

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

89

Gesetz: BGB § 615; HGB §§ 74, 74 a, 75 Abs. 3

Leitsätze:

- 1.) Wird ein Arbeitnehmer nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses während des Laufs der Kündigungsfrist unter Fortzahlung seiner Bezüge beurlaubt, so muß er sich während dieses Zeitraumes anderweitig erzielten Arbeitsverdienst anrechnen lassen, falls die Anrechnung nicht durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen ist (Bestätigung von BAG 15, 258 = AP Nr. 24 zu § 615 BGB).
- 2.) Eine mit Beginn des Arbeitsverhältnisses getroffene Wettbewerbsvereinbarung ist, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch dann verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis noch während der Probezeit endet. Es steht den Parteien frei, vertraglich festzulegen, daß das Wettbewerbsverbot erst nach Ablauf der Probezeit in Kraft treten soll (Bestätigung von BAG AP Nr. 25 zu § 74 HGB und des Urteils vom 10. Mai 1971 - 3 AZR 126/70 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 628 BGB).
- 3.) Fehlt einem Wettbewerbsverbot das berechtigte geschäftliche Interesse des Arbeitgebers oder fällt dieses nachträglich weg, so kann sich der Arbeitgeber von seinen aus dem Wettbewerbsverbot folgenden Verpflichtungen nur unter den Voraussetzungen des § 75 a HGB befreien mit der Wirkung, daß er nach Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von seiner Zahlungspflicht frei wird.

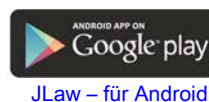
Aktenzeichen: 3 AZR 121/71

Urteil des BAG vom 2. August 1971

LAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 121/71

3 Sa 131/70 Berlin

Im Namen des Volkes!

89

Urteilstenor zugestellt
am 2. August 1971

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 30. Juli 1971 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Bernard und Gnade für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 16. Februar 1971 - 3 Sa 131/70 - insoweit aufgehoben, wie es die Beklagte zur Zahlung von 350,-- DM (in Worten: Dreihundertundfünfzig Deutsche Mark) verurteilt und über die Kosten entschieden hat.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 1. Dezember 1970 - 8 Ca 162/70 - teilweise wie folgt geändert: Die Klage wird abgewiesen, soweit der Kläger Zahlung von 350,-- DM (in Worten: Dreihundertundfünfzig Deutsche Mark) verlangt hat. Die Kostenentscheidung wird aufgehoben.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3. Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits; ausgenommen ist ein Betrag von 100,-- DM (in Worten: Einhundert Deutsche Mark), den der Kläger der Beklagten zu erstatten hat.

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

Tatbestand:

Der Kläger stand vom 1. April bis 30. Juni 1970 als Beratungs- und Entwicklungsingenieur im Dienst der beklagten Firma. Ihm oblag nach dem Anstellungsvertrag der technische Vertrieb auf dem Fachgebiet der Firma, Mikroschweißen und Temperatur-Kammern. Seine Aufgabe war es insbesondere, die Kunden zu beraten, die jeweils nach den Wünschen der Kunden am besten geeigneten Geräte auszuwählen und zu empfehlen und die Kunden in die Handhabung einzuführen. Seine Vergütung betrug monatlich 2.500,-- DM zuzüglich einer Provisions-Pauschale von 350,-- DM; ferner erhielt er Spesen. Seinen Arbeitsplatz hatte er in München. Noch innerhalb der bis zum 30. Juni 1970 befristeten Probezeit kam es zwischen den Parteien am 29. Mai 1970 zu einer Aussprache. Am 31. Mai 1970 kündigte der Kläger das Anstellungsverhältnis fristgerecht zum 30. Juni 1970. Daraufhin beurlaubte ihn die Beklagte und stellte ihm frei, nach Hamburg zurückzukehren. Für den Monat Juni bezahlte sie ihm das Gehalt, jedoch nicht die Provisions-Pauschale.

Während des Juni 1970 arbeitete der Kläger als Aushilfe bei der Dr. B W ; er war dort mit der Montage von Photokopiergeräten beschäftigt. Anschließend wurde er als Entwicklungsingenieur bei der A in deren Betrieb W eingestellt. Er arbeitete in einem anwendungstechnischen Labor an der Durchführung von Entwicklungsprogrammen und Umwelttests an Satellitenkomponenten. Bei der A bezog er zunächst ein Gehalt von 1.600,-- DM, seit dem 1. Oktober 1970 von 1.743,-- DM monatlich.

Mit der Klage verlangt der Kläger, soweit es für die Revisionsinstanz noch interessiert, die Provisionspauschale für Juni 1970 in Höhe von 350,-- DM. Außerdem verlangt er aus einem in seinem Anstellungsvertrag vereinbarten Wettbewerbsverbot Karenzentschädigung für die Monate Juli bis Dezember 1970; diese Entschädigung beträgt nach dem berichtigten Urteil des Landesarbeitsgerichts unter Anrechnung seines Arbeitsverdienstes nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmung (§ 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB) 6.471,-- DM. Die Klageforderung beläuft sich somit auf insgesamt 6.821,-- DM.

Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot lautet:

"Angestellter verpflichtet sich, während eines Zeitraumes von 6 Monaten nach Beendigung des Dienstverhältnisses weder ein Geschäft zu errichten noch zu betreiben, noch sich unmittelbar oder mittelbar an einem solchen zu beteiligen, noch für ein solches unmittelbar oder mittelbar tätig zu sein.

Für die Zeit des Wettbewerbsverbots steht ihm die Hälfte des bisher bezogenen Gehaltes zu, das jeweils am Monatsschluß nachträglich zahlbar sein soll. Er muß sich jedoch auf die fällige Entschädigung dasjenige anrechnen lassen, was er in dieser Zeit durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat; hierüber hat er auf Verlangen Auskunft zu erteilen.

Angestellter verpflichtet sich zu einer Vertragsstrafe von 6 Monats-Gehältern für jeden Fall einer Zuwiderhandlung.

Das Wettbewerbsverbot wird unwirksam, wenn Angestellter aus einem wichtigen Grunde berechtigt ist, den Vertrag aufzulösen, und innerhalb eines Monats erklärt, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden hält.

Hat Angestellter einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben, so fällt die Entschädigung während der Dauer des Wettbewerbsverbotes weg."

Die Beklagte bittet um Abweisung der Klage. Sie ist der Auffassung, daß sie weder die Provisionspauschale noch Karenzentschädigung aus dem Wettbewerbsverbot schulde. In der ersten Instanz hatte sie im Wege der Widerklage gemäß Abs. 3 des Wettbewerbsverbots Vertragsstrafe in Höhe von 15.000,-- DM nebst Zinsen verlangt.



- 4 -

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte den angeblichen Anspruch auf Vertragsstrafe nur noch hilfsweise zur Aufrechnung gestellt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten - abgesehen von einer rechnerischen Berichtigung des eingeklagten Betrages - zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger kann die Provisionspauschale von 350,-- DM für Juni 1970 nicht verlangen.

1. Es ist zwar unstreitig, daß dem Kläger eine Provisionspauschale in dieser Höhe nach dem Anstellungsvertrag als Teil seines Arbeitsentgeltes zustand. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch übersehen, daß der Kläger sich grundsätzlich auf seinen Zahlungsanspruch für Juni 1970 anrechnen lassen muß, was er während dieser Zeit bei der Firma Dr. B W verdient hat; das waren nach der Bescheinigung dieser Firma vom 9. November 1970 904,65 DM.

Die Beklagte hatte den Kläger alsbald nach dessen Kündigung für den Monat Juni 1970 beurlaubt. In einem solchen Fall ist § 615 BGB anzuwenden. Die Beklagte geriet in Annahmeverzug; der Kläger brauchte seine Arbeitsleistung nicht besonders anzubieten, da die Beklagte durch die Beurlaubung darauf verzichtet hatte. Das hat zur Folge, daß die Beklagte nach § 615 Satz 1 BGB verpflichtet blieb, das vertragliche Arbeitsentgelt zu zahlen. Der Kläger mußte sich jedoch nach § 615 Satz 2 BGB den anderweitig erzielten Arbeitsverdienst anrechnen lassen, falls die Anrechnung nicht durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen war (BAG 15, 258 = AP Nr. 24 zu § 615 BGB).

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe mit dem Kläger bei dessen Freistellung vereinbart, daß er für Juni 1970 zwar sein Gehalt in Höhe von 2.500,-- DM, nicht aber die Provisionspauschale erhalten solle; so ist sie auch verfahren. Diese Erklärung ist so zu verstehen, daß die Beklagte hinsichtlich des Gehaltes auf die Anrechnung verzichtet hat und der Kläger damit einverstanden war. Es wäre Sache des Klägers gewesen, darzulegen und zu beweisen, daß die Parteien auch hinsichtlich der Provisionspauschale die Anrechnung ausgeschlossen haben. Das hat er nicht getan. Es bleibt deshalb insoweit bei der Regelung des Gesetzes, so daß der anderweitig erzielte Arbeitsverdienst anzurechnen ist und der Provisionsanspruch entfällt.

2. Der vor dem Arbeitsgericht am 1. Dezember 1970 abgeschlossene Teilvergleich steht dem nicht im Wege. Die Beklagte hat nicht auf die Anrechnung der Provisionspauschale verzichtet.

In diesem Vergleich hat sich die Beklagte verpflichtet, an den Kläger 222,-- DM für Reisespesen zu zahlen. Sodann heißt es in dem Teilvergleich, daß die Parteien die "weitergehenden Anträge der Klage und Widerklage" zurücknehmen. Nach dem Gesamtzusammenhang kann das nur bedeuten, daß lediglich die im Protokoll vom 1. Dezember 1970 ausgewiesenen Anträge gestellt werden sollten; das ist der Antrag des Klägers auf Zahlung der Provisionspauschale und der Karenzentschädigung und der im Wege der Widerklage geltend gemachte Antrag der Beklagten auf Zahlung der Vertragsstrafe. Die darüber hinausgehenden in den Schriftsätzen der Parteien angekündigten Anträge sollten fallen gelassen werden. Das war auf Seiten der Beklagten lediglich der Antrag aus dem Schriftsatz vom 30. Oktober 1970 auf Zahlung von 1.016,45 DM.

II.

Die Beklagte schuldet jedoch dem Kläger für die Zeit von Juli bis Dezember 1970 Karenzentschädigung.

1. Die Zahlungsverpflichtung aus dem Wettbewerbsverbot entfällt nicht schon deshalb, weil das Arbeitsverhältnis noch

- 6 -



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



- 6 -

während der Probezeit beendet wurde. Eine mit Beginn des Arbeitsverhältnisses getroffene Wettbewerbsvereinbarung ist auch dann verbindlich, wenn das Vertragsverhältnis noch während der Probezeit endet. Das hat der Senat bereits zweimal ausgesprochen (BAG AP Nr. 25 zu § 74 HGB /Zu I 2 a der Gründe/ und Urteil vom 10. Mai 1971 - 3 AZR 126/70 - /demnächst/ AP Nr. 6 zu § 628 BGB /zu II 1 der Gründe/). Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

Es ist nicht auszuschließen, daß ein Arbeitnehmer schon während einer kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses wettbewerbsrelevante Tatsachen kennenlernt. Darauf, ob dies im Einzelfall wirklich geschehen ist, kommt es nicht an. Der bei einzelnen Arbeitgebern anzutreffenden Tendenz, rein vorsorglich, ohne Not den Arbeitnehmer durch ein Wettbewerbsverbot in seiner beruflichen Bewegungsfreiheit zu beschränken, muß entgegengewirkt werden. Der Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer eine Konkurrenzklausel zumutet, muß bereit sein, die entsprechenden Zahlungspflichten auf sich zu nehmen. Wenn er meint, während der Probezeit könne der Arbeitnehmer in seinem Betrieb noch nicht so viele Geschäftsgeheimnisse kennenlernen, daß ein Wettbewerbsverbot gerechtfertigt sei, steht es ihm frei, dem durch eine entsprechende Vereinbarung Rechnung zu tragen. Die Parteien sind nicht gehindert, vertraglich festzulegen, daß das Wettbewerbsverbot erst nach Ablauf der Probezeit in Kraft treten soll. Da die Beklagte dies aber nicht getan hat, muß sie sich auch ihrerseits an das Wettbewerbsverbot gebunden halten und die vereinbarte Entschädigung zahlen, sofern die vertraglichen und gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Es ist nicht arglistig, wenn der Kläger dies verlangt.

2. Die Beklagte kann auch mit ihrem Vorbringen keinen Erfolg haben, das Wettbewerbsverbot sei gegenstandslos, weil sie praktisch keine Konkurrenz habe. Dieser Vortrag kann nur bedeuten, daß die Beklagte ihr eigenes berech-

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

tigtes geschäftliches Interesse an dem Wettbewerbsverbot bestritten. Unverbindlichkeit eines Wettbewerbsverbotes wegen fehlenden berechtigten geschäftlichen Interesses kann jedoch nach § 74 a Abs. 1 in Verbindung mit § 75 d HGB nur der Arbeitnehmer geltend machen, wenn er sich von der Bindung befreien möchte. Solange er sich an das Wettbewerbsverbot hält, ist es dem Arbeitgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Senats verwehrt, sich auf das Fehlen des berechtigten Interesses zu berufen (BAG 20, 162 170 = AP Nr. 21 zu § 74 HGB zu IV, 27; BAG AP Nr. 3 zu § 74 a HGB zu 27 und das Urteil vom 10. Mai 1971 - 3 AZR 126/70 - demnächst AP Nr. 6 zu § 628 BGB zu II 2 b der Gründe). Fehlt die innere Berechtigung oder fällt sie nachträglich weg, kann sich der Arbeitgeber von seinen aus dem Wettbewerbsverbot folgenden Verpflichtungen nur unter den Voraussetzungen des § 75 a HGB befreien mit der Wirkung, daß er nach Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von seiner Zahlungspflicht frei wird. Das kam hier nicht in Betracht, weil die Karenzzeit nur auf sechs Monate bemessen war.

3. Sonstige Umstände, die zur Unverbindlichkeit oder gar zur Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes führen könnten, sind nicht zu erkennen.

4. Der Anspruch auf Karenzentschädigung setzt voraus, daß der Kläger das Wettbewerbsverbot eingehalten hat. Das Landesarbeitsgericht hat unter eingehender Würdigung des Sachverhalts dargelegt, daß dem Kläger kein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vorgeworfen werden kann, sondern daß er durch seine Tätigkeit bei der A der Beklagten keine Konkurrenz macht. Nichts spricht dafür, daß dem Landesarbeitsgericht dabei Rechtsfehler unterlaufen wären. Die Revision hat insoweit auch nichts gerügt; sie hat vielmehr mit Recht den in den Vorinstanzen geltend gemachten Vertragsstrafanspruch aus Abs. 3 des Wettbewerbsverbotes fallen gelassen.

Die Revision bringt in diesem Zusammenhang lediglich vor, der Kläger habe bisher weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß er sich an das Wettbewerbsverbot gebunden gefühlt habe und andere besser bezahlte Anstellungen ausge-



schlagen habe. Er habe unstreitig seinen Wohnsitz beibehalten und sei zu seinem alten Arbeitgeber zurückgekehrt. Hierauf kommt es indessen nicht an. Der Anspruch auf Karenzentschädigung setzt nicht voraus, daß der Arbeitnehmer wegen des Wettbewerbsverbots eine ihm angetragene Konkurrenztaetigkeit ausschlaegt. Es genuegt, daB er das Wettbewerbsverbot nicht verletzt und keine Konkurrenz treibt.

5. Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung mit Beweisangeboten vorgetragen, der Kläger habe sich in erheblichem Maße vertragswidrig verhalten. Sie habe deshalb das Recht gehabt, das Probearbeitsverhältnis fristlos zu kündigen; sie habe dem Kläger auch die fristlose Kündigung angedroht. Nur um den Kläger in seinem beruflichen Fortkommen nicht erheblich zu beeinträchtigen, habe sie ihm nahegelegt, selbst innerhalb kürzester Frist zu kündigen.

a) Es ist der Revision zuzugeben, daß das Landesarbeitsgericht diesen Vortrag nicht aus prozeßrechtlichen Gründen zurückweisen durfte; die Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 ZPO, § 67 ArbGG liegen nicht vor. Es ist auch richtig, daß der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Karenzentschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB nicht nur dann verliert, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflöst, sondern auch dann, wenn das Vertragsverhältnis nicht durch eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers, sondern auf andere Weise beendet wurde, sofern der Arbeitgeber nur zur fristlosen Kündigung berechtigt war und den Angestellten darauf hingewiesen hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 75 HGB; BAG 20, 162 171 ff. = AP Nr. 21 zu § 74 HGB zu V und das Urteil des Senats vom 10. Mai 1971 - 3 AZR 126/70 - demnächst AP Nr. 6 zu § 628 BGB zu II 2 c der Gründe). Falls der Kläger sich so verhalten hat, wie die Beklagte es schildert, mag in Anbetracht seiner herausgehobenen Stellung und seiner für die Beklagte repräsentativen Aufgaben im Außendienst auch ein wichtiger Grund anzuerkennen

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sein, der zur fristlosen Kündigung des Probearbeitsverhältnisses berechtigte.

b) Trotzdem braucht der Rechtsstreit nicht zur Aufklärung dieses Komplexes an das Berufungsgericht zurückverwiesen zu werden; denn der Klageanspruch ist in jedem Fall begründet (§ 563 ZPO).

Es kann unterstellt werden, daß die Beklagte dem Kläger die Kündigung nahegelegt und ihm angekündigt hatte, sie werde anderenfalls ihrerseits das Probearbeitsverhältnis beenden. Sie hat aber unstreitig dennoch dem Kläger für den Monat Juni das Gehalt in Höhe von 2.500,-- DM bezahlt, ohne seine Dienste in Anspruch zu nehmen. Dieses Verhalten der Beklagten wäre nicht zu erklären, wenn sie dem Kläger gegenüber einen wichtigen Grund geltend machen wollte, der sie zur fristlosen Kündigung berechtigte. Es muß deshalb angenommen werden, daß sie dem Kläger ein etwaiges schwerwiegendes vertragswidriges Verhalten verziehen hat. Damit entfällt gleichzeitig die Grundlage für eine Verwirkung des Anspruches auf Karenzentschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB.

III.

Nach allem ist die Revision nur insoweit begründet, wie der Kläger die Provisionspauschale fordert. Die Karenzentschädigung steht ihm zu; die Höhe der Entschädigung ist in der Revisionsinstanz nicht mehr streitig.

Bei der Kostenentscheidung ist gemäß § 92 ZPO zu berücksichtigen, daß der Kläger nicht nur mit seinem Zahlungsanspruch in Höhe von 6.471,-- DM obgesiegt hat, sondern daß auch die in der ersten Instanz erhobene Widerklage der Beklagten erfolglos geblieben ist.

gez. Dr. Stumpf

Bernard

Dr. Hilger

Gnade

Dr. Thomas

