

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

25. MAI 1970

Gesetz: HGB §§ 60, 61, 112, 113, 59; GG Art. 3
Abs. 1, 12 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 123, 142,
139, 812, 818, 819

- Leitsätze:
1. Nach § 60 Abs. 1 HGB ist der Betrieb eines Handelsgewerbes durch einen kaufmännischen Angestellten nicht schlechthin, sondern nur im Handelszweig des Arbeitgebers an dessen Einwilligung gebunden.
 2. Die Anfechtung einer einzelnen Arbeitsbedingung wegen arglistiger Täuschung eines Arbeitgebers durch seinen Arbeitnehmer ist zulässig, wenn nur der angefochtene Teil des Vertrages auf der Täuschung beruht. Greift die Anfechtung durch, braucht der restliche Teil des Vertrages in seiner Wirksamkeit nicht berührt zu werden. Der erfolgreich angefochtene Teil des Vertrages entfällt rückwirkend.

Aktenzeichen: 3 AZR 384/69

Urteil des BAG vom 25. Mai 1970 LAG Düsseldorf



3 AZR 384/69
6 Sa 392/68 Düsseldorf

Matthias Prinz
Rechtsanwalt

www.prinz-law.com

Urteilstenor zugestellt
am 25. Mai 1970

Im Namen des Volkes!

gez. Groll,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 22. Mai 1970 durch
den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundes-
richterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter
Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter Röglin und Moritz
für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. Juli 1969
- 6 Sa 392/68 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger stellt unter der Firma "O -Wäschefabrik" in H modische Damenunterbekleidung her, die er teilweise durch angestellte Handelsreisende, teilweise durch selbständige Handelsvertreter vertreiben läßt. Im Juni 1964 suchte er durch Zeitungsanzeige für den Bezirk "Ruhrgebiet mit Nordrhein" einen "Vertreter (möglichst Alleinvertretung) oder Reisenden (mit Fixum, Provision und Spesen)". Unter anderem meldete sich der Beklagte, der damals für die Firma S - Wäschefabrik, O , arbeitete. Der Kläger und sein Schwiegersohn trafen den Beklagten am 27. Juni 1964 in Düsseldorf; der Beklagte wurde jedoch nicht eingestellt, weil der Kläger einen anderen Bewerber vorzog. Über den Inhalt des am 27. Juni 1964 geführten Gesprächs gehen die Darstellungen der Parteien auseinander.

Als der Kläger Anfang 1965 erneut für den Bezirk Nordrhein einen Vertreter benötigte, griff er auf den Beklagten zurück. Aufgrund einer Verhandlung mit dem Kläger und dessen Schwiegersohn am 12. Februar 1965 in Köln wurde der Beklagte mit einem Vertrag vom gleichen Tage angestellt, der folgenden Wortlaut hat:

"Köln, 12. 2. 1965

V e r t r a g

Herr M wird spätestens ab 1. 4. 1965 für den Aussendienst Nordrhein-Westfalen mit noch festzulegenden Grenzen fest angestellt. Es werden vereinbart:

Km-Geld: DM 0,25 pro gefahrener Km

Tagesspesen + Hotel : Fester Tagessatz DM 10,--
bei Übernachtung DM 20,--
+ Übernachtung lt.
Nachweis

Provision: 4,5 % Prov. bis 350.000,-- DM Umsatz/
Jahr
5,0 % " " 400.000,-- " "
5,5 % " " 450.000,-- " "
6,0 % " über 450.000,-- " "

Telefonspesen: werden gesondert vergütet.

Für das 1. und 2. Jahr wird eine Summe von jährlich DM 30.000,-- (=dreissigtausend = Km-Geld + Spesen + Provision) garantiert."

Am 22. Februar 1965 schrieb der Beklagte dem Kläger, daß die Zusammenarbeit am 22. März 1965 beginnen könne. Seit etwa Anfang März 1965 fuhr dann der Schwiegersohn des Klägers mit dem Beklagten zur Kundschaft, um ihn dort einzuführen. Der Beklagte hat - gemäß Abrechnung des Klägers - bis zum 31. März 1965 Aufträge in Höhe von insgesamt 3.693,05 DM eingebracht und hierauf 8 % = 295,44 DM erhalten. In der Folgezeit hat sich der Umsatz nicht zufriedenstellend entwickelt.

Unter dem Datum vom 30. August 1965 ersetzten die Parteien ihren Vertrag vom Februar durch eine neue Vereinbarung. Darin ist unter anderem bestimmt:

"Vertrag

Der Vertrag vom 12. 2. 65 wird hiermit aufgehoben. Dafür wird neu vereinbart:
Herr M ist rückwirkend ab 1. 8. 65 als Alleinvertreter tätig. Es erfolgt eine monatliche Abschlagszahlung von DM 1.805,--. Dieser Vertrag ist befristet bis 30.4.66.

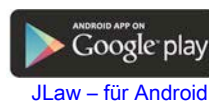
Herr M erhält für alle direkten und indirekten Aufträge Provision.

.....

Entsteht in der Endabrechnung vom 30. 4. 66 ein Saldo zu Gunsten der Fa. O, so verfällt dieser. Entsteht dagegen ein Saldo zugunsten von Herrn M, so wird dieser sofort in bar ausgezahlt.

Herr M bemüht sich noch um eine zweite Vertretung und bringt der Fa. O Vorschläge. Diese Zweitvertretung bedarf der Zustimmung der Fa. O. Als wichtiger Punkt wird vereinbart, daß die Fa. O die Hauptvertretung bleibt."

Im März 1966 teilte der Beklagte dem Kläger mit, daß er nun eine "Zweit"-vertretung habe, nämlich die Firma St, T, welche Strickwaren und Trikotagen herstellt. Der Kläger erklärte sich einverstanden. Im Hinblick darauf vereinbarten die Parteien am 16. März 1966 folgenden



Nachtrag zu ihrem Vertrag vom 30. August 1965:

- 1.) Für den Monat März werden DM 900,-- für die 1. Hälfte des Monats gezahlt. Scheck anbei.
- 2.) Ab 2. Hälfte März, also mit der neuen Winter-Kollektion, werden hierfür 8 % Provision vergütet ohne monatlichen Garantie-Betrag.
- 3.) Herr M erhält monatlich einen Bevorschussung im Rahmen der eingeholten Aufträge unter Berücksichtigung des hierdurch zu erwartenden Gesamtumsatzes mit der jeweils laufenden Kollektion.
- 4.) Bis zum 30. 4. muss sich sowohl die Fa. O als auch Herr M schriftlich entscheiden, ob die Vertretung weiterläuft oder nicht. Unsererseits wird es in erster Linie davon abhängen, ob die Erfolge mit der neuen Kollektion zu unserer Zufriedenheit ausfallen, d. h. also eine erhebliche Steigerung erfahren werden.
- 5.) Im Falle einer Trennung am 30. 4. werden Herrn M 8 % Provision auf die bis dahin eingesandten Aufträge verrechnet und sofort ausbezahlt."

Die über den 30. April 1966 hinaus fortgesetzte Tätigkeit des Beklagten für den Kläger fand im beiderseitigen Einvernehmen am 31. Juli 1966 ihr Ende.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe ihn in zweifacher Hinsicht getäuscht. Der Beklagte habe sich zwar bei dem ersten Treffen der Parteien am 27. Juni 1964 in Düsseldorf wahrheitsgemäß als Reisender der Wäschefabrik S, O, vorgestellt. Das sei eine Empfehlung gewesen, weil diese Firma in Fachkreisen angesehen sei und weil sich daraus Rückschlüsse auf die geschäftlichen Beziehungen des Beklagten zu den einschlägigen Fachgeschäften und über die Verkaufsfähigkeiten des Beklagten hätten ziehen lassen. Der Beklagte habe aber bei dieser ersten Unterredung verschwiegen, daß seine Tätigkeit für die Firma S bereits drei Tage später, am 30. Juni 1964, endete. Bei der zweiten Unterredung am 12. Februar 1965 in Köln habe der Beklagte behauptet, immer noch für

die Firma S tätig zu sein. Der Kläger habe deshalb nicht damit zu rechnen brauchen, daß der Beklagte daneben noch andere Firmen vertrete. Tatsächlich habe der Beklagte schon seit 1. Juli 1964 für die Strumpffabrik G in H gearbeitet; das habe er ihm verheimlicht. Erst Mitte August 1966 habe der Kläger erfahren, daß der Beklagte von Anfang an nicht allein für seine Firma gereist sei.

Der Kläger hat weiter behauptet, er hätte sich weder auf die im ersten Vertrag vorgesehene Garantieentlohnung noch auf den im zweiten Vertrag festgelegten Verfall eines etwa in der Endabrechnung vom 30. April 1966 zu seinen Gunsten entstehenden Saldos eingelassen, wenn er gewußt hätte, daß der Beklagte nicht ausschließlich für seine Firma arbeiten werde. Er hat deshalb durch Schreiben seines Anwalts vom 21. September 1966 (Bl. 250 VorA) seine Willenserklärungen in den beiden Verträgen von 1965 wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums angefochten.

Mit der am 28. April 1967 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage verlangt der Kläger vom Beklagten - soweit es jetzt noch interessiert - Zahlung von 8.722,61 DM nebst 9 % Zinsen. Das ist die Differenz zwischen dem bis zum 15. März 1966 nach dem ersten und zweiten Vertrag ausgezahlten Garantielohn (in unstreitiger Höhe von 23.830,44 DM) und 8 % Provision auf die vom Beklagten vermittelten Geschäfte (nach dem Vortrag des Klägers: 15.107,83 DM).

Der Beklagte wehrt sich gegen die Forderung. Er hat behauptet, er habe dem Kläger bereits bei der ersten Unterredung am 27. Juni 1964 erklärt, daß er bei der Firma S am 30. Juni 1964 ausscheide, ab 1. 7. für G tätig werde und die Vertretung des Klägers neben der Vertretung für die Firma G übernehmen wolle. Bei dem zweiten Gespräch am 12. Februar 1965 sei dem Kläger daher bekannt gewesen, daß er ab 1. Juli 1964 für die Firma G gearbeitet habe. Der Kläger habe sich auch selbst sagen müssen, daß der Beklagte nicht seit dem 1. Juli 1964 untätig geblieben sei.



Außerdem hat der Beklagte sich auf Verjährung berufen.

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Das Landesarbeitsgericht hat den Klageanspruch als Schadenersatzanspruch nach § 61 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB aufgefaßt, den Klagevortrag als wahr unterstellt und die Klage wegen Verjährung abgewiesen, da der Kläger die Frist nach § 61 Abs. 2 Halbs. 1 HGB nach seinem eigenen Vortrag nicht gewahrt habe. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet; denn die Klageforderung ist keine Schadenersatzforderung nach §§ 60, 61 Abs. 1 HGB, die der dreimonatigen Verjährungsfrist nach § 61 Abs. 2 HGB unterliegt.

I. Die Entscheidung des Rechtsstreits setzt Klarheit über die Reichweite der §§ 60, 61 HGB voraus.

1. § 60 Abs. 1 HGB verbietet dem Angestellten zweierlei; er darf ohne Einwilligung des Arbeitgebers nicht:

- (1) ein Handelsgewerbe betreiben,
- (2) in dem Handelszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

a) Die zweite Alternative des § 60 Abs. 1 HGB beschränkt das Verbot auf eine Betätigung im Handelszweig des Arbeitgebers. Hier soll offensichtlich nur die Konkurrenzgefahr ausgeschaltet werden. Die Regelung enthält eine wesentliche Erleichterung gegenüber dem vor 1900 geltenden Recht. Nach der Fassung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, 379, 404, Art. 59 und 56) durfte der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals keinerlei Handelsgeschäfte machen. Auch gelegentliche Geschäfte in einem fremden Handelszweig bedurften der Einwilligung. Dies sollte durch die Neufassung des § 60 HGB (= § 59 des Entwurfs) gelockert



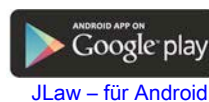
werden (vgl. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, IV. Session 1895/97, 6. Anlageband, Aktenstück Nr. 632 Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 3167).

b) Bei der ersten Alternative des § 60 Abs. 1 HGB hat sich hingegen der Gesetzgeber von 1895/97 zu einer Beschränkung auf den Handelszweig des Arbeitgebers nicht entschließen können. Hier kommt es nach dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut nicht darauf an, ob das Handelsgewerbe dem Arbeitgeber Konkurrenz macht. Dem entspricht die Lehrbuch- und Kommentarliteratur (Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 10/11. Aufl., 1923, § 29 II 2 a S. 89; Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., Bd. 1, § 60 Bem. 5; Würdinger in Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 60 Bem. 2; Baumbach-Duden, HGB, 18. Aufl., §§ 60, 61 Bem. 1 A).

Dabei fällt auf, daß die entsprechende Bestimmung für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (§ 112 Abs. 1 HGB) dem Gesellschafter nur die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter verwehrt. Dieser Widerspruch ist umso weniger verständlich, als nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelung für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (Art. 96 f. ADHGB, §§ 110 f. des Entwurfs zum HGB) den heutigen §§ 60 f. HGB zum Vorbild gedient hat (Denkschrift HGB S. 3167 u. S. 3180, 3181).

2. Die erste Alternative des § 60 Abs. 1 HGB ist verfassungsrechtlich bedenklich. Sicher darf ein Arbeitnehmer während bestehendem Arbeitsverhältnis keine Konkurrenz machen; das verbietet schon die allgemeine vertragliche Rücksichtspflicht (Urteil des Senats vom 17. Oktober 1969 - 3 AZR 442/68 - demnächst AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht). Das Verbot, ohne Einwilligung des Arbeitgebers ein beliebiges Handelsgewerbe zu betreiben, geht aber weit darüber hinaus.

a) Es mag einer früheren, noch durch Vorstellungen aus der Zeit des Zunftwesens beeinflussten patriarchalischen Auffassung entsprochen haben, den Angestellten auch in seiner Freizeit



zu bevormunden; dafür spricht auch die sehr weitgehende Fassung § des Gesetzes, wie es vor 1900 galt. Mit dem Grundrecht der freien Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) läßt sich eine so weitgehende Beschränkung des Arbeitnehmers nicht vereinbaren; denn dieses Grundrecht umfaßt auch das Recht, mehrere Berufe nebeneinander auszuüben (BVerfGE 21, 173 1797 = AP Nr. 37 zu Art. 12 GG Zu C 17).

b) Öffentliche Interessen, die das dem kaufmännischen Angestellten auferlegte Verbot rechtfertigen könnten, ein Handelsgewerbe jedweder Art zu betreiben, sind nicht ersichtlich. Man könnte allenfalls daran denken, der Gesetzgeber habe den einzelnen davor schützen wollen, Raubbau an seiner Gesundheit zu treiben. Wollte man das Gesetz so auffassen, wäre jedoch unverständlich, warum der Betrieb eines Handelsgewerbes mit Einwilligung des Arbeitgebers gestattet sein soll. Ein so begründetes Verbot ließe sich auch nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbaren. Es ist kein vernünftiger Grund dafür zu finden, daß ein kaufmännischer Angestellter in dieser Weise beschränkt wird, während es für alle anderen Arbeitnehmer-Gruppen ebenso wie für die Selbständigen keine vergleichbare Bestimmung gibt. Ebensowenig läßt sich aus Gründen des Gesundheitsschutzes erklären, warum ein kaufmännischer Angestellter ohne Einwilligung des Arbeitgebers zwar kein Handelsgewerbe betreiben, hingegen jede andere Nebenbeschäftigung ausüben darf. Beispielsweise kann § 60 HGB ihn nicht hindern, neben seinem Arbeitsverhältnis nachts in einem Tanzlokal zu musizieren, als Kellner zu arbeiten oder sich in der Landwirtschaft zu betätigen. Die einzigen Grenzen, die insoweit gezogen sind, ergeben sich aus der Arbeitszeitordnung; diese Grenzen dürfen auch bei Doppelarbeitsverhältnissen nicht überschritten werden (BAG 8, 47 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis).

c) Die erste Alternative des § 60 Abs. 1 HGB kann auch nicht mit der Begründung gehalten werden, das Verbot ohne Einwilligung des Arbeitgebers ein beliebiges Handelsgewerbe zu betreiben, sei nur eine Folge der vertraglichen Bindung



des Angestellten. Der einzelne sei nicht gehindert, vertragliche Beziehungen aufzunehmen, die ihn in seiner freien Berufswahl beschränkten.

Mit dieser Begründung läßt sich die Beschränkung einer beruflichen oder unberuflichen Tätigkeit nur insoweit vertreten, wie diese Tätigkeit mit den Pflichten des Angestellten aus dem Arbeitsverhältnis im Widerspruch stehen. So gesehen könnte der Zweck des § 60 Abs. 1 HGB allenfalls der sein, den Arbeitgeber nicht nur vor einem Wettbewerb durch seinen Angestellten zu schützen, sondern auch davor, daß dieser sich in einer anderen Tätigkeit verausgabt und für seine vertraglichen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr leistungsfähig ist. Indessen ginge ein Verbot schlechthin, ohne Einwilligung des Arbeitgebers in seiner Freizeit ein Handelsgewerbe auch in noch so bescheidenem Umfang zu betreiben, weit über das hinaus, was die vertragliche Bindung des Angestellten fordert; es würde deshalb vor Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht bestehen können. Außerdem müßte es bezogen auf einen so bestimmten Gesetzeszweck willkürlich und deshalb nach Art. 3 Abs. 1 GG untragbar erscheinen, wenn der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung seines Arbeitgebers zwar gehindert sein sollte, ein Handelsgewerbe zu betreiben, wenn er hingegen eine vielleicht viel anstrengendere Nebentätigkeit in der Landwirtschaft, im freien Beruf oder in einem nicht kaufmännischen Gewerbe sollte ausüben dürfen.

3. Die erste Alternative des § 60 Abs. 1 HGB kann nach alledem vor dem Grundgesetz nur Bestand haben, wenn man die Vorschrift verfassungskonform einengend auslegt: Der Betrieb eines Handelsgewerbes ohne Einwilligung des Arbeitgebers kann dem Handlungsgehilfen nur verwehrt sein, wenn dies den Arbeitgeber schädigen kann, das heißt, wenn der Angestellte ein Handelsgewerbe im Handelszweig des Arbeitgebers betreibt, so daß dieses Handelsgewerbe für den Arbeitgeber wettbewerbsmäßig eine Gefahr bedet.

a) Mit dieser Auslegung werden beide Alternativen des § 60 Abs. 1 HGB einander angenähert. Die Reichweite des Verbots wird beschränkt auf das Gebiet, in dem die Nebentätigkeit seines



Angestellten den Arbeitgeber wettbewerbsmäßig schaden oder doch gefährden kann. In dieser Begrenzung verstoßt das Verbot nicht gegen das Grundrecht der freien Berufswahl. Die Verpflichtung des Angestellten, sich einer Konkurrentztätigkeit zu enthalten, ist eine Folge der freiwillig übernommenen vertraglichen Bindung gegenüber dem Arbeitgeber und deshalb durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht ausgeschlossen.

b) Zugleich wird durch eine solche verfassungskonforme Auslegung der Gleichklang mit der für Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft geltenden Regelung des § 112 Abs. 1 HGB hergestellt. Dieser Gleichklang ist umso mehr geboten, als nach moderner Auffassung der Arbeitnehmer in immer stärkerem Maße als Mitarbeiter und Partner des Arbeitgebers zu sehen ist, wie es zum Beispiel im Vermögensbildungsgesetz zum Ausdruck kommt. Dem entspricht es, den Arbeitnehmer auch in seiner rechtlichen Stellung dem Gesellschafter anzunähern.

c) Schließlich wird durch die einengende Auslegung des § 60 Abs. 1 HGB das geradezu paradoxe Ergebnis vermieden, daß die Anwendbarkeit dieser Vorschrift - zum Beispiel im Fall dieses Rechtsstreits - davon abhängen soll, ob der Angestellte in einem nicht konkurrierenden Geschäftszweig selbständiger Handelsvertreter oder angestellter Reisender ist. Als selbständiger Handelsvertreter betreibt er nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB ein Handelsgewerbe, als angestellter Reisender nicht. Die Grenzen zwischen beiden sind flüchtig und oftmals schwer zu ziehen. Es wäre widersinnig, sollte es dem kaufmännischen Angestellten zwar erlaubt sein, im Nebenberuf ein zweites Arbeitsverhältnis als Reisender einzugehen, sofern dies nur nicht im Geschäftszweig des Arbeitgebers seines ersten Arbeitsverhältnisses geschieht, sollte es ihm aber untersagt sein, ohne Einwilligung seines Arbeitgebers die gleiche nicht konkurrierende Tätigkeit als Handelsvertreter auszuüben. Dies gilt umso mehr, als die Bindung durch ein zweites Arbeitsverhältnis vielfach stärker sein wird als durch ein zusätzliches Handelsvertreterver-



hältnis.

d) Es ergibt sich, daß § 60 Abs. 1 HGB einer - selbständigen oder unselbständigen - Nebentätigkeit des kaufmännischen Angestellten in einem Handelsgewerbe nur insoweit im Wege steht, wie diese den Interessen seines Arbeitgebers aus Gründen des Wettbewerbs zuwiderläuft, weil der Angestellte sich im Handelszweig des Arbeitgebers betätigt.

Unabhängig davon ist der Angestellte mit Rücksicht auf seine vertragliche Arbeitspflicht gehalten, keine Nebentätigkeit in einem Ausmaß zu übernehmen, daß er seine Leistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann. Diese Pflicht folgt für den kaufmännischen Angestellten jedoch aus § 59 und nicht aus § 60 HGB. Ihr Inhalt ist nicht so sehr Unterlassung von Nebentätigkeit, sondern ordnungsgemäße Erfüllung der Dienstleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis. (Zu diesem in dem Anspruch auf die Dienstleistung enthaltenen Anspruch auf Unterlassung einer störenden Nebentätigkeit vgl. das oben zu I 2 erwähnte Urteil des Senats vom 17. Oktober 1969 - 3 AZR 442/68.)

II. Für diesen Rechtsstreit ergibt sich:

1. Da der Kläger dem Beklagten keine Wettbewerbstätigkeit vorwirft, sondern nur behauptet, dieser habe seine arbeitsvertragliche Leistungspflicht vernachlässigt, beruht die Klageforderung nicht auf § 60 HGB. Deshalb unterliegt die Forderung auch nicht der kurzen Verjährungsfrist nach § 61 Abs. 2 HGB. Folglich muß das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit, da das Landesarbeitsgericht keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat, an die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden.

2. Es kommt somit nicht darauf an, ob die kurze Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB für beide Alternativen des § 60 Abs. 1 HGB gilt oder nur für die Verletzung des Verbots, in dem Handelszweig des Arbeitgebers Geschäfte zu machen. Für die zweite Auffassung spricht der Wortlaut des Gesetzes, das die Verjährungsfrist - anders als in der Parallelvorschrift des § 115 Abs. 3 HGB - mit Kenntnis des Arbeitgebers" von dem Ab-



"Schluß des Geschäfts" beginnen läßt. Eine Beschränkung der kurzen Verjährungsfrist auf die zweite Alternative des § 60 Abs. 1 HGB wäre aber so unverständlich, daß diese wortgetreue Auslegung des § 61 Abs. 2 HGB offenbar nirgends vertreten wird. Auch RGZ 63, 252 ~~/253/~~ behandelt die beiden Tatbestände des § 60 Abs. 1 HGB in der Verjährungsfrage wie selbstverständlich gleich. Man muß wohl annehmen, daß es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt.

3. Die umstrittene, vom Landesarbeitsgericht für den deliktischen Anspruch bejahte Frage, ob die kurze Verjährungsfrist auch für deliktische oder Bereicherungsansprüche gilt, die mit Ansprüchen aus den §§ 60, 61 HGB konkurrieren, braucht ebenfalls nicht entschieden zu werden.

III. Für die weitere Behandlung des Rechtsstreits gibt der Senat noch folgende Hinweise:

1. Der Kläger hat durch das Schreiben seines Anwalts vom 21. September 1966 die in den Verträgen von 1965 abgegebenen Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums angefochten. Nach dem Aktenbild will der Kläger offenbar an einer Anfechtung wegen Irrtums nicht mehr festhalten. Zu der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ergibt sich aus dem Zusammenhang, daß der Kläger nicht seine sämtlichen in diesen Verträgen enthaltenen Willenserklärungen anfechten wollte, sondern nur die Zusicherung des Garantielohnes im ersten Vertrag sowie die Vereinbarung über die Abschlagszahlung in Verbindung mit dem Verfall eines etwaigen Passivsaldos im zweiten Vertrag. Das hat der Beklagte nach dem Akteninhalt auch so verstanden.

2. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung könnte begründet sein, falls der Sachverhalt sich so zugetragen hat, wie es der Kläger behauptet.

a) Die Anfechtung einer einzelnen Arbeitsbedingung ist zulässig, wenn nur dieser Teil des Vertrages auf einer arglistigen Täuschung, beruht. Greift die Anfechtung durch,



so braucht der restliche Vertrag in seiner Wirksamkeit nicht berührt zu werden. Der erfolgreich angefochtene Teil des Vertrages entfällt dann rückwirkend. Das folgt daraus, daß die wirksame Anfechtung die angefochtene Willenserklärung rückwirkend beseitigt (§ 142 Abs. 1 BGB).

Zwar wirkt sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei Anfechtung des ganzen Arbeitsvertrages die durch die Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit auch im Fall der arglistigen Täuschung nur mit Wirkung für die Zukunft aus (BAG 5, 159 1761 f. = AP Nr. 2 zu § 123 BGB; AP Nr. 32 zu § 63 HGB), weil das gelebte Arbeitsverhältnis nicht rückgängig gemacht werden kann. Das gilt aber nicht, wenn auch nach Wegfall des angefochtenen Teiles noch ein in sich sinnvoller Arbeitsvertrag verbleibt. (Vgl. zur Anfechtung einzelner Arbeitsbedingungen: Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, § 23 IV 7, S. 226 f.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1963, § 32 III 1 f, S. 190; Staudinger-Nipperdey-Neumann, BGB, 11. Aufl., § 611 Bem. 97.) Dies wäre hier der Fall, weil der Kläger nur die Vereinbarung des Fixums im Wege der Anfechtung rückwirkend beseitigen will und die entstehende Lücke entsprechend dem Vertrag von 1966 selbst dadurch ergänzt hat, daß er von einem Provisionssatz von 8 % ausgeht, den offenbar beide Parteien für angemessen halten. Die Frage des § 139 BGB, ob anzunehmen ist, daß die Parteien verständigerweise den Vertrag auch ohne den angefochtenen Teil abgeschlossen hätten, stellt sich nicht, soweit es sich nur um die Anfechtung für die Vergangenheit handelt, in der das Arbeitsverhältnis tatsächlich eingehalten worden ist (so mit Recht Nikisch aaO S. 227).

Somit würde im Fall einer erfolgreichen Teilanfechtung die angefochtene Garantielohnvereinbarung rückwirkend nichtig. Das Landesarbeitsgericht brauchte nicht auf die kritische Erörterung der Streitfrage im Schrifttum einzugehen, ob auch bei Anfechtung eines ganzen Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung keine rückwirkende Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses anzuerkennen ist (Mayer-Maly zu AP Nr. 32 zu § 63 HGB; vgl. auch Hueck-Nipperdey. aaO, § 32 III 1 a, Fußnote 8, S. 186;

Nikisch aaO, § 23 IV 5, S. 226). Wegen der Rückwirkung der Teilanfechtung ist es - entgegen der Ansicht des Beklagten - auch unerheblich, daß die beiden Verträge von 1965 in dem entscheidenden Punkt des Fixums durch den Nachtrag von 1966 geändert worden sind.

b) Voraussetzung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist, daß der Beklagte den Kläger wider besseres Wissen dadurch getäuscht hat, daß er eine nicht vorhandene Tatsache (die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses für die Firma S bis März 1965) vortäuschte und eine wahre Tatsache (seine Bindung an die Firma G) verschwieg. Das Verschweigen seiner Tätigkeit für die Firma G wäre nur dann bedeutsam, wenn der Beklagte dies hätte offenbaren müssen. Im allgemeinen kann man dem Arbeitnehmer, der eine wahre Tatsache verschweigt, nur dann eine arglistige Täuschung seines Arbeitgebers vorwerfen, wenn er dessen zulässigerweise gestellte Frage bewußt wahrheitswidrig beantwortet (BAG 5, 159 163 = AP Nr. 2 zu § 123 BGB; BAG 11, 270 273 = AP Nr. 15 aaO beide Entscheidungen betreffen das Verschweigen der Schwangerschaft). Man wird darüber hinaus annehmen müssen, daß die Frage nicht unbedingt ausdrücklich gestellt zu sein braucht. Auch dann kann, je nach den Umständen des Falles, eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers zu bejahen sein, wenn dieser erkennen muß, daß der Arbeitgeber von einem falschen Sachverhalt ausgeht und daß der zu offenbarende Umstand für ihn bedeutsam ist. Dies gilt umso mehr, wenn es sich nicht um einen Umstand handelt, den - wie im Fall der Schwangerschaft, oder der Vorstrafen - viele mit Diskretion behandelt sehen möchten.

Andererseits ist nicht auszuschließen, daß der Beklagte der Meinung war, der Kläger kenne den wahren Sachverhalt, und daß die Parteien sich lediglich mißverstanden haben.



c) Weiter ist Voraussetzung der Anfechtung wegen arglistischer Täuschung, daß die Täuschung den Kläger veranlaßt hat, mit dem Beklagten die Garantieentlohnung zu vereinbaren.

Dabei kann es nicht entscheidend darauf ankommen, daß der Beklagte nach Abs. 1 des Vertrages vom 30. August 1965 als "Alleinvertreter" angestellt wurde. Es mag sein, daß hiermit gemeint war, der Beklagte solle Bezirksvertreter im Sinne von § 87 Abs. 2 HGB sein. Dennoch könnte aus dem vorletzten Absatz dieses Vertrages zu folgern sein, daß nach der Vereinbarung jede vom Kläger nicht genehmigte weitere Vertretung ausgeschlossen sein sollte. Dies könnte vermuten lassen, daß in der Tat dieser und der vorhergehende Vertrag nur unter der Voraussetzung abgeschlossen wurden, der Beklagte werde - außer seiner auslaufenden Tätigkeit für die Firma S - seine ganze Arbeitskraft dem Kläger zur Verfügung stellen. Dafür könnte schließlich sprechen, daß der dritte Vertrag, den die Parteien schlossen, nachdem der Beklagte mit Einwilligung des Klägers noch die Vertretung für die Firma St übernommen hatte, kein Fixum vorsieht.

d) Auf dieser Grundlage wird das Landesarbeitsgericht anhand des Parteivortrages und etwaiger weiterer Beweisangebote sich seine Überzeugung darüber bilden müssen, ob wirklich der Kläger durch eine arglistige Täuschung des Beklagten bewogen wurde, den Garantielohn zu vereinbaren.

Sollten beide Voraussetzungen erfüllt sein, müßte die Anfechtung durchgreifen. Der Garantielohn wäre ohne Rechtsgrund gezahlt und folglich vom Beklagten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erstatten. Der Einwand der weggefallenen Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) wäre wegen § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 142 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, so daß die Klageforderung begründet wäre.

gez. Dr. Stumpf Hilger Dr. Rengier
 Röglin Moritz

