

Aktenzeichen: 2 AZR 150/88

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 6. Oktober 1988

- 2 AZR 150/88 -

I. Arbeitsgericht

Hamburg

Urteil vom 15. Januar 1987

- 20 Ca 372/86 -

II. Landesarbeitsgericht

Hamburg

Urteil vom 25. Mai 1987

- 4 Sa 9/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort: Verhaltensbedingte Kündigung - Wettbewerbs-
tätigkeit

Gesetz: KSchG § 1; BGB § 611

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats: Bestätigung BAG Urteil vom 25. Mai 1970

- 3 AZR 324/68 - AP Nr. 4 zu § 60 HGB



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 150/88

4 Sa 9/87 Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
6. Oktober 1988

Urteil

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

am 6. Oktober 1988 gem. § 128 Abs. 2 ZPO durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Binzek und Baerbaum für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 25. Mai 1987 - 4 Sa 9/87 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der am 11. März 1944 geborene Kläger war seit 1. November 1970 bei den Beklagten, die in Form einer BGB-Gesellschaft ein größeres Wirtschaftsprüfer- und Steuerbüro mit regelmäßig mehr als 5 Arbeitnehmern betreiben, als Steuersachbearbeiter tätig. Sein durchschnittliches monatliches Bruttoeinkommen betrug unter Einrechnung eines 13. Monatsgehalts 6.608,33 DM.

Dem Kläger oblag es im Rahmen seiner Tätigkeit, den Mandanten B der Beklagten in Steuerangelegenheiten zu betreuen. In einer Steuerstrafsache, die sich mit kraftfahrzeugsteuerlichen Vorgängen befaßte, stützte B seine Verteidigung u. a. auf die Behauptung, die Beklagten und der Kläger hätten keine steuerrechtlichen Bedenken gegen die Art seiner Handlungsweise gehabt. B wollte von den Beklagten für das Strafverfahren eine entsprechende entlastende Erklärung. Da es in diesem Zusammenhang auf die Kenntnis von Mietverträgen über Lkw-Anhänger ankam, baten die Beklagten den Kläger um eine schriftliche Aufhellung der Angelegenheit, da die Darstellungen B und des



Klägers voneinander abwichen. Der Kläger gab den Beklagten daraufhin am 21. Dezember 1985 eine Erklärung ab, in der es u. a. heißt:

"Kraftfahrzeugsteuerliche Fragen habe ich im Zusammenhang mit der Gründung der Niederlassung nicht untersucht, weil ich a) keinen Auftrag dazu hatte und b) sich für Herrn B aufgrund der gegebenen Hinweise offenbar auch gar keine Fragen ergaben. Unsere fernschriftlichen Anfragen an Herrn ... waren lediglich von umsatz- und ertragssteuerlicher Bedeutung. Mietverträge habe ich nicht eingesehen. Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung ... wurden von ... erstellt. Die entsprechenden Steuererklärungen wurden von mir gefertigt. Die in der Gewinn- und Verlustrechnung aufgeteilten Mieterlöse in umsatzsteuerfreie Anteile geht auf das Votum von Herrn ... zurück ...".

Die Beklagten gingen bei ihren Verhandlungen mit B von der Richtigkeit dieser Mitteilung des Klägers aus.

Nach weiteren Auseinandersetzungen mit B stellte der Kläger in einer Besprechung vom 7. Juli 1986 dann klar, er könne nicht ausschließen, die angesprochenen Verträge irgendwann einmal gesehen zu haben, da sie sich möglicherweise bei den Unterlagen betreffend die Jahresabschlüsse befunden haben könnten.

Im Dezember 1983 gewährte die Hamburgische Landesbank dem Kläger einen Zwischenkredit von 170.000,-- DM, der grundbuchmäßig beim Kläger abgesichert wurde. Dabei war vorgesehen, den Kredit durch einen von der Bank zu verbürgenden Eurokredit auf Schweizer-Frankenbasis abzulösen. Da Tranchen dieser Größenordnung nicht gehandelt werden, sollte dieser Kredit einer Kredittranche von B zugeschlagen werden. Die Abwicklung des Kredits am Euromarkt auf der Basis von Schweizer Franken brachte dem Kläger eine Zinnersparnis, worauf ihn B aufmerksam



gemacht und seine Mithilfe angeboten hatte.

Die Beklagten sahen wegen dieser beiden Vorgänge die Vertrauensgrundlage zum Kläger gestört und kündigten das Arbeitsverhältnis durch Schreiben vom 11. Juli 1986 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31. März 1987. Gleichzeitig stellten sie den Kläger ab 14. Juli 1986 dienstfrei.

Durch die Bewilligung von Arbeitslosengeld und die entsprechende Unterrichtung der Beklagten erfuhren diese, daß der Kläger mindestens seit 1. August 1986 einen festen Nebenverdienst hatte. Mit Schreiben vom 5. März 1987 kündigten sie das Arbeitsverhältnis deshalb erneut fristlos, hilfsweise fristgemäß. Wegen dieser Kündigung ist vor dem Arbeitsgericht Hamburg (20 Ca 138/87) zwischen den Parteien ein Arbeitsrechtsstreit anhängig.

Im Verlauf des Berufungsverfahrens des vorliegenden Rechtsstreits stellte sich in der mündlichen Verhandlung vom 25. März 1987 als unstreitig heraus, daß der Kläger bereits seit Jahren einer Nebentätigkeit nachging und nach Feierabend mit einem Zeitaufwand von einer Stunde täglich eine laufende Buchhaltung überwachte, wofür er monatlich brutto 1.500,-- DM, netto 1.151,-- DM erhielt.

Die Beklagten stützen die Kündigung vom 11. Juli 1986 auch auf diesen vor seiner Kündigung liegenden Sachverhalt.



Der Kläger hält die fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung für unwirksam und hat geltend gemacht, das Vertrauensverhältnis habe durch die geschilderten Vorgänge nicht gestört werden können.

Die Beklagten hätten den Mandanten B kraftfahrzeugsteuerrechtlich gar nicht betreut. Hinsichtlich der Kenntnis der Mietverträge habe er am 21. Dezember 1985 vorsätzlich keine falsche Erklärung abgegeben. Da er in der Steuerstrafsache B als Zeuge vernommen worden sei, habe er im Hinblick auf strafrechtliche Aspekte seine frühere Erklärung dahingehend klargestellt, daß er eine Kenntnis nicht ausschließen könne. Er habe damit nicht sagen wollen, er habe diese Kenntnis tatsächlich gehabt. Durch diese Klarstellung sei die Verhandlungsposition der Beklagten gegenüber B nicht verschlechtert worden, sie hätten auch nach dieser Klarstellung B die entlastende Bestätigung nicht erteilt.

Wegen des Kreditgeschäfts habe B weder persönlich haftet noch sei ein wirtschaftliches Risiko für diesen damit verbunden gewesen. Er, der Kläger, habe den Kredit durch unmittelbare Rechtsbeziehungen zur Bank erhalten, lediglich die tatsächliche Abwicklung sei zeitweise über B erfolgt.

Wegen seiner Nebentätigkeit habe keine Kollisionsgefahr mit dem Hauptarbeitsverhältnis bestanden. Nach dem Arbeitsvertrag sei die Aufnahme einer wie auch immer gearteten Nebenbeschäftigung nicht verboten gewesen. Daß er sich in seiner Freizeit noch an-



- 6 -

derweitig betätigt habe, spreche nicht gegen ihn, sondern gerade für seine Tüchtigkeit.

Mittlerweile sei ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Die Beklagten beschäftigten ihn zu unangemessenen Bedingungen weiter. Sie zahlten verzögerlich und hätten ihn durch einen Detektiv überwachen lassen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 11. Juli 1986 nicht aufgelöst worden sei;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt.

Sie haben vorgetragen, der Kläger habe das Vertrauensverhältnis durch sein Verhalten völlig zerstört. Die schriftliche Erklärung des Klägers vom 21. Dezember 1985 sei unwahr gewesen. Der Kläger sei vorher ausdrücklich auf die Wichtigkeit dieses Vorgangs hingewiesen worden. Durch das verspätete Eingeständnis des Klägers, das nur durch die insistierenden Fragen des Mandanten B zustandegekommen sei, sei ihre Position gegenüber B verschlechtert worden, es müsse mit einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen gerechnet werden. Sie könnten es auch nicht hinnehmen, daß einer ihrer Angestellten sich über einen Mandanten Vermögensvorteile verschaffe. Das Geschäft sei für B nicht

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



risikolos gewesen, der Kredit sei im Außenverhältnis an B gewährt worden, der die anteiligen Zinsen dem Kläger abverlangt habe. B habe ihnen gegenüber auch erklärt, er müsse notfalls haften. Dem Kläger hätte bewußt sein müssen, daß er sich für seine privaten Zwecke mit einem als schwierig bekannten Mandanten auf eine geschäftliche Transaktion eingelassen habe, die zwangsläufig zu einer Vorteilsannahme geführt habe.

Die Nebentätigkeit sei zwar im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich verboten gewesen; das Verbot sei selbstverständliche Grundlage des Vertragsverhältnisses gewesen. Der Kläger habe eine qualifizierte und vertrauensabhängige, weitgehend weisungsfreie Tätigkeit ausgeübt. Ohne ihre ausdrückliche Kenntnis habe dies eine weitere Betätigung auf diesem Gebiet ausgeschlossen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. Juli 1986 nicht aufgelöst worden sei und hat die Beklagten zur Weiterbeschäftigung verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat dieses Urteil hinsichtlich der Entscheidung über die Kündigungsschutzklage bestätigt und auf den im Berufungsverfahren zusätzlich gestellten Antrag des Klägers das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1987 gegen Zahlung einer Abfindung von 19.800,-- DM aufgelöst. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil war aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die ordentliche Kündigung der Beklagten sei schon sozial ungerechtfertigt, demgemäß auch die außerordentliche Kündigung nicht begründet. Der Kläger habe bei seinen Auskünften vom 21. Dezember 1985 und 7. Juli 1986 Vertragspflichten nicht verletzt. Es stehe nicht fest, daß der Kläger seine Erklärung vom 21. Dezember 1985 wider besseres Wissen abgegeben habe. Die Beklagten hätten sich außerdem zu Recht weder durch die Erklärung des Klägers vom 21. Dezember 1985 noch durch die vom 7. Juli 1986 veranlaßt gesehen, B die verlangte Erklärung zu erteilen. Zudem bestehe das Geschäftsverhältnis der Beklagten zu B bis heute fort.

Das Kreditgeschäft habe die Beklagten nicht nachteilig berührt. Eine dauernde persönliche oder dingliche Haftung B sei nicht begründet worden. Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger wegen der Gefälligkeit B dessen Steuerangelegenheiten nicht mehr korrekt behandelt habe, lägen nicht vor. Selbst wenn aber in diesem Vorgang eine Verfehlung zu sehen gewesen wäre, so hätte die Angelegenheit durch eine Abmahnung bereinigt werden können.



Auch die Nebentätigkeit des Klägers sei nicht geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. § 60 HGB gelte zwar für andere Arbeitsverhältnisse entsprechend. Der Kläger habe aber weder ein Handelsgewerbe betrieben noch für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte gemacht, er habe nur eine lohnsteuerpflichtige Nebenbeschäftigung ausgeübt. Ein allgemeines Nebentätigkeitsverbot könne aus den Umständen nicht geschlossen werden.

Der Auflösungsantrag des Klägers sei begründet, denn die Beklagten hätten im Kündigungsschreiben vom 5. März 1987 übertriebene Vorwürfe erhoben, insbesondere habe der Kläger die Beklagten nicht, wie von diesen behauptet, getäuscht. Eine weitere Belastung hätten die Beklagten dadurch herbeigeführt, daß sie den Kläger durch ein Detektivbüro hätten überwachen lassen. Allein die Weigerung des Klägers, über seine Tätigkeit nicht ohne Rücksprache mit seinem Anwalt Auskunft zu geben, habe diese Maßnahme nicht gerechtfertigt.

II. Die Ausführungen im angefochtenen Urteil entsprechen nicht der Rechtslage, soweit das Berufungsgericht das Verhalten des Klägers hinsichtlich der Betreuung einer weiteren Buchhaltung rechtlich gewürdigt hat.

1. Auch wenn der Einzelarbeitsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen enthält, gehört es zu den Nebenpflichten eines jeden Arbeitnehmers, seinem Arbeitgeber keine Konkurrenz zu machen (einhellige Meinung vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 91 b;



Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 113; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 279, 280; KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 341; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 57 V, 1; Soergel/Kraft, BGB, 11. Aufl., § 611 Rz 84, 86; Staudinger/Neumann, BGB, 12. Aufl., § 611 Anm. 152). Dem entspricht auch die ständige Rechtsprechung des BAG (Urteile vom 26. März 1965 - 3 AZR 248/63 - AP Nr. 1 zu § 306 BGB, zu I 5 der Gründe; vom 17. Oktober 1969 - 3 AZR 442/78 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht, zu III 3 a der Gründe; vom 16. Januar 1975 - 3 AZR 72/74 - AP Nr. 8 zu § 60 HGB, zu I 2 der Gründe; vom 22. Februar 1980 - 7 AZR 236/78 - nicht veröffentlicht; vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - EzA § 626 n.F. BGB, Nr. 109).

Der Arbeitsvertrag schließt für die Dauer seines Bestandes ein Wettbewerbsverbot ein, und zwar über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des § 60 HGB hinaus. § 60 HGB konkretisiert einen allgemeinen Rechtsgedanken, der seine Grundlage bereits in der Treuepflicht des Arbeitnehmers hat (BAG Urteil vom 17. Oktober 1969, aaO). Diese für Handlungsgehilfen in § 60 HGB ausdrücklich geregelte Pflicht gilt ohne Beschränkung auf die darin aufgeführten Wettbewerbshandlungen für alle Arbeitnehmer (BAG Urteil vom 7. September 1972 - 2 AZR 486/71 - AP Nr. 7 zu § 60 HGB). Insbesondere darf ein Arbeitnehmer Dienste oder Leistungen im Marktbereich seines Arbeitgebers nicht Dritten erbringen oder anbieten, und zwar auch dann nicht, wenn er sicher ist, daß der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer betreuten Sektor oder Kunden nicht erreichen wird. Dem Arbeitgeber soll der Marktbereich voll und ohne die Gefahr der nachteiligen,



zweifelhaften oder zwielichtigen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offenstehen (BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht). Für die Dauer des Bestandes des Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer jede Tätigkeit verboten, die seinem Arbeitgeber Konkurrenz machen könnte.

Dem steht die Entscheidung des Fünften Senats vom 15. Februar 1962 (- 5 AZR 79/61 - AP Nr. 1 zu § 61 HGB, mit Anm. Hefermehl) nicht entgegen. Dort wird zwar ausgeführt, ein Eintrittsrecht (nach § 61 HGB) komme nicht zum Zuge, wenn der Arbeitnehmer neben seiner Stellung als Gesellschafter außerdem als Arbeitnehmer für die Konkurrenz tätig gewesen sei und hierfür ein Gehalt bezogen habe; die Tätigkeit des Arbeitnehmers für ein Konkurrenzunternehmen falle nicht unter den Begriff des "Geschäftemachens" i. S. von §§ 60, 61 HGB. Diese Subsumtion bezieht sich aber nur auf die Anwendung des § 61 HGB und schränkt nicht allgemein das Wettbewerbsverbot ein. Ein Eintrittsrecht der Beklagten wäre auch vorliegend nicht konstruierbar, weil dem abhängigen Arbeitnehmer nichts unmittelbar aus einem "Geschäft" zusteht und ein Eintrittsrecht gegenüber dessen Arbeitgeber als "Geschäftsherrn" im Gesetz nicht vorgesehen ist. Bei einer solchen Fallkonstellation stellt sich allein die Frage eines Schadenersatzanspruches (so zutreffend Hefermehl, aa0).

Entscheidend für das Vorliegen einer Wettbewerbssituation und den Umfang des Wettbewerbsverbotes ist auch nicht, in welcher Rechtsform der konkurrierende Arbeitnehmer tätig wird



(selbständig, in einem freien Dienst- oder in einem Arbeitsvertrag). Bereits der Dritte Senat hat in einer Entscheidung vom 25. Mai 1970 (- 3 AZR 384/69 - BAGE 22, 344 = AP Nr. 4 zu § 60 HGB), zu Recht zu § 60 HGB ausgeführt, diese Vorschrift stehe einer - selbständigen oder unselbständigen - Nebentätigkeit insoweit im Wege, als diese den Interessen seines Arbeitgebers zuwiderlaufe (vgl. auch BAG Urteil vom 17. Oktober 1969, aaO).

2. Ausgehend von der im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 1987 festgestellten zugestandenen Tätigkeit des Klägers kann er die erwähnte laufende Buchhaltung betreut haben aufgrund eines Anstellungsvertrages mit den Buchführungspflichtigen unmittelbar, aber auch aufgrund eines Vertrages mit einem anderen Steuerbüro. Die Unterstützung eines konkurrierenden Dritten kann - wie dargelegt - ebenfalls das allgemeine Wettbewerbsverbot verletzen (so Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 25. Aufl., § 60 Anm. 1 A). Mangels näherer Angaben des Klägers wäre es auch denkbar, daß er die Tätigkeit in einem freien Dienstvertrag ausgeübt oder daß er sich werkvertraglich verpflichtet hätte, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Buchführung dem Steuerpflichtigen vorzulegen. Eine weitere Aufklärung ist nicht notwendig, weil der Kläger bei allen denkbaren Fallgestaltungen in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber gestanden und sich damit vertragswidrig verhalten hätte.

3. Keine Rechtsfehler läßt das angefochtene Urteil erkennen, soweit es sich mit den Komplexen "Abgabe der Kenntniserklärung" und "Baufinanzierung befaßt". Insoweit sind in der Revision auch



keine Rügen erhoben worden. Soweit der Kläger seine Kenntnis später eingeschränkt hat, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, insoweit sei ein Vertrauenstatbestand nicht berührt, denn diese Einschränkung spreche nicht für eine frühere vorsätzliche unwahre Angabe, sondern für eine Absicherungsabsicht des Klägers im Hinblick auf seine Zeugenstellung im Strafverfahren. Die Beklagten haben das auch nicht anders gewertet, denn sie blieben bei ihrer ablehnenden Haltung hinsichtlich der entlastenden Erklärung gegenüber B . Die Vorteilsverschaffung über den Mandanten B , bei der nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils eine Haftung des Mandanten der Beklagten praktisch ausgeschlossen war, berührt das Tun des Klägers in erster Linie im Verhaltens- und nicht im Vertrauensbereich. Der Kläger hätte daher abgemahnt werden können.

4. Das Landesarbeitsgericht wird das Verhalten des Klägers daher umfassend unter Berücksichtigung einer unerlaubten Konkurrenztaetigkeit zu würdigen haben. Nur wenn es zu der Auffassung gelangt, die Kündigung sei zwar unwirksam aber der Auflösungsantrag des Klägers unbegründet, wird es über den Antrag des Klägers auf Weiterbeschäftigung der offenbar als Hilfsantrag gemeint ist, zu befinden haben.

Hillebrecht

Triebfürst

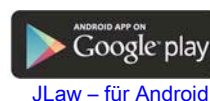
Ascheid

Binzek

Baerbaum



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





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
(mobile App)

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)