

Für das Nachschlagewerk! Ja) jedoch nur Tat-
Für die Fachpresse! Ja) bestand u.Ziff. II
Für die amtliche Sammlung! Nein) der Entschei-
dungsgründe

21

Gesetz: ArbGG § 64 Abs. 2 Satz 1; ZPO § 519 Abs. 2 Satz 2;
BGB §§ 259, 260; HGB §§ 60, 61.

Leitsätze:

Tritt der Handlungsgehilfe als Gesellschafter in eine GmbH ein, die im Handelszweig des Arbeitgebers Konkurrenzgeschäfte tätigt, so macht er damit ein Geschäft auf eigene Rechnung.

2. § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB begründet in einem solchen Fall für den Arbeitgeber keinen Anspruch auf Übertragung der Gesellschaftsrechte des Handlungsgehilfen auf Herausgabe des Gewinnanteils.

Wird der Handlungsgehilfe neben seiner Gesellschafterstellung als Arbeitnehmer oder Geschäftsführer für die konkurrierende GmbH tätig oder ist er kraft Gesellschaftsvertrag zu Dienstleistungen für die GmbH verpflichtet und macht er in dieser Eigenschaft im Handelszweig des Arbeitgebers Geschäfte für Rechnung der GmbH, so kann der Arbeitgeber gem. § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB nicht die dem Handlungsgehilfen auf Grund Arbeits-, Dienst- oder Gesellschaftsvertrag zustehende Vergütung beanspruchen.

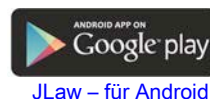
Aktenzeichen: 5 AZR 79/61

Urteil des BAG vom 15. Februar 1962

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ZR 79/61

a 430/60 Düsseldorf

Verkündet

15. Februar 1962

Dr. Weinrich,

Regierungsobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 1962 durch den Senatspräsidenten Professor Dr.Dr.Boldt, die Bundesrichter Dr. Stumpf und Dr. Holschemacher sowie die Bundesarbeitsrichter Schulte und Kutschbach für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts in Düsseldorf - 1.Kammer - vom 17. Januar 1961 - 1 Sa 430/60 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen der Betriebsberatung. Der Beklagte war bei ihr als Angestellter in leitender Stellung tätig. Sein Arbeitsverhältnis ist auf Grund einer fristgemäßen Kündigung der Klägerin mit dem 31. Dezember 1959 beendet worden.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 28. September 1959 hat der Beklagte zusammen mit fünf ehemaligen Angestellten der Klägerin unter der Firma B C B - GmbH ein Konkurrenzunternehmen gegründet.

Die Klägerin hat im Wege der Stufenklage beantragt, den Beklagten zu verurteilen, über seine Gewinnanteile bei der Firma B C B GmbH Buchauszüge vorzulegen und hierüber sowie über die aus Geschäften für diese Firma erzielten Vergütungen umfassende Auskunft zu erteilen sowie alles aus der Tätigkeit bei der und für die Firma B C B GmbH Erlangte herauszugeben, soweit die Zeit bis zum 31. Dezember 1959 betroffen ist. Zur Begründung hat sie behauptet, unmittelbar nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages habe der Beklagte, zusammen mit den übrigen Gesellschaftern, die werbende Tätigkeit für das neue Unternehmen aufgenommen, um Aufträge bei den Kunden hereinzuholen. Ferner habe er fortwährend Versuche unternommen, Mitarbeiter der Klägerin abzuwerben. Sie hat die Ansicht vertreten, gemäß § 61 HGB sei er verpflichtet, alle im Widerspruch zu § 60 HGB getätigten Geschäfte als für Rechnung der Klägerin eingegangen gelten zu lassen.

Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag geltend gemacht, die Gründung des Unternehmens sei keine Konkurrenz-tätigkeit, sie stelle sich lediglich als erlaubte Vorbe-reitung eines eigenen Handelsgewerbes dar. Außerdem finde § 61 HGB auf die Beteiligung eines Handlungsgehilfen an einer Gesellschaft keine Anwendung.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



Entscheidungsgründe:

I. Die Zulässigkeit der Revision hängt, neben anderen, hier nicht interessierenden Umständen, von der Zulässigkeit der Berufung ab, die in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen ist (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des Senats vom 18. Januar 1962 - 5 AZR 179/61 - mit weiteren Nachweisen; BAG AP Nr. 16 zu § 519 ZPO). Die Zulässigkeit der Berufung erfordert unter anderem die Rechtzeitigkeit der Begründung. Geht die Berufungsbegründungsschrift innerhalb einer verlängerten Begründungsfrist beim Rechtsmittelgericht ein, so kommt es für die Rechtzeitigkeit der Berufungsbegründung darauf an, ob die Begründungsfrist noch vor ihrem Ablauf wirksam verlängert worden ist. Die Wirksamkeit der Fristverlängerung tritt frühestens mit dem Zeitpunkt ein, zu dem der Verlängerungsbeschuß dem Prozeßbevollmächtigten des Rechtsmittelklägers formlos mitgeteilt oder doch zumindest von einem Beamten der Geschäftsstelle dem Büro des Prozeßbevollmächtigten gegenüber verlautbart wird (BAG AP Nr. 16 zu § 519 ZPO). Beweispflichtig für den Eintritt der Wirksamkeit der Fristverlängerung ist die Klägerin (BAG, aaO). Der Beweis kann hier auch durch andere, in der Prozeßordnung nicht vorgesehene Mittel, sog. "Freibeweise", geführt werden (BAG 6, 76 [80,81] = AP Nr. 1 zu § 56 ZPO; BAG AP Nr. 1 zu § 212a ZPO; jeweils mit weiteren Nachweisen).

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 2. August 1960 um Verlängerung der am 3. August 1960 ablaufenden Begründungsfrist gebeten. Durch Beschluß vom 3. August 1960 wurde die Begründungsfrist bis zum 17. August 1960 verlängert. Wann der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin von diesem Beschluß in Kenntnis gesetzt worden ist, kann aus dem Akteninhalt nicht entnommen werden. Die Berufungsbegründungsschrift ist am 17. August 1960 beim Landesarbeitsgericht eingegangen.

Mit Schriftsatz vom 13. Dezember 1961 hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, nachdem ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war, erklärt, daß der Beschluß



vom 3. August 1960 am gleichen Tag zu seiner Kenntnis gelangt sei. Zum Beweis hierfür hat er eine Durchschrift seines Antrages vom 2. August 1960, auf der sich ein handschriftlicher Vermerk vom 3. August 1960 über die erfolgte Fristverlängerung befindet, und eine eidesstattliche Versicherung seiner Büroleiterin vorgelegt. Die eidesstattliche Versicherung besagt, daß die Büroleiterin am 3. August 1960 telefonisch von der Fristverlängerung unterrichtet worden ist und den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin hiervon am gleichen Tag in Kenntnis gesetzt hat. Der Senat sieht unter diesen Umständen als bewiesen an, daß die Fristverlängerung noch vor Ablauf der Begründungsfrist wirksam geworden ist. Infolgedessen ist die Berufung rechtzeitig begründet worden; sie war daher zulässig.

II. Die Berechtigung des von der Klägerin im Wege der Stufenklage verfolgten Auskunftsbegehrens hängt davon ab, ob sie wegen des Eintritts des Beklagten in das Konkurrenzunternehmen von dem Beklagten die Herausgabe seiner Gewinnanteile an dem Konkurrenzunternehmen sowie sonstiger Vergütungen, die dem Beklagten aus Geschäften für das Konkurrenzunternehmen zustehen, verlangen kann. Ein Auskunftsrecht ist nämlich immer nur dann gegeben, wenn die Rechte, über die Auskunft erteilt werden soll, auch rechtlich möglich sind. Eine allgemeine Pflicht zur Auskunft besteht nicht (vgl. RGZ 158, 377 [379]; BGHZ 10, 385 [387]; BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 242 Auskunftspflicht).

1. Als Anspruchsgrundlage für das Herausgabeverlangen der Klägerin kommen die §§ 60 Abs. 1 und 61 Abs. 1 HGB in Betracht. Danach darf der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Verletzt der Handlungsgehilfe diese Pflichten, so kann der Prinzipal Schadenersatz fordern oder verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten läßt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder den Vergütungsanspruch abtritt.

- 5 -

Danach ist dem Handlungsgehilfen der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes sowie der Abschluß von Geschäften für eigene oder fremde Rechnung "in dem Handelszweig" des Arbeitgebers verboten. Das dem Arbeitgeber anstelle des Schadenersatzanspruches zustehende sog. "Eintrittsrecht" des § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB kommt, wie sich aus einem Vergleich der Fassungen der §§ 60 Abs. 1 und 61 Abs. 1 HGB ergibt, nur dann in Betracht, wenn der Handlungsgehilfe "im Handelszweig" des Arbeitgebers Geschäfte macht, nicht jedoch schon dann, wenn er "ein Handelsgewerbe" betreibt. Der Arbeitgeber kann nur in einzelne, verbotswidrig vorgenommene Geschäfte eintreten (Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Auflage 1960, § 61 Anm. 6c; Titze, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band II [1918] S. 791). Macht der Arbeitgeber von dem Eintrittsrecht Gebrauch, so kann er bei Geschäften, die der Handlungsgehilfe für eigene Rechnung gemacht hat, Herausgabe des Ergebnisses aus diesen Geschäften, bei Geschäften für fremde Rechnung die dem Handlungsgehilfen zugeflossene oder versprochene Vergütung verlangen. Der Arbeitgeber ist so zu stellen, wie wenn er das Geschäft abgeschlossen hätte. Andererseits muß er die Auslagen und Aufwendungen des Handlungsgehilfen erstatten und diesen so stellen, als wäre das Geschäft für Rechnung des Arbeitgebers gemacht worden (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 61 Anm. 6a, b und d). Die eben dargelegte Realisierung des Eintrittsrechts zeigt, daß es seinem Wesen nach eine pauschale Schadensregelung ist. § 61 Abs. 1 HGB erleichtert dem Arbeitgeber im Falle einer verbotenen Konkurrenz durch den Handlungsgehilfen die Geltendmachung seines Schadens. Der Arbeitgeber darf ohne Nachweis eines besonderen Schadens in bestimmte Geschäfte eintreten und Vergütungen herausverlangen. Diese an sich sehr weitgehende Befugnis ist dem Arbeitgeber in der Erwägung eingeräumt worden, daß in Fällen der verbotenen Konkurrenz der konkrete Schadensnachweis oftmals sehr schwierig ist. Aus dieser Sachnähe zum Schadenersatzrecht ergibt sich aber, daß das Eintrittsrecht des Arbeitgebers nur dann gegeben ist, wenn es ohne wesentliche

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Umstellung des Inhalts der verbotswidrig vorgenommenen Geschäfte verwirklicht werden kann (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 61 Anm. 6e; Würdinger in RGR-Kommentar zum HGB, 2. Auflage 1953, § 61 Anm. 3; Bandasch, HGB, 1960, § 61 Anm. 4; Staub, HGB, 12./13. Auflage 1926, § 61 Anm. 3). § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB erfaßt daher nicht solche Geschäfte, bei denen der Arbeitgeber etwa ungerechtfertigte Vorteile ziehen würde oder die durch den Handlungsgehilfen begründeten Rechtsbeziehungen infolge des Eintritts des Arbeitgebers eine wesentliche Umgestaltung erfahren würden.

2. Die Klägerin beansprucht den Gewinnanteil, der dem Beklagten als Gesellschafter der konkurrierenden GmbH zusteht sowie sonstige Vergütungen, die ihm aus Geschäften für das Konkurrenzunternehmen zugeflossen oder versprochen worden sind. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß der Eintritt des Beklagten als Gesellschafter in das Konkurrenzunternehmen ein für eigene Rechnung gemachtes, verbotenes Geschäft darstellt. Unter "Geschäftemachen" i.S. des § 60 Abs. 1 HGB ist jede wenn auch nur spekulative, auf Gewinnerzielung gerichtete Teilnahme am geschäftlichen Verkehr zu verstehen, die nicht nur zur Befriedigung eigener privater Bedürfnisse des Handlungsgehilfen erfolgt (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 60 Anm. 8b; Würdinger, aaO, § 60 Anm. 3; Bandasch, aaO, § 60 Anm. 3; Staub, aaO, § 60 Anm. 6). Darunter fällt auch die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft. Im Ergebnis zu Recht hat das Landesarbeitsgericht aber das Eintrittsrecht der Klägerin in die vom Beklagten vorgenommenen Geschäfte verneint. Nach den oben unter II.1. dieser Entscheidungsgründe dargelegten Grundsätzen würde hier das Eintrittsrecht der Klägerin zu einer wesentlichen Umstellung des Inhalts der verbotswidrig getätigten Geschäfte führen. Das ergibt sich im einzelnen aus folgendem:

a) Nach dem Wortlaut des § 61 Abs. 1 HGB müßte der Arbeitgeber im Falle des Eintritts des Handlungsgehilfen in eine Kapitalgesellschaft anstelle des Handlungsgehilfen als Gesellschafter in die konkurrierende Gesellschaft eintreten, um sein Eintrittsrecht zu verwirklichen. Das ist jedoch mit dem Wesen einer Gesellschaft und den Rechten der übrigen

Gesellschafter nicht vereinbar (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 61 Anm. 6e; Würdinger, aaO, § 61 Anm. 3; Bandasch, aaO, § 61 Anm. 4; vgl. auch RGZ 73, 423 ff.). Dabei muß hier unberücksichtigt bleiben, daß die übrigen Gesellschafter der konkurrierenden Gesellschaft ehemalige Angestellte der Klägerin sind, denn diese nimmt allein den Beklagten in Anspruch. Es kann auch nicht in Betracht gezogen werden, daß sich der Arbeitgeber, ohne selbst Gesellschafter zu werden, alle Rechte des Handlungsgehilfen aus seiner Gesellschafterstellung übertragen läßt. Abgesehen davon, daß nicht alle Gesellschafterrechte übertragbar sind, müßte der Arbeitgeber aber auch die Aufwendungen des Handlungsgehilfen, insbesondere die Stammeinlage, erstatten. Das würde im Ergebnis dazu führen, daß der Handlungsgehilfe zwar formal die Gesellschafterstellung behielte, tatsächlich aber der Arbeitgeber die Gesellschafterrechte ausüben würde. Daß eine derartige Realisierung des Eintrittsrechts ebenfalls mit den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts in Widerspruch stünde, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Eine Beschränkung des Anspruchs des Arbeitgebers auf den Gewinnanteil des Handlungsgehilfen an der konkurrierenden Gesellschaft entspricht nicht mehr dem, was mit dem Wortlaut des § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB gemeint ist. Die Verwirklichung des Eintrittsrechts durch Herausgabe des Gewinnanteils würde eine so wesentliche Umgestaltung der durch den Handlungsgehilfen infolge seines Beitritts zu einer GmbH begründeten Rechtsbeziehungen bedeuten, daß es in dieser Form von § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB nicht mehr gedeckt wird. Der Beklagte hat durch den Eintritt in die konkurrierende Gesellschaft nicht nur einen Anspruch auf den Gewinnanteil, sondern auch weitere Rechte schuld- und körperschaftsrechtlicher Art erlangt. Ein Eintritt in die gesamte Rechtsstellung des Beklagten ist ausgeschlossen. Ein Teileintritt in ein verbotswidrig vorgenommenes Geschäft kommt aber ebenfalls nicht in Betracht, da der Arbeitgeber nicht den Teil herausgreifen kann, der ihm einen Gewinn verspricht. Es macht keinen Unterschied, ob der Handlungsgehilfe nur ein verbotenes Geschäft tätigt, aus dem der Arbeitgeber einzelne Teile beansprucht, oder ob er mehrere Geschäfte



vornimmt und der Arbeitgeber sein Eintrittsrecht nur hinsichtlich der gewinnbringenden ausüben, die Verlustgeschäfte dagegen ausschließen will. Der Arbeitgeber kann das Eintrittsrecht nur in bezug auf alle verbotswidrig vorgenommenen Geschäfte geltend machen, er kann es nicht auf einzelne Geschäfte, oder, wie hier, auf Teile eines Geschäfts, beschränken (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 61 Anm. 6c; Würdinger, aaO, § 61 Anm. 3; Staub, aaO, § 61 Anm. 3; vgl. auch RGZ 73, +23 ff.).

Die Klägerin kann den Gewinnanteil des Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt in Anspruch nehmen, daß er eine Vergütung für ein für fremde Rechnung getätigtes Geschäft darstellt. Die Beteiligung an der konkurrierenden Gesellschaft ist ein Geschäft, das der Beklagte für eigene Rechnung vorgenommen hat, in das die Klägerin hier aber nicht eintreten kann.

Der Gewinnanteil ist auch nicht etwa eine Vergütung, die der Beklagte aus verbotenen, für das Konkurrenzunternehmen abgeschlossenen Geschäften erhält. Der sich aus der Bilanz ergebende Reingewinn und der daraus auf den Gesellschafter entfallende Anteil setzt sich aus der gesamten Geschäftstätigkeit der GmbH zusammen und steht dem Gesellschafter unabhängig davon zu, ob er für die Gesellschaft tätig geworden ist oder nicht.

b) Ein Anspruch der Klägerin auf die Vergütungen, die der Beklagte aus einzelnen Geschäften für die GmbH erzielt haben soll, kommt ebenfalls nicht in Betracht. Dem Kläger steht ein Vergütungsanspruch aus diesen für fremde Rechnung abgeschlossenen Geschäften nicht zu. Er hat lediglich Anspruch auf den Anteil am Reingewinn (§ 29 Abs. 1 GmbH-Gesetz), nicht aber auf einen Gewinnanteil an einzelnen Geschäften.

War der Beklagte neben seiner Stellung als Gesellschafter außerdem als Arbeitnehmer für die Konkurrenzgesellschaft tätig und hat er hierfür ein Entgelt bezogen, sei es als Gehalt, sei es als Provision für einzelne Geschäfte, so kommt das Eintrittsrecht ebenfalls nicht zum Zuge. Die Tätigkeit als Arbeitnehmer für ein Konkurrenzunternehmen fällt überhaupt nicht unter den Begriff des "Geschäftemachens"

i.S. der §§ 60, 61 HGB. Auch wenn der Beklagte gesellschaftsrechtlich zur Arbeitsleistung für die GmbH verpflichtet war und ihm hierfür eine Sondervergütung zustand, besteht kein Anspruch der Klägerin auf diese Vergütung, da es sich insoweit um gesellschaftsrechtliche Beziehungen des Beklagten zur Konkurrenzfirma handelt, in die die Klägerin nicht eintreten kann.

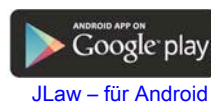
War dagegen der Beklagte als Geschäftsführer gemäß §§ 6, 35 GmbH-Gesetz tätig, so kommt das Eintrittsrecht hinsichtlich der Geschäftsführervergütung ebenfalls nicht zur Anwendung. Die Tätigkeit als leitendes Organ einer juristischen Person steht i.S. des § 60 Abs. 1 HGB dem Betreiben eines Handelsgewerbes gleich (vgl. Würdinger, aaO, § 60 Anm. 2; Titze, aaO, S. 788/789), so daß insoweit überhaupt nur der Schadenersatzanspruch des § 61 Abs. 1 Halbs. 1 HGB gegeben ist.

3. Die Klägerin hat daher unter keinerlei Gesichtspunkt Anspruch auf den Gewinnanteil des Beklagten sowie auf sonstige Vergütungen, die der Beklagte von der konkurrierenden GmbH bezogen hat. Infolgedessen entfällt für die Klägerin auch ein Anspruch auf Rechenschaftslegung und Auskunft. Es mußte deshalb bei der vom Landesarbeitsgericht bestätigten Klageabweisung verbleiben.

gez. Dr. Boldt Dr. Stumpf Dr. Holschemacher
Schulte Herm.Kutschbach



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)