

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

Gesetz: BGB § 611 Treuepflicht, § 611 Konkurrenztätigkeit, § 276 Vertragsverletzung, §§ 182 ff., 282, § 687 Abs. 2, §§ 666, 667, 681; ZPO § 138 Abs. 3, §§ 286, 288, 717

Leitsätze:

1. Der Arbeitnehmer verletzt, auch wenn er nicht Handlungsgehilfe ist, durch unerlaubte Konkurrenz seine Vertragspflichten, wenn er im eigenen Namen und Interesse seine Dienste und Leistungen Dritten im Marktbereich des Arbeitgebers ohne dessen Zustimmung anbietet.
2. Wenn streitig bleibt, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Konkurrenztätigkeit gestattet hat, trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen und den Umfang der Gestattung der Arbeitnehmer.
3. Unerlaubte Konkurrenztätigkeit verpflichtet den Arbeitnehmer, dem Arbeitgeber über den Umfang der Konkurrenztätigkeit Auskunft zu erteilen und Rechenschaft zu legen und das aus der Konkurrenztätigkeit Erlangte an den Arbeitgeber auszukehren.

Aktenzeichen: 3 AZR 73/75

Urteil des BAG vom 16. Juni 1976

LAG Berlin



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



3 AZR 73/75

4 Sa 31/74 Berlin

Verkündet
am 16. Juni 1976

gez. 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 16. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Röglin und Engel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 29. Oktober 1974 - 4 Sa 31/74 - 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 !



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

1. Der Beklagte betreibt ein Architekturbüro. Der Kläger ist Architekt und war seit November 1969 im Büro des Beklagten in leitender Funktion fest angestellt.

Am 29. Oktober 1973 kündigte der Beklagte schriftlich das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. Dezember 1973. Zur Begründung berief er sich darauf, daß der Kläger außerhalb des Büros des Beklagten Architektenleistungen erbracht habe und damit in unerlaubten Wettbewerb zu ihm getreten sei.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung beantragt.

Er hat geltend gemacht, die Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes seien gegeben. Im Kündigungszeitpunkt und auch im Zeitpunkt der Klageerhebung seien neben dem Kläger noch 13 weitere Arbeitnehmer bei dem Beklagten angestellt gewesen, im Januar 1974 habe der Beklagte noch zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Der Kläger hat bestritten, verbotenen Wettbewerb betrieben zu haben. Allerdings habe ihm Ende 1972 ein Bekannter die Planung und Beaufsichtigung eines Bauvorhabens in der T Straße angeboten. Davon habe er noch im Dezember 1972 den Beklagten unterrichtet und dabei darauf hingewiesen, daß der Bau von acht bis neun Wohneinheiten beabsichtigt, die genaue Größe des Vorhabens aber noch nicht bekannt sei; er habe den Beklagten gefragt, ob er den Bau selbst über sein Architekturbüro betreuen wolle. Der Beklagte habe das verneint und dem Kläger gestattet, das Bauvorhaben in eigener Verantwortung durchzuführen.

Das Bauvorhaben sei später in der Größe von zwölf Wohneinheiten bauaufsichtlich genehmigt worden. Der Beklagte habe diese Nebentätigkeit des Klägers, die ihm im einzelnen bekannt gewesen sei, bis kurz vor dem Ausspruch der Kündigung nicht beanstandet. Mit dieser Tätigkeit habe der Kläger dem Beklagten

- 3 -



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



- 3 -

auch keinen Wettbewerb gemacht. Der Beklagte habe in seinem Büro Aufträge von ganz anderer Größenordnung bearbeitet. Wenn der Kläger den Auftrag des Bekannten nicht übernommen hätte, wäre dieser keinesfalls an das Büro des Beklagten vergeben worden.

Aus betrieblichen Gründen sei die Kündigung ebenfalls nicht gerechtfertigt. Es habe keine betriebliche Notwendigkeit bestanden, ihn zu entlassen. Die Auftragslage sei niemals schlecht gewesen. Jedenfalls habe der Beklagte zunächst zwei andere Architekten entlassen müssen. Dem Kläger sei es auch nicht mehr zuzumuten, weiterhin mit dem Beklagten zusammenzuarbeiten. Neben anderem sei dafür ausschlaggebend, daß der Beklagte ihn am 28. November 1973 ohne erkenntlichen Grund angeschrien, aus dem Büro gewiesen und ihm in der Folge den Zutritt verwehrt habe. Der Kläger könne deswegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer angemessenen Abfindung verlangen.

Der Kläger hat - neben Auskunfts- und Zahlungsanträgen, die in der Revisionsinstanz nicht mehr interessieren - beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die vom Beklagten mit Schreiben vom 29. Oktober 1973 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden ist,
2. das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1973 aufzulösen,
3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn eine Abfindung zu zahlen, deren Wert in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Der Beklagte hat insoweit beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat geltend gemacht, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Im Zeitpunkt der Kündigungserklärung - am 29. Oktober 1973 - habe er neben dem Kläger sieben weitere Angestellte beschäftigt; von diesen seien aber drei Ende November-Anfang Dezember einverständlich ausgeschieden. Die übrigen, vom Kläger angegebenen Angestellten seien nicht bei ihm, sondern bei anderen Firmen angestellt gewesen.

- 4 -



- 4 -

Die Anhörung des Betriebsobmannes zur Kündigung des Klägers sei nicht notwendig gewesen, weil der Kläger leitender Angestellter gewesen sei und deswegen das Betriebsverfassungsgesetz auf ihn keine Anwendung finde.

Der Kläger habe ihm durch verbotenen Wettbewerb Grund zur Kündigung gegeben. Es sei zwar richtig, daß er dem Kläger erlaube habe, ein Bauvorhaben in eigener Verantwortung durchzuführen. Der Kläger habe ihm bei der Unterredung im Dezember 1972 erklärt, daß es sich um ein Projekt von zwei bis drei Wohneinheiten handele. Gegen die Durchführung eines so kleinen Projektes habe er nichts einzuwenden gehabt. Hätte er jedoch die wahre Größe des Projektes gekannt, so hätte er die ihm angetragene Betreuung durch sein Büro nicht abgelehnt und die Einwilligung zur Bearbeitung durch den Kläger nicht gegeben. Das habe der Kläger auch gewußt und ihn deswegen über den tatsächlichen Umfang des Vorhabens getäuscht. Der Kläger habe ihn auch in der Folge nicht über die Größe seines Projektes aufgeklärt und könne sich deswegen nicht darauf berufen, daß ihm der Wettbewerb erlaubt gewesen sei.

Der Kläger habe aber darüber hinaus auch noch in seiner Arbeitszeit an seinem privaten Vorhaben gearbeitet. Dies sei ihm jedenfalls nicht gestattet gewesen.

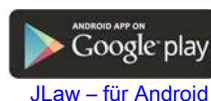
Schließlich sei die Kündigung auch aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt gewesen. Er habe wegen Auftragsmangels in der Zeit von 1973 bis Mitte 1974 sein Büro auf drei Angestellte verkleinern müssen; den Kläger, der Leiter der Entwurfsgruppe gewesen sei, habe er nicht behalten können, weil nach der Einschränkung des Betriebs kein Bedarf mehr für die leitende Funktion des Klägers bestanden habe.

2. Der Beklagte hat weiter die Ansicht vertreten, daß er, da der Kläger durch die Bearbeitung des Bauvorhabens verbotenen Wettbewerb betrieben habe, Schadenersatz wegen Vertragsverletzung und Herausgabe des durch die vertragswidrige Handlungsweise Erlangten fordern könne. Der Kläger sei verpflichtet, das

- 5 -



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



- 5 -

für dieses Bauvorhaben erzielte Honorar, welches er, der Beklagte, auf etwa 80.000,-- DM schätze, herauszugeben.

Der Beklagte hat daher im Wege der Widerklage beantragt,

1. den Kläger zu verurteilen, ihm Auskunft über das für das Bauvorhaben T Straße erzielte Honorar zu erteilen, und
2. den Kläger zur Zahlung des sich hieraus ergebenden Endbetrages zu verurteilen.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Er hat die Ansicht vertreten, die Widerklageansprüche seien unbegründet, da seine Tätigkeit kein Wettbewerb gewesen sei.

3. Das Arbeitsgericht hat - soweit es hier noch interessiert - entschieden, daß die Kündigung vom 29. Oktober 1973 sozialwidrig war. Es hat ausgesprochen, daß das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1973 aufgelöst wird, und es hat den Beklagten gemäß den §§ 9, 10 KSchG zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 17.500,-- DM verurteilt. Die Widerklage hat das Arbeitsgericht abgewiesen.

Insoweit hat der Beklagte gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berufung eingelegt, mit der er das Ziel der Klageabweisung und seine Widerklage weiterverfolgt hat. Mit der Begründung, daß ihm durch die Vollstreckung des arbeitsgerichtlichen Urteils Kosten in dieser Höhe entstanden seien, hat der Beklagte weiter noch beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten 17.690,87 DM zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 15. Juni 1974 zu zahlen.

Der Kläger hat die Zurückweisung der Berufung und die Abweisung des in der Berufungsinstanz gestellten weiteren Antrags beantragt.

Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag des Klägers entsprochen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine in der Berufung gestellten Anträge weiter.

- 6 -



Entscheidungsgründe:

Die Sache ist noch nicht zur Entscheidung reif.

I. Das Landesarbeitsgericht hat für die Frage, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht, zu Recht das Kündigungsschutzgesetz angewendet. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gilt der Kündigungsschutz der §§ 1 ff. KSchG nicht für Betriebe, die in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigen. Maßgebend sind die Größenverhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, nicht im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Denn das Kündigungsschutzgesetz stellt für die Frage, ob es Anwendung findet, generell auf den Kündigungsvorgang als Gestaltungsakt ab. Das hat das Bundesarbeitsgericht für die Frage des - früher in § 1 Abs. 1 KSchG enthaltenen - Mindestalters des Arbeitnehmers in BAG 4, 306 [308 ff.] = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG [zu I der Gründe] und für die Frage des zeitlichen Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes in AP Nr. 24 zu Art. 44 Truppenvertrag [zu III der Gründe] eingehend begründet. Es ist nichts zu erkennen, was es rechtfertigen könnte, diese Frage für den in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes anders zu entscheiden. Diesen Standpunkt vertritt auch die Literatur für die oben genannten vergleichbaren Fälle (vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., § 51 III 6 S. 755 f.; A.Hueck-G.Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 1 Rdn. 25; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 1 Rdn. 33). Da der Beklagte zum Zeitpunkt, als er dem Kläger kündigte, regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigte, ist der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gegeben.

II. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen wegen des vom Beklagten dem Kläger gemachten Vorwurfs der verbotenen Konkurrenztätigkeit hat das Landesarbeitsgericht mit der Begründung verneint, falls die Tätigkeit des Klägers überhaupt eine Konkurrenz gewesen sein sollte, sei sie jedenfalls wegen der unstreitig erteilten Einwilligung des Beklagten nicht vertragswidrig gewesen. Soweit streitig

- 7 -

sei, wieweit der Beklagte die Tätigkeit des Klägers im einzelnen nach Art und Umfang gebilligt habe, sei dem Beklagten nicht der Beweis gelungen, daß seine Einwilligung nur für eine Tätigkeit des Klägers in geringerem Umfang und nicht auch für eine solche in größerem Umfang gegolten habe; dafür trage der Beklagte die Beweislast.

Diese Begründung ist aus mehreren Gründen fehlerhaft.

1. Die Tätigkeit des Klägers war eine Konkurrenz­­tätigkeit, die er nur ausüben durfte, falls der Beklagte ihr zustimmte. Dem Arbeitnehmer ist, auch wenn er kein Handlungsgehilfe ist, jede Form von Tätigkeit verboten, die seinem Arbeitgeber Konkurrenz machen könnte. Insbesondere darf er Dienste und Leistungen nicht Dritten im Marktbereich seines Arbeitgebers anbieten. Er darf das auch dann nicht, wenn er sicher ist, daß der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer betreuten Sektor oder Kunden nicht erreichen wird. Mit der Wettbewerbsenthaltung des Arbeitnehmers im Marktbereich des Arbeitgebers soll gerade erreicht werden, daß dem Arbeitgeber der Marktbereich voll und ohne die Gefahr der nachteiligen, zweifelhaften oder zwielichtigen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offen steht (vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB Auskunftspflicht [zu 2a der Gründe]; BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht [zu III 3 der Gründe]; beide mit weiteren Hinweisen). Deshalb ist es für die Frage, ob eine Konkurrenz­­tätigkeit des Klägers vorgelegen hat, unerheblich, ob der Auftraggeber des Klägers auf keinen Fall den Beklagten in Anspruch genommen hätte, falls der Kläger seine Betreuung abgelehnt hätte.
2. Diese Konkurrenz­­tätigkeit des Klägers wäre nur dann keine Vertragsverletzung, wenn der Beklagte ihr zugestimmt hätte. Ob der Beklagte der Tätigkeit zugestimmt hat, die der Kläger tatsächlich ausgeübt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Unstreitig ist lediglich, daß der Beklagte einer Tätigkeit des Klägers zugestimmt hat; streitig ist jedoch der Umfang der Zustimmung des Beklagten. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Beklagte habe seine Darstellung nicht bewiesen und

- 8 -



- 8 -

dafür trage er die Beweislast. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts enthält zwei Fehler.

a) Der Beklagte hatte in seinem Schriftsatz vom 13. Juni 1974 (Bl. 120 VA) den Zeugen N dafür benannt, daß er dem Kläger nur die Betreuung eines Bauvorhabens gestattet habe, das zwei bis drei Wohneinheiten umfaßte. Daß das Landesarbeitsgericht diesen Beweis nicht erhoben hat, ist, wie die Revision mit Recht rügt, eine Verletzung des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO, auf der das angefochtene Urteil deshalb beruhen kann, weil bei Vernehmung dieses Zeugen das Landesarbeitsgericht möglicherweise zu der tatsächlichen Annahme hätte kommen müssen, daß der Kläger eine unerlaubte Konkurrenz begangen hat.

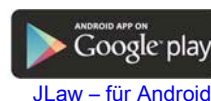
b) Zum anderen irrt das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang auch materiellrechtlich. Wenn unaufgeklärt bleibt, ob dem Kläger die Betreuung des Bauvorhabens in der T Straße in dem tatsächlich geschehenen Umfang gestattet oder verboten war, trägt die Beweislast hierfür nicht der Beklagte, sondern der Kläger. Denn nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung trägt grundsätzlich derjenige, der eine Rechtfertigung seines Tuns durch Zustimmung geltend macht, dafür die Beweislast in vollem Umfang. Es geht nicht an, wie das Landesarbeitsgericht annimmt, zu sagen, der Kläger müsse nur die Zustimmung als solche, der Beklagte dagegen deren Beschränkung beweisen. Rechtfertigungsgründe sollen einen Sachverhalt, der regelmäßig rechts- oder vertragswidrig ist, ausnahmsweise von dem Vorwurf der Rechts- bzw. Vertragswidrigkeit befreien, sind also Ausnahmetatbestände. Für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen trägt aber derjenige, der sich auf sie beruft, in vollem Umfang die Darlegungs- und Beweislast (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 98 ff. und S. 115 zu Fußnote 7).

3. Insgesamt ergibt sich somit, daß das Landesarbeitsgericht die soziale Rechtfertigung der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen mit der von ihm gegebenen Begründung nicht verneinen durfte.

- 9 -



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



- 9 -

III. 1. Zu den vom Beklagten zur Rechtfertigung seiner Kündigung angeführten betriebsbedingten Gründen hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Beklagte habe nicht dargelegt, wieso bei der Einschränkung seines Personalbestandes die Wahl auf den Kläger habe fallen müssen, der dem Betrieb länger angehört habe und auch sozial schutzbedürftiger gewesen sei als die vom Beklagten weiterbeschäftigten Architekten.

2. Auch diese Begründung enthält einen materiellrechtlichen Fehler, weil bei der betriebsbedingten Kündigung die Darlegungs- und Beweislast für die nicht richtige soziale Auswahl nicht beim Arbeitgeber, sondern beim Arbeitnehmer liegt, wie sich aus der Vorschrift in § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG ergibt (BAG AP Nr. 26 zu § 1 KSchG), und weil das Landesarbeitsgericht die Darlegungs- und Beweislast daher falsch verteilt hat. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Landesarbeitsgericht bei richtiger Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zur Annahme hätte kommen müssen, daß nach dem Vortrag des Beklagten die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt und dabei auch die richtige soziale Auswahl gewahrt war. Denn der Beklagte hatte geltend gemacht (Bl. 124, 125 VA), durch die Reduzierung des Personals sei der Kläger in seiner Funktion als Leiter der Entwurfsgruppe überflüssig geworden. Als anderer Angestellter in leitender Stellung sei nur Herr N im Betrieb beschäftigt gewesen; ihn anstelle des Klägers zu entlassen sei wegen der längeren Betriebszugehörigkeit von Herrn N nicht gerechtfertigt gewesen. Damit hatte der Beklagte aber vorgetragen, daß in vergleichbarer Position im Betrieb nur Herr N in Frage kam, dessen Kündigung aber nicht sozial gerechtfertigt gewesen wäre. Damit hatte der Beklagte zur sozialen Auswahl eine Darstellung gegeben, nach der die Kündigung nicht zu beanstanden war. Denn die soziale Auswahl kann nur unter austauschbaren, vergleichbaren Arbeitnehmern getroffen werden (vgl. A.Hueck G.Hueck, KSchG, 9.Aufl., § 1 Rdn. 125; BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung). Es war nunmehr Sache des Klägers darzulegen und notfalls zu beweisen, daß der Beklagte die soziale Auswahl nicht richtig vorgenommen habe.

- 10 -



- 10 -

IV. 1. Da somit das Landesarbeitsgericht sowohl die verhaltens- wie die betriebsbedingte Kündigung des Beklagten nicht mit der gegebenen Begründung als sozial ungerechtfertigt bewerten durfte, und der Senat die richtige Bewertung selbst nicht vornehmen kann, muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden, soweit es über die Rechtmäßigkeit der Kündigung entschieden hat. Inso- weit ist der Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung und Entschei- dung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

2. Der vom Kläger verfolgte Antrag auf Auflösung des Arbeits- verhältnisses und auf Zahlung einer angemessenen Abfindung hängt davon ab, ob die Kündigung gerechtfertigt ist oder nicht. So- weit das Landesarbeitsgericht über diese Anträge entschieden hat, war das angefochtene Urteil daher ebenfalls aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

3. Soweit der Beklagte vom Kläger Auskunft über das verdiente Honorar und dessen Auskehrung an sich verlangt und das Landes- arbeitsgericht die dahingehende Widerklage abgewiesen hat, ist das angefochtene Urteil ebenfalls aufzuheben. Die Berechtigung dieses Teiles der Widerklage hängt ebenfalls von der bisher un- geklärt gebliebenen Frage ab, ob der Kläger dem Beklagten uner- laubte Konkurrenz gemacht hat oder nicht. Ersterenfalls hätte er damit in unerlaubter Eigengeschäftsführung ein Geschäft des Beklagten besorgt, was ihn gemäß § 687 Abs. 2 in Verbindung mit § 681 Satz 2, § 666, § 667 BGB zur Auskunft und Rechnungslegung und zur Herausgabe des aus der unerlaubten Eigengeschäftsführung Erlangten verpflichten würde (vgl. BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB Auskunftspflicht [zu 2 b der Gründe] und BAG AP Nr. 3 zu § 687 BGB [zu II 1 der Gründe]).

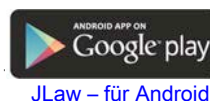
4. Auch soweit der Beklagte unter Berufung auf § 717 Abs. 2 ZPO Zahlung von 17.690,87 DM verlangt und das Landesarbeitsge- richt diesen Antrag abgewiesen hat, ist das angefochtene Ur- teil aufzuheben.

Es handelt sich bei diesem Betrag im wesentlichen um die vom Arbeitsgericht zuerkannte Abfindung. Der Beklagte kann

- 11 -



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



- 11 -

diese Abfindung und die ihm sonst aufgrund der Vollstreckung entstandenen Kosten gemäß § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückverlangen, wenn das Urteil, auf Grund dessen Vollstreckung der Beklagte gezahlt hat, aufgehoben oder abgeändert wird. Zur Begründung dieser Schadenersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO genügt zwar auch schon eine nur auf verfahrensrechtliche Gründe zurückzuführende Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils (Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 717 Anm. II 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 34. Aufl., § 717 Anm. 2 B). Im vorliegenden Falle ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Senat mit der hier zu treffenden Entscheidung nur das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufhebt, das Urteil des Arbeitsgerichts aber unberührt läßt. Die Zahlung ist aber aufgrund der Vollstreckung des Urteils des Arbeitsgerichts erfolgt. Die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts allein kann noch keinen Anspruch nach § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründen (vgl. BGH MDR 1959, 122 f. [zu Leitsatz 3]).

Ob auch das Urteil des Arbeitsgerichts aufzuheben und damit der Ersatzanspruch des Beklagten begründet ist, wird sich erst bei der erneuten Verhandlung über den Abfindungsantrag ergeben. Auch insofern ist deswegen das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

V. Zur fernereren Behandlung der Sache erscheint dem Senat folgender Hinweis angebracht:

Sollte sich bei der erneuten Verhandlung herausstellen, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt war, so wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob auf das Arbeitsverhältnis das Betriebsverfassungsgesetz anwendbar und die Kündigung deswegen wegen mangelnder Anhörung des Betriebsobmannes nichtig war (§ 10 Abs. 1 BetrVG). Die Parteien haben übereinstimmend vorgetragen, daß im Betrieb des Beklagten ein Betriebsobmann existiert habe (Bl. 27, 42 VA); auf die Anfrage des Gerichts, ob dieser zu der Kündigung des Klägers angehört worden sei (Bl. 37R VA), hat der Beklagte geantwortet, der Kläger sei leitender Angestellter ge-

- 12 -



- 12 -

wesen und das Betriebsverfassungsgesetz habe deshalb auf ihn keine Anwendung gefunden (Bl. 50 VA). Dem hat der Kläger im Verlauf des Prozesses nicht widersprochen. Die Tatsacheninstanzen haben sich, da sie die Kündigung bereits für sozialwidrig gehalten haben, nicht mit der Frage befaßt, ob der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG gewesen ist.

Der Senat kann nunmehr in dritter Instanz diese weitgehend dem Tatrichter vorbehaltene Frage (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmte Urteil des Ersten Senats vom 19. August 1975 - 1 AZR 565/74 - AP Nr. 1 zu § 105 BetrVG 1972 [zu II 2 b der Gründe]) nicht entscheiden. Es kann aber auch nicht deswegen, weil sich der Kläger während des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses und auch während des Prozesses bislang als leitender Angestellter hat behandeln lassen, unterstellt werden, er sei leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG gewesen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil des Ersten Senats vom 19. August 1975 - 1 AZR 613/74 - AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 6 und 7 der Gründe]; das Urteil ist auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) kann ein Arbeitnehmer auch dann im Kündigungsschutzprozeß geltend machen, er falle nicht unter den Personenkreis des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, wenn er sich bislang als leitender Angestellter hat bezeichnen und behandeln lassen.

Darüber hinaus kann aber die Frage, ob jemand leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist, im Prozeß zwischen den Parteien nicht schon durch gemeinsame Verwendung des Rechtsbegriffs "Leitender Angestellter" unstreitig gestellt oder vom Arbeitnehmer zugestanden werden (§ 138 Abs. 3, § 288 ZPO). Denn damit haben die Parteien nicht eine "Tatsache" im Sinne der §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO anerkannt oder unstreitig gestellt, sondern nur einen unbestimmten Rechtsbegriff verwendet (darüber, daß § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 1972 einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält, vgl. die beiden Urteile des

- 13 -



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



gez.: Dr. Stumpf Dr. Thomas Dr. Dieterich
Röglin Engel

