

Aktenzeichen: 3 AZR 32/82

Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Urteil vom 20. März 1984

- 3 AZR 32/82 -

I. Arbeitsgericht

Berlin

Teil-Urteil vom 7. Juli 1981

- 8 Ca 221/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Berlin

Urteil vom 18. Dezember 1981

- 10 Sa 62/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Schadenersatz bei Verletzung des Wettbewerbsverbots

Gesetz:

HGB § 6 Abs. 1, § 59, § 60 Abs. 1, § 61; GmbHG § 13 Abs. 3;
BGB § 985, § 242 Auskunftspflicht

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](#)

3 AZR 32/82

10 Sa 62/81 Berlin

Verkündet am
20. März 1984

Sürig,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 1984 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, die Richter Schaub und Griebeling sowie die ehrenamtlichen Richter Heimann und Kynast für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 18. Dezember 1981 - 10 Sa 62/81 - wird zurückgewiesen.

2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

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 4. Juni 1935 geborene Beklagte trat zum 1. April 1963 als technischer Angestellter in die Dienste der P Stahlbau GmbH. Diese firmierte später vorübergehend "Vermögensverwaltungsgesellschaft P Stahlbau GmbH" und ist Rechtsvorgängerin der R GmbH in L , mit der sie im Dezember 1982 verschmolzen wurde (im folgenden kurz als Klägerin bezeichnet). Die Klägerin befaßte sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Stahlkonstruktionen jeder Art. Sie nimmt den Beklagten wegen Verletzung des gesetzlichen Wettbewerbsverbots in Anspruch.

Die Rechtsbeziehungen der Parteien wurden zuletzt durch den Dienstvertrag vom 10. März 1972 geregelt. Der Beklagte war danach Leiter der Montageabteilung und der Geschäftsleitung unmittelbar unterstellt (§ 2 des Vertrages). Die Position war mit dem Titel "Oberingenieur" verbunden (§ 4). Dem Beklagten wurde Prokura erteilt; er war berechtigt, die Klägerin in Gemeinschaft mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu vertreten (§ 3). Weiter hieß es in dem Vertrag auszugsweise wie folgt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

"§ 11

Herr E hat seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft zu widmen und ist verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft jederzeit wahrzunehmen.

§ 12

Herr E ist verpflichtet, über alle Angelegenheiten der Gesellschaft sowie über alle ihm dienstlich bekanntgewordenen Angelegenheiten der Konzerngesellschaften auch nach dem Ausscheiden Stillschweigen zu bewahren.

Bei Beendigung des Dienstverhältnisses ist Herr E verpflichtet, alles Material, das er aufgrund seiner Tätigkeit bei der Gesellschaft sowie einer etwaigen Tätigkeit bei Konzerngesellschaften gesammelt hat, zurückzugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht an den Gegenständen ist ausgeschlossen."

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. März 1977. Daraufhin stellte ihn die Klägerin ab 7. Januar 1977 von der Arbeitsleistung frei.

Durch "Bauvertrag" vom 19. Dezember 1975 mit der "BTN Bau-trärgesellschaft GmbH & Co. Investitions-Kommanditgesellschaft in K" (im folgenden BTN) verpflichtete sich die Klägerin, für den Rohbau des Bauvorhabens "RCN Handelszentrum Rheincenter" in N die Stahlskelettkonstruktion mit Stahlbetondecken zu erstellen. Dafür sollte die Klägerin eine pauschale Vergütung von 25,8 Millionen DM nach einem bestimmten Zahlungsplan erhalten. Den Vertrag hat der Beklagte zusammen mit dem damaligen Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnet. Dem Beklagten oblag die Leitung des Bauvorhabens. Während der Ausführung der Arbeiten kam es zwischen der Klägerin und der BTN zu Meinungsverschiedenheiten über die Einhaltung von Zahlungsterminen. Nach



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

-4-

Zahlungsaufforderung mit Fristsetzungen kündigte die Klägerin mit Fernschreiben vom 8. Februar 1977 an, sie werde die Arbeiten einstellen. Nachdem sie ihre Ankündigung verwirklicht hatte, wandte sich der Kommanditist der BTN, Ernst Werner R , an den Beklagten mit der Frage, ob er ein anderes Unternehmen wisse, daß die Arbeiten fortführen könne. Der Beklagte setzte sich daraufhin mit der M AG (im folgenden M) in Verbindung, die er von einer früheren Tätigkeit her kannte. Er vereinbarte mit R , daß er beim Zustandekommen eines Vertrages mit der M eine Provision von 250.000,-- DM erhalten solle. Nunmehr kündigte die BTN durch Fernschreiben vom 21. Februar 1977 das Vertragsverhältnis mit der Klägerin fristlos aus wichtigem Grund. In einer Verhandlung vom 22. Februar 1977 unterbreitete die M in Gegenwart des Beklagten der BTN ein mündliches Angebot über die Fortsetzung der Bauarbeiten. Das über die Verhandlung geführte Protokoll vermerkt unter anderem "Vertragsvorbereitung mit E , RHB und B ." Am 23. Februar 1977 kam es zum Vertragsabschluß; die Vergütung für die M sollte rund 12,3 Millionen DM betragen.

In einem Rechtsstreit zwischen dem bauleitenden Architekten der Klägerin und einer Tochtergesellschaft der BTN wurde der Beklagte am 11. November 1980 als Zeuge vernommen. Dabei hat er unter anderem ausgesagt:

"Nach meinem Ausscheiden bei der P Stahlbau ging ich zu einer Firma ORA Handels GmbH & Co. KG in B als Geschäftsführer. ... Seinerzeit haben Herr R und ich eine Vereinbarung getroffen, wonach mir für den Fall



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

-5-

des Zustandekommens eines Vertrages mit der M ein Betrag von 250.000 DM zugesichert wurde. Die Höhe meiner Provision war aber u.a. davon abhängig, welcher Preis erzielt und zu welchem Termin die M die Arbeiten beenden würde. Diesen Anspruch gegen R habe ich in die ORA eingebracht. Gezahlt wurden dann an die ORA ca. 55.000 DM."

Diese Aussage des Beklagten war auch Gegenstand seiner Vernehmung in dem Schiedsverfahren zwischen der Klägerin und der BTN wegen bestimmter Werklohnforderungen. In dem Sitzungsprotokoll des Schiedsgerichts vom 1. Dezember 1980 heißt es unter anderem:

"Dem Zeugen wurde seine Aussage vor dem Landgericht in Frankfurt am 11.11.1980 vorgelesen. Der Zeuge erklärt: Diese Aussage ist richtig, ich mache sie zum Gegenstand meiner heutigen Vernehmung. ...

Her R wandte sich im Februar 1977 an mich. Noch im Februar habe ich Verbindung mit M aufgenommen. Ungefähr zwei Wochen nach meiner Kontaktaufnahme ist der Vertrag zwischen BTN und M geschlossen worden. Meine Provision habe ich bzw. die ORA etwa Mitte 1977 erhalten."

Die Klägerin hat vorgetragen, der Beklagte habe gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Er habe Dritten gegenüber Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse preisgegeben. Ohne die Kalkulationsunterlagen und die Preisberechnungen für das Projekt Rheincenter, über die der Beklagte verfügt habe, hätte es nicht zwei Tage nach der fristlosen Kündigung des Bauvertrages durch die BTN zu dem neuen Vertragsabschluß mit der M kommen können. Der Beklagte müsse die von der BTN erhaltenen 55.000,-- DM an sie auskehren, ungeachtet dessen, daß die ORA das Geld erhalten habe. Außerdem müsse der Beklagte Auskunft darüber erteilen, welche



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Geschäftsunterlagen er noch in seinem Besitz habe.

Die Klägerin hat zuletzt, soweit es in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung ist, beantragt,

1. ihr Auskunft darüber zu erteilen, welche ihr und/oder ihrer Konzerngesellschaften gehörenden Unterlagen sich noch im Original, in Abschrift oder in Fotokopie in seinem Besitz befinden;
2. an sie 55.000,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Februar 1981 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, die Klägerin könne weder Zahlung noch Auskunft von ihm verlangen. Mit seiner Freistellung von der Arbeitsleistung habe die Klägerin stillschweigend auf ihre Rechte aus dem Arbeitsvertrag verzichtet. Das Zahlungsbegehren der Klägerin sei schon deswegen unbegründet, weil er nicht als kaufmännischer, sondern als technischer Angestellter bei ihr tätig gewesen sei. Die Bestimmungen der §§ 60, 61 HGB fänden daher keine Anwendung. Zudem habe bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 1977 ein Provisionsanspruch noch nicht bestanden. Die Entstehung eines solchen Anspruchs sei nämlich davon abhängig gewesen, daß die M bestimmte Fertigungsfristen einhalte. Schließlich habe er selbst überhaupt kein Geld von der BTN erhalten. Vielmehr habe die BTN einen Betrag von 55.000,-- DM an die ORA gezahlt, nachdem diese der BTN eine entsprechende Rechnung für vereinbarte Leistungen erteilt habe.

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche ihr oder einer ihrer Kon-



zerngesellschaften gehörenden Unterlagen sich noch in seinem Besitz befänden, sowie an die Klägerin 55.000,-- DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, der sein Ziel der Klageabweisung weiterverfolgt.

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

Die Revision ist nicht begründet. Der Beklagte muß der Klägerin den verlangten Betrag zahlen und die verlangte Auskunft erteilen.

I. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots dasjenige auszukehren, was ihm aufgrund der Vermittlung des Bauvertrages zwischen der BTN und der M wirtschaftlich zugeflossen ist.

1. Auf die Rechtsbeziehungen der Parteien ist das für Kaufleute und ihre nichtselbständigen kaufmännischen Mitarbeiter geltende Recht anzuwenden.

a) Die Klägerin gilt gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs, weil sie ihre Geschäfte in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieb. Für Handelsgesellschaften sind die für Kaufleute gegebenen Vorschriften maßgeblich (§ 6 Abs. 1 HGB). Hierzu gehören auch die Bestimmungen der §§ 59 bis 61 HGB.

b) Nach § 59 Satz 1 HGB ist kaufmännischer Angestellter ("Hand-



lungsgelhilfe", zur Terminologie vgl. BAG 22, 344, 348, 349 = AP Nr. 4 zu § 60 HGB, zu I 1 und 2 b der Gründe), wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist. Der Beklagte stand bei der Klägerin in einem Arbeitsverhältnis. Prokuristen im Anstellungsverhältnis werden nach einhelliger Ansicht zu den kaufmännischen Angestellten gerechnet (vgl. Staub/Bondi, HGB, 14. Aufl., § 59 Anm. 14; Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 59 Rz 23; Brüggemann/Würdinger, HGB, 3. Aufl., § 59 Anm. 7; Etzel, GK-HGB, § 59 Rz 10; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 2. Aufl., § 16 VI 2 a = S. 370; Hofmann, Der Prokurist, 4. Aufl., S. 14, 15, 146). Das ist im vorliegenden Fall nicht anders zu beurteilen. Der Einstufung des Beklagten als kaufmännischer Angestellter steht nicht entgegen, daß er Ingenieur ist und nach dem Dienstvertrag vom 10. März 1972 als "Oberingenieur" die Montageabteilung der Klägerin zu leiten hatte. Entscheidend ist, wie sich die Tätigkeit des Beklagten in den Unternehmenszweck einfügte und wie sie sich auf diesen auswirkte. Der Geschäftszweck der Klägerin umfaßte die Herstellung und den Vertrieb von Stahlkonstruktionen und zielte damit auf einen kaufmännischen Erfolg. Für diesen Erfolg war der Beklagte tätig. Bei Vertragsabschlüssen vertrat er die Klägerin, so auch bei Abschluß des Vertrages vom 19. Dezember 1975.

2. Der kaufmännische Angestellte darf ohne Einwilligung des Arbeitgebers in dessen Handelszweig weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte machen (§ 60 Abs. 1 HGB). Der Beklagte hat jedoch im Handelszweig der Klägerin Geschäfte gemacht und damit gegen das gesetzliche Verbot verstoßen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

a) Geschäftszweig der Klägerin waren die Herstellung und der Vertrieb von Stahlkonstruktionen. In diesem Bereich durfte sich der Beklagte wettbewerbsmäßig nicht betätigen. Er durfte weder selbst im eigenen Namen einen Bauvertrag über die Erstellung von Stahlkonstruktionen abschließen und der Klägerin damit Konkurrenz machen noch durfte er derartige Verträge gegen Entgelt an Dritte vermitteln. Die Vermittlung von untersagten Geschäften ist dem kaufmännischen Angestellten ebenso verboten wie der eigene Abschluß (Brüggemann/Würdinger, aaO, § 60 Anm. 3; Schlegelberger/Schröder, aaO, § 60 Rz 8 c; Karsten Schmidt, aaO, § 16 VI 2 b aa = S. 371). Der Beklagte hat den Bauvertrag zwischen der BTN und der M vermittelt, der die Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin und der BTN bedeutete. Damit hat er im Handelszweig der Klägerin ein Geschäft gemacht.

b) Unerheblich ist, daß der Beklagte den Bauvertrag zwischen der BTN und der M erst zu einer Zeit vermittelte, als die Klägerin ihn bereits von der Arbeitsleistung freigestellt hatte. Der kaufmännische Angestellte unterliegt dem Wettbewerbsverbot solange, wie das Arbeitsverhältnis dem rechtlichen Bande nach besteht. Eine Suspendierung führt nicht zur Aufhebung des Wettbewerbsverbots (BAG Urteil vom 30. Mai 1978 - 2 AZR 598/76 - AP Nr. 9 zu § 60 HGB, zu II 1 der Gründe, m.w.N.). Das Arbeitsverhältnis des Beklagten endete rechtlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist am 31. März 1977.

3.a) Verletzt der kaufmännische Angestellte die ihm nach § 60 HGB obliegende Verpflichtung, so kann der Arbeitgeber Schadenersatz



fordern oder stattdessen von seinem sogenannten Eintrittsrecht Gebrauch machen und verlangen, daß der Angestellte die für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten läßt (§ 61 Abs. 1 HGB). Dies bedeutet zwar nicht, daß der Prinzipal in das verbotswidrige Geschäft im Wege der Vertragsübernahme eintritt, jedoch wird das Geschäft im Verhältnis zum Angestellten so abgerechnet, als hätte dieser für Rechnung des Prinzipals gehandelt. Der Angestellte muß den Gewinn aus dem Geschäft an den Prinzipal abführen (BAG Urteil vom 15. Februar 1962 - 5 AZR 79/61 - AP Nr. 1 zu § 61 HGB, zu II 1 der Gründe; Karsten Schmidt, aaO, S. 373; Schlegelberger/Schröder, aaO, § 61 Rz 6 a).

b) Demgegenüber kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, die Klägerin hätte den Fortsetzungsvertrag mit der BTN wegen der eingetretenen Meinungsverschiedenheiten nicht abgeschlossen. Das Eintrittsrecht des § 61 Abs. 1 HGB ist eine pauschale Schadensregelung (BAG Urteil vom 15. Februar 1962, aaO, zu II 1 der Gründe). Daher kommt es für den Anspruch des Arbeitgebers nicht darauf an, ob er das verbotswidrige Geschäft selbst nicht abgeschlossen hätte oder überhaupt nicht hätte abschließen können (Schlegelberger/Schröder, aaO, § 61 Rz 6 a).

c) Der Beklagte kann sich weiter nicht darauf berufen, er selbst habe den Betrag von 55.000,-- DM als Provision nicht erhalten, vielmehr sei das Geld unmittelbar an die ORA gezahlt worden. Die Provision ist gleichwohl eine an ihn erbrachte Leistung, da sie ihm zugute gekommen ist. Ob er bereichert ist,



spielt keine Rolle. Eine dem § 818 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung enthält § 61 Abs 1 HGB nicht.

d) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Landesarbeitsgericht habe nicht beachtet, daß die ORA aufgrund eigener Leistungen einen Anspruch gegen die BTN gehabt habe. Das Berufungsgericht ist aufgrund tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis gelangt, der streitige Betrag habe dem Beklagten zugestanden und sei lediglich auf dessen Weisung an die ORA ausgezahlt worden. Diese Feststellung ist für den Senat bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO), da der Beklagte hiergegen Verfahrensrügen i. S. des § 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO nicht erhoben hat.

4. Der Anspruch der Klägerin ist nicht nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt. Das Landesarbeitsgericht hat dazu festgestellt, der Beklagte habe die Einrede der Verjährung nicht erhoben. Soweit der Beklagte sich in der Revisionsinstanz ausdrücklich auf Verjährung beruft, kann er damit nicht mehr gehört werden, weil es sich insoweit um neues und daher nicht mehr zu berücksichtigendes tatsächliches Vorbringen handelt (BAG 15, 67, 79 = AP Nr. 30 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, zu 8 der Gründe; BGHZ 1, 234, 239).

II. Der Beklagte ist auch verpflichtet, der Klägerin Auskunft darüber zu geben, welche ihr oder einer ihrer Konzerngesellschaften gehörenden Unterlagen sich noch in seinem Besitz befinden. Diese Auskunft dient der Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 985 BGB). Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auf



- 12 -

§ 12 Abs. 2 des Dienstvertrages vom 10. März 1972 hingewiesen, wonach der Beklagte verpflichtet ist, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses alles Material, das er aufgrund seiner Tätigkeit bei der Klägerin gesammelt hat, zurückzugeben, ohne daß ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, er wisse nicht, welche in seinem Besitz befindlichen Unterlagen der Klägerin gehörten. Er muß diese Unterlagen sorgfältig daraufhin untersuchen, welche von ihnen der Klägerin gehören können. Schließlich ist der Beklagte bei der Klägerin in maßgeblicher Position beschäftigt gewesen und daher durchaus in der Lage zu klären, welche Unterlagen der Klägerin während des Arbeitsverhältnisses in seinen Besitz gelangt sind.

Dr. Gehring

Schaub

Griebeling

Heimann

Kynast



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)