

Aktenzeichen: 5 AZR 709/79

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 20. Januar 1982

Az. 5 AZR 709/79

I. Arbeitsgericht München

Urteil vom 2. August 1978

Az. 18 Ca 3647/78

II. Landesarbeitsgericht München Urteil vom 5. April 1979

Az. 2 Sa 675/78

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Schauspieler als Arbeitnehmer

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit, § 616 Abs. 1 Satz 1,
§ 616 Abs. 2 Satz 1 und 2

Leitsätze

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 709/79

2 Sa 675/78 München

Verkündet am
20. Januar 1982

Schartel,
Angestellter
der Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Heither und Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Fischer und Nitsche für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 5. April 1979 – 2 Sa 675/78 – in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, wie



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

die Beklagte zur Zahlung von Gage für die Zeit vom 29. Januar bis 9. März 1978 in Höhe von 11.200,-- DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 10. April 1978 verurteilt wurde.

2. Im Umfang dieser Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz darüber, ob die Beklagten als Rechtsnachfolgerinnen der Münchner Schauspielbühne GmbH & Co. KG verpflichtet sind, dem Kläger für die Zeit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit die Gage weiterzuzahlen.

Der Kläger ist Schauspieler. Er schloß mit der Münchner Schauspielbühne GmbH + Co. KG am 12. April 1977 einen Vertrag, in dem er für eine Theatertournee einschließlich der Proben für die Rolle des "Frederic" in Jean Anouilhs Stück "Romeo und Jeanette" verpflichtet wurde. Weiter heißt es in diesem Vertrag:

"Die Proben beginnen am 10. Dezember 77 in München, die Premiere ist am 12.1.78. Die Tournee ist angesetzt bis zum 10. April 78 mit einer Option bis zum 15. April 1978. In der Zeit vom 2.-8. Februar und vom 20.-29. März 78 wird die Tournee unterbrochen wegen Fasching und wegen der Osterferien. Während dieser Zeiträume entfallen die Diäten, Herr D erhält für beide Unterbrechungen einen Flug München-Berlin-München.

Herr D erhält eine Gage in Höhe von DM 350,-- für jede gespielte Vorstellung und DM 50,-- Diäten für jeden Tag, den er außerhalb Berlins übernachten muß mit Ausnahme der Zeit, die in § 2 als Unterbre-



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



- 3 -

chungen angegeben ist. Es werden 50 Vorstellungen garantiert. Urlaubs- und Sonderprämien-geld ist in der Gage enthalten.

Muß eine angesetzte Vorstellung wegen Verschuldens seitens Herrn D ausfallen - wobei Krankheit und höhere Gewalt ausschließen - wird gegen ihn eine Konventionalstrafe erhoben, deren Höhe sich nach dem nachweisbar entstandenen Schaden richtet. Bei Krankheit von Herrn D entfallen sämtliche Bezüge.

....."

Der Kläger nahm vereinbarungsgemäß an den Proben teil und trat bis zum 27. Januar 1978 auf. Am 28. Januar 1978, einem spielfreien Tag, erlitt er aus noch ungeklärter Ursache einen Rippenbruch. Infolge dieses Unfalls war er bis zum 9. März 1978 arbeitsunfähig krank. Am 11. März 1978 erhielten die Beklagten die Mitteilung, daß der Kläger wieder arbeitsfähig sei. Sie lehnten jedoch eine Fortsetzung des Vertrages ab.

Mit der Klage hat der Kläger Vergütung für die Zeit vom 29. Januar bis zum 11. April 1978 in Höhe von 18.550,-- DM gefordert. Er hat die Auffassung vertreten, er sei Arbeitnehmer der Münchner Schauspielbühne gewesen; die Vereinbarung im Arbeitsvertrag, wonach bei Krankheit sämtliche Bezüge entfielen, sei nach § 616 Abs. 2 Satz 1 BGB nichtig. Auch treffe ihn an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kein Verschulden.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, an ihn 18.550,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen aus den Nettobetrag seit dem 10. April 1978 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

- 4 -



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



Sie haben die Auffassung vertreten, der Kläger habe mit der Münchner Schauspielbühne einen Werkvertrag abgeschlossen, allenfalls sei er freier Mitarbeiter gewesen. Die Vergütung für den Krankheitsfall sei wirksam abbedungen worden. Außerdem habe der Kläger seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet. Hierzu haben die Beklagten behauptet, der Kläger habe am 28. Januar 1978 das Hotel allein verlassen und sei erst spät in der Nacht zurückgekommen. Dabei habe er offenbar sein Zimmer nicht finden können; er habe an allen Türen rumort und dadurch Schlafende gestört. Am darauffolgenden Tag hätten andere Mitglieder des Ensembles den Kläger "in seinem Zimmer in einem völlig desolaten Zustand aufgefunden"; der Kläger sei nicht ansprechbar gewesen. Über die Unfallursachen habe es "süffisante Vermutungen" der übrigen Ensemblemitglieder gegeben, vom Kläger habe sie darüber nichts erfahren.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 17.850,-- DM brutto nebst Zinsen stattgegeben. Es hat die Klage nur in Höhe von 700,-- DM - Vergütung für den 10. und 11. März 1978 - abgewiesen. Die Berufungen beider Parteien gegen dieses Urteil sind ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Anspruch auf Abweisung der Klage weiter, soweit sie zur Zahlung von Gage für die Zeit vom 29. Januar bis 9. März 1978 in Höhe von 11.200,-- DM nebst Zinsen verurteilt wurden.

Entscheidungsgründe:

Ob der Kläger für die Zeit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Gage fordern kann, hängt noch davon ab, ob ihn an dieser Arbeitsunfähigkeit ein Verschulden trifft. Das kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das Berufungsgericht wird dazu noch Feststellungen zu treffen haben.

1. Der Anspruch des Klägers auf Gage für eine Zeit, in der er wegen einer Krankheit nicht arbeiten konnte, kann



- 5 -

sich nur aus § 616 Abs. 1 BGB ergeben. Nach dieser Bestimmung verliert der zur Dienstleistung Verpflichtete seinen Anspruch auf die Vergütung nicht deshalb, weil er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert war. Zu diesen Gründen gehört insbesondere der Fall der Krankheit. Krankheit ist ein Unterfall der allgemein in § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB erwähnten Hinderungsgründe.

2. Der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung konnte nicht durch die vertragliche Vereinbarung vom 12. April 1977 abbedungen werden. Die Abrede, wonach im Krankheitsfall keine Bezüge gezahlt werden, ist nichtig. Der Anspruch eines Angestellten kann für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB). Darauf kann sich der Kläger berufen. Er war Arbeitnehmer der Münchner Schauspielbühne und damit Angestellter im Sinne dieser Bestimmungen.

a) Der Vertrag vom 12. April 1977 ist – entgegen der von den Beklagten in den Vorinstanzen geäußerten Ansicht – kein Werkvertrag. In einem Werkvertrag verspricht der Unternehmer die Herstellung eines Werkes (§ 631 Abs. 1 BGB). Davon kann nach den hier getroffenen Vereinbarungen der Parteien keine Rede sein. Der Kläger schuldete nur die Mitwirkung an den Aufführungen der Münchner Schauspielbühne, nicht aber die Aufführung selbst (vgl. zur Abgrenzung Staudinger-Riedel, BGB, 11. Aufl., Vorbem. 7 zu § 631 BGB; Soergel-Siebert-Mühl, BGB, 11. Aufl., Vorbem. 19 zu § 631 BGB; Münch. Komm.-Söllner, BGB, § 611 RdNr. 102 – jeweils mit weiteren Nachweisen). Werkverträge hatte die Münchner Schauspielbühne mit den Veranstaltern an den verschiedenen Aufführungsorten abgeschlossen. Um die sich aus diesen Verträgen ergebenden Verpflichtungen erfüllen zu können, nahm sie ihrerseits die Dienste der Schauspieler in Anspruch.

b) Der Dienstvertrag des Klägers war auch ein Arbeitsvertrag.

- 6 -



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



- 6 -

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine solche rechtliche Einordnung des Engagementsvertrages vom 12. April 1977 Voraussetzung dafür, daß der Kläger die Beklagten auf Lohnfortzahlung für den Krankheitsfall in Anspruch nehmen kann. Das Berufungsgericht hat geglaubt, auf eine Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag verzichten zu können, weil der zumindest wirtschaftlich abhängige Kläger als arbeitnehmerähnliche Person im Fall der Krankheit dieselben Rechte habe wie ein Arbeitnehmer. Das ist nicht richtig. Zwar können Ansprüche auf Vergütung für den Fall der Krankheit nach § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann entstehen, wenn ein freier Mitarbeiter aufgrund eines Dienstvertrages beschäftigt wird. Die Ansprüche eines solchen freien Mitarbeiters können aber – wie das hier geschehen ist – abbedungen werden. Nur die Ansprüche eines Angestellten, also eines Arbeitnehmers, können durch Vertrag nicht im voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden. Deshalb kommt es darauf an, ob der Kläger Arbeitnehmer war.

Der Senat kann diese Frage abschließend entscheiden. Die Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich aus dem Engagementsvertrag; weitere tatsächliche Feststellungen sind nicht mehr erforderlich.

Entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters (vgl. zuletzt Urteil des Senats BAG 30, 163 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu B II 1 und 2 der Gründe] mit weiteren Nachweisen; auch AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Rundfunkbeauftragter] – [zu 1 der Gründe]). Hier war der Kläger in einer Weise persönlich abhängig, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch ist. Die Beklagten konnten ihm für die mehrmonatige Dauer des Engagementsvertrages Weisungen in bezug auf Ort und Zeit seiner Dienstleistung erteilen. Der Kläger war in die Organisation des Tourneetheaters eingegliedert. Die Beklagten legten Proben- und Aufführungszeiten fest; sie bestimmten die Orte, an denen gespielt wurde.

- 7 -



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



Diese persönliche Abhängigkeit wird – entgegen der Ansicht der Revision – nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Kläger die tragende Rolle des Stückes zu spielen hatte und zu den künstlerisch besonders begabten Persönlichkeiten gehörte, so daß Weisungen im künstlerischen Bereich weitgehend entfielen. Die fachliche Weisungsgebundenheit kann nur bedingt Auskunft über den rechtlichen Status des Mitarbeiters geben. Ist der Mitarbeiter fachlichen Weisungen unterworfen, spricht dies zwar für ein Arbeitsverhältnis. Der umgekehrte Schluß ist aber nicht berechtigt; fehlende fachliche Weisungsgebundenheit spricht nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft. Bei einzelnen Arbeitnehmergruppen kann sie ganz fehlen oder erheblich eingeschränkt sein (Urteil des Senats AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Fernsehreporterin] – [zu 3 b der Gründe] mit weiteren Nachweisen).

Auch der Vergleich mit den Schauspielern, die an festen Bühnen beschäftigt sind, spricht für die Arbeitnehmereigenschaft der Schauspieler, die auf Tourneebühnen auftreten. Der Schauspieler, der an einer festen Bühne beschäftigt wird, ist in der Regel Arbeitnehmer (vgl. RGZ 91, 328 und Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Mai 1981 – 2 AZR 1117/78 – [demnächst] AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnengagementsvertrag – auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen eines Schauspielers an der festen Bühne und eines Mitarbeiters einer Tourneebühne zu dem jeweiligen Träger, die auch eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Status rechtfertigen würden, sind nicht erkennbar. Eine solche unterschiedliche Beurteilung ist nicht etwa deshalb geboten, weil der Schauspieler in einem festen Theater für eine Spielzeit angestellt wird und der Spielplan vom Träger des Theaters jeweils bestimmt wird, während sich der Schauspieler, der an einer Tourneebühne beschäftigt wird, nur zeitlich befristet zur Mitwirkung in einem bestimmten Stück verpflichtet. Die beschränkte zeitliche Verpflichtung mag die Befristung rechtfertigen, nicht aber einen unterschiedlichen Status

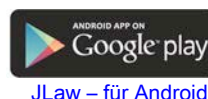


der Schauspieler. Der Verpflichtung, sich der Gestaltung des Spielplans durch den Theaterträger unterwerfen zu müssen, steht im anderen Falle die weitergehende zeitliche und örtliche Bindung des Schauspielers während der Tournee gegenüber. Beide Formen der Abhängigkeit wiegen gleich schwer.

3. Der Anspruch auf die Gage steht dem Kläger aber nur zu, wenn er ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert war (§ 616 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ob das der Fall war, ist bisher nicht aufgeklärt.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagten hätten keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ein Verschulden des Klägers ergebe. Das ist nicht richtig. Die Beklagten wollten mit ihrer Schilderung behaupten, der Kläger sei nachts volltrunken in sein Hotel zurückgekehrt und habe sich den Rippenbruch nur zugezogen, weil er betrunken gewesen sei. Sie schildern den Ablauf der Ereignisse so, daß alle Anzeichen für Alkoholmißbrauch sprechen.

b) Diese Tatsachen sind entgegen der weiter vom Berufungsgericht geäußerten Auffassung auch erheblich. Schuldhaft im Sinne von § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt der Angestellte, der gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstößt. Das ist ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und einhellige Ansicht der Literatur (vgl. zuletzt BAG 31, 331 = AP Nr. 44 zu § 1 LohnFG [zu I 1 der Gründe] mit weiteren Nachweisen). Das Gesetz schließt den Anspruch bei eigenem Verschulden des Arbeitnehmers deshalb aus, weil es unbillig wäre, den Arbeitgeber mit der Lohnzahlungsverpflichtung zu belasten, wenn der Arbeitnehmer zumutbare Sorgfalt sich selbst gegenüber außer acht gelassen und dadurch die Arbeitsunfähigkeit verursacht hat. Wenn der Kläger sich die Verletzung nur deshalb zugezogen hätte, weil er volltrunken gewesen wäre, hätte er die zumutbare Sorgfalt sich selbst gegenüber außer acht gelassen. Niemand darf sich so betrin-



ken, daß er sich schwere Verletzungen zuzieht, die den Arbeitgeber mit erheblichen Lohnzahlungsverpflichtungen belasten.

c) Der richtig verstandene Vortrag der Beklagten spricht dafür, daß nach dem ersten Anschein der Kläger Alkoholmißbrauch begangen hat und der erlittene Rippenbruch darauf zurückzuführen ist. Hierauf mußte sich der Kläger einlassen, da die Beklagte ersichtlich darüber hinaus nur hätte Vermutungen äußern können. Der Kläger mußte den Anscheinbeweis erschüttern und den Ablauf der Ereignisse schildern, wenn er geltend machen wollte, es habe kein Alkoholmißbrauch vorgelegen oder dieser sei für die zur Arbeitsunfähigkeit führenden körperlichen Schäden nicht ursächlich gewesen.

Da das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten zu Unrecht als nicht ausreichend für ein Verschulden des Klägers angesehen hat, muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Zugleich war die Sache zurückzuverweisen, da der Komplex noch weiterer Aufklärung bedarf.

4. Für die anderweite Verhandlung und Entscheidung kann das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die übrigen Einwände der Beklagten gegen den Anspruch des Klägers auf Fortzahlung der Gage nicht begründet sind.

Als Angestellter hat der Kläger Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung für die Dauer von sechs Wochen (§ 616 Abs. 2 Satz 2 BGB). Das wäre nur anders, wenn ein Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmte. Das ist jedoch nicht der Fall. Auf den Tarifvertrag, abgeschlossen zwischen dem Internationalen Varieté-Theater- und Circus-Direktoren-Verband sowie dem Verband Deutscher Theater- und verwandter Unternehmungen e.V. einerseits und dem IAL Berufsverband Show und Unterhaltung in der Gewerkschaft Kunst im Deutschen Gewerkschaftsbund vom 1. September 1978 und auf einen etwa gleichlautenden vorausgegangenen Tarifvertrag können sich die Beklagten schon deshalb nicht berufen, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers von diesem Tarifvertrag nicht erfaßt



- 10 -

wird; der Kläger ist Mitglied der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft.

Auch die Höhe der geforderten Vergütung ist nicht zu beanstanden. Der Kläger kann die Gage fordern, die er erhalten hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig krank gewesen wäre.

Dr. Thomas

Dr. Heither

Schneider

Fischer

Nitsche

