

Absage von Vorstellungen / Proben aufgrund von Corona etc.

- **WICHTIG: das Folgende soll Inspiration sein und ist keine juristische Beratung oder ähnliches**
- wichtig und besser ist auch, bevor man die Bazooka rausholt, immer eine einvernehmliche Lösung mit den Beteiligten zu finden
- es geht hier erstmal um den Fall, dass Gäste „angestellt“ / „kurzfristig beschäftigt“ sind (sogenannte nach NV Bühne oder TVK beschäftigte Arbeitnehmer)
- grundsätzlich haben diese „Arbeitnehmer“ für den Zeitraum der Anstellung nach BGB (auch bzgl. Absagen etc.) die gleichen Rechte wie sogenannte fest Angestellte, auch wenn die Verträge zeitlich begrenzt sind
- es geht hierbei speziell um § 615 BGB, der wie folgt lautet:

„Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.“

- Hierzu schreibt der deutsche Bühnenverein (siehe abgehangenes Schreiben)

Für Arbeitsverträge sieht das BGB und andere gesetzliche Bestimmungen erhebliche Abweichungen von dem unter I. beschriebenen Leitbild (siehe unten) „ohne Leistung keine Gegenleistung“ zugunsten der Arbeitnehmer vor. Hintergrund ist der Gedanke des Betriebsrisikos, das der Arbeitgeber, also das Theater, zu tragen hat. Angeknüpft wird insoweit an § 615 BGB mit dem Gedanken, dass ein Arbeitgeber durch die Nichtannahme der Arbeitsleistung in solchen Fällen in Annahmeverzug gerät, also der Arbeitnehmer seine Vergütung erhält, ohne die ausgefallenen Stunden nacharbeiten zu müssen.

- auch bei neuabgeschlossenen (Arbeitnehmer-) Verträgen, die sogenannte „Coronaklauseln“ enthalten, ist es höchst fragwürdig, ob BGB §615 ausgeschlossen werden kann.
- es gibt auch für (angestellte) Gäste die Möglichkeit, in Kurzarbeit zu kommen
- grundsätzlich ist es gut, in allen Fällen eine professionelle juristische Beratung hinzu zu ziehen
- bei Gästen, die tatsächlich selbstständig sind, ist es komplizierter aber nicht unmöglich
- siehe hierzu bei Vertragsabschlüssen / Verhandlungen die Argumentation des Bühnenvereins, der die Argumente für die Arbeitgeberseite beschreibt, wie man sich vor Ausfallhonorare an selbstständige Künstler-Innen schützen kann und die man gut für die andere Vertragsseite (des selbstständigen Gastes) umdrehen kann
- im Folgenden mal ein paar zur Inspiration gedachte Textbausteine für angestellte Gäste bei Absagen

-
- *ich hoffe, Euch geht es gut, ihr seid alle wohlauf und bleibt hoffentlich auch gesund!*
 - *ab kommenden XXXX (xx.xx.xxxx) beginnt die Vertragslaufzeit meines Vertrags vom (xx.xx.xxxx) für die Produktion „XXXXXX“ am Theater XXXX.*
 - *ab xx.xx.xxxx wollten wir ja gemeinsam für die Produktion „XXXXXX“ mit dem Proben beginnen.*
 - *ich wurde nun vom Theater / von Ihnen informiert, das der Probenbeginn (die*

Vorstellungen etc.) aufgrund der Coronakrise und den damit verbundenen Kontaktsperren, Versammlungs- und Veranstaltungsverböten im Land XXXX verschoben / abgesagt / gecancelt ist.

- das ist sehr schade, ich hatte mich schon sehr auf das gemeinsame Proben / Spielen gefreut.
- bezüglich meines Vertrags für die Produktion „XXXXXX“ am Theater XXXX (vom xx.xx.xxxx) und der Vertragslaufzeit vom xx.xx.xxxx bis xx.xx.xxxx möchte ich folgendes mir wichtiges mitteilen:
- ich stelle hiermit meine Arbeitskraft für die im Vertrag vom xx.xx.xxxx für die Produktion „XXXXXX“ am Theater XXXX beschriebenen und zu erbringenden Leistungen ab dem xx.xx.xxxx bis zum xx.xx.xxxx uneingeschränkt zur Verfügung.
- ich habe auch schon Ideen, wie wir trotz des Kontaktverbotes zusammenkommen können.
- ich schlage vor, dass wir ab dem xx.xx.xxxx (Probenbeginn) über Videokonferenzen beginnen zu proben.
- auch Telefonkonferenzen können sehr effektive Proben und sinnvoll sein.
- des Weiteren werde ich ab dem xx.xx.xxxx im Homeoffice meine Rolle einstudieren, lernen, vorbereiten und probieren.
- sollte die Krise andauern und wir ab xx.xx.xxxx nicht wie vom Theater XXXX angekündigt auf herkömmlichen Wegen weiterprobieren bzw. dann auch Vorstellungen spielen können, schlage ich vor die Inszenierung „XXXXXX“ als interaktives Streaming-Theater zu entwickeln, in der jeder Beteiligte von zu Hause aus seinen Rollenpart vor der Kamera spielt
- das vielleicht sogar live geschnittene Gesamtkunstwerk könnte in einer vom Theater XXXX öffentlich gestreamten Videoversion als Vorstellung den Abonnenten und Zuschauern des Theaters präsentiert werden
- auch hier stelle ich also für die im Vertrag vom xx.xx.xxxx für die Produktion „XXXXXX“ am Theater XXXX anvisierten Vorstellungstermine meine Arbeitskraft im Zeitraum xx.xx.xxxx bis xx.xx.xxxx uneingeschränkt zur Verfügung.
- ich grüße ganz herzlich

Rechtsfolgen bei Ausfall von Theatervorstellungen und Konzerten

Erste Hinweise

Ein Theater oder ein Orchester, bei dem Vorstellungen aufgrund des Corona-Virus nicht stattfinden, steht vor der Frage, wie es mit den Verträgen umgehen soll, die aufgrund des Ausfalls von Vorstellungen nicht so durchgeführt werden können wie vorgesehen. Zum einen geht es um die Verträge mit den Zuschauern, die Eintrittskarten gekauft haben, zum anderen um Verträge mit den an der Vorstellung Beteiligten. Diese reichen von den festbeschäftigten Arbeitnehmern über Gäste bis hin zu den Produktionsteams, wenn die Premiere einer am Theater neuen Produktion betroffen ist.

Für alle diese schuldrechtlichen Verträge hält das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ein gesetzliches Leitbild bereit, das insbesondere Störungen in der Abwicklung des Vertragsverhältnisses regelt. Es ist für die weitere juristische Betrachtung der Einzelfälle sinnvoll, zunächst dieses Leitbild zur Kenntnis zu nehmen. Natürlich gibt es davon so manche Ausnahmen und Einschränkungen für einzelne Vertragstypen, insbesondere für Arbeitsverträge; dazu im Einzelnen weiter unten.

I. Gesetzliches Leitbild für das Vertragsrecht

Wird die im Vertrag versprochene Leistungserbringung unmöglich und hat keine der beiden Vertragsparteien diese Unmöglichkeit zu vertreten, so entfällt die Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung, die regelmäßig in einer Geldzahlung besteht. Kurz: Ohne Leistung keine Gegenleistung. Liegt dagegen keine Unmöglichkeit vor oder hat eine Vertragspartei diese zu vertreten, ist in der Regel eine wesentliche Rechtsfolge, dass die andere Vertragspartei ihren Anspruch auf die Gegenleistung, also die Geldzahlung, behält. Zudem kann der anderen Vertragspartei ein Anspruch auf Schadenersatz im Hinblick auf Aufwendungen zustehen, die sie bereits berechtigterweise im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis getätigt hat.

Somit ist zunächst zu bedenken, ob die Absage von Vorstellungen eine von keiner Vertragspartei zu vertretende Unmöglichkeit der Leistungserbringung darstellt. Konkret ist also im Verhältnis Theater – Zuschauer die Darbietung der Vorstellung und im Verhältnis Künstler – Theater die Mitwirkung des Künstlers an der konkreten Vorstellung gemeint. Spricht die zuständige Gesundheitsbehörde ein hoheitliches Verbot aus, von dem auch die konkrete Vorstellung betroffen ist, so ist die Leistungserbringung sowohl dem Theater gegenüber dem Zuschauer als auch dem Künstler gegenüber dem Theater jedenfalls aus rechtlichen Gründen unmöglich. Ob das Corona-Virus eine „höhere Gewalt“ darstellt, spielt also insoweit keine Rolle.

Entscheidet sich ein Theater selber zur Absage der Vorstellung, lässt sich die Frage aufwerfen, ob das Theater die Unmöglichkeit der Leistung aufgrund seiner eigenständigen Absage zu vertreten hat. Jedoch kann nach weit verbreiteter Meinung auch die Unzumutbarkeit zur juristischen Unmöglichkeit führen, die keine Vertragspartei zu vertreten hat, insbesondere auch nicht die Seite, die sich auf die Unzumutbarkeit beruft, also im konkreten Fall das Theater. Es spricht einiges dafür, dass sich ein Theater, das nach

einer Empfehlung des zuständigen Gesundheitsamts in enger Abstimmung mit diesem zu einer Absage von Vorstellungen entschließt, sich zu Recht auf eine solche der Unmöglichkeit gleichstehende Unzumutbarkeit berufen kann. Auch hier geht es nicht um eine Frage der „höheren Gewalt“, sondern der rechtlichen Zumutbarkeit, eine Vorstellung trotz der gesundheitlichen Risiken insbesondere für die Zuschauer durchzuführen.

Mithin lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass nach dem allgemeinen Vertragsrecht des BGB unter den zuvor geschilderten Umständen der Grundsatz „ohne Leistung keine Gegenleistung“ gilt.

II. Vertrag zwischen Theater bzw. Orchester und Besucher („gekaufte“ Eintrittskarte)

Juristisch handelt es sich bei dem „Kauf“ einer Eintrittskarte um einen typengemischten Vertrag mit Dienst- und Mietvertragsselementen, für den die unter I. dargelegten Hinweise gelten. Aber selbstverständlich können die Vertragsparteien von diesem gesetzlichen Leitbild abweichende vertragliche Vereinbarungen treffen. Diese gehen den gesetzlichen Regelungen grundsätzlich vor. Beim „Kauf“ einer Eintrittskarte werden solche Einzelheiten nicht zwischen den Vertragspartnern verhandelt. Vielmehr stellt das Theater Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) auf, die der Besucher mit dem „Kauf“ der Eintrittskarte akzeptiert. Allerdings unterwirft das BGB diese AGB einer strengeren Kontrolle als im Einzelfall konkret ausgehandelte Vertragsbestimmungen. So gehen Unklarheiten in AGB immer zu Lasten des Verwenders, also hier des Theaters. Zudem dürfen diese sich nicht zu weit von dem zuvor unter I. beschriebenen gesetzlichen Leitbild zulasten des Vertragspartners, hier also des Besuchers, entfernen.

Sollte das Theater in seinen AGB für den Fall des Ausfalls einer Theatervorstellung aufgrund „höherer Gewalt“ vorsehen, dass der Besucher den Eintrittspreis nicht zurückerhält, so spricht viel dafür, dass eine solche Klausel in den AGB unwirksam ist. Zum einen müsste man überlegen, ob für den durchschnittlichen Besucher hinreichend klar ist, dass die „höhere Gewalt“ nicht nur den Brand oder die Überschwemmung, sondern auch ein behördliches Verbot bzw. eine Entscheidung aufgrund einer behördlichen Empfehlung erfasst. Zum anderen dürfte sich ein solches einseitiges Abwälzen des Ausfallrisikos auf den Besucher zu weit von dem gesetzlichen Leitbild „ohne Leistung keine Gegenleistung“ entfernen.

III. Vertrag zwischen Theater bzw. Orchester und auf NV Bühne bzw. TVK beschäftigtem Arbeitnehmer

Für Arbeitsverträge sieht das BGB und andere gesetzliche Bestimmungen erhebliche Abweichungen von dem unter I. beschriebenen Leitbild „ohne Leistung keine Gegenleistung“ zugunsten der Arbeitnehmer vor. Hintergrund ist der Gedanke des Betriebsrisikos, das der Arbeitgeber, also das Theater, zu tragen hat. Angeknüpft wird insoweit an § 615 BGB mit dem Gedanken, dass ein Arbeitgeber durch die Nichtannahme der Arbeitsleistung in solchen Fällen in Annahmeverzug gerät, also der Arbeitnehmer seine Vergütung erhält, ohne die ausgefallenen Stunden nacharbeiten zu müssen.

Jedoch ist zunächst zu bedenken, dass die bloße Absage von Vorstellungen noch nicht zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung der festbeschäftigten Arbeitnehmer führt. Denn der Arbeitgeber hat das Weisungsrecht über die im Einzelnen zu erbringenden Arbeitsleistungen, so dass er statt der Vorstellungen z.B. Proben oder andere Tätigkeiten, die im Rahmen der mit dem Arbeitnehmer vereinbarten Aufgaben liegen, ansetzen bzw. anordnen kann. Nimmt der Arbeitgeber dennoch Arbeitsleistungen von einzelnen Arbeitnehmern nicht oder nicht vollständig ab, so handelt es sich dabei ganz unabhängig von der zuvor angesprochenen Lehre vom Betriebsrisiko um einen „normalen“ Annahmeverzug mit der Konsequenz, dass der Arbeitgeber die vertraglich vereinbarte Vergütung zahlen muss.

Erst wenn die zuständige Gesundheitsbehörde den Theaterbetrieb vollständig schließen sollte, würde sich die Frage stellen, wie mit dieser Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung umzugehen wäre. Insoweit könnte an §§ 56ff. Infektionsschutzgesetz gedacht werden, die sich jedoch wohl nur auf konkret von der Infektion betroffene Arbeitnehmer beziehen. Die Einzelheiten sind eher ungeklärt, da es bislang noch keine umfangreichen, viele und ganze Betriebe betreffenden Anwendungsfälle gegeben hat.

Sollte das Verbot von Vorstellungen sich länger hinziehen, stellt sich die weitere Frage, ob das Theater als Arbeitgeber Kurzarbeit anordnen kann. Einseitig ist dies allerdings nicht möglich. Vielmehr ist eine vertragliche Vereinbarung erforderlich. Da weder der NV Bühne noch der TVK dazu Regelungen enthalten, bedarf es einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung oder einer arbeitsvertraglichen Verständigung mit allen betroffenen Arbeitnehmern sowie regelmäßig der Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt der Bezug von Kurzarbeitergeld nach §§ 95ff. SGB II in Betracht. Die Bundesregierung hat aufgrund von Corona die Möglichkeiten für den Bezug von Kurzarbeitergeld ausgeweitet. Öffentlich getragene Theaterbetriebe sollten diesen Schritt nur in enger Abstimmung mit ihrem Rechtsträger gehen. Zudem würde er nichtkünstlerische und künstlerische Arbeitnehmer betreffen, so dass auch eine Kontaktaufnahme mit dem jeweiligen für den nichtkünstlerischen Bereich zuständigen Arbeitgeberverband (KAV; Tarifgemeinschaft deutscher Länder) dringend zu empfehlen ist.

IV. Verträge zwischen Theater bzw. Orchester und Gästen

Zunächst ist die Vorfrage zu klären, ob die betroffenen Gäste als Arbeitnehmer oder als Selbstständige anzusehen sind. Für eine einzelne Produktion tätige Regisseure, Bühnen- und Kostümbildner sowie Choreographen werden einhellig als selbstständig eingeordnet. Dagegen ist das für alle an einer konkreten Vorstellung beteiligten Künstler, insbesondere die Darsteller, deutlich schwieriger allgemeingültig zu beantworten.

Unstreitig ist zunächst, dass bei allen hier in Rede stehenden vertragsrechtlichen Fragen nur auf die arbeitsrechtliche Beurteilung dieser Abgrenzung abzustellen ist. Mithin kommt es nicht darauf an, ob der Gastkünstler steuer- und sozialversicherungsrechtlich als abhängig beschäftigt angesehen wird. Vielmehr sind Fälle denkbar, in denen für den Gast-

Künstler Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden, dennoch aber arbeitsrechtlich eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insoweit ist auf das Parsifal-Urteil des BAG vom 7. Februar 2007 (AZ: 5 AZR 270/06) aufmerksam zu machen, dem eine solche Konstellation zugrunde lag, die das BAG ausdrücklich bestätigt hat. Eine arbeitsrechtliche Zuordnung eines solchen Gastes als Arbeitnehmer oder als Selbstständiger kann nur im Einzelfall aufgrund des konkret geschlossenen Gastvertrags vorgenommen werden.

1. Vertrag mit einem arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer einzustufenden Gast

Auf das Vertragsverhältnis mit einem arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer einzuordnenden Gast finden vom Ansatz die unter III. dargestellten Überlegungen Anwendung. Jedoch ist das Weisungsrecht des Theaters als Arbeitgeber begrenzt, da der Gast nach dem Gastvertrag nur eine auf die konkrete Produktion/Vorstellung bezogene Mitwirkungspflicht hat, über die das Theater auch im Rahmen seines arbeitsrechtlichen Direktionsrechts nicht hinausgehen darf. Mithin wird bei Gästen eher eine Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung anzunehmen sein als bei festbeschäftigten Künstlern. Aufgrund des Arbeitnehmerstatus greift die ebenfalls oben beschriebene Lehre vom Betriebsrisiko, die solche Fälle als Annahmeverzug des Theater-Arbeitgebers wertet mit der Rechtsfolge, dass der Gastkünstler als Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behält.

Das Theater kann auch mit solchen Gästen abweichende vertragliche Vereinbarungen treffen. Im Arbeitsrecht sind jedoch einige gesetzliche Bestimmungen nicht dispositiv, können also nicht von den Arbeitsvertragsparteien abweichend vom Gesetz vereinbart werden. § 615 BGB, also die Regelung zum Annahmeverzug, wird allerdings für dispositiv erachtet, also können im Arbeitsvertrag zulässigerweise abweichende Bestimmungen getroffen werden.

Ist der im konkreten Einzelfall verwendete Gastvertrag jedoch ein Standardvertrag des Theaters, den es in einer Vielzahl von ähnlichen Vertragssituationen verwendet, stellen die standardisierten Bestimmungen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar. Neben der unter II. angestellten Überlegung zur möglichen Unklarheit der AGB ist folgende weitere Betrachtung anzustellen: Sieht eine Klausel vor, dass der Gastkünstler bei einem Vorstellungsausfall aufgrund von „höherer Gewalt“ keine Gage erhält, entspricht die Regelung zwar den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen des BGB, die aber gerade für das Arbeitsrecht durchbrochen werden. Insoweit dürfte eine solche AGB-Klausel als zu weite Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Arbeitsvertrags unzulässig sein.

Sieht der Gastvertrag in einer Klausel vor, dass das Theater vereinbarte Vorstellungen bis zu einem bestimmten Tag vor dem Vorstellungstermin dem Gastkünstler gegenüber wieder absagen darf, kann das Theater von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so dass es für solche rechtzeitig abgesagten Vorstellungen keine Gage zahlen muss. Verwendet das Theater diese Klausel standardmäßig, ist sie ebenfalls eine AGB-Klausel mit den zuvor beschriebenen Auswirkungen, so dass ein Gastkünstler deren Zulässigkeit insoweit anzweifeln könnte.

2. Vertrag mit einem arbeitsrechtlich als selbstständig einzustufenden Gast

Ist ein Gast arbeitsrechtlich nach den zu Beginn von IV. dargestellten Hinweisen als selbstständig anzusehen, gilt für einen Vertrag mit diesen Gastkünstlern das unter I. erörterte allgemeine vertragsrechtliche Leitbild des BGB, also „ohne Leistung keine Gegenleistung“. Soweit der konkrete Gastvertrag dieses Leitbild noch einmal ausformuliert, entfernt er sich nicht von den gesetzlichen Regelungen, so dass auch ein standardisierter Vertrag insoweit keine Bedenken aufwirft.

Dies gilt jedenfalls für alle Darsteller, die aufgrund des Gastvertrags für konkrete Vorstellungen engagiert werden, die aufgrund einer behördlichen Anordnung ausfallen oder deren Durchführung eine der Unmöglichkeit gleichzustellende Unzumutbarkeit für das Theater darstellt.

Bei Verträgen mit Regisseuren, Bühnen- und Kostümbildnern sowie Choreographen können weitere Fragen aufkommen. Ist der Ausfall der Premiere bereits ein Fall der Unmöglichkeit? Dies wird man so lange verneinen können, wie spätere Vorstellungen stattfinden sollen bzw. für das Theater in zumutbarer Weise stattfinden können, von denen dann die erste Vorstellung die Premiere wird. Jedoch wird sich hier die Frage stellen, wann diese Verzögerung zu einer rechtlichen Unmöglichkeit mit den zuvor beschriebenen Konsequenzen wird. Letztlich lässt sich dies nur im konkreten Einzelfall entscheiden.

Wird die Produktion im Probenprozess abgebrochen und kommt daher gar nicht zur Premiere, ergibt sich die Frage, ob bereits gezahlte Vorschüsse bei den Künstlern verbleiben bzw. diese Anspruch haben, bereits erbrachte Teilleistungen vergütet zu bekommen. Insoweit spielen die konkreten vertraglichen Regelungen eine maßgebliche Rolle. Generell kann es dabei ein relevanter Gesichtspunkt sein, ob die Teilleistung für das Theater einen Nutzen hat, was bei einem vollständigen Ausfall der Produktion regelmäßig zu verneinen sein dürfte.

Natürgemäß können mit diesen ersten Hinweisen nicht alle relevanten Fragen aufgeworfen und schon gar nicht umfassend erörtert werden. Deshalb wird es in der nächsten Zeit Ergänzungen und Präzisierungen zu diesen Hinweisen in weiteren Rundschreiben geben.

Am Ende soll folgende Überlegung stehen: Natürlich ist es wichtig, die rechtliche Situation in Bezug auf die Vertragsverhältnisse zwischen den Theatern und ihren Partnern, seien es Zuschauer, seien es an den Vorstellungen beteiligte Künstler, zu gut wie möglich zu verstehen und zutreffend zu bewerten. Mindestens genauso wichtig ist es jedoch, einen fairen und angemessenen Umgang zwischen Vertragspartnern anzustreben, erst recht in einer so schwierigen Situation, wie sie die Corona-Pandemie mit sich gebracht hat. Eine Möglichkeit dazu bietet das Angebot neuer Vorstellungstermine in der ausgefallenen oder einer anderen Produktion an die betroffenen Gastkünstler.

Köln, 12. März 2020