



# DIE 39 FÄLLE

wichtigsten  
nicht nur  
für Anfangssemester

## ARBEITSRECHT

Hemmer / Wüst

- 
- Einordnungen
  - Gliederungen
  - Musterlösungen
  - bereichsübergreifende Hinweise
  - Zusammenfassungen
- 

EINFACH ●

VERSTÄNDLICH ● KURZ

## Kapitel 1: Das Arbeitsverhältnis

### Fall 1: Eine missglückte Tournee Abgrenzung Dienst- / Werkvertrag

#### Sachverhalt:

Der Startenor Tassilo (T) hat sich in den letzten Jahren nach einer langen und erfolgreichen Karriere mehr und mehr aus der Öffentlichkeit zurückgezogen; er ist nicht mehr der Jüngste. Im April tritt jedoch der Eventmanager Emil (E) an T heran und überredet ihn dazu, noch einmal eine Tournee durch Deutschland zu machen. T sagt zu, da er sich noch einmal vernünftig von seinen Fans verabschieden will. In dem Vertrag, den die beiden schließen, verpflichtet sich T, fünfzehn Konzerte in deutschen Großstädten zu geben, pro Konzert ist eine Gage von 15.000,- € vereinbart. Für die Organisation der Tournee ist E verantwortlich.

E macht sich sogleich an die Planungen. Er bucht mehrere Fußballstadien, Stadthallen und große Freilichtbühnen. Der Vorverkauf läuft nur äußerst schleppend. Während des ersten Konzerts finden sich lediglich 250 vorwiegend ältere Fans in der Berliner Waldbühne ein. E ist entsetzt. Nachdem auch das folgende Konzert vergleichbar mau besucht ist, kriegt es E gänzlich mit der Angst zu tun und sagt kurzerhand alle weiteren Konzerte ab, um ein noch größeres finanzielles Fiasko zu vermeiden. T teilt er mit, dass er den Vertrag „kündige“. T ist sich der Tatsache bewusst, dass die Absage mehr als vernünftig ist. Allerdings legt er Wert darauf, die noch ausstehende Gage für die abgesagten dreizehn übrigen Konzerte zu erhalten, insgesamt 195.000,- €. E wird bleich, als er die Forderung des T hört. Er weist sie brüsk mit dem Argument ab, dass T ja nicht gesungen und somit keinen Anspruch auf die Gage habe.

#### Frage 1: Ist die Forderung des T berechtigt?

Für das Schützenfest in Schießstadt wird der Amateur-Alleinunterhalter „Der lustige August“ (A) engagiert, mit dem der örtliche Schützenverein bisher immer gute Erfahrungen hatte. Dem Schützenverein war für das Engagement entscheidend, dass er sich auf die Qualität der Leistungen des A verlassen konnte und dass A sehr zuverlässig ist.

Da sich jedoch der Vorstand des Schützenvereins eine Woche vor Beginn des Schützenfestes gehörig miteinander verkracht, wird das Schützenfest kurzerhand abgesagt. A wird aus diesem Grunde gekündigt.

#### Frage 2: Ist der Vertrag wirksam gekündigt worden? § 626 BGB ist nicht zu prüfen.

#### I. Einordnung

Das Arbeitsrecht als Sonderrecht der Arbeitnehmer ist eine besondere Kategorie des Dienstvertragsrechts.

Beim Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten die Erbringung einer Tätigkeit, beim Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer dem Besteller für die Fälligkeit seiner Vergütung die Erbringung eines Erfolges.

Auf Primärebene ist eine Abgrenzung dieser Verträge in aller Regel müßig, da hier immer nur die Erbringung der geschuldeten Leistung entscheidend ist. Auf der Sekundärebene, insbesondere bei Schlechterfüllung, wird diese Abgrenzung hingegen relevant. Auch wenn – wie vorliegend – die Gegenleistung verlangt wird, ohne dass die eigentliche Leistung erbracht wurde, ist die Abgrenzung von entscheidender Bedeutung.

## II. Gliederung

### Frage 1

1. Einordnung des Vertrags: Werkvertrag, § 631 BGB
2. Anspruch aus § 631 BGB (-)
3. Anspruch aus § 648 S. 2 BGB
4. **Ergebnis:** Anspruch auf Gage (Werklohn) besteht

### Frage 2

1. Einordnung des Vertrags: Dienstvertrag  
⇒ keine „künstlerische Wertschöpfung“, daher Werkvertrag (-)
2. Wirksame Kündigung?
  - a) Ordentliche Kündigung: §§ 620 II, 621 BGB (-)
  - b) Fristlose Kündigung: § 627 I BGB
    - aa) kein Arbeitsverhältnis (+)
    - bb) kein dauerhaftes Dienstverhältnis (+)
    - cc) Dienste höherer Art (-)
3. Kündigung unwirksam

## III. Lösung

### Frage 1

Ob ein Anspruch auf Zahlung besteht, hängt zunächst davon ab, ob ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliegt, da bei diesen beiden Vertragsformen die Regelungen über die Rechtsfolgen einer Kündigung unterschiedlich sind. Im Falle eines Dienstvertrags bestünde nach einer wirksamen Kündigung kein Anspruch auf Zahlung der Gagen für die abgesagten Konzerte. Im Dienstvertragsrecht gilt der Grundsatz: Ohne Fleiß kein Preis – ohne Arbeit kein Entgelt, § 614 BGB. Wäre der Vertrag vorliegend als Werkvertrag aufzufassen, könnte sich nach einer Kündigung ein Anspruch auf die ausstehenden Gagen aus § 648 S. 2 BGB ergeben.

### 1. Einordnung des Vertrags

Im Rahmen eines Dienstvertrags darf der Dienstberechtigte vom Dienstverpflichteten die Erbringung einer Arbeitsleistung fordern, beim Werkvertrag steht die Erzielung eines konkret bezeichneten Erfolges im Vordergrund. Entscheidend ist vorliegend daher für die Einordnung, ob T sich nur zur Durchführung der Konzerte verpflichtet hat, oder ob weitergehend ein Erfolg geschuldet wird.

Die Abgrenzung ist hier kaum eindeutig vorzunehmen, wie vielfach bei der Tätigkeit freier Berufe. Daher ist sinnvollerweise wertend darauf abzustellen, ob tatsächlich für die Vergütung nur die schlichte Tätigkeit des T geschuldet wurde. Dies ist hier wohl abzulehnen. Die Konzerte sind für einen großen Zuschauerrahmen veranstaltet worden bzw. geplant worden. Das Publikum würde ausschließlich für das jeweilige Konzert an den betreffenden Ort kommen.

T schuldete daher tatsächlich die Unterhaltung des Publikums und nicht allein die bloße Tätigkeit. Es ist damit davon auszugehen, dass von den Auftritten des T eine sog. „künstlerische Wertschöpfung“ erwartet wurde. Dies ist als geschuldeter Erfolg zu werten. Es liegt damit ein Werkvertrag gem. § 631 BGB vor.

## 2. Anspruch aus § 631 BGB

Da ein Werkvertrag vorliegt, hat E als Besteller des Werkes ein Kündigungsrecht gem. § 648 S. 1 BGB. Durch die Erklärung der Kündigung entfällt der Werkvertrag. Ein Anspruch auf Entgelt für die künftigen Konzerte kann sich somit nicht mehr aus § 631 BGB ergeben. Dazu kommt, dass Ansprüche auf Werklohn grundsätzlich gem. § 641 BGB erst nach Fertigstellung des Werks fällig werden.

## 3. Anspruch aus § 648 S. 2 BGB

Allerdings gewährt § 648 S. 2 BGB dem Werkunternehmer im Falle einer Kündigung gem. § 648 S. 1 BGB einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.

Der Unternehmer muss sich jedoch das anrechnen lassen, was er durch die Kündigung an Aufwendungen erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt, § 648 S. 2 HS 2 BGB. Ein Anspruch auf Vergütung besteht hier daher dem Grunde nach. Auch macht der Sachverhalt keine Angaben darüber, dass T sich etwas anrechnen lassen müsste. Die Konzerte wurden für ihn organisiert, sodass er keinerlei Aufwendungen gehabt hätte, von anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten ist vorliegend nicht auszugehen.

## 4. Ergebnis:

T kann von E das für die restlichen Tourneekonzerte vereinbarte Honorar in Höhe von 195.000,- € verlangen.

## Frage 2

### 1. Einordnung des Vertrags

Fraglich ist hier zunächst, wie der Vertrag des Schützenvereines mit A einzuordnen ist. Bei der geplanten Aufführung des A ist die Unterhaltung der Feiertgemeinde das Ziel. Besondere Erwartungen des Publikums werden sicherlich nicht gestellt sein, vielmehr wird A das Schützenfest musikalisch untermalen. Eine besondere künstlerische Wertschöpfung ist daher nicht geschuldet. Aus diesem Grunde ist der Vertrag des Schützenvereines mit A als Dienstvertrag zu werten.

### 2. Wirksame Kündigung?

Entscheidend ist hier nun, ob der Vertrag mit A wirksam gekündigt wurde. Es kommt vorliegend eine ordentliche Kündigung gem. §§ 620 f. BGB wie auch eine fristlose Kündigung gem. § 627 BGB in Betracht.

#### a) §§ 620 II, 621 BGB

Eine ordentliche Kündigung eines Dienstverhältnisses ist gem. § 620 II BGB dann möglich, wenn es auf unbestimmte Zeit eingegangen wurde. Dies ist hier gerade nicht der Fall. Der Auftritt des A beim örtlichen Schützenfest hatte einen fest umrissenen Zeitrahmen. Daher scheidet eine ordentliche Kündigung vorliegend aus.

## b) § 627 I BGB

Ein fristloses Kündigungsrecht des Schützenvereines könnte sich jedoch aus § 627 I BGB ergeben. Ein solches Kündigungsrecht besteht, wenn der Dienstvertrag mit A kein Arbeitsverhältnis darstellt, kein dauerhaftes Dienstverhältnis besteht und A Dienste höherer Art schuldet.

### aa) Kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB (+)

Zunächst dürfte es sich bei dem Dienstvertrag nicht um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB handeln. Dies ist der Fall, da A nicht in persönlicher Abhängigkeit zu dem Schützenverein steht, näher dazu die Fälle 2, 3.

### bb) Kein dauerhaftes Dienstverhältnis

Wie oben bereits dargelegt, ist das Dienstverhältnis nur für die Auftritte auf dem Schützenfest abgeschlossen worden. Es war damit nicht dauerhaft.

### cc) Dienste höherer Art

Weiterhin müsste es sich bei der Dienstleistung des A um Dienste höherer Art handeln, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Zwar hat der Schützenverein im konkreten Fall den A beauftragt, da er persönlich bekannt ist und als zuverlässig gilt. Dies reicht jedoch nicht dafür aus, das Merkmal des besonderen Vertrauens zu bejahen.

Denn es ist nicht auf den konkreten Einzelfall abzustellen, sondern zu fragen, ob solche Verträge grundsätzlich aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses geschlossen werden.

Dies ist indes bei einem Vertrag über die musikalische Untermalung eines Schützenfestes nicht der Fall.

**Anmerkung:** Beispiele für Verträge, in denen das persönliche Verhältnis und das Vertrauen der Vertragsparteien entscheidend sind, sind Verträge mit Ärzten, Steuerberatern, Anwälten, aber auch Partnerschaftsvermittlungsagenturen.

## 3. Ergebnis

Die Kündigung ist damit unwirksam.

**Anmerkung:** Das Kündigungsrecht des § 627 BGB kann im Vertrag ausgeschlossen werden, allerdings nicht in AGBen, vgl. BGH, MDR 2005, 1285 f. Der Ausschluss kann insbesondere deswegen von Interesse für die Parteien sein, weil das Kündigungsrecht des § 627 BGB gerade keinen besonderen Kündigungsgrund vorsieht. § 626 BGB bleibt aber anwendbar; er ist auch nicht abdingbar. Auf ihn ist allerdings vorliegend nicht einzugehen.

## IV. Zusammenfassung

- Die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag erfolgt danach, ob für die Vergütung ein Erfolg oder lediglich eine Tätigkeit geschuldet wird. Bei der Abgrenzung ist auch die Rechtsfolge der jeweiligen Zuordnung mit einzubeziehen.
- Wird ein laufender Dienstvertrag gem. § 627 BGB gekündigt, so steht dem Dienstverpflichteten kein Anspruch auf Zahlung vereinbarter Vergütung zu.

- Wird hingegen ein Werkvertrag vor Erbringung der geschuldeten Leistungen gem. § 648 BGB gekündigt, so ergibt sich ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Entgelte aus § 648 S. 2 BGB.

**hemmer-Methode:** Machen Sie sich die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag an folgenden Beispielen klar:

**Anwaltsvertrag:** Grds. Dienstvertrag in Form der Geschäftsbesorgung (§§ 611, 675 I BGB; es heißt nicht zu Unrecht: „Auf hoher See und vor Gericht ist man in Gottes Hand“ – der Anwalt schuldet nur ordentliche Vertretung und Beratung, nicht jedoch das Obsiegen vor Gericht). Ist ein Anwalt als Gutachter tätig, so ist als Erfolg das Gutachten geschuldet und es liegt damit ein Werkvertrag vor.

**Behandlungsvertrag, §§ 630a ff. BGB:** Sonderfall des Dienstvertrages (steht ein Arzt für den Erfolg ein, so liegt ausnahmsweise ein Werkvertrag vor).

**Beförderungsvertrag:** Werkvertrag (geschuldeter Erfolg ist das Verbringen an einen anderen Ort).

**Internetproviderverträge:** Dienstvertrag oder Werkvertrag, je nachdem ob es sich um einen Access-Provider-Vertrag, Application-Service-Providing (ASP), Web-Hosting-Vertrag bzw. Website-Hosting-Vertrag, Webdesign-Vertrag, Vertrag über die Registrierung von Internet-Domains, Wartungsvertrag oder Internet-System-Vertrag handelt.

Vgl. hierzu ausführlich den hemmer-background in Life&LAW 07/2010, 434 bis 436! [Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden \(www.hemmer-club.de\) und Entscheidungen der Life&LAW lesen und downloaden.](http://www.hemmer-club.de)

## Fall 2: Geschickt getrickst? Statusklage, Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage

### Sachverhalt:

Karl Kleister (K) ist Konditormeister in Garmisch-Partenkirchen. Nachdem er viele Jahre in einer Konditorei angestellt war, wagt er den großen Schritt in die Selbstständigkeit und bereitet die Eröffnung eines Cafés vor.

Da er bei seinem alten Arbeitgeber mitbekommen hat, was für Rechte Arbeitnehmer im Allgemeinen haben und er meint, sich solch „luxuriöse Arbeitnehmerschutzvorschriften“ als Jungunternehmer nicht leisten zu können, ersinnt er folgenden Plan: Er will keine Kellner für den Service als Arbeitnehmer anstellen, sondern Selbstständige mit dem Servieren beauftragen. Diese erhalten feste Dienstzeiten, kaufen Kaffee und Kuchen sowie den übrigen Verzehr bei ihm an der Theke ein und verkaufen die Bestellung an den Gast zu den Preisen in der von K erstellten Karte weiter. Den Differenzbetrag zuzüglich des Trinkgelds sollen die Kellner behalten dürfen, zusätzlich erhalten sie monatlich einen Sockelbetrag von 500,- €.

Gesagt getan! K verwirklicht seinen Plan. Unter anderem nimmt er Ferdinand Flink (F) unter Vertrag. Nachdem K mehrfach Kollegen des F fristlos freigesetzt hat, wird es F ein wenig mulmig. Er sehnt sich nach ordentlichen Fristen und will keinen Willkürentscheidungen des K ausgesetzt sein.

F erhebt per Fax vor dem Arbeitsgericht München Klage auf Feststellung, dass er Arbeitnehmer ist.

**Frage:** Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

### I. Einführung

Das Arbeitsrecht ist, wie bereits dargelegt, eine besondere Ausprägung des Dienstvertragsrechts. Dreh- und Angelpunkt (obwohl selten ernsthaft zu diskutieren) des Arbeitsrechts ist der Arbeitnehmerbegriff. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen zur Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist, § 611a I S. 1 BGB. Nur für Arbeitnehmer sind die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) und viele weitere Vorschriften einschlägig.

Die oftmals arbeitnehmerfreundlichen Vorschriften wollen – wie hier – viele Arbeitgeber umgehen, weswegen in letzter Zeit häufig versucht wurde, Arbeitnehmer durch Selbstständige zu ersetzen.

Allerdings sind diese „Selbstständigen“ vielfach nur Scheinselbstständige, da sie von Rechts wegen alle Merkmale eines Arbeitnehmers aufweisen, insbesondere weisungsgebunden sind und in persönlicher Abhängigkeit stehen. Materieellrechtlich sind diese „Selbstständigen“ daher vielfach als Arbeitnehmer zu werten.

Ein Arbeitnehmer kann seine Arbeitnehmereigenschaft vor dem Arbeitsgericht im Rahmen einer sog. „**Statusklage**“ feststellen lassen.