

## Wenn die Stimme versagt

### **Fall**

Der K ist Konzertveranstalter und organisiert für bekannte Musikgruppen auf eigene Rechnung deren Auftritte in Deutschland. Anfang des Jahres 2007 schließt er mit dem Manager M, der im Namen der erfolgreichen Band „Berlin Hotel,, auftritt, einen Vertrag. K verpflichtet sich, die Konzerte der Band im Rahmen ihrer Europatournee in Konzerthallen vier deutscher Großstädte Anfang des Jahres 2008 zu organisieren.

Im April 2007 trifft der K deshalb mit dem Pyrotechniker T zusammen. Dieser ist Angestellter des P, der Inhaber eines auf Feuerwerkeffekte bei Konzerten spezialisiertes Unternehmen. Zwischen K und T wird folgende Vereinbarung getroffen: Der P soll die Band während ihrer achtwöchigen Tournee vom 02.02.2008 bis 29.03.2008 (57 Tage, 28 Tage im Februar, 29 Tage im März) begleiten und bei den Konzerten für besondere Showeffekte sorgen. P erhält eine Vergütung von 1000€ pro Konzerttag und 200€ pro Reisetag bei freier Kost und Logis. Die Pyrotechnik soll er entsprechend den Anweisungen des Produktionsleiter L, der ebenfalls von K unter Vertrag genommen wurde, einsetzen.

Leider bekommt der Sänger der Band auf Grund der Überlastung seiner Stimmbänder während der Europatournee Ende 2007 auf diesen eine Zyste und wird im Januar 2008 operiert. Da nach der OP nicht klar ist, ob er je wieder singen kann, müssen alle geplanten Konzerte der Band, auch die in Deutschland im Februar und März 2008, abgesagt werden. K teilt dem P die Absage Ende Januar mit.

P ist verärgert und verlangt von K die volle Vergütung für die geplante Tätigkeit, da er auf die Einnahmen angewiesen sei. Zudem weist er K darauf

hin, dass er im Falle einer rechtzeitigen Absage, das lukrative Angebot eines anderen Konzertveranstalters hätte annehmen können.

K verweigert P jede Zahlung. Auch er sei von der Krankheit des Sängers und der Absage der Tournee überrascht worden. P könne sich ja an die Band „Berlin Hotel“ wenden und diese um Erstattung der Vergütung bitten. Schließlich sei der Sänger Schuld an der Absage. Außerdem könne P für vier Wochen im März bei einer billigeren Produktion mitarbeiten (Vergütung 100€ pro Tag). Deshalb stehe ihm jedenfalls nicht die Vergütung in voller Höhe zu.

**Kann der P die vereinbarte Vergütung insgesamt oder zumindest teilweise von K oder der Band „Berlin Hotel“ verlangen?**

**Hat der K Ansprüche gegen die Band oder deren Manager M, soweit er seinerseits dem P zu Zahlungen verpflichtet ist (was hierfür ggf. zu unterstellen ist)?**

### **Abwandlung**

Macht es einen Unterschied, wenn der zwischen K und P geschlossene Vertrag, die vorformulierte Klausel „Für die Durchführung der vereinbarten Tournee wird keine Gewähr übernommen“ enthält.

**Lösung** (angelehnt an BGH NJW 2002, 595)

## **1. Teil: Ansprüche des P**

### **A. Anspruch des P gegen K auf Zahlung der Vergütung aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615 BGB<sup>1</sup>**

Der P könnte gegen den K einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615 haben.

#### **I. Anspruch entstanden**

Der P hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung, wenn zwischen beiden ein wirksamer Dienstvertrag gem. § 611 zu Stande gekommen ist. Ein Dienstvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag, wonach der eine Vertragspartner zur Leistung der vereinbarten Dienste und der andere zur Vergütung derselbigen verpflichtet ist.

K hat mit T vereinbart, dass P für eine Vergütung von 1000€ pro Konzerttag und 200€ pro Reisetag die Pyrotechnik während der Deutschlandtournee der Band „Berlin Hotel“ übernimmt.

#### **1. Vertragsparteien**

Fraglich ist zunächst, wer **Vertragspartei** geworden ist, da auf der einen Seite hinter T ein Unternehmen steht und andererseits die Feuerwerkseffekte für die Konzerte der Band vorgesehen sind.

Im Rahmen eines so genannten **unternehmensbezogenen Geschäft** ist der Wille der Parteien in der Regel darauf gerichtet, dass der Betriebsinhaber Vertragspartner wird und nicht der für das Unternehmen Handelnde (vgl. BGH NJW 1995, 43, 44; BGH NJW 1996, 1053, 1054; NJW-RR 1997, 527). Da T Angestellter des P ist und die Showeffekte von dessen

---

<sup>1</sup> Alle hier aufgeführten Paragraphen sind solche des BGB.

Unternehmen durchgeführt werden sollen, wird P aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet.

K könnte als **Vertreter** der Band den Vertrag mit P abgeschlossen haben, da die Feuerwerkseffekte für die Konzerte der Band gedacht sind. Dann wäre die Band gem. § 164 Abs. 1 aus dem Rechtsgeschäft verpflichtet. Ein Anspruch des P gegen K auf Vergütung wäre somit ausgeschlossen. Zu prüfen ist deshalb, ob der K im Namen der Band gehandelt hat. Konzertveranstalter handeln jedoch im Regelfall auf eigenen Namen und eigene Rechnung. Eine wirksame Vertretung der Band durch K liegt deshalb nicht vor. Somit wirkt der Vertrag ausschließlich für und gegen K.

*Selbst, wenn die Bearbeiter an dieser Stelle von einem Handeln des K im Namen der Band ausgehen, fehlt es an der für eine wirksame Stellvertretung erforderlichen Vertretungsmacht. Soweit K als Vertreter der Band aufgetreten ist, kommt nur eine rechtsgeschäftlich erteilte **Vertretungsmacht** i.S.d. § 167 in Betracht. Eine **Vollmacht** kann aber nur durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten (Innenvollmacht) oder gegenüber dem Vertragspartner (Außenvollmacht) erteilt werden. Eine Außenvollmacht scheitert von vorne herein daran, dass der P weder mit der Band noch ihrem Manager in rechtsgeschäftlichen Kontakt getreten ist. Somit kommt nur die Erteilung einer Innenvollmacht durch den M als ermächtigten Vertreter der Band in Betracht. K und M haben sich nur darüber geeinigt, dass K die Konzerte in Deutschland organisieren soll. Eine ausdrückliche Vollmachtserteilung kann darin nicht gesehen werden. Allerdings könnte der M dem K die Vollmacht durch schlüssiges Verhalten, konkludent erteilt haben. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung der Vereinbarung gem. §§ 133, 157 ermittelt werden. Entscheidend ist demnach, was die Parteien nach Treu und Glauben und Rücksicht auf die Verkehrssitte gewollt haben. Laut Sachverhalt sollte der K auf eigene Rechnung die Organisation der Konzerte durchführen, wofür er, was zu unterstellen ist, eine Vergütungspauschale erhalten sollte. Nach dem Willen der*

*Parteien, sollte K also nicht im Namen der Band Rechtsgeschäfte abschließen. K hat folglich auch keine Innenvollmacht.*

*Die Einigung zwischen K und P wirkt - selbst wenn K im Namen der Band gehandelt haben sollte - wegen § 179 Abs. 1 ausschließlich für und gegen ihn selbst.*

## **2. Dienstvertrag**

Des Weiteren ist fraglich, ob es sich bei der Vereinbarung zwischen K und P überhaupt um einen Dienstvertrag handelt. In Betracht käme auch der Abschluss eines **Werkvertrages (§ 631)**, denn beide haben eine entgeltliche Arbeitsleistung zum Inhalt. Das entscheidende **Abgrenzungskriterium** kann dem § 631 Abs. 2 entnommen werden. Dort wird der Inhalt der Werkleistung mit einem „durch Arbeit und Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ beschrieben. Demnach umfasst die Werkleistung zwar auch Dienstleistungen. Allerdings tritt bei der Werkleistung Erfüllung erst mit dem Erfolgseintritt ein. Folglich wird beim Werkvertrag die Vergütung für einen Arbeitserfolg, das Werk, und nicht für die Arbeitsleistung, wie beim Dienstvertrag, vereinbart. (vgl. Palandt/Sprau Einf. v § 631 BGB Rn. 8)

*Die Abgrenzung ist wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Verzug, Unmöglichkeit und Schlechtleistung erforderlich. Beim Werkvertrag trägt der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr und damit das Entgeltrisiko, da er einen bestimmten Erfolg schuldet. Der Dienstverpflichtete wird dagegen nicht erfolgsbezogen für seine Arbeit entlohnt.*

Dem K kam es im vorliegenden Fall darauf an, dass P bei den Konzerten an den entscheidenden Stellen Feuerwerkseffekte einsetzt. Auf den ersten Blick scheint deshalb der Abschluss eines Werkvertrages naheliegend. Allerdings macht das bloße Interesse am Erfolg einer Tätigkeit einen Vertrag noch lange nicht zum Werkvertrag (vgl. BGH NJW 2002, 595). Auch beim Dienstvertrag hat der Dienstherr natürlich ein Interesse an der erfolgreichen Ausführung der Arbeit durch den Dienstverpflichteten. Maßgebendes

Kriterium zur Abgrenzung der beiden Vertragstypen ist deshalb, ob das für den Dienstvertrag charakteristische Zeitmoment oder das den Werkvertrag prägende Erfolgsmoment den Gegenstand der zu erbringenden Leistung bestimmt. Handelt es sich um eine allgemeine, laufende Tätigkeit und nicht um einen fest umrissenen Leistungsgegenstand so spricht dies für die Einordnung als Dienstvertrag (vgl. BGH NJW 2000, 1107).

K sollte die Band während ihrer achtwöchigen Tournee vom 02.02.2008 bis 29.03.2008 begleiten und im Verlauf der Konzerte Feuerwerkskörper einsetzen. Seine Tätigkeit war in erster Linie zeitgebunden. Seine Vergütung war auch nicht an einen bestimmten Erfolg gekoppelt, sondern von der Anzahl der Konzert- und Reisetage abhängig. Des Weiteren sollte P den Weisungen des Produktionsleiters Folge leisten. Diese Faktoren sprechen für den Abschluss eines Dienstvertrages.

*Das Bestehen eines Arbeitsvertrages muss wegen des fehlenden persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses verneint werden.*

### **3. Zwischenergebnis**

Zwischen K und P ist ein wirksamer Dienstvertrag gem. § 611 Abs. 1 zu Stande gekommen. Damit steht dem P gegen K ein Anspruch auf die Zahlung von 1000€ pro Konzerttag und 200€ pro Reisetag für den Zeitraum vom 02.02.2008 bis 29.03.2008 zu.

### **II. Anspruch erloschen**

Allerdings könnte der Anspruch des P gegen K gem. § 326 Abs. 1 erloschen sein. Voraussetzung dafür wäre, dass dem P die Erbringung der Dienstleistung gem. § 275 unmöglich geworden ist. Hier könnte ein Fall der **Unmöglichkeit** gem. § 275 Abs. 1 in Betracht kommen. Dem Schuldner und auch jedermann sonst müsste es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich sein die geschuldete Leistung zu erbringen. Da die Band auf Grund der Krankheit ihres Sängers bis auf Weiteres keine

Konzerte mehr geben kann und so schnell wohl auch kein Ersatz für den Sänger zu finden ist, könnte ein Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit gegeben sein. Allerdings ist zu beachten, dass dem P der Einsatz der Feuerwerkstechnik trotzdem weiterhin möglich ist, nur eben nicht zu dem angestrebten Zweck, als Showeffekt bei den Konzerten (**Zweckfortfall**).

Die Rechtsprechung lehnt bei der Störung des Verwendungszwecks im Rahmen von Dienstverträgen das Vorliegen von Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 ab. Sie sieht darin vielmehr einen Fall des Annahmeverzugs nach § 615 durch den Gläubiger, da der Leistungserfolg, auch wenn der Gläubiger nun kein Interesse mehr daran hat, weiterhin herbeigeführt werden kann (vgl. BGH NJW 2002, 595).

Demnach ist der Vergütungsanspruch des P nicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 erloschen. Andere Fallgruppen der Unmöglichkeit (vgl. § 275 Abs. 2 und 3) kommen nicht in Betracht.

Vertretbar ist aber auch wegen andauernder Annahme- und Mitwirkungshindernisse auf Gläubigerseite von einem Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 auszugehen. Des Weiteren kann die tatsächliche Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 auch mit dem Zeitablauf des hier vorliegenden Fixgeschäfts begründet werden.

Wird Unmöglichkeit bejaht, so wäre der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung erloschen. In diesem Fall ist allerdings § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. zu beachten.

*§ 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. kommt aus mehreren Gründen nicht in Frage. Die Unmöglichkeit ist nicht während des Annahmeverzugs eingetreten. Auch ist § 615 S. 1 lex specialis gegenüber § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Alt.*

Nach § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. bleibt K trotz Unmöglichkeit der Dienstleistung zur Erbringung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. § 276 Abs. 1 ist zu entnehmen, dass der Schuldner grds. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, außer es er-

gibt sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos ein abweichender Haftungsmaßstab. Die Band hat die Unmöglichkeit verschuldet. Da die Bandmitglieder jedoch nicht Erfüllungsgehilfen des K sind, kann diesem das Verschulden nicht über § 278 zugerechnet werden. Allerdings könnte der K vertraglich eine Garantie übernommen haben. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung des Vertrages gem. §§ 133, 157 ermittelt werden.

Die Rechtsprechung ist der Auffassung, dass in Fällen, wie dem Vorliegenden, eine Garantieübernahme durch eine vertragliche Risikoübernahme in Betracht kommt (BGH NJW 2002, 595). Nur dem Konzertveranstalter sei es möglich, das Risiko abzuschätzen, da nur er in direktem Kontakt zu der Band steht. Dieser soll deshalb nicht die Möglichkeit haben, das Risiko, dass sich sein Vertragspartner auch vertragstreu verhält, auf Dritte, deren er sich zur Durchführung des Vertrages bedient, abzuwälzen. Auch der Umstand, dass ein anderweitiges Engagement des Dienstverpflichteten vom Dienstherrn „verhindert“ wird, ist ein entscheidendes Indiz dafür, dass vom Empfängerhorizont des Dienstverpflichteten das Risiko eines endgültigen Scheiterns vom Dienstherrn übernommen werden sollte.

Nur K stand über M im direkten Kontakt zur Band. P hatte auf Grund der Kurzfristigkeit der Absage auch nicht die Möglichkeit ein genauso lukratives Engagement anzunehmen. Dies spricht unter Zugrundelegung der Auffassung der Rechtsprechung für eine stillschweigende Übernahme des Veranstaltungsrisikos durch K. Daher hat K die Unmöglichkeit doch zu vertreten, so dass er gem. § 326 Abs. 2, S. 1, 1. Alt. weiterhin zur Zahlung der Vergütung verpflichtet bleibt.

Ob von Unmöglichkeit ausgegangen wird oder nicht, führt letztendlich zum selben Ergebnis.

*Eine Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 ist wegen der Voraussehbarkeit des Problems – Absage des Konzerts – ausgeschlossen.*

### **III. Anspruch durchsetzbar**

Des Weiteren ist zu prüfen, ob der Anspruch des P gegen den K auf Vergütung auch durchsetzbar ist. Durchsetzbarkeit setzt **Fälligkeit** gem. § 271 voraus. Gem. § 614 ist die Vergütung beim Dienstvertrag erst nach Leistung der Dienste fällig. P hat aber die geschuldeten Dienste (noch) nicht erbracht. Ausnahmsweise kann der Dienstverpflichtete gem. § 615 S. 1 auch dann die Vergütung seiner Dienste verlangen – ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein –, wenn der Dienstberechtigte in Annahmeverzug gekommen ist. Fraglich ist daher, ob sich K im **Annahmeverzug** befindet.

Erforderlich ist dafür zunächst, dass eine **Mitwirkungshandlung** des Gläubigers, hier K, zur Leistungserbringung erforderlich ist. Eine notwendige Mitwirkungshandlung ist in dem Bereitstellen der Konzerthalle zu sehen, in der die Showeffekte erzielt werden sollen.

Nächste Voraussetzung ist ein **ordnungsgemäßes Leistungsangebot** des Schuldners. Dieser muss dem Gläubiger gem. § 294 ein tatsächliches Leistungsangebot machen, d.h. der Schuldner muss die Leistungshandlung zur rechten Zeit (§ 271), am rechten Ort (§ 269) und in der rechten Weise (§ 266) vornehmen, so dass der Gläubiger nur noch „zugreifen“ muss. Hat der Gläubiger aber die Nichtannahme eindeutig und bestimmt erklärt, so reicht ein wörtliches Angebot. Der K hat den P eine eindeutige und unmissverständliche Absage erteilt. Insofern müsste der P dem K ein wörtliches Angebot machen. Dieses kann der P dem K allerdings noch nicht unterbreiten, da die Leistung noch gar nicht fällig ist.

Ein wörtliches Angebot ist aber entbehrlich, da es wegen der zu erwartenden Nichtannahme eine bloße Förmerei darstellen und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde (§§ 296, 242). Deshalb ist im vorliegenden Fall von der Entbehrlichkeit des Angebots auszugehen.

Der Gläubiger kommt aber nach § 297 nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Leistungsangebots oder im Falle des § 296 nicht

leisten kann. P müsste somit **zur Leistung fähig und bereit** sind. Wird davon ausgegangen, dass dem P die Leistung nicht unmöglich ist, so ist er auch fähig und bereit seine Dienste zu erbringen.

Des Weiteren müsste der K gem. § 293 die **Leistung nicht angenommen** haben. Dies ist konkludent durch die Mitteilung der Absage erfolgt.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gem. § 293 sind folglich alle erfüllt. Somit ist K gem. § 615 S. 1 dem P zur Zahlung der Vergütung verpflichtet. Zu klären ist aber die Höhe der Vergütung. Denn nach § 615 S. 2 muss sich der Dienstverpflichtete auf seine Vergütung anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. P hätte durch die Mitarbeit bei der anderen Produktion eine Vergütung von 100€ pro Tag erwerben können. Möglicherweise hat er den Erwerb der anderweitigen Vergütung böswillig unterlassen hat. Böswilligkeit ist bereits dann anzunehmen, wenn der Dienstverpflichtete eine zumutbare Arbeitsmöglichkeit kennt und diese vorsätzlich unterlässt. P wusste von der anderen Arbeitsmöglichkeit und war daher böswillig. Auf die Kurzfristigkeit der Absage kommt es dabei nicht an. P muss sich folglich 100€ pro Tag für den Monat März, also insgesamt  $100 * 29 \text{ Tage} = 2900\text{€}$  anrechnen lassen.

Wird Unmöglichkeit angenommen kommt die Vorschrift des § 615 wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Schuldners nicht zur Anwendung. Der Anspruch des P auf Vergütung scheidet dann aber nicht an der Fälligkeit, sondern an § 326 Abs. 2 S. 2.

§ 326 Abs. 2 ist eine der Vorschrift des § 615 BGB entsprechende, anspruchserhaltende Vorschrift. Ist danach ein Anspruch trotz Unmöglichkeit nicht erloschen, so kommt es auf § 614 nicht mehr an. In diesem Fall muss aber beim Anspruchsumfang die Vorschrift des § 326 Abs. 2 S. 2 beachtet werden, die inhaltlich der Vorschrift des § 615 S. 2 entspricht. Dar-

aus folgt, dass selbst bei Annahme der Unmöglichkeit der Dienstleistung, ein Anspruch des P auf Vergütung von 14.600€ gem. §§ 611, 615 S. 1 bestünde. Auf den Vergütungsanspruch muss jedoch die nicht realisierte Vergütung von 2900€ gem. § 326 Abs. 2 S. 2 angerechnet werden.

#### **IV. Ergebnis**

Der P hat gegen den K einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von 11.700€ gem. §§ 611, 615 S. 1.

#### **B. Anspruch des P gegen die Band auf Zahlung der Vergütung aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615 BGB**

Mangels eines gültigen Vertragsverhältnisses hat der P gegen die Band „Berlin Hotel“ keinen Anspruch auf Vergütung. Zwischen der Band und P bestand nie ein direkter geschäftlicher Kontakt. Auch kann der Band die Willenserklärung des K nicht über § 164 zugerechnet werden (s.o.).

*Die Anwendung der Grundsätze eines Vertrages zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB, um P einen eigenen Anspruch gegen die Band aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 zwischen K und der Band, vertreten durch M, zu gewähren, ist abwegig. Der Sachverhalt gibt keinerlei Hinweis darauf, dass die Vereinbarung zwischen K und der Band, vertreten durch M, ein selbständiges Leistungsforderungsrecht des P begründen sollte.*

#### **C. Anspruch des P gegen die Band gem. § 823 Abs. 1**

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 scheitert an der erforderlichen Rechtsgutsverletzung. Durch die Absage des Konzerts wurde nicht das Eigentum, sondern nur das von § 823 I nicht geschützte Vermögen des P betroffen. Auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist mangels Betriebsbezogenheit (Erfordernis der unmittelbaren Beeinträchtigung des Betriebs) des Eingriffs zu verneinen. P entgeht lediglich eine Verdienstmöglichkeit.

## **Teil 2: Ansprüche des K**

### **A. Anspruch des K gegen die Band auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 in Höhe der an P gem. §§ 611, 615 zu leistenden Vergütung von 11.700€**

K könnte gegen die Band „Berlin Hotel“ einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 in Höhe der an P gem. §§ 611, 615 zu leistenden Vergütung haben.

*Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 282 oder 283 kommt nicht in Betracht, da nicht das Äquivalenzinteresse sondern das Integritätsinteresse des K betroffen ist.*

### **I. Anspruchsvoraussetzungen**

#### **1. Schuldverhältnis**

Zwischen K und der Band müsste zunächst ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis bestehen. Als vertragliches Schuldverhältnis kommt hier der Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 Abs. 1 in Betracht. Fraglich ist aber, ob die Gruppe überhaupt Vertragspartner des K werden konnte. Bei der Gruppe könnte es sich um eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705)** handeln, die selbständig rechtsgeschäftlich handeln kann. Erforderlich zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet ist und indem sich die Beteiligten gegenseitig zur Förderung dieses Zwecks verpflichtet haben. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff., so dass auch ein konkludenter Abschluss möglich ist. Das Bewusstsein eine GbR zu gründen, ist hierfür nicht erforderlich. Da die Gruppe schon mehrere Jahre gemeinsame Konzerte gibt, ist zumindest von einem konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrag

auszugehen. Folglich konnte die Gruppe als GbR Vertragspartner des K werden.

Des Weiteren ist zu prüfen, ob K und die Band einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen haben. Dafür müssten sie die Erbringung einer entgeltlichen, selbständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Art in fremdem Interesse vereinbart haben. K und die Band haben keine derartige Vereinbarung getroffen. Allerdings erfüllt die zwischen M und K getroffene Vereinbarung zur Organisation der Konzerte in Deutschland diese Voraussetzungen. Diese Vereinbarung gilt für und gegen die Band, wenn M die Gruppe wirksam vertreten hat (§ 164 Abs. 1). M hat laut Sachverhalt eine eigene Willenserklärung im Namen der Gruppe abgegeben. Von der Erteilung der erforderlichen Vertretungsmacht ist angesichts seiner Tätigkeit als Manager auszugehen. Damit hat M die Gruppe bei Abschluss des Vertrages wirksam vertreten und zwischen K und der Band ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag zu Stande gekommen.

## **2. Pflichtverletzung**

§ 280 Abs.1 setzt die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis voraus. Der Anspruch aus § 280 Abs. 1 besteht sowohl bei der Verletzung einer leistungsabhängigen Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 (Haupt- und Nebenleistungspflichten), als auch bei der Verletzung einer leistungsunabhängigen Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 (Rücksichtnahme- bzw. Nebenpflichten). Die Band hatte allerdings gegenüber K keine Pflicht zur Durchführung der Konzerte, so dass eine Pflichtverletzung nach § 241 Abs.1 wegfällt. In Betracht kommt deshalb die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht. Nach § 241 Abs. 2 sind die Vertragsparteien zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Es bestehen somit Schutzpflichten bzgl. aller Rechtsgüter der anderen Seite, welche sich in Obhuts-, Aufklärungs-, Informations- und Offenbarungspflichten konkretisieren. Bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses müssen sich die Vertragspartner so verhalten, dass dem anderen keine Schäden entstehen. Bei der Geschäftsbesorgung besteht die Pflicht den zur Ge-

schäftsbesorgung verpflichteten über etwaige Umstände, die einer ordnungsgemäßen Durchführung entgegenstehen könnten, rechtzeitig zu unterrichten. Auf den vorliegenden Fall übertragen heißt das, dass die Band dem K die Absage eines Konzertes so rechtzeitig mitteilen muss, dass dem K kein Schaden entsteht. Fraglich ist, ob die Absage der Band rechtzeitig erfolgte. Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit kommt es auf den Vertragsinhalt an, der nach §§ 133, 157 unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte auszulegen ist. Muss der aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag Verpflichtete – wie hier – zwangsläufig Dritte zur Durchführung der Geschäftsbesorgung durch Abschluss eines Dienstvertrages einschalten, so ist eine Absage mithin nur dann rechtzeitig, wenn zu erwarten ist, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung auf den Vergütungsanspruch des Dritten aus § 611 wegen § 615 S. 2 oder § 326 Abs. 2 S. 2 eine anderweitige Verdienstmöglichkeit in Höhe des Anspruchs aus § 611 anzurechnen ist. Hätte K die Absage früher erhalten, hätte er auch P diese eher mitteilen können, so dass dieser keine Ansprüche geltend gemacht hätte bzw. wegen § 615 S. 2 der Anspruch auf Grund der Verdienstmöglichkeit bei einer gleich lukrativen Produktion nicht durchsetzbar gewesen wäre. Folglich hat die Band durch ihre verspätete Absage gegenüber K ihre Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 verletzt.

### **3. Vertretenmüssen**

Des Weiteren müsste die Band die Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu vertreten haben. Dabei liegt die Beweislast bei der Band; sie muss sich exkulpieren können. Nach § 276 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Absage erfolgte, weil der Sänger wegen Überlastung seiner Stimme erkrankte. Dieses Verhalten ist zwar nicht vorsätzlich, allerdings fahrlässig. Auf Grund der vielen Konzerte hätte der Sänger sich besser schonen müssen oder die Band hätte von vorne herein nicht so viele Konzerte einplanen dürfen. Daher ist der Band zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Die Band hat die Pflichtverletzung daher zu vertreten und kann sich nicht exkulpieren.

*Es wäre aber auch durchaus vertretbar, ein Vertretenmüssen wegen der Plötzlichkeit der Krankheit abzulehnen.*

#### **4. Schaden**

K ist ein Schaden in Höhe von 11.700€ entstanden; diese Summe entspricht der Vergütung des P.

#### **5. Kausalität**

Bei rechtzeitiger Absage wäre der Schaden nicht eingetreten. Die Pflichtverletzung war somit kausal für den Schaden.

### **II. Anspruchsinhalt**

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs richtet sich nach §§ 249 ff. K hat gegen die Band einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der an P geleisteten Vergütung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2.

#### **B. Ansprüche des K gegen M kommen nicht in Frage.**

### **3. Teil: Abwandlung**

#### **Anspruch des P gegen K auf Zahlung der Vergütung aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615**

Der P könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615 haben.

### **I. Anspruch entstanden**

#### **1. Vertrag**

Zwischen P und K ist ein wirksamer Dienstvertrag (§ 611) zu Stande gekommen (s.o.).

## **2. Ausschluss des Vergütungsanspruchs durch Vertragsklausel**

Trotz des wirksamen Dienstvertrages könnte der Vergütungsanspruch des P wegen der Klausel „Für die Durchführung der vereinbarten Tournee wird keine Haftung übernommen“ wirksam ausgeschlossen sein. Dann müsste die Klausel so ausgelegt werden können, dass die Vergütung des P entfällt, wenn das Konzert – aus welchen Gründen auch immer – nicht stattfindet. Weitere Voraussetzung ist die Wirksamkeit der Klausel.

### **a) Auslegung**

Fraglich ist, ob der Haftungsausschluss hinsichtlich der Konzertdurchführung tatsächlich den Vergütungsanspruch erfasst, da an sich der Dienstberechtigte nicht auf die Vergütung „haftet“, sondern diese vielmehr den Inhalt der Hauptleistungspflicht bildet. Die Auslegung vorformulierter Vertragsklauseln erfolgt grds. zu Lasten des Verwenders. Deshalb ist denkbar, dass man bei einer für K ungünstigen Auslegung der Klausel zu dem Ergebnis gelangt, bei Nichtdurchführung der Konzerte ist nicht Vergütungsanspruch, sondern die Haftung für etwaige Schäden, die P gerade bei der Durchführung erleidet, ausgeschlossen. Der Vergütungsanspruch des P wäre demnach nicht ausgeschlossen.

*Andernfalls ist weiter zu prüfen:*

### **b) Wirksamkeit**

Die Wirksamkeit solcher Klauseln richtet sich nach §§ 305 ff., da es sich um eine vorformulierte Klausel i.S.d. § 305 Abs. 1 handelt.

#### **aa) Wirksame Einbeziehung**

Zunächst müsste die Klausel wirksam in den Vertrag zwischen P und K einbezogen worden sein (§§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 3 Nr. 2). Dies wäre nicht der Fall, wenn es sich bei der Klausel um eine überraschende und mehrdeutige i.S.d. § 305c handeln würde. Dann müsste die Klausel objektiv ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeit kann sich aus dem Leitbild

des Vertrages, der Höhe des Entgelts, einem Widerspruch zum Verlauf der Vertragsverhandlungen oder aus einer erheblichen Abweichung vom dispositiven Recht ergeben. Der Ausschluss der Vergütung für eine eventuelle Absage des Konzerts steht hier im Widerspruch zum Leitbild des Dienstvertrages und zum dispositiven Recht. Diesen Fall regelt § 615, wonach nur bei tatsächlicher Wahrnehmung einer anderweitigen Verdienstmöglichkeit oder Böswilligkeit der Vergütungsanspruch entsprechend gekürzt wird. Ein umfassender Ausschluss der Vergütung für den Fall des Annahmeverzugs ist damit ungewöhnlich. Überraschend ist eine Klausel, wenn der Vertragspartner des Verwenders nicht mit einer solchen Klausel zu rechnen braucht. Die Klausel muss insofern einen Überrumpelungseffekt haben. Hiervon ist angesichts der weitreichenden Folgen auszugehen. Letztlich zwingt die Klausel den P dazu, das volle Risiko einer Konzertabsage auf eigene Kosten zu tragen. Die Klausel ist somit nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden.

*Kommt der Bearbeiter zu einem anderen Ergebnis geht die Prüfung weiter:*

### **bb) Inhaltskontrolle**

Die Wirksamkeit der Klausel könnte auch an der Inhaltskontrolle gem. § 307 scheitern. § 307 ist gem. § 310 Abs. 1 auch bei AGBs bzw. vorformulierten Vertragsklauseln anwendbar, die zwischen Unternehmern vereinbart wurden. Fraglich ist zunächst, ob eine unangemessene Benachteiligung des P vorliegt. Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn der Verwender der AGB missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchsetzen versucht, ohne von vornherein dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu zugestehen. Insbesondere der Ausschluss von Haftungspflichten stellt immer eine unangemessene Benachteiligung in diesem Sinne dar. Auszugehen ist bei der Unangemessenheitsprüfung vom dispositiven Recht. Die Vergütungspflicht des Dienstherrn ergibt sich aus §§ 611, 615.

Der Ausschluss der Vergütung für den Fall der Absage des Konzerts verstößt somit gegen § 307 und ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 unwirksam. Der Vergütungsanspruch bleibt damit bestehen.

*Hier kann auch die Begründung zum Überrumpelungseffekt herangezogen werden.*

## **II. Anspruch erloschen**

Der Anspruch auf Vergütung ist nicht erloschen (s.o.)

## **III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch ist auch durchsetzbar, wobei § 615 S. 2 zu beachten ist.

## **IV. Ergebnis**

P hat gegen K einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von 11.700€ aus Dienstvertrag gem. §§ 611, 615 S. 1. Es macht folglich keinen Unterschied, ob der Dienstvertrag die Klausel enthält oder nicht.