

Aktenzeichen: 2 AZR 206/79

LAG Hamm

Urteil des BAG vom 9. Juli 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung;
BetrVG 1972 § 5 Abs. 3, § 102; BGB §§ 323, 325;
HGB § 75; ZPO §§ 286, 313, 551 Nr. 7

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 206/79

3 Sa 68/78 Hamm

Verkündet am
9. Juli 1981

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Dr. Bächle für Recht erkannt:

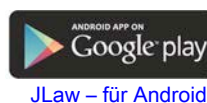
1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 8. Dezember 1978 - 3 Sa 68/78 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht Hamm zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Elektroindustrie und befaßt sich mit der Herstellung und Konstruktion von End- und Steuerschaltern, Magnetschaltern und sog. Elektronik-Gebern. Sie beschäftigt in zwei Werken insgesamt ca. 250 Arbeitnehmer.

Der im Jahre 1928 geborene Kläger ist Elektroingenieur. Er war seit dem 1. September 1969 bei der Beklagten als Angestellter mit Prokura beschäftigt. Nach dem Anstellungsvertrag vom 1. Juli 1969 war ihm für das Werk N die kaufmännische Leitung der Verkaufsabteilung sowie die technische Leitung der Produktion, des technischen Büros, der Entwicklung, des Werkzeugbaues, der Arbeitsvorbereitung und der Halbteilelager zur selbständigen, verantwortlichen Bearbeitung übertragen. Das letztgenannte Aufgabengebiet umfaßte gem. Nr. 1 des Vertrages u.a.:

- "d) die Mitwirkung bei der Weiterentwicklung des Fabrikationsprogrammes speziell auf dem Gebiet der magnetischen-elektronischen Gerätegruppe.
- e) Mitbestimmung bei der Einstellung technischer Mitarbeiter auf Gehaltsbasis und eigene selbstverantwortliche Entscheidung bei Lohnempfängern. Sämtliche Personaleinstellungen sind mit der Geschäftsleitung abzusprechen.
- f) Die Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung muß sehr eng sein ... Alle Maßnahmen von entscheidender Bedeutung sind vor der Durchführung mit der Geschäftsleitung durchzusprechen und abzustimmen."

Der Anstellungsvertrag enthielt das Verbot von Nebenbeschäftigungen sowie in Nr. 8 folgendes Wettbewerbsverbot:

"Herr B verpflichtet sich, für die Dauer von 2 Jahren nach Auflösung des Dienstverhältnisses weder Angestellter, Vertreter oder Berater eines Betriebes der Regeltechnik zu werden, noch einen solchen zu betreiben, noch sich mittelbar oder unmittelbar an einem solchen zu beteiligen.

Nach Auflösung des Vertrages erhält Herr B für die Dauer des Verbotes jährlich die Hälfte der von ihm zu dieser Zeit bezogenen Leistungen als Entschädigung, jedoch unter Vorbehalt der Vorschrift des § 74 c HGB ... und des § 75 a HGB ..."

Der Anstellungsvertrag war für die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen und sollte sich jeweils um drei Jahre verlängern, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten vor dem Endtermin gekündigt wurde.



- 3 -

Zuletzt bezog der Kläger einschließlich verschiedener Sozialleistungen eine monatliche Vergütung von 4.551,-- DM brutto.

Mit Schreiben vom 28. Februar 1974 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis zum 31. August 1974. Zur Begründung führte er aus, er strebe lediglich einen Änderungsvertrag an, nachdem sein Aufgabengebiet schon in der Vergangenheit eingeengt worden sei. Diesen belastenden Zustand wolle er beenden, stehe aber dem Unternehmen nach wie vor positiv gegenüber und werde seine Aufgaben weiterhin gewissenhaft erfüllen. Zu dem angestrebten Änderungsvertrag kam es in der Folgezeit nicht. Der Kläger war vielmehr von Ende August bis zum 11. September 1974 in Urlaub und nahm am 12. September 1974 seine Arbeit wieder auf. Zu dieser Zeit befand sich der Inhaber der Beklagten nach einem Krankenhausaufenthalt in Urlaub.

Am 17. September 1974 kam es zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und dem Inhaber der Beklagten. Dabei warf die Beklagte dem Kläger unter anderem vor, er sei für ein Konkurrenzunternehmen tätig. Der Kläger arbeitete dann noch zwei Tage und nahm anschließend im Einverständnis der Beklagten seinen restlichen Urlaub. Mit Schreiben vom 30. September 1974, ihm zugegangen am 1. Oktober 1974, kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos und hilfsweise fristgerecht zum 31. Dezember 1974. Sie warf ihm vor, er habe nicht nur das vereinbarte Nebenbeschäftigungsverbot mißachtet, sondern darüber hinaus seine Tätigkeit bei ihr dazu benutzt, bestehende Geschäftsverbindungen für seine eigene Tätigkeit auszunutzen. Aufgrund der fristlosen Kündigung müsse er nach § 75 Abs. 3 HGB das vereinbarte Wettbewerbsverbot beachten, ohne eine Karenzentschädigung verlangen zu können.

Der Kläger widersprach der ausgesprochenen Kündigung und kündigte seinerseits mit Schreiben seiner Anwälte vom 8. Oktober 1974 zum 31. Dezember 1974. Darin ist ausgeführt, diese Kündigung sei zwar fristgerecht, es bestünden aber wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung. Die Beklagte habe ihn durch einen Privatdetektiv beobachten lassen, der während seines Urlaubs in seine Wohnung eingebrochen sei. Auch Abhörgeräte seien dort installiert worden. Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben:

"Die von der Beklagten vertretene Auffassung hinsichtlich des Wettbewerbsverbotes teilen wir nicht. Nach den einschlägigen Bestimmungen des HGB ist der Kläger an diese Klausel nicht mehr gebunden."



- 4 -

Mit Schreiben vom 18. Oktober 1974 bestand die Beklagte auf ihrer fristlosen Kündigung und der Einhaltung des Wettbewerbsverbotes durch den Kläger.

Im vorliegenden Rechtsstreit wehrte sich der Kläger gegen die Kündigung der Beklagten und das vereinbarte Wettbewerbsverbot. Er hat vorgetragen, die Kündigung sei sittenwidrig, jedenfalls aber unbegründet. Er habe seine Pflichten stets korrekt erfüllt. Außerdem habe die Beklagte die Vorgänge, die sie ihm nun vorwerfen wolle, schon länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung gekannt. Sie habe nicht einmal den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört.

Das Wettbewerbsverbot sei nichtig, weil es ihm die Ausübung seines Berufs unmöglich mache. Es bestehe auch kein schutzwürdiges Interesse für einen Unterlassungsanspruch auf dem Gebiet der Regeltechnik, weil die Beklagte sich nur auf dem Gebiet der Steuerungstechnik betätige. Im übrigen habe er sich gemäß § 75 Abs. 1 HGB von dem Wettbewerbsverbot lossagen können, weil die Beklagte seine außerordentliche, wenn auch befristete Kündigung durch schwere Vertragsverletzungen veranlaßt habe.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis durch die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 30. September 1974 nicht aufgelöst worden ist, (wohl) aber durch die von ihm gegenüber der Beklagten ausgesprochene fristgemäße Kündigung vom 8. Oktober 1974 zum 31. Dezember 1974,
2. festzustellen, daß die in dem Anstellungsvertrag vom 1. Juli 1969 Ziffer 8 formulierte Wettbewerbsklausel nichtig ist.

Ferner hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Zahlung seines Gehalts bis zum 31. Dezember 1974 an ihn zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, sie habe ihre Kündigung zu Recht aus wichtigem Grund ausgesprochen. Der Kläger habe zusammen mit dem Angestellten K über Stroh-
männer und Verwandte die Fa. "A

GmbH & Co. KG" (im folgenden: A) gegründet und sei in der verschiedensten Weise für sie tätig geworden. Er habe Lieferanten der Beklagten besucht und sich dort als Vertreter der Fa. A zu erkennen gegeben, im Namen dieser Firma Material bestellt und Lieferungen vereinbart. Er habe sogar aus

- 5 -



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



- 5 -

ihren Beständen Sechskantmuttern für die Firma A entwendet. Einen Auftrag der Firma H über Fußschalter mit einer Spezialschutzhaube habe der Kläger wegen einer zu geringen Stückzahl für die Beklagte abgelehnt. Anschließend habe er dann die Schalter selbst mit einer Schutzhaube versehen und an die Fa. H geliefert. Die dafür notwendigen Spezialachsen habe er bei der Beklagten herstellen lassen, ohne Material und Arbeit zu bezahlen. Auch habe er Zeichnungen, Vorrichtungen und Muster während der Arbeitszeit für den Bedarf der Firma A anfertigen lassen. Dies alles habe sie nur nach und nach ermittelt und letzte Gewißheit erst während des Urlaubs des Klägers im Jahre 1974 erhalten. Nach dessen Rückkehr habe sie dann am 17. September 1974 ein Gespräch mit dem Kläger herbeigeführt, um die Vorgänge zu klären. Nachdem sich der Kläger jedoch nicht habe entlasten können und weitere Verdachtsmomente hinzugetreten seien, habe sie fristlos kündigen müssen. Da der Kläger als leitender Angestellter anzusehen sei, habe sie sich damit begnügen können, den Betriebsrat von der beabsichtigten Maßnahme zu unterrichten.

Der Kläger hat die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestritten. Mit der Firma A habe er nichts zu tun. Er habe sie weder gegründet, noch sei er an ihr beteiligt oder für sie tätig. Sein Sohn Werner habe u.a. auch für diese Firma Heimarbeit verrichtet. Seine Frau betreibe einen Handel mit Industriebedarf.

Das Arbeitsgericht hat folgendes Urteil erlassen:

1. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten zum 30. Sept. 1974 beendet worden ist.
 2. Das Wettbewerbsverbot des Anstellungsvertrages vom 1. Juli 1969 bleibt bis zum 30. September 1976 bestehen.
 3. Das Wettbewerbsverbot beschränkt sich seinem Inhalt nach auf die Produkte der Beklagten, einschließlich der Entwicklungsprojekte.
 4. Die Beklagte ist verpflichtet, ab Oktober 1974, jeweils zum Monatsende, eine Karenzentschädigung in Höhe von 2.262,50 DM zu zahlen.
- 4.a) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Das Urteil haben beide Parteien angegriffen und zwar der Kläger mit der Berufung, die Beklagte mit einer unselbständigen Anschlußberufung.

- 6 -



- 6 -

Der Kläger hat zu seinem Einwand, die Kündigung der Beklagten sei wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats unwirksam, vorgetragen, daß er kein leitender Angestellter gewesen sei. Er habe lediglich Titularprokura gehabt, sei nur zur Führung der üblichen Geschäfte bevollmächtigt und nicht befugt gewesen, Angestellte zu entlassen. Alle Maßnahmen von entscheidender Bedeutung habe er mit der Geschäftsleitung abstimmen und darüber auch laufend berichten müssen.

Hinsichtlich des Wettbewerbsverbots hat der Kläger sein Klageziel geändert. Er hat sich mit dem Arbeitsgericht auf den Standpunkt gestellt, ihm stehe eine Karenzentschädigung zu. Das Wettbewerbsverbot sperre nur den Bereich der Regeltechnik, auf dem er sich während des Arbeitsverhältnisses der Parteien nicht betätigt habe und auch künftig nicht betätigen wolle. Hingegen stelle das Arbeitsgericht zu Unrecht fest, daß sich das Wettbewerbsverbot auf die Produkte der Beklagten, einschließlich der Entwicklungsprojekte beziehe; vielmehr betätige sich die Beklagte auf dem Gebiet der Steuerungstechnik, das nach dem klaren Wortlaut des Wettbewerbsverbotes nicht gesperrt sei.

Der Kläger hat in der zweiten Instanz beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es festgestellt hat, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 30. September 1974 beendet worden ist, soweit es das Wettbewerbsverbot seinem Inhalt nach auf die Produkte der Beklagten, einschließlich der Entwicklungsprodukte, beschränkt hat, und soweit es die Klage auf Zahlung der Gehaltsbezüge bis zum 31. Dezember 1974 abgewiesen hat, und insoweit nach den vor dem Arbeitsgericht gestellten Anträgen zu erkennen und das Wettbewerbsverbot dahin zu fassen, daß es entsprechend der Formulierung in § 8 des Anstellungsvertrages vom 1. Juli 1969 fortbesteht.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Beklagten die Klage im vollen Umfang abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hat der Dritte Senat mit Urteil vom 12. Oktober 1977 - 3 AZR 774/75 - dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In der erneuten Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger seine Ansicht, er sei kein leitender Angestellter gewesen, weiter damit begründet, daß die Beklagte seine Befugnisse

- 7 -



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



- 7 -

immer mehr zugunsten des Sohnes des Geschäftsinhabers beschränkt habe. Dies ergebe sich auch aus einer Reihe von betriebsinternen Rundschreiben und Bekanntmachungen.

Der Kläger hat weiter vorgetragen, bei der Firma A habe es sich um ein reines Studentenunternehmen gehandelt, das weder von seiner Größe noch von seinen Erzeugnissen her für die Beklagte eine Konkurrenz dargestellt habe. Für sie seien seine Söhne als Werkstudenten in Heimarbeit tätig gewesen. Ab 1. Januar 1977 sei er Geschäftsführer dieser Firma, die auch weiterhin keine Konkurrentin der Beklagten sei. Bis dahin sei er lediglich Kommanditist gewesen, aber nicht für sie tätig gewesen.

An das vereinbarte Wettbewerbsverbot habe er sich gehalten. In der Zeit vom 4. Oktober 1974 bis zum 31. Juli 1975 sei er arbeitslos gewesen und habe Arbeitslosengeld in Höhe von insgesamt 12.729,70 DM erhalten. Danach habe ihn seine Ehefrau bis zum 31. Dezember 1976 gegen ein Monatsgehalt von 2.000,-- DM brutto beschäftigt.

Mit Rücksicht auf den Zeitablauf haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der auf die Feststellung des Umfanges des Wettbewerbsverbotes gerichteten Anträge in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Kläger begehrt nunmehr die Zahlung des Gehalts bis zum 31. Dezember 1974 und der vereinbarten Karenzentschädigung. Er hat daher beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13.753,-- DM nebst 7 % Zinsen seit dem 1. Januar 1975 zu zahlen,
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn als Karenzentschädigung für die Zeit vom 1. Januar 1975 - 31. Dezember 1976 einen Betrag von 54.300,-- DM zu zahlen, nebst jeweils 7 % Zinsen von 2.262,50 DM ab 31. Januar 1975, von weiteren 2.262,50 DM ab 28. Februar 1975 usw. bis 31. Dezember 1976.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Beklagten die Klage sowie die in der Berufungsinstanz neu gestellten Anträge abgewiesen.

Mit der erneuten Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur erneuten Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Es ist noch nicht ausreichend geklärt, ob für die fristlose Kündigung der Beklagten ein wichtiger Grund vorgelegen hat und der Kläger deshalb auch keine Gehaltszahlung für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1974 verlangen kann (A). Von der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten oder der außerordentlichen Kündigung des Klägers hängt weiter auch der vom Kläger geltend gemachte Karenzentschädigungsanspruch ab (B).

A. Zur Entscheidung über die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten bedarf es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen.

I. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht den Kläger als leitenden Angestellten und deshalb eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG für entbehrlich erachtet.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt:

Der Kläger habe die Aufgabe gehabt, die Erzeugnisse der Beklagten den Erfordernissen des Marktes anzupassen und die Entwicklung des Unternehmens zu fördern. Dies sei eine auf die technische Führung des Unternehmens ausgerichtete Tätigkeit, die ihm die Beklagte zur selbständigen und verantwortlichen Bearbeitung übertragen habe. Entscheidend sei die für die Arbeit zu entwickelnde Eigeninitiative und die Verantwortung für die Richtigkeit der Vorschläge. Der Kläger habe in einem natürlichen Interessens Gegensatz zur Arbeitnehmerschaft gestanden. Er habe im Rahmen des Stellenplans allein über die Einstellung von Arbeitnehmern sowie darüber entschieden, ob im Leistungslohn gearbeitet werde. Er sei Mitglied eines Schlichtungsgremiums für personelle und betriebliche Angelegenheiten gewesen, dem nur noch der Sohn des Firmeninhabers sowie der kaufmännische Prokurist angehört hätten. Er habe Prokura gehabt und nichts dafür vorgetragen, daß es sich nur um eine Titelprokura gehandelt habe. Daß dem Kläger diese Funktionen zumindest in den ersten Jahren seiner Tätigkeit auch tatsächlich übertragen gewesen seien, könne nicht zweifelhaft sein. Es könne auch zu seinen Gunsten davon ausgegangen werden, daß etwa seit 1973/74 seine Befugnisse ausdrücklich oder stillschweigend immer mehr

eingeschränkt worden seien. Da er hiermit gerade nicht einverstanden gewesen sei, habe ein solcher einseitiger Entzug von Teiltätigkeiten seinen Status als leitender Angestellter nicht zu beseitigen vermocht.

2. Diese Ausführungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Bundesarbeitsgericht hat die Grundsätze zum Begriff des leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG in dem grundlegenden Beschluß BAG 26, 36 = AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 eingeleitet und zuletzt mit dem Beschluß vom 29. Januar 1980 (BAG 32, 381 = EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 35) unter teilweiser Vereinfachung des Prüfungskatalogs der Abgrenzungskriterien zusammengefaßt, jedoch am Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung festgehalten. Danach sind die Abgrenzungsmerkmale für den Begriff des leitenden Angestellten, die das Bundesarbeitsgericht bisher als Teile eines ungeschriebenen "Oberbegriffs" der leitenden Angestellten verstanden hatte, in der Vorschrift des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG enthalten, nämlich Aufgaben mit besonderer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebes als unternehmerische (Teil-)Tätigkeiten im Sinne der bisherigen Rechtsprechung sowie ein erheblicher Entscheidungsspielraum als Voraussetzung für eine wesentliche Eigenverantwortung. Aus dieser unternehmerischen Tätigkeit ergibt sich zwangsläufig ein mehr oder weniger ausgeprägter, unmittelbarer oder mittelbarer Gegnerbezug, dessen besondere Feststellung in jedem Einzelfall, die nach der bisherigen Rechtsprechung notwendig war, nicht mehr erforderlich ist. Es genügt somit, § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auszulegen und anzuwenden. Ergibt die weiterhin erforderliche Gesamtwürdigung, daß ein Angestellter ausreichend bedeutsame unternehmerische Aufgaben wahrnimmt und dabei einen erheblichen Entscheidungsspielraum zu verantworten hat und entspricht dies weiter seiner Dienststellung und seinem Dienstvertrag, so ist er als leitender Angestellter anzusehen. Bei der Anwendung der Nr. 1 und 2 des § 5 Abs. 3 BetrVG verlangen Sinn und Zweck des Gesetzes eine einschränkende Interpretation: Die rein formalen Abgrenzungsmerkmale, auf die sich diese gesetzlichen Tatbestände stützen, begründen nur dann den Status des leitenden Angestellten, wenn ihnen ein entsprechend bedeutsames Aufgabengebiet zugrunde liegt (BAG 32, 381, aaO, zu B I 1 a, c und d, II 3 der Gründe).



b) Die vorgenannten Merkmale für den Begriff des leitenden Angestellten sind in so hohem Maße unbestimmt, daß den Tatsacheninstanzen ein Beurteilungsspielraum bleibt. In der Revisionsinstanz ist nur noch nachzuprüfen, ob der Sachverhalt fehlerfrei festgestellt wurde, ob Bewertungsmaßstäbe nicht verkannt sind und die Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte vertretbar erscheint (BAG 32, 381, aaO, zu B I e der Gründe). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

c) aa) Das Berufungsgericht hat seiner Würdigung die Aufgaben zugrunde gelegt, die im schriftlichen Anstellungsvertrag des Klägers aufgeführt sind. Danach war ihm für eines der beiden Werke der Beklagten die kaufmännische Leitung der Verkaufsabteilung sowie die technische Leitung mit den im Arbeitsvertrag einzeln aufgeführten Aufgaben zur selbständigen verantwortlichen Bearbeitung übertragen. Die technische Leitung umfaßte u.a. die ständige Verbesserung und Steigerung des Produktionsablaufs nach dem jeweils neuesten technischen Stand sowie die Mitwirkung bei der Weiterentwicklung des Fabrikationsprogramms speziell auf dem Gebiet der magnetischen und elektronischen Geräte. Das Berufungsgericht hat daraus gefolgert, dem Kläger sei damit nicht nur die Erledigung einzelner konkreter Produktionsaufgaben übertragen worden, sondern in den so umschriebenen Zuständigkeitsbereich seien alle Planungen und Entscheidungen gefallen, die geeignet waren, die Voraussetzungen für die unternehmerische Betätigung der Beklagten selbständig zu verbessern und der technischen Entwicklung anzupassen. Das Berufungsgericht konnte die Schaffung der Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Produktion und ihre laufende Anpassung an die technische Entwicklung und die Erfordernisse des Marktes als eine auf die technische Führung des Unternehmens ausgerichtete Tätigkeit werten. Für die Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben genügen räumlich oder fachlich begrenzte Teilaufgaben, so daß auch Tätigkeiten von besonderer Bedeutung für den Bestand oder die Entwicklung eines einzelnen Betriebes des Unternehmens unternehmerische Teiltätigkeiten und damit unternehmensbezogen sein können (vgl. BAG Beschluß vom 8. Februar 1977 - 1 ABR 22/76 - AP Nr. 16 zu § 5 BetrVG 1972, zu II 5 a der Gründe).



Nach dem Vertrag waren diese Aufgaben dem Kläger auch zur selbständigen und eigenverantwortlichen Bearbeitung übertragen worden. Dieser eigene Entscheidungsspielraum wurde durch die im Vertrag vereinbarte enge Zusammenarbeit und Absprache aller entscheidenden Maßnahmen mit der Geschäftsleitung nicht ausgeschlossen. Für einen leitenden Angestellten ist es nicht erforderlich, daß er die maßgebenden Entscheidungen selbst trifft. Es genügt, wenn er nur die Voraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensleitung nicht vorbeigehen kann (vgl. BAG 32, 381, aaO, zu B I 1 a (1) der Gründe). Eine solche Stabsfunktion konnte das Berufungsgericht deshalb ohne Rechtsfehler aufgrund der vorstehend umschriebenen Tätigkeiten des Klägers unbeschadet der vorgesehenen Abstimmung mit der Geschäftsführung annehmen.

Das Berufungsgericht hat ferner noch ausdrücklich ausgeführt, den Kläger habe seine Tätigkeit auch in einen natürlichen Interessengegensatz zur Arbeitnehmerschaft der Beklagten gebracht. Hierzu hat es festgestellt, daß der Kläger im Rahmen eines vorgegebenen Stellenplans allein über die Einstellung von Arbeitern sowie darüber zu entscheiden hatte, ob im Leistungslohn gearbeitet wurde. Es hat ferner seine Mitgliedschaft in dem von der Beklagten eingesetzten Schlichtungsgremium berücksichtigt.

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, diese Tätigkeiten erfüllten die Merkmale des "Oberbegriffs" der leitenden Angestellten im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Zwar ist dieser Oberbegriff nach der nunmehrigen Rechtsprechung nicht mehr anzuwenden. Dies berührt aber das angefochtene Urteil im Ergebnis nicht, weil die Abgrenzungsmerkmale, die bisher als Teile dieses Oberbegriffs verstanden wurden, unmittelbar in § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG enthalten sind und die Feststellung eines besonders ausgeprägten Gegnerbezugs entbehrlich ist. Es genügt, diese Vorschriften im Sinne der bisherigen Rechtsprechung anzuwenden (vgl. oben unter a). Ergibt die Gesamtwürdigung des Berufungsgerichts somit, daß der Kläger ausreichend bedeutsame unternehmerische Aufgaben wahrgenommen und dabei einen erheblichen Entscheidungsspielraum zu verantworten hatte, und entsprach dies ferner seiner Dienststellung und seinem Dienstvertrag, so ist er als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen. Auf die vom Berufungsgericht zusätzlich für erforderlich

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 82, 84 ff. UrhG geschützt.



gehaltene Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Prokuraerteilung (§ 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG) und den hiergegen von der Revision geltend gemachten Einwand, es habe sich um eine bloße Titelprokura gehandelt, kommt es somit nicht mehr an.

cc) Die bisher gewürdigten Ausführungen des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Merkmale des früher geforderten "Oberbegriffs" der leitenden Angestellten und damit nach der neueren Rechtsprechung hinsichtlich der Bedeutung des Aufgabengebiets und des Maßes der Eigenverantwortung unmittelbar die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG erfüllt, halten sich im Rahmen des dem Tatsachengericht zustehenden Beurteilungsspielraums und sind deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

dd) Die Angriffe der Revision richten sich auch im wesentlichen nicht gegen diese Ausführungen. Die Revision gibt zunächst allgemein ihrem Befremden darüber Ausdruck, daß das Berufungsgericht unter Mitwirkung desselben Vorsitzenden in seinem ersten Urteil zu der entgegengesetzten Feststellung gelangt sei und nunmehr seine Meinung geändert habe, obwohl hierfür keine neuen abweichenden Gesichtspunkte oder Erkenntnisquellen vorlägen. Der Kläger habe im Gegenteil im zurückverwiesenen Verfahren Urkunden vorgelegt, aus denen sich zusätzlich ergebe, daß seine vertraglich vereinbarten Kompetenzen in zunehmendem Umfang eingeschränkt und schließlich in den wesentlichen Punkten außer Kraft gesetzt worden seien. Damit sieht die Revision die Merkmale eines leitenden Angestellten im wesentlichen deshalb nicht für gegeben an, weil der Kläger die im Dienstvertrag übertragenen Aufgaben in dem hier maßgebenden Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten tatsächlich nicht mehr wahrgenommen habe. Diese Rüge bleibt jedoch erfolglos.

d)aa) Der Vorwurf, das Berufungsgericht sei ohne sachlichen Grund von seiner im ersten Urteil vertretenen Ansicht abgewichen, ist offensichtlich unrichtig. Das Berufungsgericht hatte diese Ansicht allein damit begründet, daß bereits zufolge der Änderungskündigung des Klägers zum 31. August 1974 seine Stellung als leitender Angestellter entfallen sei, selbst wenn seine Tätigkeit bis dahin die Merkmale des § 5 Abs. 3 BetrVG erfüllt haben sollte. Diese Rechtsmeinung hatte der Dritte Senat in dem ersten Revisionsurteil im Hinblick auf § 625 BGB nicht gebilligt und dem Berufungsgericht ausdrücklich aufgegeben, die Prüfung, ob der Kläger im Zeitpunkt

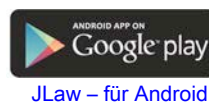


der Kündigung der Beklagten leitender Angestellter war oder nicht, nachzuholen. An diese Rechtsansicht des Dritten Senats war das Berufungsgericht gemäß § 565 Abs. 2 ZPO gebunden, so daß es einer rechtlichen Pflicht nachkam, wenn es nunmehr die Frage der Eigenschaft des Klägers als leitender Angestellter unter dem bisher ausdrücklich offengelassenen Gesichtspunkt der Erfüllung der Merkmale des § 5 Abs. 3 BetrVG prüfte.

bb) Dem Berufungsgericht ist auch zuzustimmen, soweit es angenommen hat, daß der vom Kläger behauptete einseitige Entzug wesentlicher vertraglicher Funktionen durch die Beklagte an seiner Rechtsstellung als leitender Angestellter nichts geändert hat und deshalb unterstellt werden konnte. Auch die vom Kläger vorgelegten Urkunden zwingen zu keiner abweichenden rechtlichen Beurteilung.

Gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG muß der Angestellte u.a. auch die in Nr. 3 umschriebenen Funktionen "nach Dienststellung und Dienstvertrag" wahrnehmen; d.h. die tatsächliche Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben und ihre rechtsverbindliche Übertragung im Arbeitsvertrag müssen sich decken (vgl. BAG Urteil vom 23. März 1976 - 1 AZR 314/75 - AP Nr. 14 zu § 5 BetrVG 1972, zu A 4 der Gründe). Damit sollte nur sichergestellt werden, daß es keine nur verbale "Ernennung" oder "Beförderung" zum leitenden Angestellten ohne die Übertragung entsprechender Funktionen geben kann (vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 5 Rz 107; Galperin/Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 5 Rz 37; Wiedemann, RdA 1972, 210, 215). Folgerichtig hat das Bundesarbeitsgericht deswegen in der vorstehend zitierten Entscheidung (zu A 6 der Gründe) ausgesprochen, die Teilsuspendierung eines Angestellten von ihm übertragenen Aufgaben aus Anlaß einer vorgesehenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ändere nichts an seinem Rechtsstatus als leitender Angestellter.

Das Berufungsgericht hat in dem vom Kläger behaupteten Entzug von Befugnissen durch die Beklagte eine solche Teilsuspendierung gesehen. Dem hält die Revision zwar mit Recht entgegen, unter Suspendierung sei ein nur vorübergehender, nicht aber ein auf Dauer angelegter Zustand der Freistellung oder teilweisen Freistellung von Arbeitspflichten zu verstehen. Gleichwohl ist dem Berufungsgericht zu folgen, wenn man von dem vorstehend dargelegten Zweck der gesetzlichen Regelung ausgeht. Der Kläger behauptet selbst nicht eine von Anfang an nur formelle Übertragung der im Arbeits-



vertrag umschriebenen Stellung. Waren diese Funktionen aber Vertragsinhalt geworden, konnte die Beklagte sie ihm einseitig ohne sein Einverständnis nicht rechtswirksam entziehen und ihm dann auch nicht den durch sie begründeten Status eines leitenden Angestellten nehmen. Der tatsächliche Zustand nach dem einseitigen rechtsunwirksamen Entzug von vertraglich übertragenen Funktionen ist nicht vergleichbar mit der Rechtslage, die durch eine von Anfang an vertraglich vereinbarte und damit in beiderseitigem Einverständnis erfolgte lediglich formelle Berufung in eine Position ohne entsprechende Kompetenzen geschaffen wird und der allein der Gesetzgeber die Rechtsfolge der Begründung des Status eines leitenden Angestellten versagt hat..

Soweit die Beklagte dem Kläger nach seiner Änderungskündigung vom 28. Februar 1974 noch Kompetenzen entzog, war die hierdurch geschaffene Rechtslage ohnehin einer Teilsuspendierung vergleichbar. Dies gilt um so mehr, als der Anstellungsvertrag in Ziff. 6 a und b "bei ausgesprochener Kündigung" eine Übergangsregelung sowie ein Recht der Beklagten vorsah, den Kläger von der Arbeit freizustellen. Zwei der Urkunden, aus denen sich nach dem Vortrag des Klägers Kompetenzeinschränkungen ergeben sollen und deren unterbliebene Berücksichtigung durch das Berufungsgericht die Revision besonders hervorhebt, stammen aus diesem Zeitraum (Anordnungen der Geschäftsleitung über Terminverschiebungen und EDV-Preise vom 23. August und 4. September 1974).

Auch die weiteren von der Revision bezeichneten beiden Schreiben konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler unberücksichtigt lassen. Wenn sich die Geschäftsleitung vorbehielt, jeweils vor Antritt einer Dienstreise des Klägers über die Wahl des Beförderungsmittels zu entscheiden (Schreiben vom 1. Mai 1969) und "wichtige Entscheidungen" des von der Beklagten eingesetzten Schlichtungsgremiums zu bestätigen (Schreiben vom 11. Mai 1973), so hatte dies keinen Einfluß auf die dem Kläger im Rahmen der technischen Leitung übertragenen "Stabsfunktionen", die für seinen Status als leitender Angestellter entscheidend waren.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die **Wirksamkeit** der außerordentlichen Kündigung der Beklagten beruht jedoch auf einem ordnungsgemäß gerügten Verfahrensfehler, der die Zurückverweisung der Sache erforderlich macht.



1. a) Das Berufungsgericht hat diese Kündigung für rechtswirksam angesehen. Es ist aufgrund der im ersten Berufungsverfahren durchgeführten Vernehmung von mehreren Zeugen sowie der in beiden Berufungsverfahren übergebenen Urkunden und sonstigen Unterlagen zu der Überzeugung gelangt, daß der Kläger in einigen Fällen für die A tätig gewesen sei und damit in schwerwiegender Weise gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen habe. Darüber hinaus hat es angenommen, es bestehe auch sonst der dringende Verdacht, daß der Kläger in unerlaubter Weise zur Beklagten in Wettbewerb getreten sei und sich zu ihrem Nachteil betätigt habe. Dieser Verdacht erstreckte sich u.a. auch darauf, daß der Kläger, wenn auch über dritte Personen, die A mitgegründet habe. Er habe trotz gerichtlicher Auflage lediglich pauschal vorgetragen, mit der A nichts zu tun gehabt zu haben. Der Zeuge K wolle nach seiner Aussage auf die gezielte Frage der Beklagten, ob der Kläger sein Partner bei der Gründung der A gewesen sei, unbestimmt nur von "einem Partner" gesprochen haben. Ferner habe der Zeuge auch in seiner Vernehmung nur zögernd und vorsichtig geantwortet. Es sei deshalb unerheblich, ob seiner Aussage gefolgt werden könne. Denn entweder habe der Zeuge – so die Beklagte – ihr gegenüber ausdrücklich die Partnerschaft des Klägers zugestanden, oder er habe, nach seiner Aussage, keinen Namen genannt: Dann habe er damit aber dem bei der Beklagten bestehenden Verdacht einer Partnerschaft des Klägers weitere Nahrung gegeben.

b) Der Verdacht einer schweren Vertragsverletzung reiche aber zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung aus. Für die Beklagte sei es unzumutbar gewesen, den Kläger weiter zu beschäftigen, denn sie habe annehmen müssen, daß er für ein Konkurrenzunternehmen tätig gewesen sei oder dieses sogar betreibe. Es sei erwiesen, daß die A in Konkurrenz zur Beklagten gestanden habe.

In dem ersten Berufungsurteil, auf das zurückgegriffen wird, ist weiter noch im einzelnen ausgeführt, daß die Beklagte die fristlose Kündigung auch innerhalb der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt habe.

c) In seinem zweiten Urteil hat das Berufungsgericht dann ergänzend zu entsprechenden Einwendungen des Klägers im erneuten Berufungsverfahren Stellung genommen.



2. Zutreffend ist der materiellrechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Der Kläger durfte der Beklagten während des rechtlichen Bestandes seines Arbeitsverhältnisses keinen Wettbewerb machen. Dieses Verbot ergibt sich bereits aus der für alle Arbeitnehmer geltenden Treuepflicht des Arbeitnehmers (vgl. BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht, zu II 1 der Gründe, m.w.N.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ferner bereits der durch bestimmte Tatsachen objektiv begründete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein. Der Verdacht muß sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, daß sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muß darüber hinaus dringend sein. Es ist zu prüfen, ob eine große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat oder die Pflichtverletzung begangen hat (vgl. BAG 16, 72 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG 29, 7 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu III 1 der Gründe).

Die Revision erhebt indessen auch insoweit keine Rügen. Sie greift vielmehr die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zum Vorliegen eines wichtigen Grundes mit zahlreichen Verfahrensrügen an.

3. Durchgreifende Verfahrensfehler (Verletzung des § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO und des § 286 Abs. 1 ZPO) sieht die Revision bereits darin, daß das Berufungsgericht auf die Beweismwürdigung und die materiellrechtlichen Wertungen, auch zur Wahrung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB, in seinem ersten Urteil verwiesen hat, da dieses nach seiner Aufhebung nicht mehr existent sei. Außerdem hätten an ihm wie auch an der Beweisaufnahme im ersten Berufungsverfahren die im zweiten Berufungsverfahren zugezogenen ehrenamtlichen Richter nicht mitgewirkt. Es liege somit lediglich eine Entscheidung des Kammervorsitzenden vor. Diese Rügen sind unbegründet. Von einer näheren Begründung wird gem. § 565 a ZPO abgesehen.

4. Zulässig und begründet rügt die Revision jedoch die unterbliebene, im zweiten Berufungsverfahren (Bl. 319 VorA) beantragte Vernehmung der Zeugen Ho und W . Da bereits dieser



Verfahrensfehler eine Zurückverweisung der Sache erforderlich macht, kommt es auf die übrigen Verfahrensrügen nicht mehr an. Im einzelnen gilt hierzu folgendes:

- a) Der Kläger hatte im zweiten Berufungsverfahren die Vernehmung dieser Zeugen zu seiner Behauptung beantragt, er habe während seines Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten keine persönlichen Beziehungen zur A unterhalten, sondern diese lediglich als Kundin der Beklagten behandelt und sich bemüht, Erzeugnisse der Beklagten bei ihr abzusetzen (Schriftsatz vom 31. März 1978, Bl. 319 VorA). Erst nach Ablauf der vereinbarten Karenzzeit habe er Beziehungen zur A aufgenommen. Das Berufungsgericht hat diese Beweise nicht erhoben und sich in seinem Urteil auch mit diesem Beweisantrag nicht auseinandergesetzt. Mit Recht sieht die Revision darin eine Verletzung des § 286 Abs. 1 ZPO.
- b) Das Berufungsgericht konnte diesen Beweisantrag nicht schon deshalb unberücksichtigt lassen, weil der Kläger in jenem Schriftsatz nur den Wohnort der beiden Zeugen angegeben, die Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift aber nur angekündigt, jedoch bis zur letzten mündlichen Verhandlung die Anschriften nicht bekanntgegeben hatte. Zwar ist nach § 373 ZPO ein Zeugenbeweis in der Weise anzutreten, daß neben dem Beweisthema und dem Namen des Zeugen auch dessen ladungsfähige Anschrift mitgeteilt wird. Das Gericht darf jedoch in der Regel einen solchen Antrag nicht so übergehen, als sei er gar nicht vorhanden. Auch hier ist nach § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf eine Ergänzung unzureichender Angaben hinzuwirken und u.U. nach § 356 ZPO eine Frist zu setzen (vgl. BAG Urteil vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 11/75 - AP Nr. 1 zu § 373 ZPO, zu 3 c der Gründe, mit Anm. von Stephan). Im vorliegenden Fall hatte der Kläger bereits die Nachnamen sowie den Wohnort der Zeugen mitgeteilt. Damit war genügend erkennbar gemacht, daß die Zeugen in absehbarer Zeit für das Gericht verfügbar sein würden, der Beweisaufnahme somit ein in absehbarer Zeit behebbares Hindernis entgegenstand. Deshalb war hier das Berufungsgericht verpflichtet, dem Kläger eine Beibringungsfrist zu setzen (vgl. Stephan, aaO). Da das Beweisangebot bereits in dem Schriftsatz vom 31. März 1978 enthalten war, hätte es vor dem nächsten Verhandlungstermin vom 8. Dezember 1978 auch noch so rechtzeitig ergänzt werden können, daß eine Verfahrensverzögerung vermieden worden wäre.



c) Das Beweisangebot war auch erheblich.

Zwar kann bereits der dringende Verdacht einer schweren Vertragspflichtverletzung einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung abgeben. Dies bedeutet jedoch nicht, daß bei der Prüfung, ob ein solcher Verdacht vorliegt, ausschließlich auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abzustellen ist. Vielmehr sind auch nachträglich bekanntgewordene oder entstandene Tatsachen zu berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, eine zunächst begründete Verdachtskündigung zu entkräften. Der Verdacht kann auch im Laufe des Kündigungsschutzprozesses bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz rückwirkend ausgeräumt werden (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. zuletzt Senatsurteil vom 24. April 1975, BAG 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 5 b der Gründe).

Hätten die beiden Zeugen das Beweisthema bestätigt, so wäre diese Aussage möglicherweise geeignet gewesen, den nach Meinung des Berufungsgerichts aufgrund der übrigen Indizien gegen den Kläger sprechenden Verdacht einer Partnerschaft bei der A und einer Tätigkeit für dieses Unternehmen bereits während seines Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten zu entkräften. Beide Zeugen waren Geschäftsführer der A gewesen, während der Kläger bei der Beklagten beschäftigt war. Nach der Aussage des Zeugen K (Bl. 246 VorA, vgl. auch Revisionsbegründung S. 5) war der Zeuge Ho der erste Geschäftsführer der seit 1973 existierenden A. Die Zeugen hätten somit zu den in ihr Wissen gestellten Behauptungen aus eigener Wahrnehmung Angaben machen können. Ob entsprechende Aussagen dieser Zeugen auch das bisherige Beweisergebnis tatsächlich beeinflußt hätten, ist eine Frage der Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO, die erst nach durchgeführter Vernehmung beantwortet werden könnte.

5. Da bei Durchführung der unterlassenen Beweisaufnahme die Entscheidung des Berufungsgerichts zur fristlosen Kündigung der Beklagten und damit auch zu dem geltend gemachten Gehaltsanspruch zugunsten des Klägers hätte ausfallen können, beruht das angefochtene Urteil auf diesem Verfahrensfehler (§ 549 ZPO). Die unterbliebene Zeugenvernehmung muß das Berufungsgericht nachholen. Das angefochtene Urteil ist somit bereits aus diesem Grunde,



soweit es über die Kündigung und den Gehaltsanspruch des Klägers entschieden hat, aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

B. Die Revision hat auch Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Zahlung von Karenzentschädigung durch das Berufungsgericht richtet.

I. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt:

Der Kläger habe mit der im Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 8. Oktober 1974 enthaltenen Erklärung, sich "nach den einschlägigen Bestimmungen des HGB" nicht mehr an die Wettbewerbsklausel gebunden zu fühlen, weil er aufgrund des Verhaltens der Beklagten wichtige Kündigungsgründe habe, auf § 75 Abs. 1 HGB Bezug genommen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift seien nach seinem eigenen Vorbringen gegeben gewesen. Damit sei das Wettbewerbsverbot unwirksam geworden mit der Folge, daß der Kläger von der Verpflichtung zur Karenz, die Beklagte von der Pflicht zur Zahlung von Karenzentschädigung frei geworden sei. Unter diesen Umständen könne der Kläger Karenzentschädigung nur verlangen, wenn er sich mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte auf der Einhaltung des Wettbewerbsverbots bestanden habe, tatsächlich jeglichen Wettbewerbs enthalten habe. Das Risiko, ob ein Wettbewerbsverbot unverbindlich oder unwirksam sei, müsse dergestalt verteilt werden, daß der Arbeitgeber, der auf der Wettbewerbsenthaltung bestehe, die Karenzentschädigung zahlen müsse, wenn der Angestellte, sei es auch nur aus Furcht vor sonst drohenden Schadenersatzansprüchen, diesem Verlangen nachkomme.

Das Berufungsgericht hat dann weiter im einzelnen begründet, daß sich das Wettbewerbsverbot bei interessengerechter Auslegung zumindest auf jede Tätigkeit des Klägers auf dem Gebiet der Herstellung und Entwicklung von Schaltkontakten und Kleinstschaltern erstreckt, der Kläger jedoch nicht nachgewiesen habe, daß er eine solche Tätigkeit während der Karenzzeit unterlassen habe. Es bestehe der Verdacht, daß er auch in diesem Zeitraum für die A tätig gewesen sei.

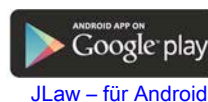
II. Wie die Revision zu Recht rügt, hätte das Berufungsgericht mit dieser Begründung die eingeklagte Karenzentschädigung nicht versagen dürfen.



1. Das Berufungsgericht hat die auf vertragswidriges Verhalten des Klägers gestützte fristlose Kündigung der Beklagten für wirksam erachtet. Damit blieb das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot mit der darin enthaltenen Pflicht der Beklagten zur Zahlung von Karenzentschädigung bestehen, ohne daß es auf die vom Berufungsgericht im Zusammenhang mit § 75 Abs. 1 HGB angestellten Überlegungen ankommt. Hat der Kläger seine Unterlassungspflicht erfüllt, so kann er auch die Karenzentschädigung verlangen. Insoweit ist dem Berufungsgericht im Ergebnis zuzustimmen.

a) § 75 Abs. 1 HGB gibt dem Arbeitnehmer das Wahlrecht, anstelle der Erfüllung des Wettbewerbsverbots dessen Unwirksamkeit herbeizuführen, wenn er das Arbeitsverhältnis durch eigene außerordentliche Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers auflöst und sich innerhalb von einem Monat nach der Kündigung von dem Wettbewerbsverbot lossagt. Eine solche Erklärung hat der Kläger zwar abgegeben. Ein bestimmter Wortlaut ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Die Erklärung muß so klar sein, daß der Arbeitgeber sie in ihrer Bedeutung als Lösung vom Wettbewerbsverbot verstehen kann (vgl. Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 75 Rz 3 b). Das Berufungsgericht hat sie zutreffend - und auch vom Kläger unbeanstandet - den Ausführungen im Kündigungsschreiben vom 8. Oktober 1974 entnommen, der Kläger sei im Hinblick auf die zuvor aufgeführten, auf vertragswidrigem Verhalten der Beklagten beruhenden wichtigen Kündigungsgründe "nach den einschlägigen Bestimmungen des HGB an das Wettbewerbsverbot nicht mehr gebunden". Der Kläger hat überdies in der Klageschrift (Bl. 9 VorA) diese Erklärung zur Begründung seines in erster Instanz verfolgten Antrags, die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots festzustellen, "vorsorglich" nochmals ausdrücklich wiederholt. Er konnte jedoch die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots auf diesem Wege nicht herbeiführen, wenn das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten schon vorher aufgelöst worden war.

Zwar ist es nach dieser Vorschrift nicht erforderlich, daß das Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung des Arbeitnehmers aufgelöst wird. Es reicht auch eine mit einer Frist erklärte Kündigung aus, wenn sie, wie im Streitfall, in dem Anwaltsschreiben



- 21 -

vom 8. Oktober 1974 geschehen, erkennbar wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers erklärt worden ist. Die Vorschrift ist selbst bei einverständlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses entsprechend anwendbar, wenn diese darauf beruhte, daß der Arbeitnehmer wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers fristlos hätte kündigen können (vgl. BAG Urteil vom 26. September 1963 - 5 AZR 2/63 - AP Nr. 1 zu § 75 HGB, zu III 3 c der Gründe; GK-HGB Etzel §§ 74 bis 75 d Rz 57; Schlegelberger/Schröder, aaO, § 75 Rz 2; Baumbach/Duden/Hopf, HGB, 24. Aufl., § 75 Anm. A). Jedoch muß unbeschadet der Form immer der in § 75 Abs. 1 HGB genannte sachliche Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, nämlich ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers, tatsächlich gegeben sein, wofür der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig ist; die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn der Anlaß, der zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führte, in der Sache beim Arbeitnehmer liegt (vgl. BAG Urteil vom 24. September 1965 - 3 AZR 223/65 - AP Nr. 3 zu § 75 HGB, zu II der Gründe). Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts genügt es deshalb nicht, daß die Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 HGB "nach dem eigenen Vorbringen des Klägers" gegeben waren, womit offensichtlich auf die Schlüssigkeit des Klagevorbringens abgehoben wird.

b) Nach der vom Berufungsgericht zur Kündigung angenommenen Rechtslage war vielmehr der Tatbestand des § 75 Abs. 3 HGB erfüllt: Der Arbeitgeber hatte das Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers wirksam aufgelöst. Jedoch bestand das Wettbewerbsverbot auch nach dieser Vorschrift, so wie sie nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts weiter gilt, mit der dann vereinbarten Karenzentschädigungspflicht der Beklagten fort.

Soweit diese Vorschrift als Rechtsfolge vorsieht, daß das Wettbewerbsverbot unter Wegfall der Karenzentschädigungspflicht des Arbeitgebers fortbesteht, ist sie verfassungswidrig und damit nichtig. Die hierdurch entstandene nachträgliche Regelungslücke ist durch analoge Anwendung des § 75 Abs. 1 HGB zu schließen: Der Arbeitgeber kann sich unter den gleichen Voraussetzungen und in der gleichen Form von dem Wettbewerbsverbot lossagen wie der Arbeitnehmer. Allerdings muß er dann auch seinen Unterlassungsanspruch dafür opfern (BAG 29, 30 = AP Nr. 6 zu § 75 HGB, zu III 1



der Gründe). Soweit, wie im Streitfall, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Erlaß des vorbezeichneten Urteils erfolgt ist, war der Arbeitgeber für die Ausübung dieses Wahlrechts zwar nicht an die strengen Formen und Fristen des § 75 Abs. 1 HGB gebunden. Er konnte vielmehr die Lossagung nach § 75 Abs. 1 HGB in angemessener Frist und unmißverständlicher Form abgeben (BAG 29, 30 zu III 2 b der Gründe). Jedoch muß er überhaupt von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und eindeutig zum Ausdruck bringen, daß er nicht nur selbst keine Karenzentschädigung zahlen, sondern auch den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von dessen Pflicht aus dem Wettbewerbsverbot entbinden wolle. Eine wirksame Lossagung liegt insbesondere dann nicht vor, solange sich der Arbeitgeber Rechte aus dem Wettbewerbsverbot vorbehält (BAG Urteil vom 13. April 1978 - 3 AZR 822/76 - AP Nr. 7 zu § 75 HGB, zu II 2 b der Gründe).

Die Beklagte hatte jedoch in ihrem Kündigungsschreiben vom 30. September 1974 ausdrücklich auf der Einhaltung des Wettbewerbsverbots bestanden. Damit blieb sie an das Verbot und die darin vereinbarte Pflicht zur Zahlung von Karenzentschädigung gebunden. Sperrte das Verbot, wie das Berufungsgericht weiter angenommen hat, jede Tätigkeit des Klägers auf dem Gebiet der Herstellung von Schaltkontakten und Kleinstschaltern, und genügte der Kläger dieser Unterlassungspflicht, so konnte er Karenzentschädigung für die Dauer der Karenzzeit beanspruchen.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dem Kläger jedoch die Karenzentschädigung versagt, weil er die Einhaltung des Wettbewerbsverbots nicht habe beweisen können. Nicht der Kläger hat die Einhaltung, sondern die Beklagte hat die Nichteinhaltung des Wettbewerbsverbots zu beweisen, wenn sie ihm die Zahlung der Karenzentschädigung berechtigt verweigern will.

Die vom Kläger beanspruchte Karenzentschädigung ist die Gegenleistung für die versprochene Wettbewerbsenthaltung des Arbeitnehmers. Macht der Arbeitnehmer entgegen dem Verbot Konkurrenz, dann liegt darin eine von ihm als dem Schuldner des Unterlassungsanspruchs zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung. Der Arbeitgeber als der Gläubiger dieses Anspruchs kann deshalb gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB auch das für den Fall des § 323 Abs. 1 BGB bestimmte Recht geltend machen, sich auf den Wegfall



des Karenzentschädigungsanspruchs als der Gegenleistung für die dem Arbeitnehmer unmöglich gewordene Wettbewerbsenthaltung zu berufen (BAG Urteil vom 20. Oktober 1960 - 5 AZR 470/59 - AP Nr. 16 zu § 74 HGB, zu 2 der Gründe; vgl. auch Urteil vom 5. August 1968 - 3 AZR 128/67 - AP Nr. 24 zu § 74 HGB, zu III 1 der Gründe). Der Gläubiger, der Rechte aus § 325 BGB herleiten will, muß jedoch beweisen, daß dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist (MünchKomm-Emmerich, BGB, § 325 Rz 145; Staudinger/Otto, BGB, 12. Aufl., § 325 Rz 84). Demgemäß muß im Streitfall die Beklagte für den aus § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB hergeleiteten Wegfall ihrer Karenzentschädigungspflicht beweisen, daß der Kläger ihr während der Karenzzeit verbotene Konkurrenz gemacht hat und ihm dadurch die geschuldete Unterlassung von Wettbewerb unmöglich geworden ist (vgl. GK-HGB Etzel, aaO, Rz 64). Dieses Ergebnis entspricht auch dem allgemein im Schuldrecht geltenden Grundsatz, daß der Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs die Zuwiderhandlung und damit die Nichterfüllung durch den Schuldner zu beweisen hat, auch wenn er aus der Nichterfüllung besondere Rechte herleitet (vgl. Erman/Westermann, BGB, 6. Aufl., § 320 Rz 29; MünchKomm-Söllner, BGB, § 345 Rz 1; Palandt, BGB, 40. Aufl., § 345 Anm. 1).

III. Das angefochtene Urteil muß deshalb auch in seinem Ausspruch zur Karenzentschädigung aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Für das erneute Berufungsverfahren weist der Senat auf folgendes hin:

1. Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten wegen vertragswidrigen Verhaltens des Klägers wirksam ist, so kann es dem Kläger die Karenzentschädigung nur versagen, wenn es für nachgewiesen erachtet, daß er auch während der Karenzzeit der Beklagten verbotenen Wettbewerb gemacht hat.
2. Sollte sich in dem erneuten Berufungsverfahren dagegen ergeben, daß die vom Kläger zum 31. Dezember 1974 ausgesprochene Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten wirksam ist, so steht dem Kläger keine Karenzentschädigung zu, weil er sich dann gemäß § 75 Abs. 1 HGB wirksam und unwiderruflich von dem Wettbewerbsverbot losgesagt hat.



Der Kläger hat im Kündigungsschreiben vom 8. Oktober 1974 eine solche Lossageerklärung abgegeben (vgl. oben unter B II 1 a der Gründe). Die Erklärung erfolgte auch form- und fristgerecht. Lagen die sachlichen Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 HGB vor, so hat der Kläger von dem ihm dann zustehenden Wahlrecht, sich von dem Wettbewerbsverbot loszusagen, wirksam Gebrauch gemacht. Die Lossageerklärung ist eine einseitige, rechtsgestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang an den Arbeitgeber wirksam wird (vgl. Schlegelberger/Schröder, aaO, § 75 Rz 3 a). Der Kläger konnte dann später nicht wieder auf die Rechte aus dem Wettbewerbsverbot zurückgreifen, die er vor der Lossageerklärung hatte. Steht dem Arbeitnehmer das Wahlrecht gemäß § 75 Abs. 1 HGB zu, so entspricht dies der Rechtslage, wie sie nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem bedingten Wettbewerbsverbot besteht. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer sich auf die Unverbindlichkeit des Verbots berufen oder den Arbeitgeber an dem Verbot festhalten und dann bei Erfüllung seiner Unterlassungspflicht die Karenzentschädigung beanspruchen. Er muß sich grundsätzlich schon vor Beginn der Karenzzeit entscheiden, ob er von der einen oder anderen Möglichkeit Gebrauch machen will.

Ist die vorübergehende Einhaltung des Verbots auch unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers sinnvoll, so kann der Arbeitnehmer die Ausübung des Wahlrechts auch bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots hinausschieben (BAG Urteil vom 24. April 1980 - 3 AZR 1047/77 - AP Nr. 37 zu § 74 HGB, zu 2 der Gründe). Hat er jedoch von dem Wahlrecht im Sinne der Lossageerklärung Gebrauch gemacht, kann er seine Entscheidung während der Karenzzeit nicht mehr rückgängig machen (vgl. BAG 30, 23 = AP Nr. 36 zu § 74 HGB, zu II 4 der Gründe).

Hillebrecht

Triebfürst

Weller

G. Wellhausen

Dr. Bächle



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

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