

Für das Nachschlagewerk! ja  
Für die Fachpresse! ja  
Für die amtliche Sammlung! nein

142

-----  
Gesetz: AZO § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 3 Satz 2, § 3; GewO § 105 i;  
BGB § 611 Musiker, §§ 139, 242, 254, 275, 280, 284

Leitsätze:

1. Die AZO gilt auch für Nebentätigkeiten, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden.
2. Bei der Ermittlung der zulässigen Höchstarbeitszeit sind alle Beschäftigungszeiten zusammenzurechnen, mit Ausnahme der Sonntagsarbeit.
3. Überschreitet ein für kurze Zeit eingegangenes nebenberufliches Arbeitsverhältnis als Musiker nur zum Teil die zulässige Höchstarbeitszeit, so ist der Arbeitsvertrag weder ganz noch teilweise nichtig. Es besteht vielmehr nur ein Beschäftigungsverbot und ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der darüber hinausgehenden Arbeitsleistung.
4. Beide Parteien eines gelegentlichen nebenberuflichen Arbeitsverhältnisses trifft eine Aufklärungspflicht dahingehend, ob wegen einer anderweitigen Haupttätigkeit die Gefahr einer Überschreitung der Höchstarbeitszeit besteht.
5. Ein Arbeitnehmer würde rechtsmißbräuchlich handeln, wenn er sich gegenüber Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers nachträglich darauf berufen würde, es habe ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Überschreitung der Höchstarbeitszeit bestanden, obwohl er in demselben Zeitraum bei einem anderen Arbeitgeber gearbeitet hat.

Aktenzeichen: 5 AZR 74/67

Urteil des BAG vom 14. Dezember 1967 LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet am  
14. Dezember 1967

gez. Weinrich,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

142

# Im Namen des Volkes!

In Sachen **Urteil**

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. November 1967 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Röglin und Dr. Sohler für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 6. Dezember 1966 - 5 Sa 273/66 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des R -Hotels in H . Am 12. Januar 1965 schloß sie durch Vermittlung der Künstleragentur W A mit einem Herrn H einen schriftlichen Vertrag über die Beschäftigung eines Trios für Unterhaltungs-, Stimmungs- und Tanzmusik am 6. und 7. Februar 1965. Zu den Mitgliedern dieser unter dem Namen "M "auftretenden Kapelle gehörte auch der Beklagte, der als Bevollmächtigter seiner Kollegen mit der Klägerin auch für die folgenden beiden Wochenenden im Februar 1965 schriftliche Engagementsverträge abschloß.

Am 20. Februar 1965 legte die Klägerin der Kapelle einen weiteren schriftlichen Vertragsentwurf vor, in dem es u. a. hieß:

"Zwischen dem R -Hotel H und der Kapelle "M " wird hiermit folgender Vertrag abgeschlossen:

Das R -Hotel verpflichtet die Kapelle "M " hiermit, in der Zeit vom 27. Februar 1965 bis zum 2. März 1965 gegen eine Pauschale von

DM 600,--

nach Anweisung und Einteilung des R -Hotels zu spielen.

Des weiteren wird die Kapelle "M " für jeden Samstag im Monat März verpflichtet. Die Kapelle erhält für diese Samstage die Zusicherung, daß sie 5 Stunden spielen kann. Das an die Musiker zu zahlende Entgelt beträgt DM 10,-- je Stunde und pro Mann incl. Lohnsteuer, da diese von der Kapelle selbst abgeführt wird.

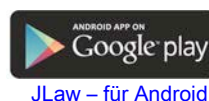
Dieser Vertrag ist für beide Teile bindend. Sollte er vorzeitig gelöst werden, so bedarf dies der schriftlichen Form und der Zustimmung beider Vertragsparteien."

Mit diesen Vertragsbedingungen waren der Beklagte und seine Kollegen nicht einverstanden. Sie lehnten deshalb die Unterzeichnung des Vertragsentwurfes ab. Die Klägerin erklärte sich bereit, den Vertragstext entsprechend den Wünschen der Kapelle neu schreiben zu lassen. Ein neuer Vertragsentwurf wurde der Kapelle jedoch nicht zur Unterschrift vorgelegt. Mit Schreiben vom 25. Februar 1965

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

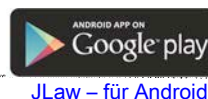
142

teilte der Beklagte der Klägerin mit, die Kapelle könne in der Zeit vom 27. Februar bis zum 2. März 1965 nicht bei ihr spielen; seine Kollegen seien nicht bereit, für eine Pauschalgage zu spielen. Die Klägerin führte in der Zeit vom 27. Februar bis zum 2. März 1965 in ihren Räumen keine Musikveranstaltungen durch.

Die Klägerin hat deshalb den Beklagten wegen Vertragsbruchs zunächst auf Zahlung von DM 2.000,-- nebst 4 % Zinsen seit dem 10. März 1965 verklagt und zur Begründung vorgetragen, zwischen ihr und der Kapelle M sei am 20. Februar 1965 ein Vertrag über die Beschäftigung an den Karnevalstagen 1965 zustande gekommen. Infolge der kurzfristigen Absage durch den Beklagten sei es ihr dann nicht mehr möglich gewesen, eine andere Kapelle zu engagieren. Dadurch sei der Besuch an den Karnevalstagen hinter den Erwartungen zurückgeblieben und ihr ein Verdienstausschlag in Höhe von DM 2.000,-- entstanden.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klagabweisungsantrages vorgetragen, ein weiterer Vertrag über die Beschäftigung ab 27. Februar 1965 sei am 20. Februar 1965 zwar besprochen worden, der Vertragsabschluß habe aber schriftlich erfolgen sollen. Da die Klägerin jedoch ihrer Zusage, ihm einen neuen Vertragsentwurf zu übersenden, nicht nachgekommen sei, habe er dann am 25. Februar 1965 die weitere Beschäftigung abgelehnt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, weil zwischen den Parteien für den Abschluß eines weiteren Vertrages die Beachtung der Schriftform vereinbart, diese aber nicht gewahrt sei. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin am 13. September 1966 zunächst gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil über DM 1.310,60 nebst Zinsen erwirkt, während ihre Berufung im übrigen durch unechtes Versäumnisurteil rechtskräftig zurückgewiesen worden ist. In dem auf den Einspruch des Beklagten anberaumten Termin hat der Beklagte vorgetragen, er sei nur nebenberuflich als Musiker tätig, hauptberuflich als Schaltmechaniker an fünf Tagen in der Woche. Seine Arbeitszeit im Hauptarbeitsverhältnis betrage 41 1/4 Stunden, während er bei der Klägerin an den drei Wochenenden



im Februar 1965 samstags von 16 - 17 und von 20 - 1 Uhr sowie sonntags von 20 - 2 oder 3 Uhr gespielt habe.

Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung seines Versäumnisurteils die Berufung der Klägerin insgesamt zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob zwischen den Parteien ein weiterer Vertrag über die Beschäftigung ab 27. Februar 1965 abgeschlossen worden sei. Ein derartiger Vertrag wäre jedenfalls unter Berücksichtigung der Arbeitszeit des Beklagten in seinem Hauptarbeitsverhältnis wegen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit nichtig gewesen.

Mit der zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils vom 13. September 1966 und rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision muß Erfolg haben. Denn wenn zwischen den Parteien ein Vertrag über das Spielen an den Tagen vom 27. Februar bis 2. März 1965 zustandegekommen sein sollte, so wäre dieser Vertrag nicht schon wegen teilweisen Verstoßes gegen die Vorschriften der Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938 (AZO) mit der Folge nichtig, daß Schadenersatzansprüche der Klägerin von vornherein entfielen.

1. Nicht zu beanstanden ist der rechtliche Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts, ein etwa abgeschlossener Vertrag sei ein Arbeitsvertrag, auf den die Vorschriften der AZO grundsätzlich anzuwenden sind. Es kann davon ausgegangen werden, daß sich die jeweiligen Mitglieder der Kapelle "M" ohne Mitwirkung der Klägerin als Arbeitgeberin zu einer Eigengruppe zusammengefunden und als solche einzeln in vertragliche Beziehungen zum Arbeitgeber getreten sind, zumal keine dauernde zeitliche



142

Bindung bezweckt wurde, sondern jeweils der Abschluß von Verträgen in Rede stand, die nur für wenige Tage gelten sollten (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, S. 795; BAG 3, 83 = AP Nr. 1 zu Freizeit-anordnung Gast- und Schankwirtschaften). Auch der Umstand, daß der Beklagte nach seinem Vorbringen, daß das angefochtene Urteil unter Widerspruch der Revision als unbestritten festgestellt hat, hauptberuflich einer anderen Beschäftigung nachging und nur nebenberuflich als Musiker tätig war, steht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Es gehört nicht zum Wesen eines Arbeitsverhältnisses, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellt (vgl. die Urteile des Senats BAG 15, 242 [247] = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis unter Ziff. II und vom 8. Juni 1967 5 AZR 461/66, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Zeitlich nicht kollidierende Arbeitsverhältnisse mit mehreren Arbeitgebern sind möglich (BAG 8, 47 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis).

2. Ist aber davon auszugehen, daß der Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen den Parteien vorgesehen war, so kann an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der AZO nicht gezweifelt werden. Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung von der Fortgeltung der AZO aus. Sie ergibt sich aus Art. 123 Abs. 1 GG. Diese Auffassung vertritt auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 3. Mai 1967 (AP Nr. 8 zu § 25 AZO). Das Bundesverfassungsgericht hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken selbst gegen die Weitergeltung der Strafvorschrift des § 25 AZO.

Die AZO ist auch auf Nebenbeschäftigungen anzuwenden. Maßgebend ist nach § 1 Abs. 1 AZO nur, ob die Dienste in einem abhängigen Arbeitsverhältnis erbracht werden, nicht hingegen, ob die Beschäftigung haupt- oder nebenberuflich, für kürzere oder längere Zeit oder zur Aushilfe vorgesehen ist (Denecke, AZO 6. Aufl., § 1 Anm. 7; Gröninger, AZO § 1 Anm. 1; Zmarzlik, AZO § 1 Anm. 7). Die Arbeitszeitvor-



schriften sehen selbst den Fall vor, daß ein Arbeitnehmer an mehreren Stellen beschäftigt wird (§ 2 Abs. 3 Satz 2 AZO). Hiermit ist insbesondere der Fall der Beschäftigung bei mehreren Arbeitgebern angesprochen (Denecke, aaO, § 2 Anm. 14; Gröninger, aaO, § 2 Anm. 7; Zmarzlik, aaO, § 2 Anm. 18). Dann darf die Summe der Beschäftigungszeiten die gesetzliche Höchstgrenze der Arbeitszeit nicht überschreiten.

3. Entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils ist aber nicht ersichtlich, daß die vorgesehene Vereinbarung zu einer Überschreitung der zulässigen Gesamtarbeitszeit an allen vorgesehenen Tagen von Karnevalssamstag bis Karnevalsdienstag geführt hätte. Wie das Landesarbeitsgericht selbst ausführt, hätte der Beklagte bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41 1/4 Stunden in seinem Hauptarbeitsverhältnis an sich noch die rechtliche Möglichkeit gehabt, am Karnevalssamstag 6 3/4 Stunden bis Mitternacht für die Klägerin zu spielen. Inwiefern davon auszugehen wäre, daß diese Spielzeit überschritten worden wäre, wird in dem angefochtenen Urteil nicht ausgeführt. Am Karnevalssonntag aber hätte der Beklagte ohne Rücksicht auf die zulässige Gesamtarbeitszeit von 48 Stunden für sechs Werkzeuge bei der Klägerin spielen können. Denn die AZO befaßt sich grundsätzlich nicht mit der Sonntagsarbeit, deren Zulässigkeit in § 105 a ff. GewO geregelt ist (vgl. BAG 9, 300 [302] = AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG; Denecke, aaO, § 3 Anm. 2; Gröninger, aaO, § 3 Anm. 1; Zmarzlik, aaO, § 3 Anm. 9). Nach § 105 i GewO besteht kein Verbot von Sonntagsarbeit für Musikaufführungen. Nur die Vorschriften der AZO über arbeitsfreie Zeiten, Ruhepausen und die Nachtruhe (§§ 12, 18, 19) sind auf die Sonntagsarbeit anzuwenden (Nr. 42 AVO zur AZO), dagegen nicht die Bestimmung des § 3 über die Dauer der Arbeitszeit (Denecke und Zmarzlik aaO).

4. Hiernach käme eine Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit nur für die Tage Rosenmontag und Karnevalsdienstag in Betracht, sofern der Beklagte an

diesen Tagen in seinem hauptberuflichen Arbeitsverhältnis beschäftigt worden sein sollte und außerdem bei der Klägerin gespielt hätte. Das nebenberufliche Arbeitsverhältnis als Musiker würde dann insoweit gegen die AZO verstoßen. Denn nach allen möglichen und in der Literatur vertretenen Anknüpfungspunkten (Priorität des Vertragsabschlusses bzw. der Vertragserfüllung, überwiegende Tätigkeit) hat hier das hauptberufliche Arbeitsverhältnis den Vorrang. Es ist zunächst zu erfüllen und die Nebenbeschäftigung darf nur noch bis zur Grenze der Höchstarbeitszeit wahrgenommen werden.

Insoweit kommt aber entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils nicht einmal eine teilweise Nichtigkeit (§ 139 BGB) des etwa abgeschlossenen Arbeitsvertrages als Musiker in Betracht. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar in der Entscheidung vom 19. Juni 1959 (BAG 8, 47 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis) ausgeführt, ein zweites Arbeitsverhältnis sei nichtig, wenn durch es die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit "auf das Stärkste überschritten" werde. Diesem Urteil lag ein Fall zugrunde, in dem ein Arbeitnehmer in zwei Dauerarbeitsverhältnissen beschäftigt war, und zwar im ersten Arbeitsverhältnis 45 Wochenstunden und im zweiten Arbeitsverhältnis weitere sechs Stunden täglich. Hier liegen dagegen ganz andere tatsächliche Verhältnisse vor. Die Beschäftigung des Beklagten als Musiker erfolgte an den vorhergehenden Wochenenden im Februar 1965 jeweils nur für kurze Zeit (Samstag und Sonntag). Insoweit wurde die Höchstarbeitszeit vermutlich nicht überschritten (vgl. oben 3.). Auch für die Karnevalstage war nur eine viertägige Arbeitsleistung vorgesehen, die zumindest an den zwei ersten Tagen nicht gegen die AZO verstieß. Unter solchen Umständen würde es zu weit gehen, den etwaigen Vertragsabschluß mit der Klägerin schlechthin als nichtig anzusehen oder auch nur als nichtig hinsichtlich der vorgesehenen Beschäftigung am Rosenmontag und Karnevalsdienstag. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften bezwecken zwar den Schutz des Arbeitnehmers vor Überanstrengung und Gesundheitsgefahren. Er soll nicht gezwungen werden



können, die zulässigen Höchstarbeitszeiten zu überschreiten. Der Arbeitgeber darf eine zeitlich unzulässige Arbeitsleistung nicht entgegennehmen, mag sie auch im Arbeitsvertrag vorgesehen sein. Andererseits hat der Arbeitnehmer gleichwohl nach ganz herrschender Meinung auch dann Anspruch auf Bezahlung geleisteter Arbeit, wenn diese unter Mißachtung der Bestimmungen der AZO erbracht wurde. Es liegt insoweit ein faktisches Arbeitsverhältnis vor, das abgewickelt wurde (BAG 8, 47 [50] = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis mit weiteren Nachweisen). Hier bezweckte der beabsichtigte Vertrag als solcher aber nicht die Begründung einer dauernden Arbeitspflicht unter bewußter Übergehung arbeitszeitrechtlicher Vorschriften. Es handelte sich vielmehr um eine gelegentliche Nebentätigkeit. Durch den Vertrag selbst würde nicht unmittelbar eine unzulässige Arbeitsleistung festgelegt worden sein. Er verstößt für sich allein betrachtet nicht gegen die AZO. Nur die Durchführung des Vertrages hätte unter Berücksichtigung der Arbeitszeit des Beklagten im Hauptarbeitsverhältnis u. U. teilweise die höchstzulässige Gesamtarbeitszeit überschritten. Bei dieser Sachlage wäre ein etwaiger Arbeitsvertrag zwischen den Parteien nicht von vornherein nichtig; lediglich seine Durchführung unterläge den Grenzen der AZO, d. h. es bestünde nach Ausschöpfung der höchstzulässigen Arbeitszeit hinsichtlich der weiteren Arbeitsleistung ein Beschäftigungsverbot (Gift, BB 59, 673; Herschel, RdA 64, 45; Rewolle, BB 59, 671; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 141; vgl. auch § 5 Abs. 1 JugArbSchutzG; für Nichtigkeit: Denecke, § 2 Anm. 17; wohl auch Zmarzlik, § 2 Anm. 20).

5. Der Beklagte war für den Fall des Zustandekommens des Vertrages verpflichtet, entweder sich im Hauptarbeitsverhältnis im erforderlichen Umfang an den Karnevalstagen freistellen zu lassen oder die Klägerin darauf hinzuweisen, daß er noch in einem hauptberuflichen Arbeitsverhältnis beschäftigt werde und deshalb den vorge-



sehenen Vertrag nur teilweise erfüllen könne und dürfe, bzw. darauf hinzuwirken, daß die Arbeitszeit bei der Klägerin unter Berücksichtigung der Bestimmungen der AZO festgelegt werde. Der erste Engagementsvertrag zwischen den Parteien vom 12. Januar 1965 kam unter Vermittlung einer Künstleragentur zustande. Die Klägerin konnte daher davon ausgehen, die Mitglieder der Kapelle wären hauptberuflich als Musiker tätig oder ihre Wochenendverpflichtungen als Musiker lägen jedenfalls im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen. Ein Arbeitnehmer muß seinen (zukünftigen) Arbeitgeber darauf aufmerksam machen, daß die Durchführung des Vertrages u. U. mit Arbeitnehmerschutzvorschriften kollidieren kann. Diese Verpflichtung besteht jedenfalls dann, wenn der den Schutz bedingende Sachverhalt dem Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar ist (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des Senats vom 8. Juni 1967 - 5 AZR 42/67 -; Herschel, RdA 64, 45; Natzel, JugArbSchG, § 5 Anm. 5). Allerdings trifft auch den Arbeitgeber regelmäßig eine Erkundigungspflicht, insbesondere wenn, wie wohl hier (vgl. Vertragsentwurf vom 20. Februar 1965, vorletzter Absatz, letzter Satz), keine Lohnsteuerkarte vorgelegt wird (Denecke, aaO, § 2 Anm. 16; Gröninger, aaO, § 2 Anm. 7; Zmarzlik, aaO, § 2 Anm. 20). Bei der Bemessung eines etwaigen Schadenersatzes ist dieser Umstand gegebenenfalls nach § 254 BGB zu berücksichtigen.

Der Beklagte hat sich seinerzeit der Klägerin gegenüber nicht darauf berufen, wegen seiner hauptberuflichen Tätigkeit nicht im vorgesehenen Ausmaß spielen zu können. Dieser Gesichtspunkt ist erstmals vom Landesarbeitsgericht erörtert worden. Die Klägerin hat im Gegenteil unwidersprochen vorgetragen, der Beklagte habe während der Karnevalstage in einem anderen Lokal gegen eine höhere als die bei der Klägerin vorgesehene Vergütung gespielt. Dann wäre es aber rechtsmißbräuchlich, wenn der Beklagte nunmehr geltend machen könnte, eine Verpflichtung zur Vertragserfüllung habe ohnehin nicht bestanden, so daß Schaden-



ersatzansprüche der Klägerin entfielen (vgl. auch den Fall BAG 3, 66 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG).

6. Demnach kommt entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils eine Schadenersatzverpflichtung des Beklagten in Betracht, und zwar hinsichtlich der zulässigen Spielzeit unter dem Gesichtspunkt des Verzuges (§ 284, 286, 326 BGB), im übrigen unter dem des nachträglichen rechtlichen Unvermögens des Beklagten, das von diesem mindestens teilweise zu vertreten ist (§§ 275, 280, 325 BGB). Deshalb ist es erforderlich festzustellen, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertrag über das Spielen an den Karnevalstagen zustande gekommen ist. Der Verlauf der Verhandlungen ist zwischen den Parteien streitig. Insoweit bedarf es noch einer Beweismwürdigung, die dem Tatsachengericht vorbehalten bleiben muß (BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Herausgabepflicht), u. U. auch noch einer weiteren Beweiserhebung, insbesondere hinsichtlich der Höhe des behaupteten Schadens. Das macht die Zurückverweisung des Rechtsstreits erforderlich (§ 565 Abs. 1 ZPO).

gez. Dr. Boldt                      Dr. Auffarth                      Siara  
                                                 Röglin                                      Dr. Sohler

