

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

Gesetz: BGB § 343; ArbGG § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 73 Abs. 2 a.F.;
ZPO § 528 Satz 2, § 566 a.F.

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 43/77

Urteil des BAG vom 19. April 1978 LAG München



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



5 AZR 43/77

1 Sa 356/76 München

Verkündet am
19. April 1978

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

PP.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 1978 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Fenge sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Paetsch und Döring für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 26. Oktober 1976 - 1 Sa 356/76 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte zur Zahlung einer für den Fall des Vertragsbruchs vereinbarten Konventionalstrafe verpflichtet ist.

Der Kläger ist Kapellmeister der Tanzkapelle "T", der außer ihm selbst noch die Musiker Reinhard J, Gerold P und Hans P angehören. Die Beklagte ist Inhaberin einer Tanzbar namens P in H. Am 21. April 1974 schloß der Kläger mit dem früheren Inhaber der Tanzbar, Herrn L, einen sogenannten Engagement-Vertrag ab. Nach diesem Vertrag wurde die Kapelle für den Monat Dezember 1974 zu einer Gage von 7.500,-- DM brutto zuzüglich Krankenkassenbeiträgen engagiert. Als tägliche Spielzeit wurde die Zeit von 21.00 Uhr bis 3.00 Uhr bei drei Pausen von je 15 Minuten vereinbart. Außerdem enthält der Vertrag folgende Klausel:

"Sollte einer der Vertragsparteien den Vertrag brechen, so verfällt sie, vorbehaltlich weiterer Schadenersatzansprüche, in eine Konventionalstrafe von DM 7.000,--"

Am Ende des Vertragsformulars sind die vier Mitglieder der Tanzkapelle namentlich aufgeführt.

Nach Abschluß des Engagement-Vertrages wurde das Tanzlokal P von der Beklagten übernommen, die auch in den Engagement-Vertrag vom 21. April 1974 eingetreten ist. Der Kläger spielte bereits im September 1974 im Lokal der Beklagten. Dann wechselte er den Schlagzeuger der Kapelle aus. Dies nahm die Beklagte zum Anlaß, dem Kläger am 7. November 1974 folgendes Schreiben zu senden:

"Aufgrund der Veränderung in Ihrer Kapelle (Austausch des Schlagzeugers) sehe ich mich nicht mehr an den Vertrag, den Sie mit Herrn L für Dezember 1974 geschlossen haben, und den ich übernommen habe, nicht mehr gebunden.

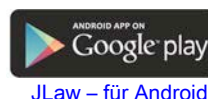
Nach eingehender Beratung mit meinem Rechtsanwalt kündige ich hiermit den Vertrag.

Kündigungsgrund, Kapelle spielt nicht mehr in der Besetzung wie sie engagiert wurde."

- 3 -



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



- 3 -

Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 11. November 1974 wie folgt:

"Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 7. November 1974 und bin überrascht, daß Sie derart kurzfristig und, obwohl Ihnen seit Mitte September bekannt war, daß die Kapelle in anderer Besetzung spielt, den Vertrag lösen möchten.

Zudem hatten Sie im September nichts gegen den Schlagzeugerwechsel einzuwenden. Sollten Sie jedoch nach wie vor auf die Kündigung bestehen, werden wir im Dezember mit der alten Besetzung spielen."

Nach persönlichen Aussprachen zwischen den Parteien, deren Inhalt streitig ist, erschien am 1. Dezember 1974 die gesamte Kapelle in der alten Besetzung, um ihr Engagement anzutreten. Die Annahme der Dienste wurde jedoch von der Beklagten abgelehnt. Die weiteren Mitglieder der Kapelle haben ihre Ansprüche aus dem Engagement-Vertrag vom 21. April 1974 an den Kläger abgetreten.

Mit seiner Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Konventionalstrafe in Anspruch. Er vertritt die Auffassung, die Beklagte habe den Vertrag gebrochen, indem sie die angebotenen Dienste der Kapelle nicht angenommen habe.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.000,-- DM
nebst 4 % Zinsen seit 15. Dezember 1974 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert:
Das Arbeitsgericht sei sachlich unzuständig, da es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleite, nicht um ein Arbeitsverhältnis, sondern um ein Werkvertragsverhältnis handle. Außerdem habe sich der Kläger in persönlichen Gesprächen mit der Beklagten wenige Tage nach dem Kündigungsschreiben vom 7. November 1974 mit dem Angebot der Beklagten, ein Ersatz-Engagement für Dezember zu besorgen, einverstanden erklärt. Die Beklagte habe durch Vermittlung des Künstlerdienstes in S auch erreicht, daß der Kläger mit seiner Kapelle für Dezember 1974 und Januar 1975 im Gebiet K ein Engagement erhielt. Der Kläger habe dieses Engagement aber aus

- 4 -



- 4 -

persönlichen Gründen ausgeschlagen. Daher sei die Beklagte nicht verpflichtet, die Vertragsstrafe zu zahlen. Zumindest sei aber die Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB herabzusetzen, weil der Kläger nicht nur das Ersatz-Engagement ausgeschlagen, sondern auch nicht für ein anderes Engagement gesorgt habe, was ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Der Kläger bestreitet, daß er in eine Aufhebung des Engagement-Vertrages vom 21. April 1974 eingewilligt habe.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen Willi R , des Ehemanns der Beklagten, sowie durch schriftliche Anhörung des Zeugen Heinz N vom Künstlerdienst S der Klage - bei geringfügiger Herabsetzung der Zinsforderung - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung des Klägers als Partei die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter, während der Kläger Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

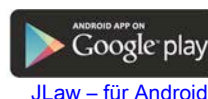
1. Zu Unrecht rügt die Beklagte die sachliche Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte. Ihre Meinung, es handele sich um Ansprüche aus einem Werkvertrag und somit seien die ordentlichen Gerichte zuständig, ist unzutreffend.

Nach § 73 Abs. 2 ArbGG a.F. konnte die Revision zwar darauf gestützt werden, daß die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts begründet sei. Dies ist auch bereits in den Vorinstanzen geltend gemacht worden, so daß ein Ausschluß des Rügerechts in der Revisionsinstanz nicht in Betracht kommt (§ 72 Abs. 3 ArbGG a.F. in Verb. mit § 566 und § 528 Satz 2 ZPO a.F.). Die Rüge ist jedoch sachlich nicht berechtigt.

- 5 -



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



Der Engagement-Vertrag, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitet, ist ein Arbeitsvertrag. Dabei kann offenbleiben, ob alle vier Kapellenmitglieder unmittelbare Arbeitnehmer der Beklagten oder ob die drei anderen Kapellenmitglieder Arbeitnehmer des Klägers waren und nur in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis zu der Beklagten standen. Im zweiten Falle macht der Kläger einen eigenen Anspruch geltend; im ersten Fall klagt er teilweise aus abgetretenem Recht. In beiden Fällen handelt es sich nicht um einen Werkvertrag.

a) Ein Werkvertrag setzt das Versprechen eines bestimmten Arbeitserfolges voraus. Der Auftraggeber eines Werkvertrages hat nicht die Stellung eines Arbeitgebers; er ist nur Besteller des Werks. Im Gegensatz zum Dienstvertrag ist beim Werkvertrag die Arbeit nur Mittel für den Erfolg, während beim Dienstvertrag die Zeitdauer der zu leistenden Tätigkeit im Vordergrund steht (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl., § 22 zu VI, S. 134 f.).

Der Engagement-Vertrag der Parteien vom 21. April 1974 weist nicht die Merkmale eines Werkvertrages auf. Er verpflichtete den Kläger und seine Kapelle zu einer nach der Zeitdauer bemessenen musikalischen Darbietung; sie sollten bestimmte Stunden jedes Tages zur Unterhaltung der Besucher musizieren. Darbietungen solcher Art, die nicht als vorbereitetes und abgeschlossenes Ganzes gewährt werden (wie etwa das Gastspielkonzert eines bekannten Orchesters), die vielmehr für bestimmte Zeiträume die Kapelle laufend beschäftigen, um - wie hier - begleitend die Besucher eines Lokals zu unterhalten, sind dienstvertragliche Leistungen (vgl. RAG 11, 69 [72] und ARS 13, 327 [328]; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Band I, § 24 IV 3 S. 238 f.).

b) Der Engagement-Vertrag vom 21. April 1974 ist ein Dienstvertrag in Gestalt eines Arbeitsvertrages; er ist kein sogenannter freier oder selbständiger Dienstvertrag. Das Wesen eines Arbeitsverhältnisses wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit geprägt, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete



- 6 -

jeweils befindet. Persönliche Abhängigkeit liegt vor, wenn fremdbestimmte Arbeit zu leisten ist (zuletzt: Urteil vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 - [demnächst] AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Filmautor und Regisseur] - [zu B II 1 der Gründe] auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen).

Diese persönliche Abhängigkeit kommt hier vor allem durch die Bindung des Klägers und seiner Kapelle hinsichtlich Zeit und Ort der musikalischen Darbietungen sowie durch die Tatsache zum Ausdruck, daß der Kläger und seine Kapelle für den Zeitraum eines Monats ihre volle Arbeitskraft für die Beklagte einzusetzen hatten. Die während dieser Zeit in jeder Nacht geschuldeten sechs Stunden musikalischer Darbietungen lassen normalerweise keinen Raum für einen eigenen unternehmerischen Einsatz der Arbeitskraft für die Dauer des Vertragszeitraumes. Insofern war der Kläger nach dem Vertrag durch ausschließlich für die Beklagte zu leistende Dienste gebunden.

Die für eine Arbeitnehmertätigkeit typische Fremdbestimmtheit der Arbeit zeigt sich auch darin, daß der Kläger und seine Kapellenmitglieder ihre Arbeitskraft nicht nach selbstgesetzten Zielen und Gesichtspunkten verwenden konnten. Sie hatten vielmehr den planmäßigen Einsatz ihrer Arbeitskraft in den Betrieb des Tanzlokals einzuordnen, der vom Willen der Beklagten und nicht von dem des Klägers gesteuert wurde.

Für ein Arbeitsverhältnis sprechen auch die allgemeinen Anschauungen innerhalb der Berufsgruppe der Musiker, wie sie in dem Bundes-Manteltarifvertrag zwischen dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband e.V. und dem Internationalen Varieté-Theater- und Zirkusdirektorenverband der Bundesrepublik Deutschland e.V. einerseits und dem Deutschen Musikerverband in der Gewerkschaft Kunst des DGB andererseits vom 7. Mai 1971 zum Ausdruck kommen. Die Tatsache seines Abschlusses sowie sein Inhalt zeigen, daß die Beteiligten die Rechtsverhältnisse der Musiker in Betrieben des Gaststätten- und Hotelgewerbes und ähnlichen Betrieben als Arbeits-

- 7 -



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



verhältnisse ansehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um befristete, länger andauernde oder kurzfristig und einander schnell ablösende Engagements handelt. Die Parteien haben im vorliegenden Falle zwar in ihrem Engagement-Vertrag nicht auf diesen Tarifvertrag verwiesen. Es ist aber auch nicht erkennbar, daß sie diese berufsgruppenüblichen Vertragsgestaltungen gänzlich aus dem Auge gelassen hätten.

Nach alledem ist der Engagement-Vertrag vom 21. April 1974 ein Arbeitsvertrag. Die Ansprüche aus ihm sind solche aus einem Arbeitsverhältnis und unterliegen daher gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

2. Gegen den Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe wendet die Beklagte ein, der Engagement-Vertrag sei nachträglich durch mündliche Absprache dahin geändert worden, daß der Kläger sich mit einem von der Beklagten vermittelten Ersatz-Engagement einverstanden erklärt habe. Das Landesarbeitsgericht sieht diese vertragsändernde Abrede nicht als erwiesen an. Hiergegen wendet sich die Revision.

Sie rügt zunächst, daß das Landesarbeitsgericht seiner Beweiswürdigung die Feststellung zugrunde legt, die Agentur - gemeint ist offenbar der Künstlerdienst in S - habe ein Angebot für die Zeit vom Steffanitag (2. Weihnachtsfeiertag) 1974 bis zum 31. Januar 1975 gemacht. Dieses Angebot sei daher kein entsprechendes Ersatz-Engagement, weil das ursprüngliche Engagement des Beklagten vom 1. Dezember bis zum 31. Dezember 1974 gelaufen wäre.

Diese Feststellung widerspricht sowohl dem beiderseitigen Parteivorbringen als auch dem tatsächlichen Inhalt der schriftlichen Auskunft des Künstlerdienstes S vom 10. November 1975. Hier liegt eine offensichtlich irrtümliche Feststellung des Landesarbeitsgerichts vor, die die Revision zu Recht rügt.

Das Urteil beruht jedoch nicht auf dieser Feststellung. Das Landesarbeitsgericht stützt seine Ansicht, daß ein entsprechendes Ersatz-Angebot nicht vorgelegen habe, auch darauf, daß der Kläger für Januar 1975 bereits ein Engagement hatte, sowie darauf,



- 8 -

daß nach der eigenen Einlassung der Beklagten der Kläger zur Annahme eines Ersatz-Engagement weder ja noch nein sagte. Aufgrund dieser, ohne Rechtsfehler erfolgten Beweiswürdigung kommt das Landesarbeitsgericht zu Recht zu dem Ergebnis, daß eine den Engagement-Vertrag vom 21. April 1974 abändernde Absprache zwischen den Parteien nicht nachgewiesen werden konnte.

3. Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht das bereits in den Vorinstanzen vorgebrachte Begehren nach Herabsetzung der Vertragsstrafe in den Entscheidungsgründen unerwähnt läßt und damit einen wesentlichen Teil der Berufung übergeht.

Das Landesarbeitsgericht hat allerdings diese Frage nicht ausdrücklich in seinen Entscheidungsgründen behandelt. Es hat sich aber auf die "zutreffenden Gründe des Ersturteils" bezogen und sich damit dessen Begründung zu eigen gemacht. Damit hat es eine Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 Abs. 1 BGB abgelehnt. Diese Entscheidung liegt im tatrichterlichen Ermessen und ist daher vom Revisionsgericht nur daraufhin zu prüfen, ob das Tatsachengericht von richtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist und die Umstände des Falles vollständig und frei von Widersprüchen gewürdigt hat (BAG 23, 350 [354] = AP Nr. 1 zu § 75 c HGB [unter 3 der Gründe m.w. N.]). Dies ist hier der Fall.

a) Die Vertragsstrafenabrede gibt keinen Anlaß für Beanstandungen. Eine Vertragsstrafenklausel, die - wie im vorliegenden Falle - eine Strafe vorsieht, die der Höhe nach unter dem Betrag eines möglichen durch Vertragsbruch eintretenden Schadens liegt, kann nicht als überhöht bezeichnet werden. Die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung für das Engagement sollte 7.500,-- DM betragen. Der Schaden, den der Kläger und seine Kapelle bei einer vertragswidrigen Verweigerung der Vergütungszahlung durch die Beklagte im ungünstigsten Falle erleiden konnte, lag somit mindestens bei dieser Höhe der Vergütung. Eine Vertragsstrafe von 7.000,-- DM hätte also nicht einmal in jedem Falle des Vertrags-

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

bruchs den tatsächlich eintretenden Schaden ausgleichen können. Damit bestehen gegen die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe keine Bedenken.

b) Auch die aufgrund der gültigen Vertragsstrafenabrede verwirkte Strafe kann nicht als unangemessen hoch angesehen werden. Dies glaubt allerdings die Revision im Hinblick darauf bejahen zu müssen, daß der Kläger das Ersatz-Angebot für ein Engagement in K abgelehnt und auch sonst nicht für ein anderes Engagement gesorgt hätte, was ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Indessen geht auch diese Rüge fehl. Die Revision meint offensichtlich, daß mit der Annahme eines anderen Engagements der durch den Annahmeverzug der Beklagten entstandene Schaden hätte gemindert werden können. Der im angefochtenen Urteil festgestellte Tatbestand ergibt jedoch, daß das Ersatz-Engagement in K wegen seiner zeitlichen Ausdehnung auch auf den Monat Januar 1975 für die Kläger nicht annehmbar war. Die Möglichkeit, ein anderes Engagement nur für den Monat Dezember 1974 zu erlangen, wird zwar von der Beklagten unsubstantiiert behauptet, konnte jedoch zur Überzeugung des Landesarbeitsgerichts nicht nachgewiesen werden.

Im übrigen ist aber auch die Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens nicht entscheidend für die Frage, ob die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist und gemäß § 343 Abs. 1 BGB herabgesetzt werden kann. Von Bedeutung ist vielmehr, welchen Schaden der Vertragsbruch herbeiführen konnte (Staudinger-Kaduk, BGB, 10./ 11. Aufl., § 343 RdNr. 27 - 29; BGH LM § 339 Nr. 2; BGH NJW 1969, 461 [unter 2 c der Gründe]).

Demgemäß kommt es auch nicht darauf an, ob ein tatsächlich eingetretener Schaden durch entsprechendes Verhalten des Gläubigers der Vertragsstrafe - vorliegend durch Nutzung anderer Erwerbsmöglichkeiten - hätte gemindert werden können. Sinn der Vertragsstrafe ist es gerade, den Schadensnachweis entbehrlich zu machen. Wenn ein Schaden nicht zweifelsfrei feststeht oder - wie im vorliegenden Falle - eine tatsächliche oder mögliche Schadensminderung durch den Gläubiger der Vertragsstrafe nicht bekannt ist, kommt es

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

für die Beurteilung der Frage, ob eine verwirkte Vertragsstrafe unangemessen hoch war, nicht auf den nur schwer ermittelbaren tatsächlichen Schaden an, sondern auf den durch einen Vertragsbruch möglichen Schaden (BAG 23, 350 [354] = AP Nr. 1 zu § 75 c HGB [unter 3 a der Gründe]).

4. Hiernach erweist sich das Urteil des Landesarbeitsgerichts, das der Klage stattgegeben hat, als zutreffend, so daß die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen war.

gez.: Dr. Hilger

Dr. Heither

Dr. Fenge

Dr. Paetsch

Döring

