

Aktenzeichen: 6 AZR 292/78

LAG Frankfurt am Main Urteil des BAG vom 11. November 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB §§ 626, 615; BetrVG 1972 § 102

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](#)

6 AZR 292/78

4 Sa 333/77 Frankfurt am Main

Verkündet am
11. November 1980

gez. Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juli 1980 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, den Richter Dr. Leinemann und die Richterin Michels-Holl sowie die ehrenamtlichen Richter Linde und Carl für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 1. Dezember 1977 - 4 Sa 333/77 - im Kostenauspruch und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen und der Kläger zur Zahlung von 2.072,56 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 28. Mai 1976 verurteilt worden ist.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

der Kündigung des D Vertreters gerüchteweise davon hörte, der Kläger wolle sich selbständig machen, und der Kläger ein ihm daraufhin angetragenes nachvertragliches Wettbewerbsverbot ablehnte, beurlaubte ihn die Beklagte am 25. März 1976 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Nachdem die Beklagte dann am 13. April 1976 anlässlich eines Besuchs ihres damaligen Geschäftsführers in M vom dortigen Gebietsvertreter von dem Vertragsangebot des Klägers vom 22. Januar 1976 erfahren hatte, sprach sie dem Kläger mit Schreiben vom 14. April 1976 die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses aus. Ob das von den beiden verbliebenen Betriebsratsmitgliedern unterzeichnete Schreiben vom 14. April 1976, wonach diese der "ausgesprochenen fristlosen Kündigung" zustimmten, der Beklagten vor Ausspruch der Kündigung zugegangen war, ist zwischen den Parteien streitig.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die fristlose Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gewandt. Er ist der Ansicht, lediglich erlaubte Vorbereitungshandlungen getroffen zu haben. Seinen Mitgesellschaftern sei er verpflichtet gewesen, seine Pläne der Konkurrenz gegenüber zunächst geheim zu halten. Der Kläger hat bestritten, sich vor dem 1. August 1976 aktiv im Verkauf betätigt zu haben. Außerdem hat er vorsorglich die Einhaltung der Zweiwochenfrist für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung bestritten.

Der Kläger hat Abgeltung von 15 Tagen Erholungsurlaub sowie für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Gehaltsfortzahlung begehrt, auf die er sich einen der Beklagten geschuldeten Betrag von 3.346,90 DM anrechnen lassen will.

Der Kläger hat dementsprechend beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 14. April 1976, sondern aufgrund der ordentlichen Kündigung des Klägers erst am 31. Juli 1976 beendet worden ist,

und weiterhin,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 20.000,-- DM brutto, abzüglich 3.346,90 DM netto zu zahlen, zuzüglich 4 % Zinsen aus jeweils 5.000,-- DM ab dem 1. Mai 1976, 1. Juni 1976, 1. Juli 1976 und

- 4 -



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



- 4 -

1. August 1976, sowie weitere 3.408,45 DM
(Urlaubsabgeltung) brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Widerklagend hat sie beantragt,

1. den Kläger zu verurteilen,
der Beklagten Auskunft zu erteilen,
 - a) über alle Kunden und Interessenten für die Lieferung von Torluftschleiergeräten sowie Hersteller, Händler und Vertreter für solche Geräte, mit denen er während seines Anstellungsverhältnisses bei der Beklagten und danach bis zum 31. Juli 1976, hilfsweise bis zum 14. April 1976, zum Zwecke des Vertriebs solcher Geräte durch ihn oder Dritte Verhandlungen geführt oder Verbindungen aufgenommen oder unterhalten hat,
 - b) über alle Bestellungen solcher Geräte, die er entgegen genommen oder an andere Personen als die Beklagte vermittelt hat;
2. den Kläger weiter zu verurteilen, an die Beklagte 2.072,56 DM nebst 8 % Zinsen seit Widerklageerhebung zu zahlen;
3. festzustellen, daß der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten den Schaden zu ersetzen, der ihr aus seiner Betätigung im Vertriebe von lufttechnischen Geräten, insbesondere Torluftschleiergeräten, oder dessen Vorbereitung während seines Anstellungsverhältnisses mit ihr und danach bis zum 31. Juli 1976, hilfsweise zum 15. April 1976, für eigene Rechnung oder für Dritte entstanden ist oder noch entsteht.

Die Beklagte hat behauptet, die Gesellschaft des Klägers habe bereits im Juli 1976 durch den übergewechselten Vertreter zahlreichen Firmen Luftschleusen angeboten. Ein Kunde habe am 2. Juli 1976 sogar schon eine Luftschleuse gekauft, er müsse also bereits früher Angebote erhalten haben. Zur Ausarbeitung der Angebote sei nur der Kläger in der Lage gewesen.

Ihr Begehren auf Zahlung von 2.072,56 DM hat die Beklagte aus dem unstreitigen Anspruch auf Zahlung von 3.346,90 DM aus Bürgschaft hergeleitet, mit dem sie in Höhe der Differenz gegen einen noch offenen Gehaltsanspruch des Klägers aufgerechnet hat.

Das Arbeitsgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des

Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage bis auf den Urlaubsabgeltungsanspruch abgewiesen. Der Widerklage hat es insoweit stattgegeben, als der Kläger zu der begehrten Zahlung sowie zur Auskunftserteilung für die Zeit bis zur fristlosen Beendigung seines Arbeitsverhältnisses verurteilt worden ist. Hinsichtlich des weitergehenden Auskunftsverlangens und des Feststellungsantrags ist es bei der Widerklageabweisung geblieben.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die vollständige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist rechtskräftig geworden, soweit es der Klage im Umfang der begehrten Urlaubsabgeltung in Höhe von 3.408,45 DM brutto stattgegeben und die Widerklage hinsichtlich des über den 14. April 1976 hinausgehenden Auskunftsverlangens abgewiesen hat; insoweit hat die hierdurch beschwerte Beklagte keine Revision eingelegt.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und teilweisen Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht und teilweisen Zurückweisung der Berufung.

Z u r K l a g e :

A. Die Abweisung des Kündigungsschutzantrags durch das Landesarbeitsgericht hält den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts läßt sich nicht beurteilen, ob die Beklagte die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 103 Abs. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers vor deren Ausspruch eingeholt hatte.

1. Materiellrechtlich unbedenklich ist es allerdings, daß der Zustimmungsbeschluß von nur zwei Betriebsratsmitgliedern

- 6 -

gefaßt worden war, wovon die Beklagte nach Aussage des als Zeugen gehörten Betriebsratsvorsitzenden Kenntnis hatte. Der Kläger war als von dem Zustimmungsantrag betroffenes Betriebsratsmitglied im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG an der Abstimmung verhindert; Ersatzmitglieder standen nicht zur Verfügung. Mit zwei von drei Mitgliedern war der Betriebsrat noch beschlußfähig, weil hierzu nach § 33 Abs. 2 BetrVG genügt, daß mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt (BAG AP Nr. 6 zu § 103 BetrVG 1972 [zu 2 a der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

2.a) Die Tatsache einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats ergibt sich nach Auffassung des angefochtenen Urteils aus der Aussage des Betriebsratsvorsitzenden vor dem Arbeitsgericht in Verbindung mit der schriftlichen Erklärung des Betriebsrats an die Geschäftsleitung der Beklagten vom 14. April 1976.

b) Die Revision greift diese Feststellung mit dem Hinweis an, das Landesarbeitsgericht hätte prüfen müssen, ob die Stellungnahme des Betriebsrats der Beklagten im Zeitpunkt des Ausspruchs der fristlosen Kündigung vorgelegen habe. Hiermit rügt die Revision hinreichend deutlich eine Verletzung des § 286 ZPO (BAG AP Nr. 11 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision [zu III der Gründe]).

c) Nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO sind im Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Dies erfordert zwar nicht, daß sich das Gericht mit jeder Behauptung und Zeugenaussage im einzelnen auseinandersetzen muß; es genügt, wenn sich ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BAG 5, 221 [224] = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertarifl. Lohn u. Tariflohnerhöhung). Dazu muß sich der Tatrichter in den Entscheidungsgründen mit dem Beweisergebnis in Form einer umfassenden und widerspruchsfreien Beweiswürdigung auseinandersetzen (BAG AP Nr. 2 zu § 286 ZPO [zu 1 b der Gründe]). Diesen Anforderungen entsprechen die Ausführungen in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht.

- 7 -



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



Das Landesarbeitsgericht hat lediglich die Zeugenaussage des Betriebsratsvorsitzenden und das Schreiben des Betriebsrats an die Beklagte als Erkenntnisquellen angegeben, ohne im einzelnen darzulegen, wie es daraus seine Überzeugung gewonnen hat, die Zustimmung sei vor Ausspruch der Kündigung erteilt worden. Das Landesarbeitsgericht hätte sich mit dem gegenteiligen Vorbringen des Klägers auseinandersetzen müssen, weil sich im Protokoll der Aussage des Betriebsratsvorsitzenden nur die Angabe befindet, der Geschäftsführer der Beklagten habe am Morgen des 14. April 1976 die Zustimmung des Betriebsrats beantragt, nicht aber, wann im Laufe des Tages die Zustimmung dann erklärt worden ist. Hinzu kommt, daß im Schreiben des Betriebsrats von einer "ausgesprochenen" Kündigung die Rede ist, worauf das Landesarbeitsgericht ebenfalls hätte eingehen müssen. Es wäre darzulegen gewesen, weshalb dies eine bloß ungenaue Ausdrucksweise gewesen sein soll und nicht die Zustimmung zu einer tatsächlich bereits ausgesprochenen Kündigung eingeholt worden war, was ebenfalls zur Unwirksamkeit der Kündigung geführt hätte (vgl. BAG 27, 273 [276] = AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 3 der Gründe]).

3. Da die Beweiswürdigung Sache der Tatsacheninstanzen ist und vorliegend gegebenenfalls noch weiterer Beweis durch Vernehmung des Betriebsratsvorsitzenden über den Inhalt des Schreibens vom 14. April 1976 und des damaligen Geschäftsführers über die zeitliche Reihenfolge von Zustimmungsvorverfahren und Kündigungsausspruch zu erheben sein wird, kommt eine eigene Entscheidung des Senats nach § 563 oder 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht in Betracht. Aus diesem Grunde war das Urteil des Landesarbeitsgerichts, soweit es den Feststellungsantrag betrifft, aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht nach § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO zurückzuverweisen.

II. Auf die Rügen der Revision bezüglich der Wahrung der zweiwöchigen Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB und die gegen § 626 Abs. 1 BGB erhobenen materiell-rechtlichen Rügen kommt es mithin nicht mehr an.



Lediglich der Vollständigkeit halber wird jedoch darauf hingewiesen, daß das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes nach Auffassung des Senats nicht verkannt hat. Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, aufgrund des Verhaltens des Klägers sei die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darf ein kaufmännischer Angestellter, der sich selbständig machen will, sein künftiges Handelsgewerbe zwar schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbereiten. Zulässig sind solche Maßnahmen, die nur auf die Schaffung der formalen und organisatorischen Voraussetzungen für das geplante eigene Unternehmen gerichtet sind. Unzulässig sind dagegen solche Vorbereitungshandlungen, die schon selbst als Teil der verbenden Tätigkeit aufzufassen sind, weil sie unmittelbar in die Interessen des Arbeitgebers eingreifen (BAG AP Nr. 6 zu § 60 HGB [zu A I 2 b der Gründe]; AP Nr. 7 zu § 60 HGB [zu I 2 der Gründe]). Eine unmittelbare Gefährdung der Geschäftsinteressen des Arbeitgebers wird insbesondere durch Abwerbung von Arbeitnehmern (BAG 14, 72 [76] = AP Nr. 3 zu § 60 HGB [zu I b) aa) der Gründe]) oder durch Kontaktaufnahme mit seinen Kunden oder anderen Vertragspartnern herbeigeführt (BAG AP Nr. 9 zu § 60 HGB [zu II 2 der Gründe]). Entgegen der Ansicht des Klägers war demnach sein zum Teil sogar erfolgreicher Versuch, die Gebietsvertreter der Beklagten für seine Gesellschaft abzuwerben, nicht etwa deshalb eine zulässige Vorbereitungsmaßnahme, weil die Gebietsvertreter keine Arbeitnehmer der Beklagten waren, sondern als freie Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB für die Beklagte tätig waren.

Bei der erneuten Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht, sofern die Kündigung nicht an § 103 BetrVG scheitert, jedoch eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen haben.

B. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist auf die Rüge des Klägers auch insoweit aufzuheben, wie es den vom Kläger für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erhobenen Gehaltsfortzahlungsanspruch nach § 615 Satz 1 BGB abgewiesen hat. Das Bestehen dieses Anspruches hängt zunächst davon ab, ob die Kündigung nicht nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 103 Abs. 1



BetrVG mangels vorheriger ordnungsgemäßer Zustimmung des Betriebsrats unwirksam ist. Auch hierüber wird das Landesarbeitsgericht daher erneut zu entscheiden haben.

Z u r W i d e r k l a g e :

A. Soweit der Kläger zur Zahlung von 2.072,56 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 28. Mai 1976 verurteilt worden ist, muß das Urteil des Landesarbeitsgerichts ebenfalls aufgehoben werden, weil der Bestand des zugrundeliegenden unstreitigen Anspruchs der Beklagten nach § 389 BGB davon abhängt, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortbestanden und der Kläger dadurch den von ihm zur Aufrechnung gestellten Vergütungsanspruch erlangt hat.

B. Die Verurteilung des Klägers zur Auskunftserteilung über die im einzelnen angeführten Wettbewerbshandlungen vor der außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses muß auf seine Revision hin ebenfalls aufgehoben werden.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe ein berechtigtes Interesse daran zu erfahren, ob und wenn ja mit welchen Kunden, Interessenten, Herstellern, Händlern und Vertretern der Kläger während des Anstellungsverhältnisses zum Zwecke des Vertriebs von Torluftschleiergeräten durch ihn oder Dritte Verhandlungen geführt oder Verbindungen aufgenommen oder unterhalten hat. Darüber hinaus liege es gleichfalls im berechtigten Interesse der Beklagten, Kenntnis über alle Bestellungen solcher Geräte zu erhalten, die der Kläger entgegen genommen oder an andere Personen als die Beklagte vermittelt habe.

II. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entsteht eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers nach § 242 BGB (BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB Auskunftspflicht [zu 2 der Gründe]), sobald der Arbeitgeber ernsthaft Anlaß hat zu vermuten, der Arbeitnehmer habe seine Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb verletzt (BAG AP Nr. 6 zu § 60 HGB [zu A I



3 der Gründe]). Diese Auskunftspflicht ist allerdings nicht unbegrenzt, sondern steht in Beziehung zu ihrem Entstehungsgrund. Aus der Auskunftserteilung müssen sich für den Arbeitgeber Rechte ergeben können, zu deren Verwirklichung er auf die Auskunft angewiesen ist (LAG Bayern AMBl. 1970, C 29 [zu I 1 der Gründe]; Weisemann-Schrader, DB 1980, Beilage 4, S. 5).

III.1. Im vorliegenden Fall hat der Kläger vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung seine Pflicht, während des Arbeitsverhältnisses Wettbewerb zu unterlassen, durch Abwerbung eines für die Beklagte tätigen Handelsvertreters und versuchte Abwerbung eines zweiten Vertreters verletzt. Dagegen hat die Beklagte ihr anfängliches Vorbringen, der Kläger habe seit Gründung seiner Gesellschaft zahlreichen ihrer Kunden eigene Luftschleusen zu niedrigeren Preisen angeboten, später dahin einschränken müssen, daß erst im Juli 1976 durch den abgeworbenen Vertreter Luftschleusen angeboten worden seien und lediglich aus dem Fall des Abschluß eines Kaufvertrages am 2. Juli 1976 auf bereits früher unterbreitete Angebote geschlossen werden müsse. Daß der Kläger vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung auch nur einen einzigen Kunden, Interessenten, Hersteller oder Händler angesprochen hätte, hat die Beklagte nicht darzulegen vermocht. Die Gesellschaftsgründung und die Abwerbungshandlungen in Bezug auf die Handelsvertreter begründeten allein noch keinen ernsthaften Anlaß für die Vermutung der Abwerbung von Kunden. Dagegen spricht auch, daß zwar mit Personen, die in eine Dauerrechtsbeziehung zum Abwerbenden treten sollen, eine Geheimhaltung der Pläne durchaus effektiv vereinbart werden kann, daß dies aber bei Kunden erfahrungsmäßig nicht möglich ist. Demgemäß wäre zu erwarten gewesen, daß die Beklagte den einen oder anderen vom Kläger vor der außerordentlichen Kündigung etwa angesprochenen Kunden hätte nennen können, wie sie ja für Juli 1976 eine ganze Reihe von Kunden aufgeführt hat. War ihr dies aber nicht möglich, so fehlt es an einem ernsthaften Anlaß für die Vermutung dahingehender Wettbewerbshandlungen des Klägers und die Beklagte kann folglich auch keine Auskunft in dieser Richtung verlangen.

Desgleichen hat die Beklagte an einer Auskunft darüber, ob der Kläger auch ihren dritten Handelsvertreter abzuwerben versucht hatte, kein berechtigtes Interesse. Es ist weder dargestellt noch vorstellbar, wie sich aus einem derartigen Abwerbungsversuch für die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe des Erlangten (§ 61 Abs. 1 HGB) ergeben kann, deren Verwirklichung der Auskunftsanspruch dient.

Aus den aufgezeigten Gründen scheitert auch das Verlangen nach Auskunft über alle Bestellungen solcher Geräte, die der Kläger entgegengenommen oder an andere Personen als die Beklagte vermittelt hat, zumal ein gegenständlich und zeitlich derart unbeschränkter Anspruch ohnehin nicht in Betracht käme.

2. Fehlt es bereits an den Voraussetzungen für den erhobenen Auskunftsanspruch, kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger das Auskunftsbegehren der Beklagten zum mindesten dadurch bereits befriedigt hätte, daß er die von der Beklagten anfänglich behaupteten Kundenabwerbungen bestritten und stattdessen behauptet hat, seine Tätigkeit habe sich bis zum 31. Juli 1976 lediglich auf erlaubte Vorbereitungshandlungen bezogen. Dies erscheint deshalb zweifelhaft, weil im Bestreiten vertragswidriger Konkurrenztaetigkeit zum mindesten dann nicht schon die geschuldete Auskunft liegt, wenn die Parteien noch darüber streiten, wieweit die Unterlassungspflicht des Auskunftspflichtigen reicht. Der verneinenden Erklärung fehlt dann die zu fordernde Eindeutigkeit, ohne die sie nicht die Grundlage einer eidesstattlichen Versicherung abgeben kann (BAG AP Nr. 6 zu § 60 HGB [zu A I 5 b der Gründe]). Im vorliegenden Fall ist für den Kläger immerhin in der Revisionsbegründung noch einmal klargestellt worden, daß er selbst eine Tätigkeit nach außen nicht als zulässige Vorbereitungshandlung ansieht.

gez.: Dr. Auffarth Dr. Leinemann Michels-Holl
Linde Carl

