

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

Gesetz: HGB § 75 Abs. 3, § 75 Abs. 1, § 90 a, § 74 Abs. 2,
§ 74 c; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1

Leitsätze:

1. Der Senat stellt zur Erwägung und Überprüfung, ob § 75 Abs. 3 HGB gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und verfassungswidrig ist; denn er regelt, wie sich aus § 75 Abs. 1 HGB ergibt, bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Folgen für ein bestehendes Wettbewerbsverbot ohne einsichtigen Grund und damit willkürlich für den Arbeitnehmer ungünstiger und für den Arbeitgeber günstiger, je nachdem, ob der wichtige Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer gesetzt worden ist.
2. Dadurch, daß nach § 75 Abs. 3 HGB bei einer vom Arbeitnehmer veranlaßten Kündigung aus wichtigem Grund der Arbeitnehmer an das Wettbewerbsverbot gebunden ist, aber dennoch keine Karenzentschädigung erhalten soll, verstößt § 75 Abs. 3 HGB unter Umständen auch gegen Art. 12 Abs. 1 GG.
3. Es bleibt unentschieden, ob § 75 Abs. 3 HGB vorkonstitutionelles oder nachkonstitutionelles Recht ist und ob die Kompetenz zur Verwerfung wegen Verfassungswidrigkeit bei den damit befaßten Gerichten für Arbeitssachen oder beim Bundesverfassungsgericht liegt.

Aktenzeichen: 3 AZR 118/73

Urteil des BAG vom 26. Oktober 1973

LAG Baden-Württemberg



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



3 AZR 118/73

3 Sa 54/72 Baden-Württem-
berg

Verkündet am
26. Oktober 1973

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richterin Professorin Dr. Hilger und den Richter Dr. Thomas sowie die ehrenamtlichen Richter Willmann und Schormann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 28. September 1972 - 3 Sa 54/72 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 17. Dezember 1971 - 3 Ca 369/71 - insoweit abgeändert, wie es den Anspruch des Klägers auf Karenzentschädigung abgewiesen und über die Kosten entschieden hat:

- 2 -



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



- 2 -

- a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.822,90 DM nebst 4 % Zinsen ab 1. Dezember 1971 zu zahlen.
 - b) Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, für die Zeit vom 1. Dezember 1971 bis zum 11. März 1973 Karenzentschädigung entsprechend § 6 des Anstellungsvertrages vom 19./24. September 1969 zu zahlen.
3. Die Kosten des ersten Rechtszuges tragen der Kläger zu 1/10 und die Beklagte zu 9/10; die Kosten der Berufung und der Revision trägt die Beklagte.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger von der Beklagten Karenzentschädigung **verlangen kann**.

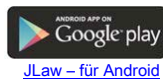
Der Kläger trat am 1. Januar 1970 als Leiter der Stabsstelle Revision und Kontrolle innerhalb der Geschäftsführung in die Dienste der Beklagten. Nach dem Anstellungsvertrag vom 19./24. September 1969 erhielt er ein Festgehalt von brutto 2.500,-- DM. Für die Kündigung galt nach Ablauf eines Jahres eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Halbjahresende. In § 6 des Anstellungsvertrages war eine Wettbewerbsvereinbarung folgenden Inhalts getroffen:

"Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, daß Herr M in einem Zeitraum von zwei Jahren, gerechnet von dem Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung der Dienstleistungen ab, weder unmittelbar noch mittelbar in ein Wettbewerbsunternehmen eintreten, noch für ein solches Unternehmen als Angestellter, freier Mitarbeiter oder als Berater tätig werden darf, ohne daß der Verlag hierzu vorher schriftlich seine Zustimmung gibt. Als Konkurrenzunternehmen ist jedes ohne Rücksicht auf die Rechtsform betriebene Unter-

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

nehmen (einschließlich Neben- und Filialbetrieben) anzusehen, das die gleichen oder ähnlichen Erzeugnisse herstellt oder vertreibt wie der D S und / oder mit ihm im Wettbewerb steht. Wettbewerbsfirmen sind auch sämtliche Geldinstitute, die direkt oder in einem Organisationsverhältnis mit der Sparkassenorganisation im Wettbewerb stehen. Für die Dauer des Wettbewerbsverbots erhält Herr M die Hälfte des zuletzt bezogenen Gehalts monatlich nachträglich. Im übrigen gelten die Bestimmungen des HGB (§§ 74 ff.)."

Mit Schreiben vom 12. März 1971 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis zum 30. Juni 1971. Das Kündigungsschreiben hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Herr M ,
hiermit kündigen wir Ihnen das Dienstverhältnis fristgemäß zum 30.6.1971. Wir bitten Sie, Ihre Arbeitsunterlagen sofort Herrn W ordnungsgemäß zu übergeben und beurlauben Sie mit Wirkung vom 15.3.1971 bis zum Ablauf des Dienstvertrages am 30.6.1971 von Ihren Dienstgeschäften.

Vor Abschluß eines neuen Dienstvertrages bitten wir Sie, uns den entsprechenden Arbeitgeber zu benennen, damit wir in die Lage versetzt werden, eine Entscheidung zum vereinbarten Wettbewerbsverbot zu treffen. Wir weisen Sie nochmals darauf hin, daß Sie auch nach Ihrem Ausscheiden aus dem D der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

Wir bedauern, daß wir diese Entscheidung nicht vermeiden konnten. Das besonders auf der Stabebene erforderliche Vertrauensverhältnis war nicht mehr gegeben.

Zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses sind wir bereit wenn wir von Ihnen die näheren Angaben erhalten haben, die Sie im Zeugnis verzeichnet sehen möchten. Die Anhörung des Betriebsrates ist erfolgt."

Der Kündigung waren Gespräche der Parteien über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder eine vom Kläger ausgehende Kündigung vorausgegangen, Grund hierfür wie auch für die von der Beklagten schließlich erklärte Kündigung war nach der Darstellung der Beklagten folgender Vorfall: Etwa am 12. Februar 1971 sei ihr telefonisch vertraulich mitgeteilt worden, der Kläger habe sich

Hinweis: Auch Teil der Urteilsammlung und als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

beim Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen wegen der Behandlung der ihm von der Beklagten zugesagten Zusatzpensionsversicherung beschwert und in seinem Schreiben ausgeführt:

"Ist ein derartiges Vorgehen nicht schon kriminell, also strafrechtlich zu verfolgen? Müssen Sie nicht von Amts wegen gegen derartige Praktiken eingreifen?"

Es sei der Beklagten nicht gelungen, den Inhalt des gesamten Schreibens zu erfahren, doch habe der Kläger auf Vorhalt am 12. März 1971 eingeräumt, die beanstandeten Sätze geschrieben zu haben. Außerdem habe der Kläger einen Aktenvermerk eines Abteilungsleiters vom 21. Januar 1971 mit unpassenden Bemerkungen versehen und sich bei einem Schreiben vom 12. Februar 1971 nicht an das Zwei-Unterschriften-Prinzip gehalten.

Nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten hat der Kläger am 29. Juli 1971 die Karenzentschädigung für Juli 1971 gefordert. Die Beklagte hat darauf am 2. August 1971 erwidert, die Zahlung einer Wettbewerbsentschädigung setze voraus, daß sie ein Wettbewerbsverbot ausspreche. Das sei wiederum nur möglich, wenn der Kläger bei einer Firma tätig werden wolle, die mit der Beklagten im Wettbewerb stehe; das sei zurzeit nicht der Fall.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger - soweit dies für die Revision noch interessiert - für die Zeit vom 1. Juli 1971 bis 30. November 1971 Zahlung der Karenzentschädigung in rechnerisch nicht streitiger Höhe von 4.822,90 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet ist, entsprechend § 6 des Anstellungsvertrages ihm bis zum 11. März 1973 Karenzentschädigung zu zahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat den Standpunkt vertreten, das vereinbarte Wettbewerbsverbot sei bedingt gewesen und von ihr nicht in Anspruch genommen worden. Deshalb könne der Kläger aus der Vereinbarung

- 5 -



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



- 5 -

keinen Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung herleiten, obgleich er das Wettbewerbsverbot beachtet habe. Hinzu komme, daß sie berechtigt gewesen sei, wegen des Schreibens des Klägers an das Bundesaufsichtsamt das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde zu kündigen mit der Folge, daß ein Anspruch auf Karenzentschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB entfalle. Wenn sie dem Kläger aus Entgegenkommen fristgemäß gekündigt habe, so stehe das der Berufung auf § 75 Abs. 3 HGB nicht entgegen; denn sie habe dem Kläger vorgehalten, das Schreiben gebe ihr einen Grund zur fristlosen Kündigung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er sein Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger könne Karenzentschädigung nicht verlangen, weil es sich bei der Wettbewerbsvereinbarung in § 6 des Anstellungsvertrages vom 19./24. September 1969 um ein sog. bedingtes Wettbewerbsverbot gehandelt habe, das die Beklagte nicht in Anspruch genommen habe.

1. a) Das Bundesarbeitsgericht hatte wiederholt Wettbewerbsvereinbarungen zu beurteilen, bei denen der Arbeitgeber sich vorbehalten hatte zu erklären, ob er das Wettbewerbsverbot in Anspruch nehmen wolle, und bei denen er Karenzentschädigung nur für den Fall zugesagt hatte, daß er die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verlangte. So gestaltete Wettbewerbsabreden sind als bedingte Wettbewerbsverbote bezeichnet und als für die Arbeitnehmer unverbindlich angesehen worden, weil sie § 74 Abs. 2 HGB umgehen, der zwingend die Zahlung einer Karenzentschädigung vorschreibt (BAG 22, 324 [327 f.] = AP Nr. 26 zu § 74 HGB [zu II 2 der Grün-

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 6 -

de]; BAG AP Nr. 27 und 29 zu § 74 HGB [jeweils zu I 1 der Gründe]; Urteil vom 27. Juni 1973 - 3 AZR 443/72 - [dem-nächst] AP Nr. 32 zu § 74 HGB [zu I 2 a der Gründe]).

b) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, bei der Wettbewerbsvereinbarung der Parteien handele es sich um ein solches bedingtes Wettbewerbsverbot, ist nicht ganz zweifelsfrei. Stellt man auf den reinen Wortlaut der Vereinbarung ab, so läßt sich die Wettbewerbsvereinbarung möglicherweise auch anders verstehen, nämlich wie folgt: Dem Kläger war grundsätzlich für die Dauer von zwei Jahren eine Konkurrenz-tätigkeit untersagt, und die Beklagte hatte nur eingeräumt, im Einzelfall doch die Zustimmung zum Eintritt in ein Wettbewerbsunternehmen zu geben. Insofern läge zwar die für ein bedingtes Wettbewerbsverbot typische Ungewißheit für den Kläger vor, der nicht von vornherein wußte, ob die Beklagte ihm bestimmte Konkurrenzunternehmen sperren würde oder nicht. Dieser Umstand allein würde jedoch nicht ausreichen, um von einem für den Arbeitnehmer unwirksamen bedingten Wettbewerbsverbot zu sprechen. Ein solches liegt nur vor, wenn auch die Zahlung der Karenzentschädigung davon abhängig gemacht ist, ob der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot in Anspruch nimmt oder nicht. Hier läßt der Wortlaut der Vereinbarung auch die Annahme zu, die Karenzentschädigung sei unbedingt und nicht nur für den Fall zugesagt worden, daß die Beklagte ihre Zustimmung zu einer von dem Kläger konkret beabsichtigten Konkurrenz-tätigkeit versagte (vgl. zu einer ähnlichen Abrede BAG 20, 162 [165 f.] = AP Nr. 21 zu § 74 HGB [zu II 2 der Gründe]). Bei einer solchen Auslegung hätte der Kläger Anspruch auf Karenzentschädigung.

2. Aber auch wenn man mit dem Landesarbeitsgericht annehmen wollte, die Parteien hätten die Absprache in § 6 des Anstellungsvertrages als bedingtes Wettbewerbsverbot gewollt und verstanden, könnte der Kläger die begehrte Karenzentschädigung deshalb beanspruchen, weil die Beklagte das Wettbewerbsverbot in Anspruch genommen hat.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 7 -

a) Wenn der Arbeitgeber sich in der Wettbewerbsvereinbarung vorbehält zu erklären, ob er das Wettbewerbsverbot in Anspruch nehme oder nicht, so muß er vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers klarstellen, wie er sich entschließt. Er darf den ausscheidenden Arbeitnehmer nicht unter Berufung auf den Vorbehalt verpflichten, während der vorgesehenen Dauer des Wettbewerbsverbots über jede neue Tätigkeit Auskunft zu geben, um sich dann jeweils dazu zu äußern, ob er sie untersagen will oder nicht. Dies würde den Zustand, um dessentwillen bedingte Wettbewerbsverbote keine Anerkennung finden können, in unangemessener Weise verlängern: Der Arbeitnehmer wäre nicht nur zu dem Zeitpunkt, in dem er bei dem Arbeitgeber ausscheidet, im Ungewissen darüber, ob er mit einer Inanspruchnahme rechnen muß oder nicht; dies wäre vielmehr für jeden weiteren Stellenwechsel während der Karenzzeit in gleicher Weise der Fall. Dabei könnte er, wenn er sich vertragsgemäß verhalten und keine Konkurrenztätigkeit aufnehmen würde, nicht damit rechnen, eine Entschädigung zu erhalten. Denn wenn der Arbeitgeber weiß, daß ihm keine Konkurrenz droht, könnte er der Zahlungspflicht entgehen, indem er jeweils erklärt, er nehme die Klausel nicht in Anspruch. Deshalb muß der Arbeitgeber, der sich zur Zahlung einer Karenzentschädigung unter der Voraussetzung bereit erklärt, daß er die Vereinbarung befolgt wissen will, vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses klarstellen, ob er Rechte aus der Klausel herleiten will oder nicht. Behält er sich vor, von Fall zu Fall zu erklären, ob er mit einer beabsichtigten neuen Tätigkeit einverstanden ist, so nimmt er das Wettbewerbsverbot für sich in Anspruch und muß er die vereinbarte Karenzentschädigung zahlen, wenn der Arbeitnehmer die Konkurrenzklausel einhält (AP Nr. 29 zu § 74 HGB [zu 3 der Gründe]).

b) Hier hat die Beklagte das Wettbewerbsverbot jedenfalls in Anspruch genommen: Sie hat mit ihrem Kündigungsschreiben vom 12. März 1971 den Kläger aufgefordert, ihr vor Abschluß

- 8 -

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

JLaw – für Android

[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

eines neuen Dienstvertrages den neuen Arbeitgeber zu benennen, damit sie dann eine Entscheidung zu dem vereinbarten Wettbewerbsverbot treffen könne. Mit ihrem Schreiben vom 2. August 1971 hat die Beklagte erneut bekräftigt, daß sie dem Kläger Karenzentschädigung nur dann schulde, wenn sie ein Wettbewerbsverbot ausspreche. Das wiederum sei nur dann möglich, wenn der Kläger eine Tätigkeit bei einer Firma aufnehmen wolle, die mit der Beklagten im Wettbewerb stehe. Da der Kläger zur Zeit bei keiner Konkurrenzfirma tätig sei, habe er gegen die Beklagte keine Ansprüche auf Karenzentschädigung. In diesem Verhalten der Beklagten liegt nach den vom Senat aufgestellten Grundsätzen jedenfalls eine Inanspruchnahme eines - etwaigen bedingten - Wettbewerbsverbots, das die Beklagte verpflichtet, die vereinbarte Karenzentschädigung zu zahlen. Dies gilt auch dann, wenn die Beklagte lediglich vorhatte, die Tätigkeit bei einem bestimmten Konkurrenten zu untersagen; denn auch in solchem Fall forderte die Beklagte eine Konkurrenzenthaltung des Klägers.

II. In einer Hilfsbegründung hat das Landesarbeitsgericht den Anspruch auf Karenzentschädigung auch deshalb für unbegründet erklärt, weil die Beklagte berechtigt gewesen sei, dem Kläger wegen vertragswidrigen Verhaltens fristlos zu kündigen, so daß nach § 75 Abs. 3 HGB der Entschädigungsanspruch entfalle. Auch hierin kann dem Berufungsgericht deshalb nicht gefolgt werden, weil die von der Beklagten geltend gemachten Verfehlungen des Klägers keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abgaben.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte könne den Wegfall des Entschädigungsanspruchs nach § 75 Abs. 3 HGB geltend machen, obgleich sie selbst dem Kläger fristgemäß gekündigt hat. Für die Anwendung des § 75 Abs. 3 HGB komme es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG AP Nr. 1 zu § 75 HGB [zu III 3 der Gründe]; BAG AP Nr. 2 zu § 75 HGB [zu I der Gründe]; BAG AP Nr. 3 zu § 75 HGB [zu II 2 a der Gründe]; BAG 20, 162 [171 ff.] = AP Nr. 21

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 9 -

zu § 74 HGB [zu V der Gründe]; BAG AP Nr. 6 zu § 628 BGB [zu II 2 c der Gründe]) nicht auf die Form, sondern den Anlaß der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an, sofern nur der Arbeitnehmer wußte oder doch erkennen mußte, daß der Arbeitgeber einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung für gegeben hielt.

Mit den in seinem Schreiben an das Bundesaufsichtsamt verwendeten Formulierungen habe der Kläger so nachhaltig gegen die Beklagte polemisiert, daß damit die für eine ge-
deihliche Zusammenarbeit notwendige Vertrauensgrundlage verlorengegangen sei. Es liege die Möglichkeit nahe, daß der Kläger noch Schritte ähnlicher Art unternommen habe. Der Beklagten sei deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar gewesen.

2. Das angefochtene Urteil gibt bereits zu Bedenken deshalb Anlaß, weil es die naheliegende Frage nicht geprüft hat, ob die Beklagte mit dem geltendgemachten Kündigungsgrund nicht nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen war; das Landesarbeitsgericht ist weiterhin ohne ausreichende tatsächliche Feststellungen davon ausgegangen, der Kläger habe erkennen können, daß die Beklagte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde betreibe.

Diesen Bedenken brauchte der Senat jedoch nicht weiter nachzugehen, da auch der Annahme des Landesarbeitsgerichts, der von der Beklagten vorgetragene Sachverhalt hätte eine Kündigung aus wichtigem Grunde gerechtfertigt, aus Rechtsgründen nicht zu folgen ist.

a) Dem Kläger sind seine Äußerungen in dem Schreiben an das Bundesaufsichtsamt vorgeworfen worden, durch die er das wegen seiner herausgehobenen Stellung bei der Beklagten erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört habe. Zutreffend ist, daß solche verunglimpfenden Fragestellungen, wie sie der Kläger angebracht hat, zu mißbilligen sind und der Arbeitgeber sie nicht hinzunehmen braucht. Das ist auch dem Kläger

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

klar geworden, der diese Äußerungen in seinem Schreiben vom 21. März 1971 an die Beklagte bedauert hat.

Die Entscheidung darüber, ob der Kläger wegen der beiden von der Beklagten zitierten Sätze untragbar geworden war, erforderte jedoch nach § 626 Abs. 1 BGB die Abwägung aller Umstände; deshalb mußten die gegen die Beklagte gerichteten Vorwürfe im Zusammenhang mit dem Anliegen gewürdigt werden, um dessentwillen der Kläger sich an das Bundesaufsichtsamt **gewandt** hatte. Eine solche Gesamtbetrachtung hat das Landesarbeitsgericht nicht in seine Erwägungen einbezogen, obgleich sich danach ergeben konnte, daß die aus dem Zusammenhang gerissenen Sätze in ihrem Kontext anders als geschehen zu bewerten sein konnten. Deshalb, und weil das Landesarbeitsgericht im übrigen die unbelegte Vermutung gegen den Kläger ins Feld geführt hat, er könnte noch ähnliche Schritte unternommen haben, ist der Begriff des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB verkannt.

b) Der Senat konnte von einer Zurückverweisung absehen und in der Sache selbst entscheiden, weil nicht ersichtlich ist, daß von der Beklagten neuer Tatsachenstoff beigebracht werden kann. Die Beklagte hat geltend gemacht, es sei ihr nicht gelungen, über die ihr durch eine Indiskretion bekannt gewordenen beiden Sätze hinaus den weiteren Inhalt des Briefes zu erfahren. Es ist deshalb davon auszugehen, daß sie in der Tatsacheninstanz nicht mehr als bisher vortragen kann, um einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu begründen.

Nach den vorstehend zu b) angestellten Erwägungen kann die Beklagte ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht mit den beiden, aus dem Zusammenhang gerissenen Sätzen belegen. Das war ihr offenbar auch selbst bewußt, denn sie hat sich, wenn auch vergeblich, bemüht, den gesamten Inhalt des Briefes zu erfahren. Daß sie sich durch die ihr bekannt gewordenen Sätze nicht nachhaltig getroffen fühlte, ergibt sich daraus, daß sie die Angelegenheit bei ihrem Bestreben,

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 11 -

das Arbeitsverhältnis zu beenden, dem Kläger zunächst nicht vorhielt, daß sie ihn noch vier Wochen tatsächlich beschäftigte und sich gegenüber dem Anspruch auf Karenzentschädigung vor Beginn des Rechtsstreits nicht auf ihre Rechte aus § 75 Abs. 3 HGB berufen hat. Um so mehr erfordert die Abwägung aller Umstände, den Gesamtzusammenhang, in dem die Äußerungen gemacht wurden, zu kennen und zu bewerten. Daß dies nicht möglich ist, geht zu Lasten der Beklagten, die damit ihrer Darlegungs- und Beweispflicht für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht genügt hat.

Die Frage, ob die Beklagte dem Kläger hätte fristlos kündigen können, ist nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Kläger einmal das Zwei-Unterschriften-Prinzip nicht beachtet und einen Aktenvermerk eines Abteilungsleiters mit - aus der Sicht der Beklagten - unpassenden Bemerkungen versehen habe. Diese Vorfälle wiegen für sich, aber auch in der Gesamtbetrachtung mit dem auf anderem Gebiet liegenden Schreiben an das Bundesaufsichtsamt, nicht so schwer, daß sie die einschneidende Maßnahme einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigten. Hier wäre - jedenfalls zunächst - ein Hinweis oder eine Ermahnung des Klägers das adäquate Mittel gewesen, um sein Verhalten zu beanstanden.

III. Nach alledem ist der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Karenzentschädigung begründet, so daß seiner Revision stattzugeben war.

IV. Die Ausführungen zu II darüber, ob die Beklagte die Entschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB verweigern durfte, konnten davon ausgehen, daß § 75 Abs. 3 HGB geltendes Recht ist, weil auch in diesem Fall der Anspruch des Klägers begründet ist. Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken dahingehend, ob § 75 Abs. 3 HGB mit dem Verfassungsrecht zu vereinbaren ist. Diese Zweifel will der Senat offenlegen, um damit eine Erörterung des Problems im Schrifttum anzuregen und die Praxis auf eine mögliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung hinzuweisen (vgl. zur Rechtfertigung eines solchen Vorgehens BAG

- 12 -

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

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 12 -

21, 237 [245] = AP Nr. 8 zu § 75 b HGB [zu III 1 der Gründe]; BAG 22, 16 [21 f.] = AP Nr. 9 zu § 75 b HGB [zu II der Gründe]; dem haben zugestimmt Gumpert, BB 1969, 313; Waechter, DB 1969, 1105 [1106 f. zu Fußnote 15]; Wiedemann, Anmerkung zu AP Nr. 9 zu § 75 b HGB [zu 2 a]).

Die Zweifel an der Verfassungswidrigkeit des § 75 Abs. 3 HGB ergeben sich aus folgenden Erwägungen:

1. Während § 75 Abs. 3 HGB den Angestellten, dem aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt wurde, damit "bestraft", daß er das Wettbewerbsverbot einhalten muß, ohne dafür die Karenzentschädigung als Gegenleistung zu erhalten, ist die Folge bei einer von ihm erklärten außerordentlichen Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers nach § 75 Abs. 1 HGB nur die, daß er sich innerhalb eines Monats von der Vereinbarung lossagen kann. Tut er dies, so braucht er zwar Konkurrenztätigkeit nicht zu meiden, hat aber auch keinen Anspruch auf Entschädigung; löst er sich nicht von der Vereinbarung, so bleibt diese für beide Seiten verbindlich.

Der Sinn der Regelung, daß der Arbeitnehmer, dem fristlos gekündigt worden ist, ohne Entschädigung an das Wettbewerbsverbot gebunden bleibt, ist in einer früheren Entscheidung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1963 wie folgt beschrieben worden:

"Die Vorschrift des § 75 Abs. 3 HGB erfüllt vorbeugende Funktionen und hat Strafcharakter. Die aus § 75 Abs. 3 HGB dem Arbeitnehmer drohende Pflicht zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbotes ohne Karenzentschädigung kann einen Arbeitnehmer von dem Versuch und der Versuchung abhalten, durch vertragsbrüchiges Verhalten ein vorzeitiges Ende des Arbeitsverhältnisses zu provozieren und eine Karenzentschädigung durch bloße Einhaltung des Wettbewerbsverbotes als 'leicht verdientes Geld' anzustreben. Für den Fall, daß der Arbeitnehmer während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses schwerwiegende schuldhaft Pflichtenverletzungen

- 13 -



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



- 13 -

begeht, die den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen und die zur daraus herrührenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber führen, soll der Arbeitnehmer mit den aus § 75 Abs. 3 HGB sich ergebenden Folgen wegen seiner Pflichtverletzungen bestraft werden können" (BAG AP Nr. 2 zu § 75 HGB [zu I 2 a der Gründe]).

Demgegenüber hat Gumpert (BB 1964, 220; BB 1967, 1251 [1254]) zutreffend darauf hingewiesen, daß in dieser so unterschiedlichen Regelung der Folgen einer außerordentlichen Kündigung für das Wettbewerbsverbot eine Ungleichbehandlung liegen kann, die dem Verfassungsgebot des Artikel 3 Abs. 1 GG widerspricht: Bei gleichen Voraussetzungen (außerordentliche Kündigung eines Teils wegen vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teils) wird der Arbeitgeber von der Leistung frei, behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung, während der Arbeitnehmer nur wählen kann zwischen beiderseitiger Erfüllung oder beiderseitigem Freigeworden von der Leistung. Diese Ungleichheit ist bereits bei den Beratungen der Novellierung des Wettbewerbsrechts durch das Gesetz vom 10. Juni 1914 (RGBl. 209) in den Kommissionsberatungen - ohne Erfolg - hervorgehoben worden. Über die Kritik eines Kommissionsmitgliedes an dem in diesem Punkte unverändert Gesetz gewordenen Regierungsentwurf enthalten die Gesetzesmaterialien folgenden Bericht:

"Der Abs. 3 der Regierungsvorlage sei aber von ausgesuchter Härte für die Angestellten; falls sich der Angestellte eines vertragswidrigen Verhaltens schuldig mache, solle zwar die Konkurrenzklausel bestehen bleiben, aber die Entschädigung in Fortfall kommen. Durch solche Regelung werde die Rechtsgleichheit in ärgster Weise verletzt, denn im Abs. 1 der Vorlage habe die Regierung im Falle vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals nicht vorgeschlagen, die Konkurrenzklausel zu kassieren und dem Angestellten den Anspruch auf die Entschädigung zu belassen. Aber schon rein materielle Erwägungen erzwingen die Ablehnung dieses Absatzes. Darüber werde wohl kaum ein Zweifel bestehen, daß ein vertragswidriges Verhalten nur gegeben sein könne in einer subjektiv verschuldeten Handlung des Angestellten. Aber auch diese rechtliche Begrenzung führe noch zu außerordentlichen Ungerechtigkeiten, wenn in allen Fällen dieser Art der Ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind in elektronischer Form nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.

- 14 -

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

- 14 -

lust der Entschädigung eintreten solle. Keine der Ziffern 1 bis 4 des § 72 schließe solche Härten aus. So sei in der Rechtsprechung es bislang stets als eine beharrliche Weigerung, seinen Dienstpflichten nachzukommen, angesehen worden, wenn der Gehilfe trotz wiederholter Verwarnung unpünktlich ins Geschäft gekommen sei. Von Gerichten seien schon bestimmte Krankheiten, z.B. Geschlechtskrankheiten, als subjektiv verschuldete Handlungen angesehen worden. In allen diesen und ähnlichen Fällen könne es unmöglich Absicht der Gesetzgebung sein, den Angestellten durch den Verlust des Anspruchs auf die Entschädigung noch besonders zu strafen. Schließlich müsse doch auch damit gerechnet werden, daß es besonders rücksichtslose Prinzipale darauf anlegen, den Gehilfen zu einem vertragswidrigen Verhalten zu verleiten; es sei doch bekannt und auch menschlich begreiflich, daß Gehilfen, die schikaniert und malträtirt worden seien, sich zu Beleidigungen des Prinzipals oder dessen Vertreter hinreißen ließen. Wer wolle sich da den Bedenken verschließen, daß, um sich von der Entschädigung zu befreien, es auf solche Provokationen ausdrücklich angelegt werde? Deshalb könne der Abs. 3 der Regierungsvorlage nicht angenommen werden. Es sei kein Grund einzusehen, warum dem Prinzipal nicht das gleiche Recht eingeräumt werden solle wie dem Gehilfen. Die Antragsteller hätten deshalb im Abs. 1 ihres Antrags die paritätische Behandlung von Gehilfen und Prinzipalen beantragt."

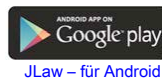
(Vgl. Verhandlungen des Reichstags, XIII. Legislaturperiode, I. Session, Band 303, Anlagen zu den Stenografischen Berichten Nr. 1171 bis 1397, S. 2832.)

Es kann dahinstehen, ob den vorstehenden Bedenken nicht entsprochen wurde, um die Gesamtnovellierung nicht zu gefährden, die insgesamt einen Fortschritt darstellte (vgl. dazu Brinckmann, RdA 1970, 39 [44 zu IV]). Jedenfalls sieht der Senat sich ernsthaften Zweifeln gegenüber, weil ein sachlich-vernünftiger Grund, die Rechtsfolgen der fristlosen Kündigung für ein Wettbewerbsverbot unterschiedlich zu regeln, nicht erkennbar ist. Aus dem in der Entscheidung AP Nr. 2 zu § 75 HGB herausgestellten Sinn und Zweck des § 75 Abs. 3 HGB ergibt sich kein Anhalt dafür, daß eine Differenzierung vertretbar sei. Wenn schon § 75 Abs. 3 HGB vorbeugende Funktion erfüllen soll und Strafcharakter hat, dann ist nicht ersichtlich, weshalb nicht für den

- 15 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 15 -

gleichliegenden Fall, daß der Arbeitgeber einen wichtigen Grund gesetzt hat, die gleichen Zielsetzungen geboten wären. Ebenso ist eine unterschiedliche Betrachtung und Beurteilung nicht veranlaßt, soweit darauf abgestellt worden ist, daß die Kündigung provoziert werden könnte. Dabei erscheint auch eine Korrektur gegenüber der Erwägung angebracht, der Arbeitnehmer könne sich "leicht verdientes Geld" beschaffen, wenn er es bewußt auf eine fristlose Entlassung anlege: Wenn der Arbeitnehmer entgegen der Regelung des § 75 Abs. 3 HGB den Entschädigungsanspruch behält, so ist dieser Gegenleistung für die von ihm zu erbringende Wettbewerbsenthaltung, die er als "leicht verdientes Geld" zudem deshalb nicht ausnutzen kann, weil § 74 c HGB bestimmt, daß er sich auf die Entschädigung anrechnen lassen muß, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, soweit die Entschädigung zusammen mit dem neuen tatsächlichen oder fiktiven Verdienst 110 v.H. , in bestimmten Fällen 125 % , seiner früheren Bezüge übersteigt.

2. Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint § 75 Abs. 3 HGB für sich betrachtet ferner nach dem in Artikel 12 Abs. 1 GG verankerten Gebot der Berufsfreiheit. Es ist zwar vom Bundesarbeitsgericht wiederholt ausgesprochen worden, daß arbeitsrechtlich fundierte Wettbewerbsverbote nicht nach Artikel 12 Abs. 1 GG grundgesetzwidrig seien (BAG 6, 291 [292, 293] = AP Nr. 7 zu Art. 12 GG [zu 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 6 zu Art. 12 GG; BAG 3, 296 [301] = AP Nr. 3 zu § 133 f GewO [zu 5 a der Gründe]; BAG AP Nr. 4 zu § 133 f GewO; BAG AP Nr. 20 zu Art. 12 GG [zu 1 der Gründe]). Seit dem Erlass dieser Entscheidungen hat jedoch die Rechtsprechung zur Frage, inwieweit durch Wettbewerbsverbote die ungehinderte Berufsausübung eingeschränkt werden darf, einen Wandel erfahren: Wegen der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Wertvorstellung von der ungehinderten

- 16 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 16 -

Ausnutzung beruflichen Könnens und Wissens, die nur aus besonderen Gründen erschwert werden darf, hat die Rechtsprechung den Grundsatz herausgestellt, daß eine entschädigungslose Beschränkung in der Verwertung beruflichen Könnens und Wissens und beruflicher Erfahrung nicht mehr vertretbar ist. Für alle Arbeitnehmer sind daher Wettbewerbsverbote (und auch Mandantenschutzklauseln) nur noch dann als verbindlich angesehen worden, wenn ihnen eine Entschädigung dafür zugestanden ist, daß sie ihre beruflichen Fähigkeiten nicht nach ihrer freien Entscheidung ausnutzen können (BAG 22, 125 [136 f.] = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel [zu Teil I, V 3 b und 5 der Gründe]; BAG 23, 382 [387 f.] = AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel [zu II 2 b der Gründe]).

Der dem Gebot des Artikel 12 Abs. 1 GG Rechnung tragende Grundsatz der bezahlten Karenz wird durch § 75 Abs. 3 HGB durchbrochen, ohne daß erkennbar ist, daß dafür übergeordnete oder gleichgewichtige Belange vorlägen. Es ist an sich schon nicht einleuchtend, weshalb das Verhalten des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses und die daraus hergeleitete Folge für das Arbeitsverhältnis, dessen fristlose Beendigung nämlich, überhaupt in Verbindung mit dem Wettbewerbsverbot gebracht wird, das erst für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Bedeutung gewinnt. Vom Sinn und Zweck des Wettbewerbsverbots her, dem Arbeitnehmer Konkurrenzfähigkeit nach seinem Ausscheiden zu verwehren, sind Art und Grund für das Ende des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung, sowohl im Falle des § 75 Abs. 3 HGB wie auch in den in § 75 Abs. 1 und 2 HGB geregelten Tatbeständen. Jedenfalls ist aber kein rechtfertigender Grund dafür zu finden, den Arbeitnehmer, wenn er sich vertragswidrig verhält, dies doppelt entgelten zu lassen, einmal, indem sein Arbeitsverhältnis fristlos gelöst wird, zum anderen, indem ihm "zur Strafe" die Karenzentschädigung genommen wird.

3. Die vorgenannten Bedenken verpflichten den Senat, wenn

- 17 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 17 -

es künftig auf die Verbindlichkeit des § 75 Abs. 3 HGB ankommt, die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung zu überprüfen. Offen bleibt dabei zur Zeit die Frage, ob bei Annahme einer Verfassungswidrigkeit des § 75 Abs. 3 eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG zu erfolgen hat oder ob der Senat hierüber selbst befinden kann.

Bei den gesetzlichen Vorschriften über das Wettbewerbsrecht für Handlungsgehilfen handelt es sich an sich um vorkonstitutionelles Recht, bei dem die Verfassungswidrigkeit ohne Vorlage an das Bundesverfassungsgericht festgestellt werden kann (vgl. dazu des näheren BAG 22, 215 [225] = AP Nr. 10 zu § 75 b HGB [zu C III 1 b der Gründe]). Ob auch § 75 Abs. 3 HGB vorkonstitutionelles Recht darstellt, ist aus folgendem Grunde zweifelhaft: Durch das Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs (Recht der Handelsvertreter) vom 6. August 1953 (BGBl. I, 771) ist in § 90 a Abs. 2 Satz 2 HGB eine dem § 75 Abs. 3 entsprechende Regelung für Handelsvertreter eingeführt worden. In den Gesetzesmaterialien (Bundestagsdrucksache I/3856, S. 38 zu E. § 90 a II Abs. 2) ist dazu nur gesagt: "Diese Regelung entspricht § 75 Abs. 3 HGB". Unter diesen Umständen wird zu erwägen sein, ob der Bundesgesetzgeber § 75 Abs. 3 HGB damit in seinen gesetzgeberischen Willen aufgenommen und gebilligt hat, so daß er die Qualität nachkonstitutionellen Rechts gewonnen hat.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Hilger

Dr. Thomas

Willmann

Schormann



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

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