

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

059

Gesetz: BGB §§ 628 Abs. 2, 119, 121, 611 Konkurrenzklausel, 626;
HGB §§ 74, 74a, 74b, 74c, 75

Leitsätze:

1. Der Schadenersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB ist ein solcher wegen Auflösungsverschuldens; er kann deshalb auch dann gegeben sein, wenn das Arbeitsverhältnis in anderer Weise als durch eine fristlose Kündigung beendet wurde, sofern nur der andere Teil durch ein vertragswidriges schuldhaftes Verhalten den Anlaß für die Beendigung gesetzt hat. Wer, ohne fristlos gekündigt zu haben, Ansprüche aus dem Auflösungsverschulden des anderen Teils herleiten will, muß sich das vorbehalten.
2. Eine mit Beginn des Probearbeitsverhältnisses getroffene Wettbewerbsvereinbarung ist auch dann verbindlich, wenn das Vertragsverhältnis noch während der Probezeit endet. Soll das Wettbewerbsverbot erst von einem späteren Zeitpunkt ab gelten, so muß das ausdrücklich vereinbart werden (Bestätigung von BAG AP Nr. 25 zu § 74 HGB [zu I]).

Aktenzeichen: 3 AZR 126/70

Urteil des BAG vom 10. Mai 1971

LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Namen des Volkes!

059

Urteilstenor zuge-
stellt am
10. Mai 1971

gez. Brandt,

Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 7. Mai 1971 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Donnig und Schormann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 2. Dezember 1969 - 2 Sa 268/69 - wird zurückgewiesen, soweit das Landesarbeitsgericht wegen des mit dem Klageantrag zu 1 verfolgten Gehaltsanspruchs die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 11. April 1969 - 7 Ca 376/68 - zurückgewiesen hat.
2. Im Übrigen wird auf die Revision des Klägers das vorgenannte Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache 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:

Der Kläger ist Elektromeister; er wurde ab 1. April 1968 als Meister für die elektro-mechanische Werkstatt der Beklagten eingestellt. In dem Anstellungsvertrag vom 12. Januar 1968 haben die Parteien u.a. folgendes vereinbart:

" § 2 Abs. 1

Der Anstellungsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die ersten drei Monate des Anstellungsverhältnisses gelten als Probezeit. Während der Probezeit kann das Anstellungsverhältnis beiderseits mit einer Frist von einem Monat jeweils zum Monatsende gekündigt werden.

§ 4 Entgelt

Tarifgehalt nach Gehaltsstufe M 3	1.056,-- DM
+ jederzeit kündbare Sonderzulage	<u>394,-- "</u>
	1.450,-- DM.

§ 13 Wettbewerbsverbot

Der Angestellte verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für eine Konkurrenzfirma tätig zu werden. Als Entschädigung erhält er von der Firma für die Dauer des Wettbewerbsverbots die Hälfte der zuletzt empfangenen Bezüge. Bei Zuwiderhandlung kann die Firma, unbeschadet ihrer sonstigen Rechte, eine Vertragsstrafe von 5.000,-- DM beanspruchen. Im übrigen gelten die Vorschriften der §§ 74 ff. des Handelsgesetzbuches."

Die Beklagte war mit den Leistungen des Klägers nicht zufrieden; deshalb verlängerten die Parteien die Probezeit um weitere drei Monate bis zum 30. September 1968. Am 1. Juli 1968 trat ein neuer Tarifvertrag in Kraft, der eine 4%-ige Lohnerhöhung brachte. Diese rechnete die Beklagte dem Kläger auf die vertraglich vereinbarte Sonderzulage an.

Am 16. Juli 1968 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit folgendem Schreiben :

"Hiermit kündige ich mein Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Termin.
Grund: Nichteinhaltung des Vertrages bzw. der mündlichen Vereinbarung mit Herrn H ."

- 3 -



In der Folgezeit einigten sich die Parteien dahin, daß der Kläger seine Arbeit am 22. Juli 1968 einstellte und das Arbeitsverhältnis unter Einbeziehung eines dem Kläger zustehenden Urlaubs von zehn Tagen am 2. August 1968 endete.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger Gehalt für den Monat August 1968 in Höhe von 2.570,61 DM sowie Karenzentschädigung in Höhe von 8.997,17 DM bis zum 31. März 1969 verlangt; ferner hat er festzustellen begehrt, daß die Beklagte ihm für weitere 16 Monate je 1.285,31 DM als Entschädigung zahlen müsse.

Das Gehalt für August verlangt der Kläger als Schadenersatz, weil er wegen schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sei und eine solche am 16. Juli 1968 auch habe erklären wollen. Der wichtige Grund liege darin, daß die Beklagte die Sonderzulage vertragswidrig gekürzt und ihn zu Unrecht für Mängel in der Produktion verantwortlich gemacht habe. Den Anspruch auf Karenzentschädigung stützt der Kläger auf § 13 seines Anstellungsvertrages vom 12. Januar 1968.

Die Beklagte hat geltend gemacht, das Arbeitsverhältnis sei einverständlich beendet worden, so daß dem Kläger kein Schadenersatzanspruch zustehe. Karenzentschädigung könne er nicht verlangen, weil das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Probezeit geendet habe und deshalb die Wettbewerbsvereinbarung keine Wirkung entfalten könne. Die Wettbewerbsabrede sei von ihrer Seite überhaupt nur irrtümlich vereinbart worden, da sie versehentlich ein falsches Formular verwandt habe. Im übrigen brauche sie eine Entschädigung auch deshalb nicht zu zahlen, weil sie zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sei; der Kläger habe nicht die für seine Aufgaben erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besessen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Revision erstrebt er weiterhin, die Beklagte nach seinen Klageanträgen zu verurteilen.



Entscheidungsgründe:

I. Die Revision konnte keinen Erfolg haben, soweit der Kläger Gehalt für den Monat August 1968 begehrt.

1. Dieser Anspruch stünde dem Kläger nach § 628 Abs. 2 BGB nur zu, wenn der Beklagten ein Auflösungsverschulden vorge-
worfen werden könnte, d.h. wenn das Arbeitsverhältnis wegen
eines von ihr zu vertretenden vertragswidrigen Verhaltens
beendet worden wäre. Entgegen der Annahme des Landesarbeits-
gerichts wird ein Schadenersatzanspruch aus einem Auflösungs-
verschulden des anderen Teiles nicht schon dadurch ausge-
schlossen, daß das Arbeitsverhältnis statt durch eine frist-
lose Kündigung durch einen Aufhebungsvertrag beendet wird.
Ähnlich wie für die in § 75 HGB geregelten Rechtsfolgen für
eine Wettbewerbsvereinbarung (vgl. dazu BAG AP Nr. 1 zu § 75
HGB [zu III 3]; BAG AP Nr. 2 zu § 75 HGB [zu I]; BAG AP Nr.
3 zu § 75 HGB [zu II 2a]; BAG 20, 162 [171 ff.] = AP Nr. 21
zu § 74 HGB [zu V]) kommt es für den Schadenersatzanspruch
nicht auf die Form der Auflösung, sondern auf den Anlaß an
(BAG 6, 280 [287 f.] = AP Nr. 17 zu § 64 ArbGG [zu II 2 b]).
Selbst wenn ein Vertragspartner davon absieht, eine außer-
ordentliche Kündigung auszusprechen, und das Arbeitsverhält-
nis im Wege der Vereinbarung aufgelöst wird, bleibt der ande-
re Teil daher zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er vertrags-
widrig und schuldhaft einen wichtigen Grund zur Auflösung ge-
setzt hat. In einem solchen Fall muß sich jedoch derjenige,
der Rechte aus dem Auflösungsverschulden herleiten will, diese
bei der Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses
vorbehalten. Geschieht dies nicht, so kann der andere Teil die
Einigung über die Auflösung dahingehend verstehen, daß etwaige
Rechte aus dem Auflösungsverschulden nicht mehr geltend gemacht
werden sollen.

2. Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen und von der
Revision nicht angegriffenen Feststellungen hat die Beklagte
nicht durch vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten einen
wichtigen Grund gesetzt, der den Kläger zur fristlosen Kündi-
gung berechtigte.



Soweit der Leiter der Konstruktionsabteilung dem Kläger zu Unrecht und in ehrverletzender Weise Vorwürfe gemacht haben soll, hat sich das schon vor der Verlängerung der Probezeit ereignet. Wenn der Kläger trotz des von ihm beanstandeten Verhaltens des Leiters der Konstruktionsabteilung noch eine weitere Probezeit von drei Monaten vereinbarte, dann konnte er später nicht wieder auf den Vorfall zurückgreifen, zumal die Beklagten nicht erneut einen gleichartigen Tatbestand gesetzt hat.

Auch der Streit der Parteien darüber, ob die Tariflohnerhöhung auf die Sonderzulage angerechnet werden durfte, war nach Art, Umfang und Dauer bei weitem nicht so schwerwiegend, daß es dem Kläger unzumutbar gewesen wäre, sein Arbeitsverhältnis wenigstens noch bis zum Ablauf der vereinbarten monatlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Fehlt es sonach schon an einem wichtigen Grund, der den Kläger zur fristlosen Kündigung berechtigte, so scheidet ein Auflösungsverschulden der Beklagten aus und ist das darauf gestützte Schadenersatzbegehren unbegründet. Darauf, ob der Kläger bei der Einigung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich Ansprüche aus einem Auflösungsverschulden der Beklagten vorbehalten hatte, kommt es nicht an.

II. Das angefochtene Urteil konnte keinen Bestand haben, soweit es die Klage auf Karenzentschädigung abgewiesen hat.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Wettbewerbsvereinbarung in § 13 des Arbeitsvertrages als unwirksam angesehen, weil der Kläger noch im Probearbeitsverhältnis gestanden habe und mit dessen Zwecksetzung eine Wettbewerbsklausel nicht vereinbar sei. Die Parteien hätten ausdrücklich klarstellen müssen, falls die Wettbewerbsabrede auch für den Fall gelten sollte, daß das Arbeitsverhältnis während oder mit dem Ablauf der Probezeit endete.

Diese Erwägungen des Landesarbeitsgerichts sind fehlerhaft.

Die vertragliche Abrede zwischen den Parteien geht klar dahin, daß die Wettbewerbsabsprache vom Beginn der Vertragszeit an und damit auch schon während der Probearbeitszeit gelten sollte. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts widerspricht eine solche Regelung nicht dem Sinn der Probearbeitszeit; diese dient dazu, daß sich die Arbeitsvertragsparteien wechselseitig kennen lernen. Das setzt wiederum voraus, daß der Arbeitnehmer schon während der Probezeit mit allen Arbeiten seines Aufgabenbereichs befaßt wird; dabei lernt er vielfach Dinge und Vorgänge kennen, auf deren Geheimhaltung der Arbeitgeber Wert legt und deren Offenbarung und Verwertung durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber durch ein Wettbewerbsverbot verhindern oder erschweren will. Deshalb kann es dem Sinn des Probearbeitsverhältnisses und der Interessenlage des Unternehmers durchaus entsprechen, schon bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit den Arbeitnehmer an ein Wettbewerbsverbot zu binden (BAG AP Nr. 25 zu § 74 HGB mit zustimmender Anmerkung von Simitis).

Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot ist daher nicht schon deshalb unwirksam, weil es bereits im Anschluß an eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit gelten sollte. Hierfür bedurfte es nicht noch einer ausdrücklichen Klarstellung; im Gegenteil hätte ausdrücklich hervorgehoben werden müssen, wenn die Beklagte auf ein schon nach kurzer Dauer des Arbeitsverhältnisses wirksam werdendes Wettbewerbsverbot keinen Wert legte.

2. Die sonstigen Einwendungen der Beklagten können den Anspruch auf Karenzentschädigung nicht zu Fall bringen.

a) Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe die Wettbewerbsabrede mit dem Kläger nur irrtümlich getroffen, weil sie ein falsches Einstellungsformular verwandt habe. Es kann dahinstehen, ob sich daraus ein Anfechtungsrecht der Beklagten nach § 119 BGB ergeben könnte; jedenfalls hat sie nicht unverzüglich angefochten, wie das nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich gewesen wäre. Erstmals mit Schriftsatz vom 12. August 1969 hat sie sich auf den angeblichen Irrtum berufen, nachdem der Kläger



bereits seit Juli 1968 Ansprüche aus der Wettbewerbsvereinbarung verfolgt hatte.

b) Ebensowenig kann die Beklagte dem Kläger entgegenhalten, ihr berechtigtes geschäftliches Interesse an dem Wettbewerbsverbot (§ 74a Abs. 1 Satz 1 HGB) sei weggefallen, weil der Kläger sich in der Probezeit nicht bewährt habe. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der ständigen Rechtsprechung des Senats kann sich nur der Arbeitnehmer, nicht der Arbeitgeber darauf berufen, es fehle ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an dem Wettbewerbsverbot (BAG 20, 162 [170] = AP Nr. 21 zu § 74 HGB [zu IV, 2]; BAG AP Nr. 3 zu § 74a HGB [zu 2]).

Aus dem gleichen Grunde geht auch der Einwand der allgemeinen Arglist fehl. Wenn der Arbeitnehmer das verbindliche Wettbewerbsverbot befolgt und daraus Rechte geltend macht, ist nicht ersichtlich, inwiefern er sich damit in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise auf eine nur "formale" Rechtsposition beruft.

c) Schließlich kann die Beklagte die Zahlung der Karenzentschädigung auch nicht unter Berufung auf § 75 Abs. 3 HGB verweigern. Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Karenzentschädigung, wenn der Arbeitgeber das Dienstverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens fristlos auflöst. Diese Regelung gilt auch dann, wenn das Dienstverhältnis nicht durch eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers, sondern auf andere Weise beendet wurde, sofern er nur zur fristlosen Kündigung berechtigt war und er den Angestellten darauf hingewiesen hat (BAG AP Nr. 1 zu § 75 HGB [zu III 3]; BAG AP Nr. 2 zu § 75 HGB [zu I]; BAG AP Nr. 3 zu § 75 HGB [zu II 2 a]; BAG 20, 162 [171 ff.] = AP Nr. 21 zu § 74 HGB [zu V]).

Die Beklagte kann die Karenzentschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB deshalb nicht verweigern, weil sie keinen wichtigen Grund für die Kündigung des Klägers hatte. Sie hat sich ausschließlich auf ein fachliches Versagen des Klägers gestützt. Das reicht jedoch für eine fristlose Kündigung während



der Probezeit nicht aus. Deren Zweck ist es gerade, den Arbeitnehmer zu erproben und sein Wissen und Können festzustellen. Entspricht er nicht den in ihn gesetzten Erwartungen, so kann das fachliche Versagen regelmäßig nur dazu führen, das Probearbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Probezeit oder innerhalb derselben mit der - regelmäßig erleichterten - ordentlichen Kündigung zu beenden. Es liegt hier auch kein Fall eines ganz außergewöhnlichen Versagens des Klägers vor, der eine andere Beurteilung erfordern könnte. Der Kläger ist vor seiner Einstellung bei der Beklagten jahrelang als Meister auf einem gleichliegenden Aufgabengebiet tätig gewesen und hat deshalb die Beklagte über sein Fachwissen nicht getäuscht. Außerdem war die Beklagte schon während der zunächst auf drei Monate vereinbarten Probezeit zu der Auffassung gelangt, daß der Kläger nicht ihren Erwartungen entsprach, und sie hat deshalb eine weitere Erprobung von drei Monaten mit ihm vereinbart. Unter diesen Umständen ist sie um so weniger berechtigt, von einem völligen Versagen des Klägers zu sprechen und hierauf eine fristlose Kündigung zu stützen.

3. Wegen der Höhe der dem Kläger danach für die Dauer von zwei Jahren seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehenden Karenzentschädigung ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif; er muß deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.

a) Der Kläger ist bei der Berechnung der Karenzentschädigung von seinem im Juli 1968 erzielten Monatsverdienst in Höhe von 2.411,53 DM zuzüglich der von der Beklagten abgezogenen Lohn-erhöhung ausgegangen, die er mit 159,08 DM beziffert hat. Ob die Karenzentschädigung nach diesem Verdienst zu bemessen ist, bedarf noch der näheren Aufklärung. Zum einen enthält der Monatsverdienst auch die Vergütung für 80 Überstunden. Da Überstunden erfahrungsgemäß nicht in gleichbleibender Zahl anfallen, sind sie als wechselnde Bezüge nach § 74b Abs. 2 HGB für die Berechnung der Entschädigung in der Weise zu berücksichtigen, daß sie mit dem Durchschnitt, in dem sie während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses geleistet wurden, in Ansatz zu bringen sind. Ferner



wird das Landesarbeitsgericht noch darüber zu befinden haben, ob dem Kläger die vertraglich vereinbarte Sonderzulage nach dem 1. Juli 1968 gekürzt oder ungekürzt zustand.

b) Die Entschädigung, die ab 1. April 1969 für die Zeit bis zum Ablauf der Karenzzeit zu zahlen ist, hat der Kläger bisher im Wege der Feststellungsklage verfolgt. Da das Wettbewerbsverbot am 31. Juli 1970 ablief und nunmehr auch festzustellen ist, ob und welche nach § 74c HGB zu berücksichtigenden anderweitigen Verdienste der Kläger erzielt hat, ist für ein Feststellungsbegehren kein rechtliches Interesse mehr vorhanden, und der Kläger muß zur Leistungsklage übergehen, die den Streitkomplex abschließend klärt. Dabei steht ihm die Karenzentschädigung, wie sie vom Landesarbeitsgericht der Höhe nach noch zu ermitteln ist, auch für den Monat August 1968 zu, weil er sein Zahlungsbegehren für diesen Monat nicht nur auf einen Schadenersatzanspruch, sondern hilfsweise auch auf die Karenzentschädigung gegründet hat.

gez. Dr. Stumpf Dr. Hilger Dr. Thomas
Schormann Donnig

