

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

132

7 SEP 1972

Gesetz HGB § 60, §§ 70, 72 a F , BGB § 626

- Leitsätze
- 1 Einem kaufmännischen Angestellten, der während eines Kündigungsschutzprozesses ein eigenes Unternehmen gründet, kann – wenn überhaupt – aus diesem Anlaß dann fristlos gekündigt werden, wenn er damit seinem Arbeitgeber im Sinne des § 60 Abs. 1 HGB unerlaubt Konkurrenz macht. Das ist nur der Fall, wenn der Angestellte im Handelszweig des Arbeitgebers tätig wird (Anschluß an BAG 22, 344 = AF Nr. 4 zu § 60 HGB, ferner BAG vom 12. Mai 1972 – 5 AZR 401/71 – zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk vorgesehen,
 - 2 Hat der Angestellte im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung sein eigenes Unternehmen zwar gegründet, aber den Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen, dann schließt eine unerlaubte Konkurrenz jedenfalls dann aus, wenn der Geschäftsgegenstand des Unternehmens so allgemein gehalten und weitgefaßt ist, daß keine im Sinne einer drohenden Konkurrenz zu vertretenden Scheitelpunkte erkennbar sind, und der Arbeitgeber nicht geltend setzt, daß der Angestellte ihm wegen des noch nicht

Aktenzeichen 2 AZR 486/71

Urteil des BAG vom 7. September 1972

BAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet am

7 September 1972

gez Kistner,

Angestellte

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. September 1972 durch den Vizepräsidenten Dr. König, die Bundesrichter Dr. Gioninger und Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter vonner und Dr. Kirchner für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 13. Juli 1971 - 7 (3) Sa 52/71 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



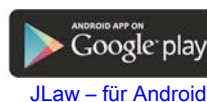
Tatbestand

Die Beklagte betreibt ein im Familienbesitz befindliches Kaufhaus als Kommanditgesellschaft. Ihre zwei persönlich haftenden Gesellschafter sind der Onkel des Klagers, Herr K B , und seine Mutter, Frau L M geb B . Der Kläger und die drei Kinder seines Onkels sind die Kommanditisten der Beklagten. Der Kläger ist mit einem Anteil von 1 Million DM an der Beklagten beteiligt. Im Januar 1965 wurde der Kläger ebenso wie vorher seine beiden Vettern als Assistent der Geschäftsleitung eingestellt. Er erhielt zuletzt ein monatliches Gehalt von 2.500,-- DM brutto.

Am 1. März 1967 kündigte ihm sein Onkel fristlos unter sofortiger Freistellung von der Arbeit. Seine Mutter stellte ihn wieder ein. Die Kündigungsschutzklage der Mutter gegen die Kündigung hatte in allen Instanzen Erfolg (Urteil des BAG vom 3. September 1970 - 2 AZR 526/69 -). Die von dem Onkel gleichzeitig vor dem Landgericht erhobene Klage auf Feststellung, daß die dem Kläger gegenüber ausgesprochene fristlose Kündigung gegenüber der Mutter des Klagers trotz ihres nachträglichen Widerspruchs wirksam und die Wiedereinstellung des Klagers unwirksam sei, halfsweise auf Verurteilung der Mutter des Klagers, der fristlosen Kündigung des Klagers zuzustimmen, wurde in allen Instanzen abgewiesen (BGH-Urteil vom 19. April 1971 - II ZR 159/68).

Zwischen den Parteien war nach Ausspruch der fristlosen Kündigung mit Zustimmung der Mutter des Klagers vereinbart worden, daß der Kläger bis zur Entscheidung des Rechtsstreits vor den ordentlichen Gerichten nicht mehr bei der Beklagten arbeiten, aber sein Gehalt weiter beziehen sollte.

Im Juli 1968 gründete der Kläger mit Einwilligung seiner Mutter die "T Gesellschafter für h und O roll" und bestellte sich zu deren Geschäftsführer. Die T GmbH hat ihre Geschäfte im Januar 1969 aufgenommen. Gegenstand der Gesellschaft ist nach der Eintragung im Handelsregister vom Dezember 1968 die Durchführung organisatorischer Aufgaben im wirtschaftlichen Bereich, insbesondere auf dem Gebiet der



Kooperation und Vermittlung im eigenen und fremden Namen, Handel mit Waren aller Art, Grundstücken, Import- und Export, Vertretungen, Handel mit Lizenzen, Patenten Dienstleistungen aller Art, treuhänderische Funktionen, Warenherstellung, Zwischenhandel und Vertrieb sowie Beteiligung an anderen Unternehmen auf nationaler und internationaler Basis

Der Onkel des Klagers, der von dieser Gesellschaftsgründung durch die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung in der Zeitung erfuhr, kündigte für die Beklagte durch Schriftsatz vom 27. Dezember 1968 dem Kläger vorzeitig erneut fristlos. Diese Kündigung wurde am 1. Januar 1969 von Frau L. M. mit Schreiben vom 2. Januar 1969 wieder zurückgezogen. Der Kläger hat sich mit seiner in diesem Rechtsstreit zu entscheidenden Klage gegen diese Kündigung gewandt mit dem Antrag festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 27. Dezember 1968 nicht aufgelöst worden ist, hilfsweise hat er beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Rücknahme dieser Kündigung seitens der geschäftsführenden Gesellschafterin, Frau L. M., im bisherigen Umfang wieder besteht.

Die Beklagte hält die Kündigung wegen eines Verstoßes des Klagers gegen § 60 Abs. 1 HGB für gerechtfertigt, auf die Einwilligung seiner Mutter könne sich der Kläger nicht berufen, da diese ohne Kenntnis ihres Mitgesellschafters erteilt worden sei.

Der Kläger ist der Auffassung, seine Tätigkeit für die T. GmbH sei kein Grund zur fristlosen Kündigung. Er betriebe kein Einzelhandelsgewerbe, das in Konkurrenz zu der Beklagten stehe, sondern befasse sich mit der Vertretung für elektronische Bauteile und Geräte, die von der Industrie, den Apparatebau und wissenschaftliche Institute geliefert wurden, und außerdem mit der Verwaltung seiner Hausgrundstücke.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgelehnt. Beide Tatsacheninstanzen haben einen Verstoß des Klagers gegen § 60 HGB verneint. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

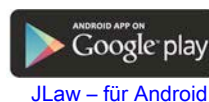


Entscheidungsgründe

Entgegen der Ansicht der Revision ist die außerordentliche Kündigung, die die Beklagte in dem um die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 1. März 1967 geführten früheren Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 27. Dezember 1968 ausgesprochen hat, weder wegen verbotener Wettbewerbstätigkeit des Klagers nach Ausgabe des (seit 1. September 1969 außer Kraft getretenen) § 72 Abs. Nr. 1 HGB in Verbindung mit § 60 HGB noch allgemein aus wichtigem Grunde gemäß § 70 Abs. 1 HGB oder § 626 BGB gerechtfertigt. Dabei geht der Senat in Übereinstimmung mit seinem Urteil vom 3. September 1970 (2 AZR 526/69) davon aus, daß zwischen den Parteien neben der Stellung des Klagers als Gesellschafter ein Arbeitsverhältnis begründet worden und deshalb die Kündigung nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend einen Verstoß des Klagers gegen das in § 60 HGB geregelte Wettbewerbsverbot verneint. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind nicht erfüllt. Dabei läßt der Senat die Frage offen, ob der Kläger dem Verbot des § 60 Abs. 1 HGB schon deshalb nicht unterlegen hat, weil zur Zeit der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien tatsächlich nicht bestanden hat. Immerhin hat ja der Kläger in dieser Zeit sein Geschäft weiterbezogen. Auf diese Frage kommt es aus folgenden Gründen nicht an.

1. Anwendbar auf den Streitfall konnte nach dem gegebenen Sachverhalt ohnehin nur die erste Alternative des § 60 Abs. 1 HGB sein. Danach darf der Angestellte ohne Einwilligung des Arbeitgebers kein eigenes Handelsgewerbe betreiben. Diese Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG 22, 544 = AP Nr. 4 zu § 60 HGB sowie neuerdings Urteil vom 12. Mai 1972 - 3 AZR 401,71 - zur Veröffentlichung in Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen) dahin auszulegen, daß sie nicht ausschließlich, verfassungskonform dahin auszulegen, daß beim humanistischen Angestellten der Betrieb eines Handelsgewerbes nicht schlechthin, sondern nur im Handelszweig des Arbeitgebers an dessen Einwilligung gebunden ist. Dies bedeutet im Ergebnis, daß die



auch immer der Angestellte sich außerhalb der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Aufgaben betätigt (Geschäftemachen von Fall zu Fall oder Betreiben eines Handelsgewerbes) - eine im Sinne des § 60 Abs 1 HGB rechtserhebliche Wettbewerbstätigkeit nur dann gegeben ist, wenn sie sich im Handelszweig des Arbeitgebers vollzieht

2 Nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt war die T GmbH im Zeitpunkt der Kündigung (27. Dezember 1968) zwar gegründet und auch im Handelsregister eingetragen, ihren Geschäftsbetrieb hatte sie aber noch nicht aufgenommen, so daß zunächst offen war, ob dieser sich im Handelszweig der Beklagten vollziehen wurde. Es lag zur Zeit der Kündigung lediglich eine Vorbereitungshandlung vor, die auf den künftigen Betrieb irgend eines Handelsgewerbes gerichtet war. Für diesen Fall hat der Dritte Senat in dem Urteil vom 12. Mai 1972 (aaO zu A I 2 b der Urteile) klargestellt, daß unter die hier allein erhebliche erste Alternative des § 60 Abs 1 HGB solche Vorbereitungshandlungen nicht fallen, die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen. Allein darin, daß der Angestellte die formalen Voraussetzungen für den künftigen Betrieb eines Handelsgewerbes durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister schafft, ohne den Geschäftsbetrieb zu eröffnen, wird man in aller Regel einen Eingriff, insbesondere einen unmittelbaren Eingriff in die Interessen des Arbeitgebers nicht erblicken können. Ein Wettbewerbsverstoß des Klagers im Sinne des § 60 HGB ist unter diesen Voraussetzungen zu verneinen.

Das Ergebnis ist kein neues, wenn zugunsten der Beklagten angenommen wird, bei einer Fiktilisierung dieser Art bedeute das Vorgehen des Klagers für die Beklagte wettbewerbsmäßig eine greifbare Gefahr und rechtfertige die Kündigung, weil der Kläger mit seinem neuen Unternehmen jederzeit eine Konkurrenzfähigkeit erlangen könne, der Eingriff in die Interessen des Arbeitgebers also unmittelbar bestehe. Die Annahme scheitert daran, daß der Kläger Anhaltspunkte in die Richtung nicht gegeben hat

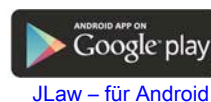


Der Geschäftsgegenstand seiner neuen Firma T GmbH ist so allgemein gehalten und so weitgefaßt, daß keine im Sinne einer drohenden Konkurrenz zu wertenden Schwerpunkte erkennbar sind. Angesichts der zum Handelsregister gemeldeten umfassenden Umschreibung aller denkbaren Möglichkeiten der geschäftlichen Betätigung, von denen der die Beklagte allein berührende 'Handel mit Waren aller Art' nur eine von vielen ist, können künftige Möglichkeiten, Vermutungen und Aussichten aber noch keine konkrete drohende Gefahr einer Konkurrenz darstellen.

Die Beklagte hatte wenigstens Anhaltspunkte in der Richtung vortragen müssen, daß der Kläger zu ihrem Unternehmen in Wettbewerb habe treten wollen. An diesem Vortrag hat sie es fehlen lassen. Eine möglicherweise doch drohende Gefahr hatte sie leicht dadurch vermeiden können, daß sie den Kläger gefragt und entsprechend festgelegt hatte, ob er ihr mit seinem neuen Unternehmen dem tatsächlich vorgesehenen Geschäftsgegenstand noch in ihrem Geschäftszweig Konkurrenz machen werde. Da sie jede Aufklärung unterlassen und statt dessen sogleich die außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, muß zu Lasten der Beklagten angenommen werden, daß der Kläger eine Konkurrenztätigkeit zur Beklagten weder geplant noch ausgeführt hat, was im vorigen durch die spätere Entwicklung bestätigt worden ist.

II Die Revision kann auch nicht damit gehort werden, daß das Gesamtverhalten des Klägers unter Berücksichtigung weiterer Umstände allgemein aus wichtigem Grunde (§ 70 HGB, § 626 BGB, die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt habe. Dabei kann offen bleiben, ob das Landesarbeitsgericht solchen Überlegungen ausreichende Rechnung getragen hat. Da die Beklagte offensichtlich mehr als die bereits in der Vorinstanz geltend gemachten Gründe nicht geltend machen kann, ist der Senat in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden.

III Die anderweitige Tätigkeit eines Angestellten außerhalb seines Arbeitsbereiches im Arbeitsverhältnis kann, auch wenn sie an sich erlaubt ist, eine Kündigung rechtfertigen, nämlich dann, wenn der Angestellte infolge seiner "Neotätigkeit" seine eigentlichen Arbeitspflicht nicht mehr ausreichend nachkommt. Im Streitfall entfällt eine derartige Möglichkeit, weil



der Kläger jedenfalls zur Zeit der Kündigung vom 27. Dezember 1968 von seiner Leistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten ausdrücklich freigestellt war.

2 Auch die Tatsache, daß dem Kläger während des schwebenden Prozesses trotz Freistellung von der Arbeit das Gehalt fortgezahlt worden ist, rechtfertigt keine andere Entscheidung. Es mag sein, daß der Kläger ein zusätzliches Einkommen in dem Betrieb der T. GmbH nicht benötigte und deshalb auf deren Grundung hatte verzichten können. Darauf kommt es aber nicht an, wenn er – wie unter I dieser Entscheidungsgründe festgestellt – erlaubtermaßen im Zusammenhang mit der T. GmbH tätig geworden ist.

3 Die Gründe, auf die die Beklagte die erste Kündigung vom 1. März 1967 gestützt hatte, können in diesem Rechtsstreit aus keiner Blickrichtung her mehr berücksichtigt werden. Sie hätten allenfalls für die neue Kündigung unterstützend herangezogen werden können, wenn ein neuer Grund gegeben wäre. Der von der Beklagten angeführte neue Grund (verbotene Wettbewerbstätigkeit) liegt aber, wie ausgeführt, gerade nicht vor.

4 Im übrigen hat es das Landesarbeitsgericht nicht unterlassen, aufgrund einer Gesamtabwägung den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes zutreffend anzuwenden. Zu der Frage, ob die fristlose Kündigung entgegen der seinerzeit noch geltenden Auslegungsregel des § 11 Abs. 2 Satz 1 KSchG a. F. in eine ordentliche Kündigung umzudeuten war, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht Stellung genommen, weil der Sachverhalt dazu keinen Anlaß geboten hat.

III Auf die Fragen, die die Revision im Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung der Parteien angeschnitten hat, insbesondere auf die Rücknahme der Kündigung und die Einwilligung zur Gründung der T. GmbH durch die Mutter des Klägers, braucht der Senat nicht einzugehen. Wenn die Kündigung vom 27. Dezember 1968 wegen Fehlens eines wichtigen Grundes arbeitsrechtlich unwirksam ist, dann interessiert es nicht, ob dieselbe Rechtsfolge auch auf dem Weg über das Gesellschaftsrecht eintritt. Im übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Sonderstellung des Klägers, die sich aus seiner Beteiligung an der



-8-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt