neuer Vertrag könnte jedoch lediglich mit einer erheblich verminderten Gage abgeschlossen werden.

Ich fordere Sie hiermit auf, sich verbindlich bis spätestens

10.2.1972

zu erklären, daß Sie aus dem Vertrag keine Rechte mehr ableiten wollen."

Am 11. Februar 1972 antwortete der jetzige Prozeßbevollmächtigte des Klägers, Rechtsanwalt W. Er wies auf § 613 a BGB hin, verlangte "strikte Einhaltung des Vertrages" und kündigte an:

"Meine Partei wird daher am 1.5.1972 und 1.11.1972 das Arbeitsverhältnis antreten.

- 3 -

Ich darf Sie bitten, bis spätestens Montag, den 21.2.1972 hierher eine Erklärung zu übersenden, wonach Ihre Partei den Vertrag ebenfalls einhalten wird. Bei ergebnislosem Fristablauf wäre ich weisungsgemäß veranlaßt, Feststellungsklage zu erheben."

Mit Schreiben vom 25. Februar 1972 machte Rechtsanwalt J geltend, der abgeschlossene Vertrag sei wegen Verstoßes gegen das Anwerbemonopol der Bundesanstalt für Arbeit unwirksam. Die Angelegenheit könne noch außergerichtlich erledigt werden. Die Beklagte sei nicht abgeneigt, einen neuen Kapellenvertrag zu schließen, jedoch nicht unter den Bedingungen, wie im Vertrag vom 29. Juni 1971.

In seiner Erwiderung vom 6. März 1972 führte Rechtsanwalt W aus, sein Mandant könne noch vor Arbeitsbeginn die benötigte Arbeitserlaubnis erlangen. Er bot dann den Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs an, wonach sich die Beklagte verpflichten sollte, entsprechenden Verdienstausschlag für den Monat Mai zu ersetzen. Sein Mandant könne für zwölf Tage im Monat Mai ein anderes Engagement eingehen. Bis 9. März 1972 müsse sein Mandant sich zu dem neuen Engagementsangebot erklären.

Am 11. März 1972 schloß der Kläger mit dem Inhaber der " -Bar" in Zell am See einen Engagementsvertrag für die Zeit vom 19. bis 31. Mai 1972 ab.

Unter dem 25. April 1972 schrieb ein Herr N vom Künstlerdienst Stuttgart an den Kläger:

"Wahrscheinlich werden Sie sich noch an mich erinnern - ich hatte seinerzeit vom Künstlerdienst München aus Verhandlungen mit Ihnen.

Heute nun schreibe ich Ihnen in einer anderen Mission. Mein Kunde, Frau B vom G hof Karlsruhe, informierte mich, daß ein Vertrag mit Ihnen für den Mai 1972 bestünde. Sie ließ mich auch wissen, daß ursprünglich Schwierigkeiten bestanden wegen eben dieses Vertrages. Nunmehr hat



- 4 -

Frau B sich entschlossen, den Vertrag, den damals noch ihr Mann direkt mit Ihnen ausgehandelt hatte, einzuhalten. Sie hat meines Wissens Ihnen auch noch einmal eine Bestätigung gegeben. Da von Ihnen keinerlei Nachricht kam, ist Sie nun im Zweifel, ob Sie überhaupt am 1. Mai anfangen. Bitte informieren Sie die Direktion umgehend! Sie werden verstehen, wenn die Direktion, genau wie Sie, auf Einhaltung der vertraglichen Vereinbarung besteht."

Auf diesem Schreiben befindet sich ein handschriftlicher Vermerk des Klägers:

"In F eingegangen am 28.4.1972."

Der Kläger erschien weder am 1. Mai 1972 noch zu einem späteren Zeitpunkt mit seiner Kapelle im Betrieb der Beklagten.

Mit der am 28. Februar 1973 erhobenen Klage verlangt der Kläger die vereinbarte Gage einschließlich Abgeltung für nicht gewährte freie Station in Höhe von 720,-- DM abzüglich des in der " -Bar" anderweitig erzielten Verdienstes von 35.000 österreichischen Schillingen = 5.000,-- DM.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
7.220,-- DM nebst 4 % Zinsen hieraus
seit Zustellung der Klage zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, ein Herr E H habe im April 1972 in ihrem Auftrag dem Kläger angeboten, er könne mit seiner Kapelle bis zum 19. Mai 1972 bei der Beklagten spielen. Das Angebot sei an den Kläger und an seinen Prozeßbevollmächtigten telefonisch erfolgt. Beide hätten das Angebot abgelehnt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht dieses

- 5 -

Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Für die Beklagte ist im Termin zur mündlichen Verhandlung niemand erschienen. Der Kläger hat ein Versäumnisurteil beantragt.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision des Klägers war in entsprechender Anwendung des § 331 Abs. 2 Halbsatz 2 ZPO durch ein unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen.

Für das Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz bestehen keine besonderen Vorschriften. Es sind deshalb die Vorschriften über das Versäumnisverfahren der ersten Instanz und damit auch § 331 ZPO entsprechend anzuwenden (vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 566 Anm. III und BAG AP Nr. 1 zu § 337 ZPO [vor 1 der Gründe]). Bei Säumnis des Revisionsbeklagten ist zu prüfen, ob die Revisionsbegründung im Zusammenhang mit dem nach § 561 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigenden Parteivorbringen und dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt (§ 561 Abs. 2 ZPO) den Revisionsantrag des Klägers rechtfertigt. Nur die zulässigerweise neu nach § 561 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgebrachten Tatsachen können unter Beachtung von § 335 Abs. 1 Nr. 3 ZPO als zugestanden angesehen werden. Solche Tatsachen hat der Kläger jedoch in der Revision nicht vorgebracht.

II. Die im vollen revisionsrechtlichen Umfang erforderliche Sachprüfung ergibt, daß die Revision des Klägers unbegründet ist. Der Kläger kann den für den Monat Mai 1972 vereinbarten Lohn weder nach § 615 BGB noch als Schadenersatz fordern.

1. Ansprüche aus § 615 BGB setzen einen wirksamen Arbeitsvertrag voraus. Daran fehlt es, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Der Engagementsvertrag

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



- 6 -

vom 29. Juni 1971 ist wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 Satz 1 AFG nichtig (§ 134 BGB). Alle Kapellenmitglieder bedurften als österreichische Staatsangehörige zur Ausübung der vereinbarten Beschäftigung einer Arbeitserlaubnis (§ 19 Abs. 1 Satz 1 AFG). Diese Arbeitserlaubnis wurde nicht vor Arbeitsantritt erteilt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt mußte sie jedoch vorliegen oder zumindest beantragt sein, wie sich aus Wortlaut und Zweck des § 19 AFG ergibt. Danach ist die "Ausübung einer Beschäftigung" von der Erteilung der Erlaubnis abhängig. Ohne diese Erlaubnis ist die tatsächliche Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers nicht zulässig. Nur die der tatsächlichen Beschäftigung vorausgehende Erlaubnis kann auch verhindern, daß anstelle geeigneter deutscher Arbeitnehmer ausländische Arbeitnehmer beschäftigt werden, was aus arbeitsmarktpolitischen Gründen unerwünscht sein kann. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Erlaubnis schon vor Vertragsabschluß eingeholt wird. Der Senat geht damit für § 19 AFG von den gleichen Grundsätzen aus, wie er sie schon zu § 43 AVAVG aufgestellt hatte, dem § 19 AFG weitgehend entspricht (BAG 22, 22 [27/28] = AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG [zu 2 der Gründe]; zustimmend Krebs, AFG, Stand Mai 1975, § 19 Rdnr. 4, Hennig-Kühl-Heuer, AFG, Stand Mai 1975, § 19 Anm. 2).

2.a) Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die Nichteinholung der Arbeitserlaubnis auf vertragswidrigem Verhalten der Beklagten beruht. Entweder war die Beklagte, wie der Kläger behauptet hat, abredegemäß verpflichtet, sich um die Arbeitserlaubnis des Klägers zu bemühen. Wenn eine solche Verpflichtung nicht bestand, durfte die Beklagte den Kläger nicht von eigenen Bemühungen um die erforderliche Zustimmung abhalten. Das hat sie aber dadurch getan, daß sie sich einseitig und ohne Grund von den mit ihrem Ehemann getroffenen Vereinbarungen lossagte. Sie war in die Rechte und Pflichten aus dem Engagementsvertrag durch die mit ihrem Ehemann vereinbarte Übernahme des Betriebes eingetreten (§ 613 a Abs. 1 BGB). Im Hinblick auf die zunächst hartnäckige Weigerung

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

- 7 -



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



- 7 -

der Beklagten, die Verpflichtungen aus dem Engagementsvertrag zu erfüllen, brauchte sich der Kläger nicht mehr um die Erteilung der Arbeitserlaubnis für sich und die Kapellenmitglieder zu bemühen. Er konnte nicht damit rechnen, daß er die Arbeitserlaubnis für die vereinbarte Tätigkeit noch benötigen würde.

b) Wegen des vertragswidrigen Verhaltens muß die Beklagte den Kläger so stellen, als ob der Vertrag wirksam zustande gekommen wäre, wenn mit der Erteilung der Erlaubnis bei vertragsgerechtem Verhalten der Beklagten zu rechnen war (BAG 22, 22 [30] = AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG [zu 4 der Gründe] mit weiteren Nachweisen). Ob das der Fall war, kann im vorliegenden Fall offenbleiben. Dafür spricht, daß nach der Vereinbarung zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland vom 23. November 1951 (BABl. 1952, 468) österreichischen Musikern grundsätzlich die erforderliche Arbeitserlaubnis zu erteilen ist. Nur § 6 Nr. 2 der Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer vom 2. März 1971 (AEVO - BGBI. I, 152) könnte der Erteilung der Arbeitserlaubnis dann entgegenstehen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unerlaubten Anwerbung zustande gekommen wäre (vgl. § 18 Abs. 1 AFG). Der Senat hat erhebliche Zweifel, ob allein in der Tatsache, daß die Parteien den Vertrag im Ausland geschlossen haben, bereits eine unerlaubte Anwerbung liegt. Abschließend braucht der Senat diese Frage jedoch nicht zu entscheiden. Auch bei einem vollwirksamen Engagementsvertrag hätte der Kläger keine Ansprüche aus Annahmeverzug gehabt.

c) Die Beklagte ist mit der Annahme der Dienste nicht in Verzug gekommen. Sie hat zwar zunächst mehrfach die Erfüllung des Engagementsvertrages abgelehnt, zuletzt mit Schreiben vom 25. Februar 1972. Der Kläger brauchte daher seine Dienstleistung zunächst nur noch wörtlich anzubieten, um die Beklagte in Annahmeverzug zu versetzen



- 8 -

(§ 295 BGB). Das hat er mit seinem Schreiben vom 6. März 1972 auch getan. Er besteht darin auf Einhaltung des abgeschlossenen Vertrages für den Fall, daß es zu keiner vergleichweisen Erledigung des Streites kommt.

Die Beklagte konnte jedoch die für sie nachteilige Rechtslage durch die Erklärung ändern, sie werde den vereinbarten Vertrag erfüllen und die angebotenen Dienste entgegen anderslautenden früheren Erklärungen doch annehmen. Durch eine solche Erklärung zwingt der Gläubiger den Schuldner grundsätzlich dazu, seine Arbeitskraft wieder tatsächlich anzubieten (Staudinger-Werner, BGB, 10./11. Aufl., § 295 Rdnr. 5). Voraussetzung ist nur, daß dem Schuldner die Aufnahme der Tätigkeit noch möglich und zumutbar ist. Das ist unter Umständen dann nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer zwischenzeitlich ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen ist oder sonstige Gründe einer Arbeitsaufnahme entgegenstehen.

Im vorliegenden Fall hatte sich der Kläger für die Zeit ab 19. Mai 1972 anderweitig verpflichtet. In der Zeit vom 1. bis 18. Mai 1972 hätte der Kläger noch bei der Beklagten arbeiten können. Das Angebot der Beklagten enthielt keine Einschränkung in der Richtung, daß eine Leistung bis zum 18. Mai 1972 abgelehnt werde. Alle Umstände sprechen dafür, daß auch eine Teilleistung bis zum 18. Mai 1972 für beide Teile sinnvoll gewesen wäre. Sonstige Gründe, die es dem Kläger unzumutbar machten, die vereinbarten Dienste bei der Beklagten zu leisten, hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht vorgebracht. Zwar mag es zweifelhaft sein, ob der Kläger noch vor dem 1. Mai 1972 vom Inhalt des Schreibens der Beklagten erfahren hat. Das Schreiben vom 25. April 1972 ist erst am 28. April 1972 in die ständige Wohnung des Klägers gelangt. Für eine telefonische Information des Klägers an seinem Arbeitsort oder für eine Nachsendung blieben nur wenige Tage. Der Kläger hat aber keinen Grund dafür angegeben, daß er sich nicht unmittelbar nach Erhalt des Schreiben – spätestens also Anfang Mai 1972 – mit der Beklagten telefonisch in Verbindung gesetzt und die Arbeitsaufnahme besprochen hat. Dazu

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

- 9 -



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



- 9 -

war er dann verpflichtet, wenn er seinerseits weiterhin auf der Einhaltung des Vertrages bestehen und Ansprüche aus Annahmeverzug geltend machen wollte. Nach seinem eigenen Vorbringen hat der Kläger auf dieses Schreiben der Beklagten nicht reagiert. Er hat sich in Schweigen gehüllt und hat erst erhebliche Zeit später Ansprüche aus Annahmeverzug angemeldet und gerichtlich geltend gemacht.

d) Für die Zeit vom 1. - 18. Mai 1972 fehlt es somit am Annahmeverzug der Beklagten. Für die Zeit vom 19. Mai an war dem Kläger zwar nicht zuzumuten, seine inzwischen im Interesse der Beklagten eingegangene anderweitige Verpflichtung rückgängig zu machen. Insoweit muß er sich aber das anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner und der übrigen Kapellenmitglieder Dienste erworben hat (§ 615 Satz 2 BGB). Durch das Engagement in Zell am See hat er zumindest soviel verdient, wie er bei der Beklagten in dieser Zeit erhalten hätte. Insgesamt hätte der Kläger im Mai 1972 die mit der Beklagten vereinbarte Gage verdienen können, wenn er zunächst bei der Beklagten gespielt und danach ab 19. Mai 1972 sein Engagement in Zell am See angetreten hätte.

3. Ein Schadenersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB scheidet schon deshalb aus, weil der Kläger zu keiner Zeit eine fristlose Kündigung erklärt hat. In seinem Schreiben vom 6. März 1972 kann eine solche Erklärung nicht gesehen werden. Der Kläger brachte in diesem Schreiben zum Ausdruck, daß er am Vertrag festhalten und Ansprüche aus § 615 BGB geltend machen wolle. Eine solche Erklärung schließt die Annahme einer fristlosen Kündigung aus, die das Arbeitsverhältnis sofort beendet hätte.

gez.: Dr. Hilger

Siara

Dr. Heither

Keller

Scherer



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)