

155

Für das Nachschlagewerk' Ja
Für die Fachpresse' Ja
Für die amtliche Sammlung' Nein

24 OKT 1972

Gesetz HGB § 74 Abs 1, § 74 c Abs 1 Satz 1, § 75 d,
BGB §§ 125, 126, 242, 398 ff, 415, 569 a, 613 a,
571, 581, 1251 Abs 2, VVG §§ 69, 151, 177

Leitsätze

- 1 Ein Arbeitsverhältnis als Ganzes kann jedenfalls durch einen dreiseitigen Vertrag übertragen werden
- 2 Die Übertragung eines Arbeitsverhältnisses als Ganzes ist nur möglich, wenn, abgesehen vom Parteiwechsel, das Arbeitsverhältnis unverändert bleibt.
- 3 Die Übertragung eines Arbeitsverhältnisses als Ganzes ist formlos möglich, dies gilt auch dann, wenn mit ihm Rechte übergehen, die, wie Wettbewerbsverbote, zu ihrer Begründung der Schriftform bedürfen

Aktenzeichen 3 AZR 102/72

Urteil des BAG vom 24 Oktober 1972

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 102/72

4 Sa 83/71 Hamburg

Im Namen des Volkes!

155

Urteilstenor
zugestellt
am 24. Oktober 1972

gez. Surig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 20. Oktober 1972 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Professorin Dr. Hilger und Dr. Thomas sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Wagner und Dr. Schlick für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 8. Dezember 1971 - 4 Sa 83/71 - 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](#)

- 2 -

Tatbestand

Die Klägerin war seit dem 1. November 1966 als Redaktions-Sekretarin bei der Firma T GmbH beschäftigt. In dem schriftlichen Anstellungsvertrag vom 28. November 1968 war folgendes Wettbewerbsverbot vereinbart

"Frau B verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für ein Konkurrenzunternehmen (Informationsdienste, PR-Agenturen, oder PR-Abteilungen von Industrieunternehmen) tätig zu werden oder sich an der Gründung oder dem Betrieb eines solchen zu beteiligen

Für die Dauer dieses Wettbewerbsverbotes zahlt die Firma Frau B die Hälfte der zuletzt gewährten Bezüge. Im übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 74 bis 75 c HGB

Die Firma kann von dieser Wettbewerbsabrede innerhalb von 10 Tagen nach Erklärung der Kündigung durch den einen oder anderen Teil zurücktreten."

Im September 1969 vereinbarten die Klägerin, die T GmbH und der Beklagte mündlich, daß die Klägerin ohne Änderung ihres Anstellungsvertrages ab 1. November 1969 vom Beklagten als Redaktions-Sekretarin übernommen werde. Der Beklagte ist zugleich geschäftsführender Gesellschafter der T GmbH. Den Inhalt der Absprache bestätigte der Beklagte mit folgendem Schreiben vom 26. November 1969

"Sehr geehrte Frau B ,

hiermit teile ich Ihnen mit, daß Ihr Gehalt ab 1. 1. 1970 um DM 150,-- erhöht wird. Damit entfällt die schriftliche Vereinbarung betr. Umsatzbeteiligung

Außerdem sind Sie mit Wirkung vom 1. November 1969 unter Beibehaltung der Bedingungen unseres bisherigen Anstellungsvertrages von der Firma " A Verlag B übernommen worden. "

Bei dieser Gelegenheit möchte ich mich für Ihre Mitarbeit bedanken "

Die Klägerin kündigte ihr Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. März 1970. Sie befand sich damals in anderen Um-

- 3 -



standen, am 28 Oktober 1970 hat sie entbunden Nach ihrem Ausscheiden bei dem Beklagten hat sie nicht mehr gearbeitet

Die Klagerin verlangt von dem Beklagten Karenzentschädigung in Höhe von 625,-- DM monatlich Für die Zeit vom 1 April 1970 bis 31 Mai 1971 hat sie, unter Abzug eines von ihr noch geschuldeten Restdarlehens von 750,-- DM, 8 000,-- DM nebst Zinsen eingeklagt

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten Er hat die Ansicht vertreten, zwischen ihm und der Klagerin sei kein wirksames Wettbewerbsverbot vereinbart worden, weil die Schriftform nicht eingehalten worden sei Ferner hat er behauptet, er habe der Klagerin nach deren Kündigung erklärt, sie könne jede Tätigkeit aufnehmen Der Beklagte hat außerdem geltend gemacht, die Karenzentschädigung entfalle deshalb, weil auf sie anderweitiger Verdienst anzurechnen sei, den zu erwerben die Klagerin boswillig unterlassen habe Mit der Widerklage hat der Beklagte Rückzahlung des Restdarlehens in Höhe von 750,-- DM nebst Zinsen gefordert

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben Mit seiner Revision verfolgt er die Anträge zur Klage und Widerklage weiter

Entscheidungsgründe

I Die Klagerin kann Karenzentschädigung von dem Beklagten verlangen, wenn zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot wirksam vereinbart worden ist Das ist nicht der Fall Im einzelnen gilt hierzu folgendes

1 Nach § 74 Abs 1 HGB bedürfen Wettbewerbsverbote der Schriftform, außerdem ist dem Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber unterzeichnete Urkunde auszuhandigen, welche die vereinbarten Bedingungen enthält Diese gesetzlich bestimmte Form haben die Parteien nicht eingehalten Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist es dem Beklagten auch

- 4 -

nicht verwehrt, sich auf die fehlende Schriftform zu berufen

Die Parteien haben mündlich vereinbart, daß für das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen die gleichen Bedingungen gelten sollten, wie sie in dem schriftlichen Vertrage vom 28 November 1968 zwischen der Klägerin und der Firma T GmbH niedergelegt waren. Damit sollte auch das in dem Vertrag vom 26. November 1968 enthaltene Wettbewerbsverbot zwischen den jetzigen Parteien gelten. Die mündliche Vereinbarung wie auch das Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 26. November 1969 genügen jedoch nicht der gesetzlichen Schriftform, wie sie in § 74 Abs. 1 HGB, § 126 BGB näher bestimmt ist.

2 Die von dem Beklagten stammende schriftliche Bestätigung über die vereinbarten Arbeitsbedingungen reicht auch nicht aus, um die erleichterten Voraussetzungen zu erfüllen, unter denen nach der Rechtsprechung die Schriftform noch gewahrt ist.

Es kann in einer Vertragsurkunde auf eine andere, formgleiche Urkunde zur näheren Bestimmung des Vertragsinhalts Bezug genommen werden, dann muß jedoch die in Bezug genommene Urkunde der neu errichteten Urkunde als Anlage beigefügt und mit ihr körperlich verbunden sein (BGHZ 40, 255 [262] = AP Nr. 1 zu § 126 BGB). An einer solchen Beifügung des früheren Vertrages fehlt es hier.

Ferner ist auch ohne Beifügung einer früher errichteten Urkunde die Bezugnahme auf eine solche zulässig, wenn die frühere Urkunde von denselben Parteien wie die neue unterzeichnet ist, die in sich formgerechte neue Urkunde ein früheres gleiches Vertragsverhältnis zeitlich verlängert und die für das Zustandekommen eines derartigen Vertragsverhältnisses wesentlichen Geschäftsbestandteile selbst enthält (BGHZ 42, 333 [338] = AP Nr. 8 zu § 126 BGB). Auch diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, denn es haben nicht dieselben Parteien, die an dem alten Arbeitsvertrag vom 28. November 1968 beteiligt waren, den neuen Arbeitsvertrag vom

- 5 -



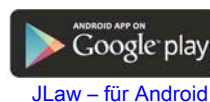
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

September/November 1969 abgeschlossen

3 Das Landesarbeitsgericht hat das Wettbewerbsverbot als verbindlich angesehen, weil die Bindung der Klagerin aus dem Verträge vom 28. November 1968 unverändert fortbestanden und der Beklagte den Inhalt des Wettbewerbsverbots gekannt habe. Dieser könne sich deshalb nach § 75 d HGB nicht auf die fehlende Schriftform berufen.

Diese Erwägungen des Landesarbeitsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. § 75 d HGB ist nicht anwendbar, wenn es um die Formgültigkeit eines Wettbewerbsverbots geht. Nach § 75 d HGB darf sich der Arbeitgeber nicht auf eine Vereinbarung berufen, die von den Vorschriften der §§ 74 bis 75 c HGB zum Nachteil des Handlungsgehilfen abweicht. Nach ihrem Wortlaut setzt die Bestimmung eine Vereinbarung, d. h. eine an sich wirksame Wettbewerbsabrede voraus, die nur daran krankt, daß sie die gesetzlichen Mindestbedingungen zu Lasten des Arbeitnehmers nicht wahrt. Dann soll es dem Arbeitgeber verwehrt sein, die Einhaltung des Wettbewerbsverbots zu verlangen, während es dem Arbeitnehmer freisteht, entweder die Unverbindlichkeit geltend zu machen oder das Wettbewerbsverbot zu befolgen. Der Rechtsgedanke des § 75 d HGB kann nicht angewendet werden, um die Berufung des Arbeitgebers auf Formmangel auszuschließen. Wenn § 74 Abs. 1 HGB den schriftlichen Abschluß von Wettbewerbsverträgen vorschreibt, so soll damit eine Warnfunktion erfüllt werden, der Angestellte soll vor übereilten und für sein künftiges berufliches Fortkommen unter Umständen folgerschweren Entschlüssen möglichst bewahrt bleiben (BAG 18, 104 [112] = AP Nr. 18 zu § 74 HGB [zu III 3 v. der Gründe]). Es soll durch die Schriftform ferner der Streit darüber ausgeschaltet werden, ob und mit welchem Inhalt eine Wettbewerbsvereinbarung geschlossen wurde. Insoweit stellt § 74 Abs. 1 HGB eine Schutznorm für beide Vertragsparteien und für den allgemeinen Rechtsverkehr dar. Deshalb läßt sich der lediglich auf den Schutz des Arbeitnehmers bedachte § 75 d HGB nicht dahin auslegen, daß er dem Arbeitgeber die Berufung auf die Formun-



- 6 -

gültigkeit einer Wettbewerbsvereinbarung verwehre, § 75 a HGB kann vielmehr nur dann Anwendung finden, wenn ein nach § 74 Abs. 1 HGB formgültiges Wettbewerbsverbot vorliegt

4 Dem Beklagten ist es auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Mangel der Schriftform zu berufen Grundsätzlich handelt eine Partei, die die Formnichtigkeit eines Vertrages geltend macht, weder arglistig noch verstößt sie gegen Treu und Glauben Nur in ganz besonderen Ausnahmefällen lassen Rechtsprechung und Schrifttum zu, daß der bei Verletzung gesetzlicher Formvorschriften bestimmten Nichtigkeitsfolge der Einwand aus § 242 BGB entgegenwirkt. Dafür ist u a nötig, daß die Nichtanerkennung des Vertrages zu einem untragbaren Ergebnis führen würde (vgl BAG 5, 58 [62 ff] = AP Nr. 2 zu § 125 BGB [zu III der Gründe], Soergel-Hefermehl, BGB, 10 Aufl., § 125 Anm 23 und 24, jeweils mit weiteren Nachweisen)

Hier liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Beklagte bewußt die Formvorschriften mit dem Ziele außer acht gelassen hatte, die Klägerin vom Wettbewerb abzuhalten, er selbst aber keine Karenzentschädigung zahlen wollte Die Unachtsamkeit der Wettbewerbsabrede wurde auch nicht zu einem für die Klägerin untragbaren Ergebnis führen Sie konnte zwar keine Karenzentschädigung verlangen, wäre aber auf der anderen Seite in der Verwertung ihrer Arbeitskraft ungebunden

II Ist sonach zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot nicht formgerecht vereinbart worden, so ist dennoch ein Anspruch der Klägerin auf Karenzentschädigung nicht mit Sicherheit auszuschließen Nach den bisher getroffenen Feststellungen ist es möglich, daß das zwischen der Klägerin und der Firma T GmbH wirksam vereinbarte Wettbewerbsverbot ohne erneute schriftliche Festlegung zwischen den Parteien deshalb gegolten hat, weil der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin als Ganzes übernommen hat

1 Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Vertragsverhältnisses als Ganzes nicht, es regelt nur die Abtretung von Forderungen und die

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Übernahme von Verbindlichkeiten Das Gesetz kennt jedoch eine Reihe von Fällen, in denen der gesetzliche Übergang eines Schuldverhältnisses auf einen Rechtsnachfolger - außerhalb einer Gesamtrechtsnachfolge - möglich ist, so in § 569 a Abs 1 Satz 1 BGB, § 569 a Abs 2 Satz 1 BGB, §§ 571 Abs 1, 581 Abs 2, 613 a Abs 1, 1251 Abs 2 Satz 1 BGB, § 69 VVG, § 151 Abs 2 VVG und § 177 Abs 1 Satz 1 VVG

2 In Rechtsprechung und Schrifttum ist neuerdings weitgehend anerkannt, daß Schuldverhältnisse auch rechtsgeschäftlich im ganzen übertragen werden können, wobei freilich konstruktive Einzelfragen dieser Rechtsfigur unterschiedlich beurteilt werden (vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Aufl., § 35 III, S. 421 ff., Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., § 87 I, S. 349 ff., Esser, Schuldrecht, Bd. 1 Allg. Teil, 4. Aufl., § 56 IV, S. 423 ff., Brecher, Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis in Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 181 [189 ff.], Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß, 11. Heft, 1963, Palandt, BGB, 31. Aufl., § 398 Anm. 4, BGH LM Nr. 16 zu § 581 BGB = MDR 1958, 90 mit Anm. von Bettermann, BGH LM Nr. 2 zu § 931 BGB [zu A II 2 a], BGHZ 44, 229 [231 zu I 2 a a E], BGH DB 1970, 441 f., zur Übertragung von Arbeitsverhältnissen ferner Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, § 54 III, 4 S. 518 ff., Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., § 46 I 3 S. 656 f., beide mit weiteren Nachweisen, BAG 2, 127 [128] = AP Nr. 1 zu § 613 BGB [zu 1 der Gründe], BAG 9, 62 [70] = AP Nr. 1 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge [zu 4 der Gründe], BAG 13, 333 [337 ff.] = AP Nr. 6 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge [zu II der Gründe], BAG AP Nr. 2 zu § 419 BGB Funktionsnachfolge [zu 4 c], AP Nr. 1 zu § 74 a HGB [zu II 1 c der Gründe])

3 Der Senat konnte sich für den vorliegenden Fall darauf beschränken festzustellen, daß die Übertragung eines Arbeitsverhältnisses im ganzen jedenfalls im Wege eines dreiseitigen Vertrages eigener Art zwischen dem ausscheidenden, dem eintre-

- 8 -

tenden und dem verbleibenden Partner des Arbeitsverhältnisses möglich ist. Das hat der Bundesgerichtshof in gleicher Weise für die Übernahme eines Mietverhältnisses ausgesprochen (BGH LM Nr. 16 zu § 581 BGB = MDR 1958, 90), und eine Vertragsübernahme auf diesem Wege wird ganz überwiegend für möglich und rechtswirksam angesehen. Hier sind die vertraglichen Erklärungen für den früheren und den neuen Arbeitgeber gleichzeitig durch Herrn B abgegeben worden, während auf der anderen Seite die Klägerin sich mit der

Auswechselung ihres Arbeitgebers einverstanden erklärt hat.

4. Ein solcher Vertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis als Ganzes übertragen wird, ist ein Verfügungsgeschäft, das analog §§ 398 ff. BGB zu behandeln ist. Es kann allerdings nicht, wie die Abtretung einer Forderung, allein zwischen dem ausscheidenden und dem eintretenden Arbeitgeber vereinbart werden, sondern bedarf der Mitwirkung des Arbeitnehmers, weil nach § 613 Satz 2 BGB im Zweifel die Auswechselung des Arbeitgebers nicht ohne Zustimmung des Arbeitnehmers möglich ist und weil für diesen mit der Auswechselung des Arbeitgebers zudem ein Schuldnerwechsel eintritt, der sich analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls nicht ohne den Willen des Arbeitnehmers vollziehen darf (vgl. dazu auch Larenz, aaO, § 35 III, S. 423; Pieper, aaO, S. 191 ff.). Hieraus ergibt sich für die rechtliche Behandlung folgendes:

a) Der vereinbarte Übergang eines Arbeitsverhältnisses als Ganzes setzt voraus, daß der Inhalt des Arbeitsverhältnisses unverändert bleibt. Wo der Übergang eines Arbeitsverhältnisses als Ganzes gewollt ist, ist von den Beteiligten eine Kontinuität gewollt. Deshalb ist die Übertragung des Arbeitsverhältnisses von einem Arbeitgeber auf einen anderen nur möglich, wenn die Identität des Arbeitsverhältnisses erhalten bleibt (vgl. hierzu Pieper, aaO, S. 118). Zu dieser Identität gehört, daß der Arbeitnehmer in seiner bisherigen Stellung an seinem bisherigen Arbeitsplatz weiter beschäftigt wird. Das Wesen der Übernahme eines Arbeitsverhältnisses liegt darin, daß nur auf der personalen Seite ein Wechsel

- 9 -



stattfindet, indem ein Arbeitgeber ausscheidet und an seine Stelle ein anderer tritt. Wo die durch die betriebliche Eingliederung und deren Aufrechterhaltung sich äußernde Einheit des Arbeitsverhältnisses nicht gewahrt ist, scheidet die Übernahme des Arbeitsverhältnisses aus und kommt nur die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses in Betracht. Völlte man eine Übernahme eines Arbeitsverhältnisses auch dann für möglich halten, wenn - vom Arbeitgeberwechsel abgesehen - gleichzeitig der Inhalt des Arbeitsverhältnisses geändert wird, so wäre eine sinnvolle Abgrenzung zwischen vereinbarter Vertragsübernahme und Abschluß eines neuen Vertrages kaum möglich (vgl. Pieper, aaO, S. 120).

b) Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber ist formlos möglich. Dies gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis oder in seinem Rahmen vereinbarte vertragliche Bedingungen, wie etwa ein Wettbewerbsverbot, einer Formvorschrift unterliegen. Dadurch, daß die ursprünglichen Parteien des Arbeitsverhältnisses die erforderlichen Formvorschriften beachtet haben, ist dem vom Gesetzgeber gewollten Zweck - Warn- und Beweisfunktion der Formvorschriften - Genüge getan. Diese Formvorschriften bei einer Vertragsübernahme zu wiederholen oder die Vertragsübernahme von der Beachtung solcher Formvorschriften abhängig zu machen, wäre wenig sinnvoll und würde die Fungibilität von Vertragsübernahmen, der zu dienen das Institut bestimmt ist, ohne sachlichen Grund erschweren. Die Vertragsübernahme läßt den Inhalt der von den Ursprungspartnern formgerecht vereinbarten Rechte und Pflichten unberührt und führt lediglich zu einem Austausch der Arbeitgeber. Dafür, daß der Arbeitnehmer statt des bisherigen, ihm genehmen Arbeitgebers nicht einen neuen Arbeitgeber erhält, den er nicht wünscht, bedarf es nicht der Beachtung besonderer Formvorschriften, etwa derjenigen, wie sie in § 74 Abs. 1 HGB für Wettbewerbsverbote vorgesehen sind. Vor einem ihm unerwünscht erscheinenden neuen Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer hinlänglich dadurch schützen, daß er der Übernahme des Arbeitsverhältnisses seine - wie



- 10 -

oben dargelegt erforderliche - Zustimmung versagt

5 Wenn im vorliegenden Fall das Arbeitsverhältnis der Klagerin mit der Firma T GmbH unverändert von dem Beklagten übernommen worden wäre, wurde somit das Wettbewerbsverbot aus dem Vertrage vom 28. November 1968 weitergelten, ohne daß es erneut vereinbart und dabei die Schriftform eingehalten zu werden brauchte. Ob eine solche Übernahme des Arbeitsverhältnisses erfolgt ist, konnte der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Für den inhaltlich unveränderten Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses konnte sprechen, daß der Beklagte auch Geschäftsführer der T GmbH war, daß beide Firmen sich verlegerisch betätigen und daß die Klagerin bei beiden Arbeitgebern die gleiche Stellung als Redaktions-Sekretarin einnahm. Andererseits konnten ein Betriebswechsel und ein Wechsel des Arbeitsplatzes dann vorgelegen haben, wenn beide Firmen an verschiedenen Plätzen H ihren Sitz haben sollten, was nach dem Akteninhalt nicht ausgeschlossen ist.

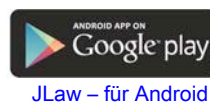
Die näheren Umstände, die mit der Übernahme der Klagerin von der Firma T GmbH zu dem Beklagten verbunden waren, aufzuklären, ist Sache des Tatsachengerichts, an das der Rechtsstreit daher zurückzuverweisen war. Dies wird entsprechend den zu II 4 a) angestellten Erwägungen zu klären haben, ob die Klagerin nur nach außen hin den Arbeitgeber wechselte, tatsächlich aber unverändert weiter in dem gleichen Betrieb tätig war, oder ob hier solche Veränderungen vorlagen, die die Annahme ausschließen, daß das Arbeitsverhältnis unverändert geblieben ist. Je nachdem ist der Anspruch der Klagerin auf Karenzentschädigung begründet und die Widerklage unbegründet oder umgekehrt.

III Die Zurückverweisung der Sache zur weiteren Aufklärung durch das Landesarbeitsgericht wäre entbehrlich, wenn die weiteren Einwendungen des Beklagten gegen den Anspruch der Klagerin auf Karenzentschädigung begründet wären. Das ist jedoch nicht der Fall.

- 11 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 Der Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht, er habe nach der Kündigung der Klägerin gegenüber erklärt, sie könne sich nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ohne Rücksicht auf das Wettbewerbsverbot betätigen. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu festgestellt, daß der Beklagte eine solche Erklärung nicht abgegeben und damit nicht auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichtet habe. Die Revision hat gegen diese tatsächliche Feststellung keine Verfahrensrüge erhoben, der Senat ist deshalb gemäß § 561 Abs. 1 ZPO hieran gebunden.

2 Entgegen der Ansicht der Revision kann der Klägerin auch nicht vorgeworfen werden, daß sie es boswillig unterlassen habe, anderweitigen Verdienst zu erzielen, der nach § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Karenzentschädigung anzurechnen wäre.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Begriff der Boswilligkeit im Sinne des § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB den gleichen Inhalt wie im Falle des Annahmeverzugs des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer unterläßt anderweitigen Erwerb dann boswillig, wenn er in Kenntnis der objektiven Umstände, nämlich Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleibt oder sich wegen der Zahlungspflicht des Arbeitgebers mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt. Die Absicht der Schädigung ist nicht erforderlich, andererseits reicht ein grob oder leicht fahrlässiges Verhalten des Arbeitnehmers nicht aus. Es muß ihm bewußt sein, daß er durch sein Verhalten den Arbeitgeber schädigt. Dies darf er nicht tun, weil er im Rahmen des Zumutbaren seine Arbeitskraft zu verwerten und dadurch den Arbeitgeber zu entlasten hat. Das folgt aus der Pflicht des Arbeitnehmers, auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und nicht bewußt und in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise die Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung der Arbeitsvergütung oder – wie hier – der Karenzentschädigung auszunutzen (BAG 19, 194 [202 ff.] = AP Nr. 1 zu § 74 c HGB [zu 5 der Gründe] mit zustimmender Anm. von A. Hueck).



b) Das Landesarbeitsgericht hat den Begriff der Boswilligkeit nicht verkannt. Auch die Anwendung des Gesetzes auf den von ihm festgestellten Sachverhalt enthält keinen Rechtsverstoß.

Es ist zwar nach dem unstreitigen Sachverhalt so, daß die Klägerin in der Zeit, für die sie Karenzentschädigung beansprucht, sich nicht um einen anderen Arbeitsplatz bemüht hat. Hieraus kann gegen sie jedoch wegen der besonderen Umstände des Falles nicht der Vorwurf der Boswilligkeit hergeleitet werden. Die Klägerin ist nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten von H nach München verzogen. Sie befand sich damals in anderen Umständen. Ferner hatte sie für ein fünfjähriges Kind zu sorgen, das sie nicht anderweitig unterbringen konnte. Das Zusammentreffen der Umstände rechtfertigte die vom Landesarbeitsgericht getroffene Annahme, daß die Klägerin nicht bewußt und in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise die Pflicht des Beklagten, Karenzentschädigung zu zahlen, ausnutzen wollte. Zudem hat der Beklagte in keinem Punkte näher dargelegt, daß die Klägerin den einen oder anderen Umstand, den sie als Hinderungsgrund für die Aufnahme einer Tätigkeit angeführt hat, in irgendeiner geeigneten Art und Weise hatte beseitigen können. Auch deshalb läßt sich nicht sagen, daß hier von der Klägerin erwartet werden konnte, eine Tätigkeit aufzunehmen, um die Belastung des Beklagten mit der Karenzentschädigung zu mindern oder gar ganz zu beseitigen.

IV Die Entscheidung über die Widerklage hängt davon ab, ob der Klägerin Ansprüche auf Karenzentschädigung zustehen, mit denen sie gegen die Darlehensforderung des Beklagten aufrechnen konnte oder nicht. Das angefochtene Urteil war daher auch insoweit aufzuheben, als es die Widerklage betrifft, insoweit war der Rechtsstreit ebenfalls zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Hilger

Dr. Thomas

Dr. Wagner

Dr. Dr. Schlick



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)