

Aktenzeichen: 2 AZR 190/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 26. Juni 2008
- 2 AZR 190/07 -

I. Arbeitsgericht
Mönchengladbach

Teilurteil vom 11. November 2005
- 7 Ca 2569/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 12. Januar 2007
- 9 Sa 1637/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Wettbewerb - Ausschlussfrist

Gesetze:

BGB § 626; HGB § 60 Abs. 1

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 190/07
9 Sa 1637/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Juni 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Heise für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 2007 - 9 Sa 1637/05 - aufgehoben im Kostenauspruch und soweit es auf die Berufung der Beklagten die Klage im Übrigen abgewiesen hat.

Insoweit wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 26. Juli 2005, einer außerordentlichen fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 22. September 2005, über die Weiterbeschäftigung des Klägers sowie über Vergütungsansprüche für die Monate Juli 2005 bis September 2005.

1

Der Kläger trat im Mai 2002 als „Produktionsleiter/K, China“ in die Dienste der Beklagten. Zuletzt verdiente er 8.040,00 Euro brutto pro Monat. Die Beklagte vermittelt Aufträge deutscher Handelsunternehmen an Produzenten von Kleidungsstücken in China. Sie bedient sich hierzu unter anderem ihrer Niederlassung in K. Der Kläger und sein Lebenspartner waren die einzigen Angestellten der Niederlassung K. Als allgemeiner Vertreter und Handelsvertreter auf dem chinesischen Markt ist für die Beklagte eine Gesellschaft chinesischen Rechts (Direct Clothing International Ltd.) tätig, die am gleichen Ort in K ansässig ist und eigene Angestellte beschäftigt. Daneben kooperiert die Beklagte mit weiteren Unternehmen, die dasselbe Geschäftsmodell nutzen. Aufgabe des Klägers war die Vermittlung der Geschäfte für die Beklagte. Zugleich leitete er mit seinem Lebenspartner die genannte Gesellschaft chinesischen Rechts.

2



Nach Überlegungen des Klägers, sich selbständig zu machen, vereinbarten die Parteien im November 2004 die Verlängerung der Kündigungsfrist für das Angestelltenverhältnis auf sechs Monate zum Quartalsende; ferner einigten sich die Parteien auf ein Wettbewerbsverbot. Danach war dem Kläger untersagt, während der Dauer von sechs Monaten bis zum Quartalsende nach Kündigung für einen direkten oder indirekten Wettbewerber tätig zu werden.

3

Im Juli 2005 erwarben der Kläger und sein Lebenspartner eine Gesellschaft in Hongkong, die sie in 1 Ltd. umfirmierten. Der Partner des Klägers wurde im Gesellschaftsregister von Hongkong als Leiter der Gesellschaft eingetragen. Hiervon erfuhr die Beklagte am 1. November 2005.

4

Mit Schreiben vom 26. Juli 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Da der zu diesem Zeitpunkt in Deutschland weilende Kläger die persönliche Annahme des Kündigungsschreibens am 26. Juli 2005 verweigerte, wurde ihm der Inhalt vorgelesen. Die von der Beklagten sodann per Post versandte Kündigung ging dem Kläger am 30. Juli 2005 zu. Mit E-Mail vom 26. Juli 2005 übermittelte der Kläger seinerseits der Beklagten ein Schreiben vom 27. Juli 2005, in dem eine fristgerechte Eigenkündigung ausgesprochen wird. Mit Schreiben vom 22. September 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgerecht. In der Folge kam es zu weiteren arbeitgeberseitigen Kündigungen, die aber nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits sind. Schließlich erfolgte - nach der unwidersprochenen Behauptung der Beklagten - eine Eigenkündigung des Klägers zum 30. Juni 2006.

5

Der Kläger ist der Auffassung, auf den vorliegenden Fall sei deutsches Recht anzuwenden. Er hält die streitgegenständlichen Kündigungen für unwirksam. Es fehle bereits mangels einer Pflichtverletzung an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Eine unzulässige Konkurrenztätigkeit habe es nicht gegeben. Auch weitere Vorwürfe - wie Vermögensdelikte und Versäumnisse bei Buchhaltung und Rechnungslegung - würden zu Unrecht erhoben. Im Übrigen habe die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Mangels Kündigungsgrund iSd. § 1 KSchG komme auch eine ordentliche Kündigung

6



nicht in Betracht. Seine Eigenkündigung sei formunwirksam. Die Beklagte müsse ihn weiterbeschäftigen und ihm stehe die Vergütung für die Monate Juli 2005 bis September 2005 zu.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

7

festzustellen, dass die dem Kläger am 26. Juli 2005 zur Kenntnis gegebene außerordentliche und fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, sondern dieses darüber hinaus unverändert fortbesteht;

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch die außerordentliche, hilfsweise fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 22. September 2005, dem Kläger zugegangen am 27. September 2005, beendet worden ist, sondern darüber hinaus unverändert fortbesteht;

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 24.120,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 8.040,00 Euro brutto seit dem 31. Juli 2005, aus weiteren 8.040,00 Euro brutto seit dem 31. August 2005 sowie aus weiteren 8.040,00 Euro brutto seit dem 30. September 2005 zu zahlen;

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger tatsächlich weiter-zubeschäftigen als Büroleiter/K, China.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, deutsches Recht finde auf das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Die Kündigungen seien berechtigt. Der Kläger habe versucht, mehrere ihrer Mitarbeiter („K“, „C“, „Y“) abzuwerben. Hiervon habe sie erst innerhalb von zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung Kenntnis erlangt. Endgültige Klarheit darüber, dass der Kläger die Mitarbeiter für eine eigene Tätigkeit hätte abwerben wollen, habe sie ohnehin erst aus dem im November bekannt gewordenen Erwerb der Gesellschaft in Hongkong erlangt. Außerdem habe der Kläger Pflichten zur Buchhaltung und Rechnungslegung versäumt. Soweit es auf eine ordentliche Kündigung ankomme, sei schon das Kündigungsschutzgesetz nicht anzuwenden. Im Übrigen sei es treuwidrig, wenn der Kläger sich auf die Formunwirksamkeit seiner ordentlichen Eigenkündigung per E-Mail vom 26. Juli 2005 berufe.

8



9

Das Arbeitsgericht hat - soweit von Interesse - nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten nach einer Beweisaufnahme durch Einvernahme der Zeugin „Y“ die Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage und größtenteils auch die Zahlungsklage abgewiesen. Letzterer hat es nur für den Zeitraum bis zum 26. Juli 2005 stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die vollständige Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

10

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es auf die Berufung der Beklagten die Klage im Übrigen abgewiesen hat und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte und die Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts bejaht. Die außerordentliche Kündigung vom 26. Juli 2005 sei dem Kläger an diesem Tag zugegangen und zu Recht ausgesprochen worden. Der Kläger habe gegen das vertragsbegleitende Wettbewerbsverbot verstoßen. Der Verstoß liege noch nicht im bloßen Erwerb einer Gesellschaft. Untersagt sei aber, Arbeitnehmer für eine geplante eigene Tätigkeit abzuwerben. Dass der Kläger Abwerbung betrieben habe, ergebe sich aus der Einvernahme der Zeugin „Y“. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten, selbst wenn die Beklagte von dem am 8. Juli 2005 geführten Gespräch des Klägers mit der Zeugin früher als zwei Wochen vor Kündigungszugang Kenntnis erlangt habe. Die Ausschlussfrist habe erst am 1. November 2005 mit Kenntnis der Beklagten vom Erwerb der Gesellschaft in Hongkong begonnen. Erst ab diesem Zeitpunkt sei die Beklagte in der Lage gewesen, die Gespräche richtig zu beurteilen. Danach habe die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Ausspruch der Kündigung noch nicht begonnen. Angesichts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 26. Juli



2005 stehe dem Kläger nur Vergütung vom 1. Juli 2005 bis zum 26. Juli 2005 zu.

B. Dem stimmt der Senat nur in einigen Teilen der Begründung zu. Ob die Klage, wie die Berufungsinstanz angenommen hat, unbegründet ist, steht noch nicht fest. 12

I. Nicht zu beanstanden ist, dass das Landesarbeitsgericht im Ergebnis von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den vorliegenden Fall ausgegangen ist. Darüber streiten die Parteien auch nicht mehr. 13

II. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die außerordentliche Kündigung vom 26. Juli 2005 habe das Arbeitsverhältnis beendet, wird von den bisherigen Feststellungen nicht getragen. 14

1. Das Landesarbeitsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt ist, auch wenn der Einzelarbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält. Für Handlungsgehilfen ist dies in § 60 Abs. 1 HGB ausdrücklich geregelt. Diese Vorschrift konkretisiert jedoch einen allgemeinen Rechtsgedanken (*st. Rspr. etwa Senat 23. April 1998 - 2 AZR 442/97 -; 21. November 1996 - 2 AZR 852/95 - EzA BGB § 626 nF Nr. 162; 26. Januar 1995 - 2 AZR 355/94 - EzA BGB § 626 nF Nr. 155*). Ein Verstoß gegen dieses vertragliche Wettbewerbsverbot ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB zu begründen (*Senat 21. November 1996 - 2 AZR 852/95 - aaO; 30. Januar 1963 - 2 AZR 319/62 - BAGE 14, 72*). Allerdings darf ein Arbeitnehmer, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart worden ist, schon vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens vorbereiten (*Senat 30. Januar 1963 - 2 AZR 319/62 - aaO; 30. Mai 1978 - 2 AZR 598/76 - AP HGB § 60 Nr. 9 = EzA HGB § 60 Nr. 11; BAG 11. November 1980 - 6 AZR 292/78 -*). § 60 Abs. 1 HGB verbietet ihm lediglich die Aufnahme derwerbenden Tätigkeit, insbesondere also das Vorbereiten der 15



Vermittlung und des Abschlusses von Konkurrenzgeschäften. Daraus ergibt sich, dass solche Vorbereitungsmaßnahmen unzulässig sind, die schon selbst als Teil der werbenden Tätigkeit aufzufassen sind. Vorbereitungshandlungen, die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen, erfüllen die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 HGB hingegen nicht (*Senat 30. Januar 1963 - 2 AZR 319/62 - aaO; 30. Mai 1978 - 2 AZR 598/76 - aaO*).

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach die vom Kläger mit der Zeugin „Y“ geführten Gespräche als Abwerbeversuch mit der Absicht unerlaubter Konkurrenz zu werten sind und damit als wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB an sich in Betracht kommen, überschreitet den tatrichterlichen Ermessensspielraum nicht. Es ist nachvollziehbar, wenn das Landesarbeitsgericht die an die Zeugin vom Kläger gerichteten Fragen als gezielte Abwerbeversuche betrachtet hat. Nichts sprach nach Anlass, Ort und Inhalt des Gesprächs für ein unverfängliches „Geplauder“, das nur den Zweck gehabt hätte, dass „mal drüber gesprochen wurde“. Es ging dem Kläger um die Förderung seines mit dem der Beklagten konkurrierenden Geschäftes. 16
3. Allerdings kommt eine außerordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr haltbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Ob diese Voraussetzungen hier gegeben sind, steht noch nicht fest. 17
- a) Als milderer Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung wird insbesondere der Ausspruch einer Abmahnung angesehen (*st. Rspr., jüngst etwa Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 mwN*). Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das sog. Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion für die Vertragspflichtverletzung, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (*Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - aaO; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68*). Eine negative Prognose liegt vor, wenn 18



aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Die Abmahnung ist zugleich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (*Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - aaO*). Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen (vgl. § 314 Abs. 2 BGB).

b) Gemessen hieran hätte das Landesarbeitsgericht auf Grund des bisher festgestellten Kündigungssachverhalts nicht von der Entbehrlichkeit einer Abmahnung ausgehen dürfen. Es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Kündigungsrelevanz eines Abwerbgesprächs dem Kläger erkennbar war. Die Abgrenzung zwischen erlaubter Vorbereitung einer späteren Selbständigkeit und unerlaubter Konkurrenz ist fließend, sowohl was die rechtliche Einordnung als auch was die tatsächliche Entwicklung angeht. Zwar mag die Beklagte durch die Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist und eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit dem Kläger zum Ausdruck gebracht haben, dass sie am Unterbleiben von Konkurrenzgeschäften ein erhebliches geschäftliches Interesse habe. Allerdings hatte die Beklagte dem Kläger vor der Vereinbarung dieser Änderungen bereits den Vorwurf der Abwerbung anderer Mitarbeiter gemacht, ohne daran irgendwelche arbeitsrechtliche Sanktionen zu knüpfen. Möglicherweise begünstigte sie dadurch beim Kläger die Vorstellung, sie werte derlei Vorkommnisse nicht so schwer. Der Kläger musste deshalb möglicherweise nicht von vornherein von einer gravierenden Pflichtverletzung ausgehen, deren Hinnahme durch die Beklagte offensichtlich ausgeschlossen war.

19

c) Was weitere Kündigungssachverhalte anbelangt, hat das Landesarbeitsgericht zunächst zutreffend ausgeführt, ein Verstoß des Klägers gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot könne nicht daraus entnommen werden, dass er während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses mit seinem Lebens-

20



partner eine Gesellschaft in Hongkong im Juli 2005 erworben hat. Der Erwerb einer Handelsgesellschaft und die Veranlassung einer Eintragung in das Gesellschaftsregister sind - für sich genommen - regelmäßig erlaubte Vorbereitungshandlungen (vgl. *LAG Hamburg 21. Dezember 1999 - 2 Sa 62/99 -*). Gleiches gilt für die bloße Umfirmierung, weil die Gesellschaft hierdurch noch nicht werbend nach außen hin auftritt.

d) Ob die anderen von der Beklagten gegenüber dem Kläger erhobenen Kündigungsvorwürfe einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Kündigung vom 26. Juli 2005 begründen (und ob insoweit die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten ist), hat das Landesarbeitsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig nicht geprüft. 21

4. Nicht beitreten kann der Senat auch der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt, weil die Frist erst am 1. November 2005 zu laufen begonnen habe. 22

a) Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann eine außerordentliche Kündigung wirksam nur innerhalb von zwei Wochen erklärt werden. Diese Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. § 626 Abs. 2 BGB ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand (*Senat 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 3; 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - AP BGB § 626 Nr. 204 = EzA BGB 2002 § 626 Ausschlussfrist Nr. 1*). Ziel des § 626 Abs. 2 BGB ist es, dem - hier - betroffenen Arbeitnehmer rasch Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Kündigungsberechtigte einen Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat und ihm deshalb die Entscheidung über die Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist (*Senat 1. Februar 2007 - 2 AZR 333/06 - aaO; 2. Februar 2006 - 2 AZR 57/05 - aaO*). 23



b) Bei Anlegung dieser Maßstäbe kann die Auffassung des Berufungsgerichts, die Zweiwochenfrist habe erst am 1. November 2005 zu laufen begonnen, nicht überzeugen. Der Umstand des Erwerbs der Handelsgesellschaft und der Eintragung im Gesellschaftsregister, von dem die Beklagte erst im November 2005 erfuhr, ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt, als zulässige Vorbereitungshandlung (siehe oben) zu werten. Informationen über eine zulässige Vorbereitungshandlung können aber nicht diejenigen Tatsachen sein, nach deren Kenntnis der Arbeitgeber zuverlässig beurteilen kann, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Gekündigten zumutbar ist oder nicht. Maßgeblich ist vielmehr derjenige Sachverhalt, der den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst hat und aus seiner Sicht den Kündigungsgrund bildet. Das Landesarbeitsgericht hätte daher - so wie es auch die Beklagte selbst getan hat - auf das Abwerbungsgespräch mit der Zeugin „Y“ abstellen müssen und nicht offenlassen dürfen, wie es dies ausdrücklich getan hat, wann die Beklagte von diesem Gespräch, das nach dem Bekunden der Zeugin am 8. Juli 2005 stattgefunden hat, Kenntnis erlangt hat. Ist insoweit die Kündigungserklärungsfrist eingehalten und erweist sich unter Beachtung der oben niedergelegten Grundsätze eine Abmahnung nach wie vor als entbehrlich, so kann die Berufung endgültig zurückgewiesen werden. Andernfalls ist die Wirksamkeit der übrigen Kündigung(en) zu überprüfen.

Rost

Berger

Schmitz-Scholemann

Rost

Grimberg

für den wegen Ablaufs der Amtszeit an der Unterschrift verhinderten ehrenamtlichen Richter Heise



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)