

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

Gesetz: BGB § 254 Abs. 2, § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1
und 2, § 628 Abs. 1 Satz 2; ZPO §§ 272 b, 529
Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 463/75

Urteil des BAG vom 27. August 1976

LAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 463/75

3 Sa 28/75 Berlin

Urteilstenor zugestellt
am 27. August 1976

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 25. August 1976 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Keller und Seiler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 18. Juli 1975 - 3 Sa 28/75 - in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, wie die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von mehr als 2.100,-- DM verurteilt worden ist.



- 2 -

2. Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsstreits, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
3. Im übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das vorbezeichnete Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin zurückgewiesen.

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

Tatbestand:

Die Klägerin fordert von der Beklagten die in einem Dienstvertrag vereinbarte Vergütung von 3.000,-- DM. Die Beklagte will mit einem Schadenersatzanspruch von insgesamt 8.000,-- DM wegen Vertragsverletzung aufrechnen; davon fordert sie 5.000,-- DM mit einer Widerklage.

Die Klägerin, von Beruf Fotomodell, schloß im März oder April 1974 mit der Beklagten einen schriftlichen Dienstvertrag mit folgendem Inhalt:

- "1. Der Dienstvertrag erstreckt sich auf die Zeit vom 26. April 1974 bis 3. Juni 1974.

Er kann ohne weitere Entschädigung bei Bedarf um eine anschliessende Woche verlängert werden, sofern der Produzent dies für erforderlich hält.

2. Gegenstand des Vertrages ist die Teilnahme an einer Film-Expedition, bei welcher Frau Sch einzeln und innerhalb einer Gruppe gefilmt wird, nach Maßgabe der Regieanweisungen.

...

3. ...

- 3 -

4. ...

Darüber hinaus erhält Frau Sch
zur Abgeltung ihrer Ansprüche eine Gage
für die gesamte Drehzeit in Höhe von

DM 3.000,--

...

5. ...

6. ...

7. Frau Sch verpflichtet sich,
nach einem vom Produzenten noch recht-
zeitig bekanntzugebenden Zeitplan für
einige weitere Tage, maximal bis zu
fünf Tagen, innerhalb Europas an den
weiteren vorgesehenen Szenen des Filmes
teilzunehmen. Auch hierfür gelten die
in diesem Vertrag festgelegten Bedin-
gungen.

..."

In dem geplanten Film sollten die Urlaubserlebnisse einer
Reisegruppe geschildert werden; als Drehorte waren vorge-
sehen Tahiti, Berlin und Spanien. Am 27. April 1974 began-
nen die Dreharbeiten in Tahiti. Die Klägerin wirkte etwa
14 Tage mit. Dann wurde sie vom Geschäftsführer St
nach Deutschland zurückgeschickt. In München erhielt die
Klägerin später ein Schreiben der Beklagten vom 27. Juni
1974, in dem es die Beklagte ablehnte, der Klägerin für die
Zeit, für die sie von der Arbeit freigestellt war, eine
Vergütung zu zahlen. Ein weiterer Teilanspruch des Hono-
rars wurde zugbilligt für die Zeit, in der sie in Europa
noch benötigt würde, vorausgesetzt, daß "Ziff. 7 des Ver-
trages voll erfüllt" werde.

Am 31. Juli 1974 schrieb die Beklagte an die Prozeß-
bevollmächtigten der Klägerin:

"Darüber hinaus haben wir Sie aufzufordern,
uns unverzüglich nach Erhalt dieses Schrei-
bens, allerspätestens jedoch 24 Stunden da-
nach, namens Ihrer Mandantin zu erklären,
daß sie an den Dreharbeiten in Europa teil-

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



- 4 -

nehmen wird. Ferner hat sich Ihre Mandantin aus diesem Grunde mit uns unverzüglich telefonisch in Verbindung zu setzen, damit wir ihr die entsprechenden Reiseangelegenheiten bekanntgeben können. Die ersten Aufnahmen in Europa finden bereits am 10. und 11. August 1974 statt.

..."

Die Klägerin meldete sich nicht mehr und nahm an den weiteren Dreharbeiten nicht mehr teil.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stünde die volle im Dienstvertrag vereinbarte Gage zu. Sie sei zu weiteren Dienstleistungen im August 1974 nicht mehr verpflichtet gewesen. Sie hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die
Klägerin 3.000,-- DM brutto nebst
4 % Zinsen seit dem 14. Oktober 1974
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, die Klägerin habe vor dem 31. Juli 1974 telefonisch der Sekretärin R erklärt, sie wolle in ihre Heimat nach Südafrika zurück. Die Klägerin habe sich zu Unrecht geweigert, an den restlichen Dreharbeiten mitzuwirken. Gegen eine etwaige Lohnforderung der Klägerin will die Beklagte deshalb mit einem Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.000,-- DM aufrechnen. Dazu hat sie behauptet, wegen der Weigerung der Klägerin habe sie die Rolle der Klägerin neu besetzen müssen. Die von Herrn St getrennt lebende Ehefrau U St habe sich bereit gefunden, diese Rolle gegen ein Honorar von 8.000,-- DM zu übernehmen.

Wegen des die Klageforderung übersteigenden Betrages hat die Beklagte Widerklage erhoben mit dem Antrag,

die Klägerin zu verurteilen, an die
Beklagte 5.000,-- DM zu zahlen.

- 5 -

Die Klägerin hat beantragt,
die Widerklage abzuweisen.

Sie hat bestritten, daß die Beklagte einer Ersatzkraft 8.000,-- DM gezahlt habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin sei nicht mehr verpflichtet gewesen, im August 1974 für die Beklagte tätig zu werden. Außerdem habe die Beklagte ihr den in Nr. 7 des Vertrages vorgesehenen Zeitplan nicht rechtzeitig mitgeteilt. Das hätte bis zum 3. Juni 1974, dem im Dienstvertrag vereinbarten Ende der Dreharbeiten auf Tahiti geschehen müssen. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte dann weiter behauptet, ihr Angestellter V und der damalige Geschäftsführer St hätten der Klägerin erläutert, daß der Film innerhalb einer Zeitspanne von April bis September 1974 gedreht werde. Für Tahiti sei eine Drehzeit von vier bis acht Wochen vorgesehen, für die restlichen Dreharbeiten in Europa sei eine Woche eingeplant. Die Klägerin sei bereit gewesen, sich auch nach Abschluß der Dreharbeiten in Tahiti bis zum 20. September für diese Arbeiten bereitzuhalten. Gerade im Hinblick auf diese Verpflichtung sei das zunächst mit 2.000,-- DM angesetzte Honorar auf 3.000,--DM erhöht worden. Die Klägerin sei bis dahin im wesentlichen als Fotomodell mit Tageseinsätzen tätig geworden. Das habe sie bei den dem Vertragsabschluß vorausgehenden Gesprächen in München und Berlin bestätigt. Diese Absprachen seien im übrigen auch branchenüblich. Die Beklagte hat sich zum Beweis dieser Behauptungen u.a. auf das Zeugnis des Kaufmanns Kl St berufen und dargelegt, daß Herr St als Geschäftsführer bei der Beklagten ausgeschieden sei.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Das in der Berufungsinstanz neue Vorbringen der Beklagten hat es nicht berücksichtigt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung

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



- 6 -

der Klage und auf Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 5.000,-- DM weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur zum Teil begründet.

I. Die Klägerin kann nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens von der Beklagten die Zahlung einer Gage von 2.700,-- DM verlangen. Über den Restbetrag von 300,-- DM kann der Senat nicht abschließend entscheiden.

1. Nach dem Dienstvertrag war die Klägerin verpflichtet, in der Zeit vom 26. April 1974 bis 3. Juni 1974, auf Anforderung der Beklagten auch noch für eine weitere Woche, an Filmaufnahmen auf Tahiti mitzuwirken (Nr. 1 des Dienstvertrages). Darüber hinaus mußte sich die Klägerin noch für Dreharbeiten innerhalb Europas zur Verfügung halten: Die Beklagte konnte ihre Arbeitsleistung noch für weitere fünf Tage in Anspruch nehmen (Nr. 7 des Vertrages). "Für die gesamte Drehzeit" sollte die Klägerin eine Gage von 3.000,-- DM erhalten. Damit waren auch die Abschlußarbeiten in Europa ein Teil der von der Klägerin für die Gage zu erbringenden Gegenleistung.

2. Die Klägerin hat einen Teil der im Vertrag vorgesehenen Leistungen erbracht. Sie hat ab 26. April 1974 an den Dreharbeiten auf Tahiti für zwei Wochen mitgewirkt (§ 611 Abs. 1 BGB).

Für die Zeit bis zum 3. Juni 1974 kann die Klägerin Vergütung nach § 615 Satz 1 BGB verlangen. Die Beklagte ist mit der Annahme der Dienste in Verzug gekommen. Sie hat die Klägerin nach Europa zurückgeschickt. Es mag sein, daß sie die Klägerin nicht mehr benötigte. Sie muß aber die vereinbarte Vergütung zahlen. Einwendungen nach § 615 Satz 2 BGB sind nicht begründet. In der zu den Akten gereichten vorprozessualen Korrespondenz findet sich zwar der Vorwurf, die Klägerin habe sich nach ihrer Rückkehr nicht an den Künstlerdienst des

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

- 7 -

zuständigen Arbeitsamtes gewandt und um Vermittlung in eine andere Tätigkeit gebeten. Wenn sich die Beklagte in diesem Rechtsstreit aber damit verteidigen wollte, die Klägerin habe es böswillig unterlassen, ihre Dienste anderweitig in der Zeit von Mitte Mai bis zum 3. Juni 1974 zu verwenden, hätte sie zumindest auch vortragen müssen, daß der Klägerin kurzfristig hätte Arbeit vermittelt werden können und welche Verdienste die Klägerin hätte erzielen können. Die Beklagte war für alle Voraussetzungen der Anrechnungspflicht des § 615 Satz 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig (BAG 6, 306 [310] = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit [Bl. 2 R] mit weiteren Nachweisen; BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit [zu 1 b der Gründe]). Sie hat das Erforderliche nicht vorgetragen.

Dagegen hat die Klägerin die in Nr. 7 des Vertrages vereinbarte Teilleistung noch nicht erbracht. Sie hat auch nichts vorgetragen, was für einen Annahmeverzug der Beklagten sprechen könnte. Deshalb hängt ihr Anspruch auf Zahlung der vollen Gage davon ab, ob ihre Mitwirkungspflicht aus anderen Gründen entfiel.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe der Klägerin nicht rechtzeitig den Zeitplan für die weiteren Dreharbeiten in Europa bekanntgegeben. Dies hätte spätestens bis zum 27. Juni 1974 geschehen müssen. Tatsächlich habe die Beklagte zu diesen Dreharbeiten erst mit Schreiben vom 31. Juli 1974 aufgefordert. Die Klägerin sei deshalb zu weiterer Mitarbeit nicht mehr verpflichtet gewesen.

a) Dem Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zu folgen. Es war Sache der Beklagten, einen Zeitplan aufzustellen und ihn der Klägerin rechtzeitig mitzuteilen. Rechtzeitig war die Mitteilung solange, wie die Klägerin nach Treu und Glauben noch mit ihr rechnen mußte. Wenn dies nicht mehr der Fall war, bestand auch keine Mitwirkungspflicht mehr. Die Klägerin konnte dann die volle Vergütung verlangen.

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



- 8 -

- 8 -

b) Der Wortlaut des Vertrages mag für die Auffassung des Berufungsgerichts sprechen, die Beklagte hätte sich bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Dreharbeiten auf Tahiti oder zumindest in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit diesen Dreharbeiten – also spätestens bis zu dem vom Berufungsgericht angenommenen 27. Juni 1974 – äußern müssen. Das Berufungsgericht hat aber bei der Auslegungsfrage, was unter rechtzeitiger Mitteilung im Sinne von Nr. 7 der Vereinbarung zu verstehen sei, wesentlichen Auslegungstoff nicht berücksichtigt. Dazu gehören auch die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen über die Gespräche vor Abschluß des Vertrages. Danach soll die Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen haben, daß sie sich bis zum 20. September 1974 bereithalten müsse. Die Klägerin soll damit einverstanden gewesen sein.

c) Die Revision rügt mit Recht die Zurückweisung dieses Vorbringens. Es stellt bereits einen Verfahrensverstoß dar, daß das Berufungsgericht diese Zurückweisung nicht näher begründet hat. Nach § 529 Abs. 2 ZPO kann das Berufungsgericht neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel zurückweisen, wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszuge in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. Das Berufungsgericht sagt nicht, welche dieser Voraussetzungen vorliegen. Der Senat kann deshalb nicht nachprüfen, ob das Berufungsgericht von einem zutreffenden Rechtsbegriff der Verschleppungsabsicht oder der groben Nachlässigkeit ausgegangen ist.

Unabhängig davon lagen die Voraussetzungen für eine Zurückweisung nach § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch nicht vor. Das Berufungsgericht hätte das Vorbringen der Beklagten zulassen müssen, weil es die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert hätte (vgl. hierzu BAG AP Nr. 5 zu § 529 ZPO [zu 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 25 zu § 74 HGB [zu II 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 152 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu 4 der Gründe]). Die Beklagte hatte ihr Vorbringen in

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
[\(mobile App\)](#)

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

der Berufungsbegründung vom 15. Mai 1975 angekündigt. Die erste mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht war am 18. Juli 1975. Das Berufungsgericht hätte mithin genügend Zeit gehabt, die bereits benannten Zeugen nach § 272 b ZPO zu laden.

Das angefochtene Urteil beruht auch auf diesem Verfahrensverstoß. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht die Vereinbarung über die rechtzeitige Bekanntgabe des Zeitplanes im Sinne der Beklagten ausgelegt hätte, wenn es die angebotenen Beweise erhoben hätte. Dann aber wäre die Klägerin nicht deshalb freigeworden, weil die Beklagte ihren Zeitplan zu spät bekanntgegeben hatte.

4.a) Der Klägerin steht nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens nur eine Teilgage von 2.700,-- DM zu. Auf die in Nr. 7 des Vertrages vereinbarte Drehzeit entfallen 300,-- DM der vereinbarten Gesamtvergütung. Die Beklagte konnte die Klägerin zu maximal 49 Kalendertagen heranziehen. Pro Kalendertag war daher eine Gage von etwa 60,-- DM vereinbart. Das ergibt für die noch streitige Zeit von fünf Tagen eine Teilgage von 300,-- DM, die von der vereinbarten Gesamtgage abzuziehen ist.

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Anspruch auf die Teilgage nicht nach § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB untergegangen. Die Klägerin würde nach dieser Bestimmung ihren Anspruch auf Teilvergütung nur dann verlieren, wenn die Beklagte wegen vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin fristlos gekündigt hätte, und wenn sie an den bisherigen Leistungen der Klägerin infolge der Kündigung kein Interesse mehr gehabt hätte. Beide Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Beklagte behauptet erstmals in der Revisionsinstanz, sie habe das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 6. August 1974 fristlos gekündigt, weil sich die Klägerin endgültig geweigert habe, an den Filmarbeiten in Europa teilzunehmen. Mit diesem neuen Vorbringen kann die Beklagte nicht mehr gehört werden (§ 561 Abs. 1 ZPO). Weiter ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte an der von der Klägerin erbrachten Teil-



- 10 -

leistung, kein Interesse mehr gehabt haben soll. Die Beklagte hat zur Begründung ihres Schadenersatzanspruchs vorgetragen, sie habe die Ersatzschauspielerin U St für restliche Dreharbeiten in Europa verpflichtet. Folglich wurde der erste Teil des Filmes, in dem die Klägerin mitwirkte, verwertet.

II. Der Schadenersatzanspruch der Beklagten kann zum Teil begründet sein.

1. Die Schadenersatzverpflichtung der Klägerin hängt dem Grunde nach davon ab, ob sie noch verpflichtet war, an den restlichen Dreharbeiten in Europa mitzuwirken. Diese Frage kann der Senat aus den bereits dargelegten Gründen nicht abschließend beurteilen. Eine Schadenersatzpflicht ist - wenn die Beklagte ihre Behauptungen über die Gespräche vor Abschluß des Vertrages beweisen kann - nicht auszuschließen.

2. Das zwingt aber nicht dazu, das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben. Die von der Beklagten erhobene Schadenersatzforderung kann nur zu einem geringen Teil begründet sein. Das kann der Senat bereits abschließend feststellen.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte die Höhe der Schadenersatzforderung substantiiert dargelegt. Sie hat behauptet, sie habe für die restliche Drehzeit die Schauspielerin U St zu einer Gage von 8.000,-- DM engagiert. Der Senat muß zugunsten der Beklagten unterstellen, daß sie ihre Behauptung tatsächlich beweisen könnte.

b) Die Beklagte muß aber nach § 254 Abs. 2 BGB den größten Teil des angeblichen Schadens selbst tragen. Sie hat es unterlassen, die Klägerin auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Deshalb muß sie den Schaden insoweit selbst tragen, als er für die Klägerin nicht vorhersehbar war (vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, BGB, 35. Aufl., § 254 Anm. 4 a) ff.). Der von der Beklagten behauptete Schaden weicht in der Höhe so sehr von einem gewöhnlichen

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

- 11 -

Schaden ab, daß es gegen Treu und Glauben verstieße, von der Klägerin Ersatz dieses Schadens zu verlangen. Die Gage, die die Klägerin für ihre Mitwirkung erhalten hätte, ist ein Anhaltspunkt dafür, welche Kosten für eine gleichwertige Schauspielerin entstehen konnten. Mit Rücksicht darauf, daß eine Ersatzkraft kurzfristig engagiert werden mußte und eine auf Abschlußarbeiten beschränkte Schauspielerin erfahrungsgemäß im Verhältnis höhere finanzielle Forderungen stellt, kann als Schaden der dreifache Betrag der mit der Klägerin vereinbarten Gage in Betracht kommen. Das wären 900,-- DM. Hiervon ist der der Klägerin zustehende Lohn für die fragliche Zeit wieder abzuziehen. Der erstattungsfähige Schaden beträgt deshalb höchstens 600,-- DM.

3. Mit ihrer Schadenersatzforderung hat die Beklagte zunächst gegen die Lohnforderung der Klägerin aufgerechnet. Die zur Zeit in Höhe von 2.700,-- DM begründete Forderung kann sich deshalb um einen weiteren Betrag von 600,-- DM verringern, wenn die Schadenersatzforderung der Beklagten begründet wäre. Deshalb kann der Senat abschließend über die Lohnforderung der Klägerin nur in Höhe von 2.100,-- DM und über die Widerklage entscheiden. Der Klägerin steht zumindest eine Lohnforderung von 2.100,-- DM zu; die Widerklage ist in vollem Umfang unbegründet.

gez.: Dr. Hilger hat Urlaub
und ist an der Unterschrift verhindert

gez. Dr. Heither

Dr. Heither

Dr. Dieterich

Keller

Seiler

