

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

15

BGB § 613 a

- a) § 613 a BGB kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn der bisherige Inhaber einen Betriebsteil während des Vergleichsverfahrens mit Genehmigung des Vergleichsverwalters veräußert.
- b) Zur Frage der Übergangsfähigkeit eines als "Dienstvertrag" bezeichneten Verhältnisses nach § 613 a BGB, wenn der wirtschaftliche Zweck des Vertragsschlusses im wesentlichen in der Entschädigung eines ausgeschiedenen Gesellschafters lag.

BGH, Urt. v. 10. Februar 1981 - VI ZR 185/79 - OLG Koblenz
LG Koblenz

15

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 185/79

URTEIL

Verkündet am
10. Februar 1981
Freudenstein,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma N[REDACTED]-Widerstandsschweißmaschinen GmbH,
Ni[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Eberhard K[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Schweiß-Fachingenieur Hanns W[REDACTED]
Ha[REDACTED]str. [REDACTED], Nr. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 1981 durch die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Kullmann, Dr. Ankermann und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13. Juni 1979 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger und der Kaufmann L. (künftig: L.) waren Komplementäre, die Firma N.-Maschinenfabrik Erich N. KG in W. war Kommanditistin der Alpha-Schweißmaschinen H. W. KG in N. (im folgenden KG). Aus dieser KG schied der Kläger durch Vereinbarung vom 19. Dezember 1969 aus; ihm wurde ein Betrag in Höhe des Buchwertes seiner Beteiligung ausbezahlt. Etwa um diese Zeit wurde ferner zwischen ihm und der KG ein nicht datierter "Dienstvertrag" geschlossen. Nach diesem sollte er als "Verkaufsleiter" für Frankreich, Italien und Österreich ab 1. Januar 1970 eine Vergütung von monatlich 3.500 DM brutto nebst einer Unkostenpau-



schale von monatlich 1.500 DM erhalten. Er hatte im Falle seines Ausscheidens durch Kündigung seitens der KG Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Brutto-Pension von 1.500 DM, die sich im Falle seines Ablebens auf eine "Witwen-Pension" von monatlich 500 DM ermäßigte. Dabei sollte der Kläger in dem genannten Gebiet in Abstimmung mit der KG die dort ansässigen Kunden besuchen, die Akquisition von Aufträgen durchführen und Marktforschung betreiben. Das Vertragsverhältnis war seitens der KG frühestens zum 31. Dezember 1980 kündbar. Der Kläger durfte nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig sein. Er war zum Stillschweigen über alle ihm anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen geschäftlichen, betrieblichen oder technischen Informationen verpflichtet. An eine bestimmte Arbeitszeit war er nicht gebunden. Zum Abschluß von Lieferverträgen war er nur mit ausdrücklicher Zustimmung der KG befugt. Für von der KG angenommene Aufträge stand ihm zusätzlich eine Provision von 5 % zu, sobald der Kunde den Vertrag erfüllte. Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld sollten nicht gezahlt werden; er hatte aber Anspruch auf einen Jahresurlaub von sechs Wochen.

Nachdem auch die KG im Jahre 1970 erloschen und im Handelsregister gelöscht worden war, führte L. den Betrieb in N. als Einzelkaufmann weiter und zwar als Zweigniederlassung neben seinem Hauptbetrieb in Porz-Wahn unter der Firma N-XXXX-Schweißmaschinen Hermann Latzel. Anfang 1974 wurde über sein Vermögen das Vergleichsverfahren eröffnet. Durch Vertrag vom 5. März 1974 wurde die Beklagte, die N-XXXX-Widerstandsschweißmaschinen GmbH, gegründet und am 8. März 1974 in das Handelsregister eingetragen. Sie erwarb am 12. März 1974 von L. mit Zu-

stimmung des Vergleichsverwalters das Werk in N., nämlich gemäß Aufstellung die dazu gehörenden Grundstücke, Maschinen, sonstige Betriebsausstattung und Materialien. Ab 15. März 1974 führte sie den Betrieb im Werk fort. Sie trat ausdrücklich in die Arbeitsverhältnisse der in N. beschäftigten Arbeitnehmer, die in einer Liste bezeichnet wurden, ein; darin war der Kläger nicht aufgeführt. Am selben Tage wurde über das Vermögen des L. das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter kündigte dem Kläger den "Dienstvertrag" nach § 22 KO am 26. März 1974 zum 30. Juni 1974.

Schon seit 1972 war der Kläger nicht mehr für L. tätig gewesen, weil dieser auf seine Mitarbeit keinen Wert legte. Dennoch erhielt er bis zum 30. Juni 1974 von L. bzw. dem Konkursverwalter die vereinbarten Beträge. Danach wurden die Zahlungen eingestellt.

Der Kläger meint, die Beklagte sei ihm, da sie den Betrieb in N. übernommen habe, nach § 613 a BGB zur Fortzahlung von mtl. 5.000 DM an ihn aus dem "Dienstvertrag" verpflichtet, und macht die demnach bis zum 31. Dezember 1977 aufgelaufenen Rückstände mit der Klage geltend. Dabei läßt er sich einige anderweite Arbeitseinkünfte und Arbeitslosengeld anrechnen. Hilfsweise stützt er seinen Anspruch auch auf die Vorschrift des § 25 HGB.

Das vom Kläger zunächst angerufene Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme über den Charakter des "Dienstvertrages" den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen, da kein Arbeitsverhältnis vorliege. Das Land-

gericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Die Vorschrift des § 25 HGB, die der Kläger hilfsweise als Grundlage für den Klageanspruch erwähnt, zieht das Berufungsgericht nicht in Betracht. Das ist unschädlich, weil diese Vorschrift offensichtlich nicht eingreift. Sollte die Beklagte, wofür - wie noch auszuführen sein wird - erhebliche Anhaltspunkte bestehen, nur die sachliche Ausstattung eines Teilbetriebes übernommen haben, dann führt sie nicht das Handelsgeschäft des L. fort (vgl. BGH Urt. v. 8. Mai 1972 - II ZR 155/69 = LM HGB § 25 Nr. 12). Jedenfalls scheitert die Anwendung dieser Vorschrift aber schon daran, daß die Beklagte eine von der des L. deutlich unterschiedene Firma führt.

II.

Das Berufungsgericht gibt der Klage nach der im maßgeblichen Zeitpunkt (März 1974) bereits in Kraft befindlichen Vorschrift des § 613 a BGB statt, weil der Kläger zur Zeit der rechtsgeschäftlichen Übernahme des (Teil-)Betriebes des L. zu diesem in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Diese Entscheidung hält dem Revisionsangriff nicht stand.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß L. nach Auflösung der früheren KG all deren Anteile übernahm und daß er das Gesamtunternehmen als Einzelkaufmann weiterführte. In seiner Einzelhandelsfirma wurde der Kläger mit monatlichen Bezügen von 5.000 DM geführt, die durchweg dem Steuer- und Sozialversicherungsabzug unterlagen. Insoweit unterliegt das angefochtene Urteil keinen rechtlichen Bedenken und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß, wenn der Dienstvertrag ein echtes Arbeitsverhältnis begründet hatte und dieses dem veräußerten (Teil-)Betrieb zugehörte, die Kündigung des Vertrages durch den Konkursverwalter am 26. März 1974 ins Leere gegangen wäre. Denn der Anwendung des § 613 a BGB steht nicht entgegen, daß die Veräußerung des Betriebs während des (über das Vermögen des L. angeordneten) Vergleichsverfahrens stattfand. Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbefugnis stand weiterhin dem L. zu (s. BAG, Urt. v. 15. November 1978 = AP BGB § 613 a Nr. 14). Der Schuldner bleibt im Vergleichsverfahren auch dann dispositionsbefugt, wenn das Gericht ihm Veräußerungsverbote i.S. von § 58 VerglO auferlegt; alsdann steht dem Vergleichsverwalter nur ein weitgehendes Mitwirkungsrecht zu (siehe vorgenanntes Urteil des BAG; ferner BGHZ 23, 307, 318 und Stebut, Betr. 1975, 2438, 2439, jeweils m.w.Nachw.). Im Streitfall hatte der Vergleichsverwalter der Veräußerung zugestimmt.

3. Das Berufungsgericht meint, der Kläger sei Angehöriger des von der Beklagten übernommenen (Teil-)Betriebs gewesen. Denn er habe die alten Auslandskunden

dieses Betriebs weiter betreuen sollen und habe das auch getan. Seine vertraglich vorgesehene Tätigkeit habe sich nur auf Erzeugnisse des Betriebs in N. bezogen.

Schon in diesem Punkt ist das angefochtene Urteil möglicherweise von Rechtsirrtum beeinflusst. Die Beklagte hatte immer wieder darauf hingewiesen, daß sich der gesamte Vertrieb des Unternehmens L. in der Zentrale in P. abgespielt habe; mit der Produktionsstätte in N. habe den Kläger nur die räumliche Nähe verbunden. In diesem Zusammenhang ist es auch von Bedeutung, daß der ja unstreitig als Arbeitnehmer geführte Kläger nicht unter den von der Beklagten zu übernehmenden Angestellten aufgeführt worden ist.

Nun ist zwar nicht zu übersehen, daß es den Parteien eines Vertrages über die Veräußerung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte nicht freistehen kann, einzelne Arbeitnehmer durch Vereinbarung von der Übernahme auszuschließen, weil sie dem Übernehmer nicht genehm sind. Dies würde dem Zweck der Vorschrift widersprechen, die auch im öffentlichen Interesse einer größtmöglichen Erhaltung von Arbeitsplätzen dienen soll (für viele: Schaub in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 1. Halbbd., § 613 a Rz. 43). Andererseits aber darf vor allem dann, wenn sich der Übergang auf einen bloßen Betriebsteil bezieht, der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Vertragspartner kein unangemessener Zwang angetan werden. Dies könnte nicht nur einem verfassungsrechtlich bedenklichen Eingriff in eigentumsgleiche Rechte nahekomen, sondern brächte auch die Gefahr mit sich, daß wegen der unabsehbaren

Folgen für den Übernehmer an dessen Ablehnung auch die Möglichkeit scheiterte, bei drohendem Zusammenbruch eines Unternehmens wenigstens einen Betriebsteil und damit die von ihm umfaßten Arbeitsplätze zu retten.

Im vorliegenden Fall weist der Veräußerungsvertrag (Bl. 348 GA) lediglich eine Übernahme von sachlichen Produktionsmitteln aus. Weder von Kundenlisten noch von einer Vertriebsorganisation ist dabei die Rede. Es ist auch nicht zu erkennen, daß die nach der Liste zu übernehmenden Angestellten mit dem Vertrieb und nicht nur mit der buchmäßigen Betreuung der Produktion befaßt waren. Sollte demnach die Beklagte als Übernehmerin lediglich die sachlichen Produktionsmittel haben erwerben wollen, etwa um in Bezug auf den Absatz eigene, neue Wege zu gehen, dann müßte diese wirtschaftlich sinnvolle Abgrenzung des übernommenen Betriebsteils auch bei der Anwendung der Vorschrift des § 613 a BGB im Zweifel respektiert werden. Für eine Mitübernahme des Klägers, der nur im Vertrieb tätig werden sollte, hätte dann kein Anlaß bestanden.

Das Berufungsgericht wird die Frage unter den vorstehend skizzierten Gesichtspunkten neu zu prüfen haben.

4. a) Das Berufungsgericht stellt in Auswertung einiger vom Kläger vorgelegter Korrespondenzstücke fest, daß dieser bis zum Jahre 1972 (das gelegentlich auftauchende Datum 1976 beruht ersichtlich auf einem Schreibfehler) "in erheblichem Umfang" für die Firma L. im Ausland tätig geworden sei, wiewohl einige der vorgelegten Schreiben auf seine Veranlassung gefertigt sein möchten.

Das entspreche § 9 des "Dienstvertrags". Zeugen, die bekundeten, daß der Kläger ab 1. Januar 1970 praktisch nicht mehr für den Betrieb tätig geworden sei, seien nicht glaubwürdig. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auf die Vernehmung des von der Beklagten weiter benannten Zeugen Neitzert verzichtet, da nicht behauptet sei, der Zeuge habe an allen einschlägigen Besprechungen teilgenommen.

Daher sei die Behauptung der Beklagten, der "Dienstvertrag" sei ein Scheingeschäft gewesen und als Kapitalabfindung des Klägers als ehemaligen Gesellschafter zu verstehen, nicht bewiesen. Nur aber, wenn man sich einig gewesen wäre, etwa aus steuerlichen Gründen eine Kapitalabfindung zum Schein in einen nicht ernst gemeinten Dienstvertrag zu kleiden, wäre dieser nicht geeignet gewesen, ein Arbeitsverhältnis des Klägers zu begründen. Eine solche Absprache habe aber keiner der Zeugen geschildert.

Der Kläger sei auch Arbeitnehmer geblieben, nachdem die Firma L. auf seine Mitarbeit keinen Wert mehr gelegt habe, denn der Vertrag sei damals noch nicht kündbar gewesen, so daß der Kläger weiterhin dem Betrieb angehört habe.

b) Auch diese Erwägungen werden der rechtlichen Problematik nicht gerecht.

Eine zutreffende Würdigung hätte von dem unstreitigen Umstand ausgehen müssen, daß das Motiv für den Abschluß des "Dienstvertrags" darin bestand, den Kläger

über die erhaltene Buchwertabfindung hinaus für sein Ausscheiden als Gesellschafter zu entschädigen. Das hat der Kläger schon in der Klageschrift selber vortragen und dabei noch betont, daß in diesem Sinne auch die Spesenpauschale von 1.500 DM "echtes Gehalt", also nicht etwa durch tatsächliche Auslagen gerechtfertigt war. Das gleiche Bild ergibt die Beweisaufnahme, etwa die Aussage des Anwalts, der den Vertrag entworfen hat (Bl. 164 ff GA) und seine Bemühungen schildert, durch Einbau von "Stolperstufen" zu verhindern, daß der Vertrag als "Türke" angesehen werde. Diese nach Parteivortrag und Beweisergebnissen offensichtlichen Umstände des näheren darzustellen, kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein. Es genügt der Hinweis, daß ebenfalls unstreitig der Abschluß des "Dienstvertrags" nach Verwerfung anderer zunächst erwogener Vertragsgestaltungen der Weg war, zu dem man sich schließlich entschloß, um dem Kläger seine durch den Buchwert offensichtlich nicht ausgeglichene Abfindung zukommen zu lassen. Daß für den Versuch einer solchen Lösung gewichtige steuerliche Erwägungen sprechen konnten, bedarf für den Rechtskundigen keiner näheren Erläuterungen.

Diesen Ausgangspunkt der zu beurteilenden Sachlage hat das Berufungsgericht entweder unter Verstoß gegen seine Verfahrenspflicht (§ 286 ZPO) nicht berücksichtigt, wie die Revision rügt, oder aber in seiner rechtlichen Bedeutung verkannt. Denn er kann sowohl sachlich-rechtlich als auch hinsichtlich der Beweislage eine entscheidende Bedeutung für die Frage haben, ob sich die durch den "Dienstvertrag" begründete Beziehung wenigstens in ihrer weiteren, tatsächlichen Gestalt als ein "Arbeitsverhältnis" i.S. des § 2 Abs. 1 Ziff.2 ArbGG

in der seinerzeit geltenden Fassung (jetzt § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a ArbGG i.d.F. vom 21. Mai 1979), insbesondere aber des § 613 a BGB werten läßt (vgl. Lepke, BB 1979, 526 r.Sp. mit w.Nachw.).

In letzterer Hinsicht kommt es nicht so sehr darauf an, ob die als "Dienstvertrag" bezeichnete rechtsgeschäftliche Vereinbarung als Scheinvertrag gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist oder aber wenigstens gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut in ein anderes, nicht als Dienstvertrag zu wertendes Rechtsgeschäft umgedeutet werden muß. Denn grundsätzlich steht es den Parteien auch frei, Verträge zu schließen, bei denen das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung aus außerververtraglichen Gründen ("Freundschaftspreis" etc.) gestört ist. Ein erhebliches Ungleichgewicht in dieser Beziehung muß es aber vor allem nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 613 a BGB verbieten, einen solchen Vertrag als ein regelmäßig als wirtschaftlich selbsttragend vorgestelltes "Arbeitsverhältnis" einem dritten Arbeitgeber aufzunötigen, der von den Motiven für das fehlende Gleichgewicht nicht berührt wird.

Im vorliegenden Falle muß die eindeutige und im wesentlichen unstreitige erste Motivation des "Dienstvertrags" erhebliche Zweifel daran begründen, ob sich bei ihm ein Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung schon aus den im Vertrag genannten Bedingungen ergab. Den Beweis dafür hätte angesichts der Ausgangslage der Kläger zu erbringen, der ja die Voraussetzungen für den erhobenen Anspruch zu beweisen hat. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verkannt, wenn es sich mit der Feststellung begnügt, daß der Kläger immerhin (in einem nicht näher festgestellten Umfang) Tätigkeiten ausgeführt

hat, wie sie ihm nach dem Wortlaut des Vertrags oblagen. Daß er dies überhaupt getan hat, weist noch nicht einmal zwingend auf das Bewußtsein einer Verpflichtung hin, konnte vielmehr nach dem zutreffenden Hinweis der Revision schon seine Erklärung in dem Streben nach Erwerb der zusätzlich ausgesetzten, nicht geringen Provision finden. Daß diese Provisionen tatsächlich nach dem Vortrag des Klägers nie einen nennenswerten Betrag erbracht haben, spricht entscheidend gegen die Annahme, daß die tatsächliche Tätigkeit des Klägers einen erheblichen Umfang erreicht hat, jedenfalls einen solchen, der nebenher noch eine monatliche Festvergütung von 5.000 DM als aus der Sicht der Arbeitgeberin wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen konnte. Auch die letztere schon in dem sorgfältig begründeten Verweisungsbeschuß des Arbeitsgerichts hervorgehobene Erwägung hat das Berufungsgericht nicht erkennbar nachvollzogen.

Gegen ein unmittelbares synallagmatisches Gleichgewicht des Dienstvertrages mußte überdies, worauf die Revision gleichfalls hinweist, seine ungewöhnlich lange Unkündbarkeit für den Dienstberechtigten sprechen, vor allem aber der Umstand, daß dieser sich schließlich gerne damit abgefunden hat, daß der Kläger bei gleichbleibenden Bezügen seine Tätigkeit überhaupt einstellte. Sollte sich die bisher unbewiesene Behauptung des Klägers nicht bestätigen, daß er gleichwohl seine Dienste weiterhin ernstlich angeboten hat, dann müßte dies das Dienstverhältnis ohnehin in den Bereich eines Ruhestandsanspruchs bringen (als "Pension" soll der Kläger den Dienstvertrag seinerzeit überhaupt bezeichnet haben - vgl. Bl. 190 GA), in den der Betriebsübernehmer nicht einzutreten hat (BAG, Urt. v.

24. März 1977 = AP BGB § 613 a Nr. 6, zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des BAG vorgesehen).

III.

Bei der Zurückverweisung macht der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO Gebrauch.

Dunz

Dr. Ankermann

Scheffen

Dr. Deinhardt

Dr. Kullmann