

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

013

VI ZR 6/69

URTEIL

Verkündet am

19. Mai 1970

K r i e g l

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] KG, S [REDACTED],
vertreten durch die Komplementärin "Weinbrennerei Haus B [REDACTED]"
GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Friedrich M [REDACTED], S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägorin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Josef M [REDACTED],
S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle sowie der Bundsrichter Dr. Bode, Dr. Weber, Prof.Dr. Nüßgens und Dunz

für R e c h t erkennt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats in Freiburg i.Br. des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. November 1968 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von 1909 bis 1964 persönlich haftender Gesellschafter und Geschäftsführer der beklagten Kommanditgesellschaft. Weitere persönlich haftende Gesellschafterin war seine heute von ihm getrennt lebende Ehefrau; Kommanditisten waren bei-der Sohn, Dr. Friedrich M., der seit 1960 auch Prokura hatte, und die Tochter Tony L.. Durch Vertrag vom 14. März 1964 schied der Kläger zum 1. April 1964 aus der Gesellschaft aus. Persönlich haftende Gesellschafterin ist jetzt eine GmbH, deren Anteile die Ehefrau des Klägers und Dr. M., gleichzeitig der Geschäftsführer der GmbH, innehaben.

Der Kläger ist nur noch stillor Gesellschafter mit einer Einlage von DM 300.000,-- und Darlehensgeber zu einem weiteren Betrag von etwa DM 200.000,--.

Der Umwandlungsvertrag vom 14. März 1964 sah vor, daß sich der damals schon über achtzigjährige Kläger künftig jeder Einflußnahme auf die Geschäftsführung der Beklagten enthalten solle. Eine entsprechende Bestimmung findet sich in einem zweiten Vortrag der Parteien vom gleichen Tage, wonach der Kläger die Beklagte zunächst für die Dauer von 2 Jahren geschäftlich beraten und hierfür eine monatliche Vergütung von DM 1.000,-- erhalten sollte. In der Folgezeit gab es mehrfach Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger und Dr. M. Letzterer warf dem Kläger in einem Schreiben vom 10. September 1964 wiederholte unbefugte Einmischung in Geschäftsangelegenheiten vor und drohte für den Wiederholungsfall mit fristloser Kündigung. Am folgenden Tage führten Unmutsäußerungen des Klägers darüber, daß Dr. M. eine vom Kläger ständig als Zugang zu den Geschäftsräumen benutzte Tür durch einen Schrank hatte vorstellen lassen, zu der von Dr. M. zunächst mündlich und dann unter dem 15. September 1964 noch schriftlich ausgesprochenen fristlosen Kündigung des Beratungsvertrags durch die Beklagte.

Der Kläger hält die fristlose Kündigung für unberechtigt und ist der Auffassung, daß der Beratungsvertrag erst am 31. März 1966 durch Zeitablauf beendet worden sei. Mit der Klage verlangt er seine Vergütung für diesen weiteren Zeitraum nebst Zinsen.



Auf die Berufung des Klägers gab das Oberlandesgericht der im ersten Rechtszug abgewiesenen Klage statt. Die Revision der Beklagten erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß, sofern ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anzunehmen gewesen wäre, die Unzulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung vom Kläger innerhalb von 3 Wochen nach Zugang hätte gerichtlich geltend gemacht werden müssen (KSchG § 11 i.V.m. § 6). Es hat indessen das zur Beurteilung stehende Dienstverhältnis nicht als Arbeitsvertrag gewertet und dazu ausgeführt:

Der streitbefangene Vertrag müsse als selbständiger Dienstvertrag angesehen werden. Zwar sei der Kläger noch in gewissem Umfang in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen, denn er habe dort seinen bestimmten Arbeitsplatz gehabt und habe nach § 1 des Beratungsvertrags seine ganze Arbeitskraft der Beklagten zur Verfügung stellen sollen. Die persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit seien jedoch gering gewesen. Die Geschäftsführung der Beklagten habe nur angeben können, in welcher Hinsicht sie beraten werden wollte; Art und Ergebnis der Beratung hätten jedoch im Ermessen des Klägers gelegen. Der

Kläger sei auch nicht zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit verpflichtet gewesen, was sich schon daraus ergebe, daß er zwar anfangs regelmäßig, später aber nur noch selten in die Geschäftsräume der Beklagten gekommen sei. Daher komme das Kündigungsschutzgesetz nicht zur Anwendung.

Diese Erwägungen stellt die Revision zur Nachprüfung; ihnen ist beizutreten.

Die Würdigung des Berufungsgerichts, daß die persönliche Abhängigkeit gering war, ist vor allem angesichts des die Gesamtlage prägenden Umstandes möglich, daß der Kläger nicht nur der Vater des für die Beklagte handelnden Dr. M., sondern auch der frühere Geschäftsführer der Beklagten ist. Daß der Kläger nach dem Wortlaut des Vertrags seine gesamte Arbeitskraft der Beklagten zur Verfügung stellen sollte, hat das Berufungsgericht in möglicher Würdigung deshalb nicht als entscheidend betrachtet, weil die tatsächliche und von der Beklagten mindestens gebilligte Handhabung dem unstreitig nicht entsprach. Daß der Kläger überdies schon im Greisenalter stand und für seinen Unterhalt - wie die Beklagte wiederholt betont hat - auf die Vergütung nicht angewiesen war, kann die Auffassung des Berufungsgerichts ebenfalls stützen. Insbesondere wendet sich die Revision zu Unrecht dagegen, daß das Berufungsgericht die Weisungsgebundenheit als gering einschätzt. Daß der Kläger die Beklagte gegebenenfalls nach bestem Wissen sorgfältig zu beraten hatte, und daß der Kläger überhaupt nur auf Weisung der Beklagten, seiner Dienstherrin, tätig werden durfte, hat das zur Beurteilung stehende

Dienstverhältnis mit allen freiberuflichen Dienstverhältnissen gemeinsam, welche nach allgemeiner Meinung nicht als Arbeitsverträge zu werten sind.

B.

I. Das Berufungsgericht verneint eine wirksame fristlose Kündigung des Beratungsvertrages nach § 626 BGB. Insoweit ist das Revisionsgericht auf die Prüfung beschränkt, ob die geltend gemachten Gründe überhaupt eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können. Die Frage, ob die Gründe nach den Umständen des zu entscheidenden Falles als schwerwiegend genug zu erachten sind, ist nur vom Tatrichter zu beurteilen (BGH Urt. v. 30. Oktober 1951 - II ZR 76/51 - LM BGB § 242 (A) Nr. 2, insoweit nur Leitsatz). Dazu führt das Berufungsgericht im einzelnen aus:

Allgemein müsse in Betracht gezogen werden, daß der Beratungsvertrag zunächst nur auf die Dauer von zwei Jahren geschlossen worden sei. Dies falle bei der unter Berücksichtigung aller Umstände und Würdigung der beiderseitigen Interessen zu entscheidenden Frage der Zumutbarkeit für die Beklagte ins Gewicht. Im übrigen stütze sich das Kündigungsschreiben vom 15. September 1964 nur auf folgende Punkte:

- a) offene "Aktennotizen"
- b) schriftliche Anweisung an Dr. B. [REDACTED]
- c) "Randallieren" wegen kleinerer Umstellungen im Büro und Verschließen einer Bürotür.

Andere Kündigungsgründe seien erst später nachgeschoben. Dies sei grundsätzlich möglich. Es könne jedoch darin, daß ein Kündigungsgrund zunächst nicht angeführt werde, unter Umständen ein stillschweigender Verzicht auf diesen oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben (durch seine nachträgliche Geltendmachung) liegen. Dies nimmt das Berufungsgericht hinsichtlich einer Reihe von zurückliegenden Verstößen an, während es hinsichtlich anderer die Nachschiebung als zulässig betrachtet. Für nicht erwiesen erachtet es, daß der Kläger einen Brief mit schweren familiären Vorwürfen, den er unter dem 18. August 1964 an seine Ehefrau sandte, einer Angestellten des Betriebs diktieren hat. Den von der Beklagten dafür angetretenen Zeugenbeweis erachtet es für nach § 529 ZPO verspätet.

Das Berufungsgericht erwägt abschließend:

Bei einer Gesamtwürdigung aller der fristlosen Kündigung zugrundeliegenden Umstände sei davon auszugehen, daß zwar der Kläger einige Vertragsverstöße begangen habe, daß aber die nur 2-jährige Dauer des Beratungsvertrages, die großen Verdienste des Klägers um das Unternehmen, seine erheblichen finanziellen Investitionen bei der Beklagten und auch die Tatsache, daß der Geschäftsführer der Beklagten es gegenüber dem Kläger vor und nach dem 1. April 1964 an dem angebrachten Respekt habe fehlen lassen, es der Beklagten zumutbar machten, den Beratungsvertrag fortzusetzen. Es komme hinzu, daß der Kläger bereits im September 1964 immer seltener

in den Betrieb der Beklagten gekommen sei, so daß Störungen des Betriebsfriedens in immer geringerem Maß zu befürchten gewesen seien.

Da der Kläger auch weiterhin seine Dienste angeboten habe, habe er Anspruch auf Bezahlung des Entgelts aus dem nicht durch fristlose Kündigung aufgelösten Vertrag.

II. Die Würdigung, die das Berufungsgericht den von ihm in Betracht gezogenen Sachverhalten hat angedeihen lassen, ist - mit der unter 2 bezeichneten Ausnahme - verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen und insoweit den gegen sie gerichteten Revisionsangriffen, auf die daher im einzelnen nicht einzugehen ist, entzogen. Sie ist, worauf es ankommt, in ihrem Gesamtergebnis jedenfalls nicht zu beanstanden.

Für die Auswahl der Umstände, die das Berufungsgericht seiner Würdigung zugrundelegt, gilt folgendes:

1. Die Revision meint fälschlich, das Berufungsgericht werte ohne entsprechende Feststellungen die von der Beklagten bestrittenen früheren Verdienste des Klägers um das Unternehmen zu seinen Gunsten. Aus den vom Berufungsgericht tatbestandlich in bezug genommenen Schriftsätzen ergibt sich als unstreitig, daß sich das Unternehmen unter der jahrzehntelangen Leitung des Klägers aus einem Kleinbetrieb zu einer Wirtschaftseinheit von erheblicher Bedeutung entwickelt hat. Schon dies macht die tatrichterliche Feststellung möglich, daß sich der Kläger um das Unternehmen große Verdienste erworben habe.

2. Verfahrensrechtlich rügt die Revision an sich zu recht, das Berufungsgericht habe sich über den Beweisantritt der Beklagten dafür hinweggesetzt, daß der Kläger den Brief vom 18. August 1964 einer damals noch in Diensten der Beklagten stehenden Angestellten diktiert habe. Die Zeugin hätte, wie nicht näher zu erläutern ist, jedenfalls noch zu dem bevorstehenden Senatstermin geladen werden können, so daß eine Verzögerung der Entscheidung vermieden worden wäre. Es wird jedoch unter 3 c noch auszuführen sein, daß die unter Beweis gestellte Behauptung als richtig unterstellt werden kann, ohne daß dies der Revision zum Erfolg verhilft.

3. In sachlich-rechtlicher Hinsicht meint die Revision, das Berufungsgericht habe die spätere Bezugnahme der Beklagten auf zurückliegende und im Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich erwähnte Vorfälle für unzulässig erachtet. Das Berufungsurteil läßt einen derartigen Rechtsfehler jedoch nicht erkennen.

a) Unter Bezugnahme auf das Urteil BGHZ 27, 220 führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte dürfe sich, obwohl das Nachschieben von im Kündigungszeitpunkt schon vorhanden gewesenen zusätzlichen Gründen grundsätzlich statthaft sei, nach Treu und Glauben nachträglich nicht mehr darauf berufen, daß

aa) der Kläger noch nach Vertragsabschluß Verhandlungen mit der Firma A. [REDACTED] über den Verkauf von Weindestillaten geführt,

bb) am 11. Mai 1964 einen Geschäftsangelegenheiten betreffenden Brief an einen Herrn P. [REDACTED] und

cc) am 5. August 1964 einen ebensolchen, der indessen von der Beklagten abgefangen wurde, an einen Herrn E [REDACTED] abgesandt hat.

b) Hier ist der Revision zwar zuzugeben, daß das Wort "wieder" im Zusammenhang des Kündigungsschreibens vom 15. September 1964, wo es heißt, der Kläger habe sich wieder ausgiebig und eigenmächtig in Angelegenheiten des Geschäftsführers betätigt, eine Anknüpfung an früher von der Beklagten beanstandete und beiden Parteien bekannte Vorfälle enthalten konnte. Es trifft auch zu, daß zwischen allen früheren und späteren Vorwürfen ein innerer Zusammenhang besteht, weil es sich offensichtlich immer darum handelte, daß der Kläger der Versuchung nicht widerstehen konnte, im Sinne der von ihm für richtig gehaltenen kaufmännischen Taktik weiterhin auf die Geschicke des Betriebs Einfluß zu nehmen. Ein solcher innerer Zusammenhang steht nach der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (a.a.O. S. 226) dem Verbot, auf frühere Verfehlungen zurückzugreifen, regelmäßig entgegen.

Gleichwohl hält das Berufungsurteil dem Revisionsangriff auch hier stand, denn das Berufungsgericht hat sich auch mit diesen Kündigungsgründen im einzelnen befaßt und sie dahin gewürdigt, daß der Geschäftsführer der Beklagten ihnen keine Bedeutung beigemessen habe. So hat es ausgeführt, daß der Kläger mit den Verhandlungen über den Verkauf von Weindestillaten allonfalls fahrlässig aufgrund eines Mißverständnisses gegen seine Vertragspflichten verstoßen habe, daß dieser Vorfall wie auch der Brief des Klägers an P [REDACTED] von der Be-

klagten erst nach etwa zwei Jahren beanstandet wurde, und daß schließlich der Brief des Klägers vom 5. August 1964 an E. [REDACTED] kein Kündigungsrecht begründet habe.

Angesichts dessen besteht kein Anhalt dafür, daß das Berufungsgericht versäumt hätte, auch jene zurückliegenden Vorgänge bei seiner abschließenden Würdigung in Betracht zu ziehen, aufgrund derer es zu dem Ergebnis gelangt, daß angesichts der besonderen Umstände des Falles die Verfehlungen des Klägers eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigten.

Diese im wesentlichen tatrichterliche Würdigung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie wird vor allem durch die unstreitige Tatsache gestützt, daß schon vor Abschluß des Beratungsvertrags tiefgreifende Spannungen zwischen den Beteiligten bestanden und zu erheblichen Verhaltensentgleisungen auf beiden Seiten geführt haben, ohne daß dies den Geschäftsführer der Beklagten veranlaßt hätte, von dem Beratungsvertrag Abstand zu nehmen. Soweit angesichts dessen und auch mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Kläger die Beklagte mehr als fünfzig Jahre lang geleitet hatte, vor allem auch wegen des hohen Alters des Klägers von ihm von vornherein nicht diejenige Zurückhaltung erwartet werden konnte, die bei einem beliebigen anderen an seiner Stelle zu fordern gewesen wäre, kann die Beklagte billigerweise daraus keinen Grund zur fristlosen Kündigung herleiten. Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsirrtum in Betracht gezogen, daß bis zur Kündigung die Beklagte die Dienste des Klägers tatsächlich nie in Anspruch genommen hatte, daß der

Beratungsvertrag insgesamt auf einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum beschränkt war, und daß schließlich im Zeitpunkt der Kündigung auch die Besuche des Klägers in den Betriebsräumen (die die Beklagte übrigens ohne Kündigung des Beratungsvertrages hätte unterbinden können) schon sehr selten geworden waren und daher keine ernstliche Quelle nachhaltiger Störungen des Betriebsfriedens mehr bilden konnten.

Nach alledem sind die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grunde verneint hat, mindestens möglich. Es kommt nicht mehr darauf an, ob nicht - worauf nach den Umständen vieles hindeutet - der wirtschaftliche Schwerpunkt für das Zugeständnis des zeitlich befristeten monatlichen Entgelts für die Beklagte außerhalb des nach übereinstimmender Darstellung der Parteien an sich ernst gemeinten Dienstleistungsvertrags zu suchen war.

c) An diesem Ergebnis vermöchte es auch nichts zu ändern, wenn - wie die Beklagte entgegen der Meinung des Berufungsgerichts zulässigerweise unter Beweis gestellt hat - der Kläger den Brief vom 18. August 1964 einer noch in Diensten der Beklagten befindlichen Angestellten diktiert hätte. Dies vermag der Senat, da im übrigen eine weitere Aufklärung nicht zu erwarten ist, selbst zu entscheiden. Nach der rechtlich mindestens möglichen Beurteilung, die der Tatrichter den Beziehungen der Parteien angedenken läßt, hätte der Kläger zwar gegen seine Treuepflicht als stiller Gesellschafter der Beklagten verstoßen, wenn er es ermöglichte, daß dieser in seiner Schärfe allen-

falls durch die familiären Umstände gerechtfertigte Brief den Betriebsangehörigen bekannt wurde. Zu dem Beratungsvertrag hatte diese Verfehlung aber gerade dann, wenn man sich dessen rechtlich unangreifbare Beurteilung durch das Berufungsgericht als ein sehr lockeres Verhältnis zu eigen macht, keine so erhebliche Beziehung, daß sie in der Frage seiner fristlosen Kündigung den Ausschlag geben könnte.

Nach alledem bleibt die Revision ohne Erfolg.

Pehle

Dr. Bode

Dr. Weber

Nußgens

Dunz