

Aktenzeichen: 5 AZR 277/06
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 12. Juli 2006
- 5 AZR 277/06 -

I. Arbeitsgericht
Koblenz Kammer Neuwied

Teilurteil vom 23. September 2004
- 7 Ca 3121/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 25. Oktober 2005
- 2 Sa 254/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung

Gesetz:

BGB §§ 295, 615, 627

Leitsatz:

Der Ausschluss des Rechts zur fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund nach § 627 BGB setzt voraus, dass der Dienstverpflichtete sowohl in einem dauernden Dienstverhältnis steht als auch feste Bezüge erhält. Ein dauerndes Dienstverhältnis liegt bei einem auf ein Jahr befristeten Dienstvertrag vor, wenn eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach den Umständen objektiv möglich erscheint.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 277/06
2 Sa 254/05
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Juli 2006

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

gegen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Beratung vom 12. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Dr. h. c. Hromadka und Dittrich für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 25. Oktober 2005 - 2 Sa 254/05 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| Die Parteien streiten über Ansprüche aus Annahmeverzug. | 1 |
| Der Kläger war vormals alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der G GmbH. Am 26. Januar 2002 veräußerte der Kläger mit notariell beurkundetem Vertrag seine Geschäftsanteile an der GmbH mit Wirkung zum Ablauf des 31. März 2002 an Herrn W. Herr W ist der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der beklagten Kommanditgesellschaft. | 2 |
| Die Beklagte schloss mit dem Kläger am 2. April 2002 mit Wirkung vom 1. April 2002 einen Beratervertrag. Nach diesem Vertrag hatte der Kläger die Beklagte in allen Fragen des täglichen Geschäfts zu betreuen, zu beraten und zu unterstützen. Der Kläger war in der Bestimmung seines Arbeitsorts und seiner Arbeitszeit frei. Der Vertrag war für die Dauer eines Jahres bis zum 31. März 2003 befristet. Der Kläger sollte in dieser Zeit „180 Manntage“ zu je 8 Stunden arbeiten. Hierfür vereinbarten die Parteien ein Honorar iHv. 127.823,00 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer. Das Honorar war in zwölf monatlichen Raten auf monatliche Rechnung zu zahlen. | 3 |
| Die Beklagte kündigte den Beratervertrag mit Schreiben vom 16. Juli 2002 und hilfsweise mit einem weiteren Schreiben vom 28. Oktober 2002 jeweils mit sofortiger Wirkung. Der Kläger widersprach der ersten Kündigung mit Schreiben vom 22. Juli 2002 und bot seine weitere Dienstleistung an. Mit Schreiben vom 12. November 2002 widersprach er der zweiten Kündigung. | 4 |
| Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das Dienstverhältnis sei durch die fristlosen Kündigungen nicht beendet worden. Einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrags iSv. § 626 Abs. 1 BGB habe die Beklagte zuletzt selbst nicht mehr geltend gemacht. § 627 BGB finde keine Anwendung, weil ein dau- | 5 |



erndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen vereinbart worden sei. Die Beklagte befindet sich daher im Annahmeverzug. Sie schulde für die Zeit vom 1. September 2002 bis zum 31. März 2003 das monatliche Beraterhonorar iHv. 10.651,92 Euro zzgl. 16 % MWSt. (= 12.356,23 Euro) sowie für August 2002 noch anteilig 4.096,71 Euro zzgl. 16 % MWSt. (= 4.752,18 Euro). Die weitergehenden Ansprüche für Juli und August 2002 seien erloschen. Mit diesen Honoraransprüchen habe er gegen Forderungen der Beklagten aus Kundenzahlungen, die noch an ihn erfolgt seien, mit Schriftsatz vom 2. September 2002 aufgerechnet.

Der Kläger hat beantragt,

6

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 91.245,79 Euro zuzüglich Zinsen nach näherer Staffelung in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszins zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, sie habe mit dem Kläger als dem bisherigen Alleingesellschafter und Geschäftsführer einen einjährigen Beratervertrag geschlossen, um die geschäftlichen Kontakte und das Know-how vom Kläger auf sie überzuleiten. Eine Verlängerung des befristeten Vertrags sei nicht beabsichtigt gewesen. Hilfsweise hat sie mit bestrittenen Gegenansprüchen in einer Gesamthöhe von 34.436,78 Euro aufgerechnet.

7

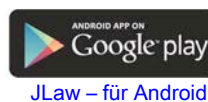
Das zunächst angerufene Landgericht Bonn hat den Rechtsstreit an das örtlich zuständige Landgericht Koblenz verwiesen. Das Landgericht Koblenz hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Koblenz verwiesen, weil der Kläger arbeitnehmerähnliche Person sei. Das Arbeitsgericht hat mit Teilurteil vom 23. September 2004 der Zahlungsklage in Höhe von 56.782,01 Euro stattgegeben. In Höhe der von der Beklagten hilfsweise geltend gemachten Gegenansprüche sei der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif. Das Landesarbeitsgericht hat die gegen das Teilurteil eingelegte Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

8



Entscheidungsgründe

- Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die fristlosen Kündigungen der Beklagten vom 16. Juli und 28. Oktober 2002 haben das Dienstverhältnis der Parteien nicht beendet. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger Annahmeverzugsvergütung zu zahlen. 9
- I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, das Kündigungsrecht nach § 627 BGB sei bereits dann ausgeschlossen, wenn der Dienstverpflichtete Dienste höherer Art zu leisten habe und hierfür feste Bezüge erhalte. Dies ist mit § 627 BGB nicht vereinbar. Die beiden Negativmerkmale „dauerndes Dienstverhältnis“ und „feste Bezüge“ müssen vielmehr kumulativ vorliegen (*BGH 13. Januar 1993 - VIII ZR 112/92 - NJW-RR 1993, 505, zu III 1 der Gründe; 31. März 1967 - VI ZR 288/64 - BGHZ 47, 303, 305; MünchKommBGB/Henssler 4. Aufl. § 627 Rn. 13; Erman/Belling BGB 11. Aufl. § 627 Rn. 5; Soergel/Kraft BGB 12. Aufl. § 627 Rn. 5; einschränkend Staudinger/Preis BGB 2002 § 627 Rn. 17*). 10
- II. Das Urteil erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Kläger stand zur Beklagten in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen. Die Beklagte war deshalb nicht nach § 627 BGB zur fristlosen Kündigung berechtigt. Infolge der unwirksamen Kündigungen geriet die Beklagte in Annahmeverzug, so dass sie dem Kläger gem. § 615 BGB iVm. § 611 BGB Annahmeverzugsvergütung zu zahlen hat. 11
1. Die Voraussetzungen des § 627 Abs. 1 BGB für eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses ohne wichtigen Grund lagen nicht vor. Dabei kann unentschieden bleiben, ob der Kläger Dienste höherer Art zu leisten hatte, weil der Kläger zur Beklagten in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen stand. 12
- a) Die Parteien haben einen Dienstvertrag iSv. § 611 BGB geschlossen. Der Kläger stand nicht in einem Arbeitsverhältnis, denn er konnte nach dem Beratervertrag seine Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei gestalten. Hiervon gehen die Parteien übereinstimmend aus. 13



- b) Der Kläger erhielt feste Bezüge. In dem Beratervertrag war eine für die gesamte Vertragsdauer bemessene Vergütung vereinbart, die monatlich in zwölf gleichen Teilen, fällig zum jeweils Monatsletzten, auszuzahlen war. Die Vergütungshöhe sollte nicht von außervertraglichen Faktoren oder besonderen Einzelleistungen abhängen. Die vereinbarte Vergütung war nicht der Höhe nach schwankend und nicht abhängig von einzelnen Dienstleistungen des Klägers, was der Annahme fester Bezüge entgegenstünde (*dazu BGH 13. Januar 1993 - VIII ZR 112/92 - NJW-RR 1993, 505, zu III 2 b aa der Gründe*). Die Beklagte vergütete mit den vereinbarten Bezügen vielmehr die gesamte Beratertätigkeit des Klägers unabhängig vom Umfang der einzelnen Beratungsleistung. 14
- c) Der Kläger stand zur Beklagten in einem dauernden Dienstverhältnis. 15
- aa) Nach Wortlaut, systematischem Zusammenhang und Gesetzesbegründung ist für die Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses iSv. § 627 BGB der Umfang der zeitlichen Inanspruchnahme des Dienstverpflichteten während der vereinbarten Vertragsdauer unerheblich. Im Gegensatz zu § 617 BGB fordert § 627 BGB nicht, dass das dauernde Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig und hauptsächlich in Anspruch nehmen müsse. Bei den ein besonderes Vertrauen voraussetzenden Diensten, deren Kündbarkeit § 627 BGB regelt, wird sogar meist das Gegenteil der Fall sein. Bereits das in den Beratungen zum BGB angeführte Beispiel des Leibarztes (*Mugdan II S. 913*) zeigt, dass bei § 627 BGB keineswegs nur an ununterbrochen ausgeübte Tätigkeiten gedacht worden ist. Wenn das Schwergewicht der Erwerbstätigkeit nicht innerhalb des Dienstverhältnisses zu liegen braucht, entfällt auch die wirtschaftliche Abhängigkeit als wesentliches oder gar notwendiges Element (*BGH 9. März 1995 III ZR 44/94 - NJW-RR 1995, 1058, zu I 3 c der Gründe; 8. März 1984 - IX ZR 144/83 - BGHZ 90, 280, zu II 2 b der Gründe*). Es ist umgekehrt gerade die unabhängige Stellung des in § 627 BGB behandelten Dienstverpflichteten, die ein so weitgehendes Kündigungsrecht des Dienstberechtigten vertretbar erscheinen lässt (*BGH 31. März 1967 - VI ZR 288/64 - BGHZ 47, 303, 306*). Dem entspricht auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des § 627 BGB auf Baubetreuungsverträge (*9. Juni 2005 - III ZR 436/04 - WM 2005, 1667*), Inkassoaufträge (*29. April 2004 - III ZR 279/03 - NJW-RR 2004, 989*), Rechtsanwaltsverträge (*4. Juli 2002 - IX ZR 153/01 - NJW 2002, 2774*), Steuerberaterverträge (*19. November 1992 - IX ZR 77/92 - NJW-RR 1993, 374*), Internatsverträge (*28. Februar 1985 - IX ZR 92/84 - NJW 1985, 2585*), Partnerschaftsvermittlungsverträge (*5. November 1998* 16



- III ZR 226/97 - NJW 1999, 276) und Beraterverträge (9. März 1995 - III ZR 44/94 - NJW-RR 1995, 1058).

bb) Maßgeblich ist der mit dem Merkmal „dauerndes Dienstverhältnis“ verfolgte Zweck. Bei ganz auf persönliches Vertrauen gestellten und zudem lockeren, nicht auf eine ständige Tätigkeit gerichteten Dienstverhältnissen soll gem. § 627 Abs. 1 BGB die Freiheit der persönlichen Entschließung eines jeden Teils im weitesten Ausmaß gewahrt werden (BGH 5. November 1998 - III ZR 226/97 - NJW 1999, 276, zu 3 b cc der Gründe; 9. Juni 2005 - III ZR 436/04 - WM 2005, 1667, zu II 2 b bb (2) der Gründe). Anders ist es dagegen, wenn der Dienstverpflichtete auf längere Sicht eine ständige Tätigkeit zu entfalten hat und dafür eine auf Dauer vereinbarte bestimmte Entlohnung erhält. In diesen Fällen ist es gerechtfertigt, dem Vertrauen des Dienstverpflichteten auf seine Existenzsicherung Vorrang vor dem Schutz der Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten einzuräumen (13. Januar 1993 - VIII ZR 112/92 - NJW-RR 1993, 505, zu III 2 b aa der Gründe).

17

cc) Für die Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses ist nicht entscheidend, dass es auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Ein dauerndes Dienstverhältnis iSv. § 627 Abs. 1 BGB ist auch ein befristetes, sofern es nur auf längere Zeit abgeschlossen ist. Der Bundesgerichtshof hat dies bei einem auf zwei Jahre angelegten Vertrag angenommen (4. November 1992 - VIII ZR 235/91 - BGHZ 120, 108, 111, zu II 1 a der Gründe). Ein dauerndes Dienstverhältnis kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber auch durch einen auf ein Jahr abgeschlossenen Vertrag begründet werden, wenn es sich um die Verpflichtung für ständige und langfristige Aufgaben handelt und beide Vertragsteile von der Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer Verlängerung ausgehen (19. November 1992 - IX ZR 77/92 - NJW-RR 1993, 374, zu II 2 a der Gründe; 4. November 1992 - VIII ZR 235/91 - BGHZ 120, 108, 111, zu II 1 a der Gründe; 28. Februar 1985 - IX ZR 92/84 - NJW 1985, 2585, zu III 2 der Gründe; 8. März 1984 - IX ZR 144/83 - BGHZ 90, 280, 282, zu II 2 b der Gründe; 31. März 1967 - VI ZR 288/64 BGHZ 47, 303, 307). Dabei kommt es jedoch nicht entscheidend auf den inneren Willen der Vertragsparteien an. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine Verlängerung des Vertrags nach den Umständen ausgeschlossen ist. So geht auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass die zeitliche Begrenzung eines Dienstvertrags für eine nur vorübergehende Verbindung spricht, wenn sie sich aus der Art der Aufgabe ergibt (31. März 1967 - VI ZR 288/64 - BGHZ 47, 303, 307). Schließt die Art der vereinbarten

18



Tätigkeit eine Verlängerung nicht aus, ist ein auf ein Jahr befristetes Dienstverhältnis ein „dauerndes“ iSv. § 627 BGB.

- d) Daran gemessen ist vorliegend von einem dauernden Dienstverhältnis auszugehen. Der Kläger hatte für einen vertraglich vereinbarten Zeitraum von einem Jahr eine Beratertätigkeit zu verrichten. Eine Fortsetzung dieser Tätigkeit über den 31. März 2003 hinaus war objektiv möglich, wie schon das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat. Dass dies möglicherweise von der Beklagten subjektiv nicht gewollt war, steht der Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses nicht entgegen. Die Beklagte war deshalb nicht berechtigt, ohne die Voraussetzungen des § 626 BGB fristlos zu kündigen. 19
2. Ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für die fristlosen Kündigungen vom 16. Juli und 28. Oktober 2002 bestand nicht. Dies hat die Beklagte im zweiten Rechtszug in der Berufungsbegründung eingeräumt. Vom Fehlen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 BGB geht die Beklagte auch in der Revision aus. 20
3. Eine Umdeutung (§ 140 BGB) der unwirksamen fristlosen Kündigung in eine ordentliche Kündigung führt nicht zur Beendigung des Dienstverhältnisses. Die Beklagte war nach dem Beratervertrag nicht zur ordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigt. Bereits das Arbeitsgericht hat den Dienstvertrag dahin ausgelegt, dass die Parteien darin nicht das Recht zur ordentlichen Kündigung vereinbart haben. Diese Auslegung lässt keine Rechtsfehler erkennen und wird von der Beklagten in der Revision auch nicht angegriffen. 21
4. Die Beklagte befand sich nach den beiden unwirksamen Kündigungen vom 16. Juli und 28. Oktober 2002 im Annahmeverzug. 22
- a) Nach der außerordentlichen Kündigung eines Dienstverhältnisses genügt zur Begründung des Annahmeverzugs gemäß § 295 BGB grundsätzlich ein wörtliches Angebot, weil die Kündigung regelmäßig die Erklärung des Dienstberechtigten enthält, er werde weitere Dienstleistungen des Verpflichteten nicht annehmen (*BGH 13. März 1986 - IX ZR 65/85 - NJW-RR 1986, 794, zu 2 der Gründe*). Als wörtliches Angebot kann ein Widerspruch des Gekündigten gegen die Kündigung oder die Klage auf Gehaltsfortzahlung angesehen werden (*BGH 28. Oktober 1996 - II ZR 14/96 - NZA-RR 1997, 329*). Das Angebot wirkt auf den Zeitpunkt der durch die Kündigung beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurück. Das Angebot ist entbehrlich, wenn die verpflichtete Partei erkennen lässt, sie sei unter keinen Umständen bereit, den 23



Dienstverpflichteten weiter zu beschäftigen (BGH 9. Oktober 2000 - II ZR 75/99 - AP BGB § 615 Nr. 88 = EzA BGB § 615 Nr. 100).

b) Der Kläger hat beiden außerordentlichen Kündigungen umgehend nach deren Erhalt widersprochen. Er hat damit seine Dienstleistung wörtlich angeboten und die Beklagte gem. § 295 BGB in Annahmeverzug gesetzt. Die Beklagte ist deshalb im Umfang der durch die Vorinstanzen erfolgten Verurteilung zur Vergütungszahlung verpflichtet. 24

III. Die Beklagte hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung und Revision zu tragen. Insofern ist die unvollständige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts zu ergänzen. 25

Dr. Müller-Glöge

Mikosch

Linck

Hromadka

Dittrich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)