

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

Gesetz: BGB § 611 Beschäftigungspflicht, §§ 626, 615; GG Art. 1, Art. 2; HGB § 74, § 75 Abs. 3, § 75 b

Leitsätze:

Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht grundsätzlich auch nach Ausspruch einer Kündigung während der Kündigungsfrist. In dieser Zeit ist eine Freistellung gegen den Willen des Arbeitnehmers nur zulässig, wenn überwiegende und schutzwürdige Interessen das gebieten (Ergänzung zu BAG 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

Aktenzeichen: 3 AZR 173/75

Urteil des BAG vom 19. August 1976 IAG Frankfurt/Main



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



3 AZR 173/75

4 Sa 194/74 Frankfurt/Main

Verkündet am
19. August 1976

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. August 1976 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Krems und Matthiessen für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 13. November 1974 - 4 Sa 194/74 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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 war bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin seit dem 1. Februar 1971 als Verkaufsgebietsleiter in Köln tätig. Das Arbeitsverhältnis richtete sich nach einem Anstellungsvertrag vom 17./30. September 1971. Danach hatte der Kläger Kunden und Interessenten zu beraten, Verkaufsgespräche zu führen und Leasing-Verträge abzuschließen. Dafür hatte er Gehalt und Provision zu beanspruchen. Er verdiente im Jahre 1972 insgesamt 58.775,90 DM und in den ersten vier Monaten des Jahres 1973 insgesamt 37.577,80 DM.

§ 9 des Anstellungsvertrages enthielt eine Wettbewerbsklausel. Diese regelte die Karenzentschädigung wie folgt:

"Die DL (Beklagte) zahlt Herrn K
eine Karenzentschädigung in Höhe der
Mindestentschädigung nach Maßgabe der
§§ 74 - 75 e HGB"

Mit Schreiben vom 4. August 1972 schlug die Beklagte dem Kläger vor, die Dauer des Wettbewerbsverbotes von ursprünglich zwei Jahren auf ein Jahr zu beschränken; damit war der Kläger einverstanden.

Mit Schreiben vom 30. Dezember 1972 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. Juni 1973. Die Beklagte bestätigte diese Kündigung, bat aber gleichzeitig, die Abkürzung der Karenzzeit auf ein Jahr schriftlich zu bestätigen. Ab 1. April 1973 stellte die Beklagte für das Verkaufsgebiet des Klägers einen neuen Mitarbeiter ein. Am 4. April 1973 ließ sie das Schloß der Eingangstür zur Geschäftsstelle in Köln auswechseln. Ein Schlüssel zu dem neuen Schloß wurde dem Kläger verweigert. Aus diesem Grunde kam es am 6. April 1973 zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und einem Vorstandsmitglied der Beklagten, Herrn F . Dieser schlug dem Kläger vor,

- 3 -



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



- 3 -

sich mit sofortiger Wirkung beurlauben zu lassen. Bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses sollte der Kläger monatlich 3.000,-- DM und eine Spesenpauschale von 500,-- DM erhalten; weitergehende Provisionsansprüche sollten nicht bestehen. Für die Annahme dieses Angebots wurde dem Kläger eine Frist von einer Stunde gesetzt. Als der Kläger um eine Verlängerung der Bedenkzeit um weitere fünf Tage bat, wurde er mit sofortiger Wirkung beurlaubt. Er widersprach dem mit der Begründung, daß dadurch sein Provisionseinkommen geschmälert werde.

Am 9. April 1973 wurde dem Kläger der Eintritt in die Kölner Geschäftsstelle verwehrt. Mit Schreiben vom gleichen Tage bestätigte die Beklagte die bereits mündlich ausgesprochene Beurlaubung und wiederholte ihr Angebot einer Pauschalvergütung. Für die Annahme dieses Angebots setzte sie eine Frist bis 17. April 1973. Der Kläger kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis am 16. April 1973 fristlos. Mit Schreiben vom 19. April 1973, das dem Kläger am 21. April 1973 zuging, antwortete die Beklagte ihrerseits mit einer fristlosen Kündigung. Um die Wirksamkeit beider Kündigungen streiten die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm nicht mehr zumutbar gewesen. Die Beklagte habe ihn zu Unrecht suspendiert und vertragswidrige Provisionskürzungen angedroht. Dies und die diskriminierenden Begleitumstände hätten die Vertrauensgrundlage des Arbeitsverhältnisses zerstört. Auch eine Abmahnung habe keinen Erfolg versprochen. Demgegenüber gehe die fristlose Kündigung der Beklagten ins Leere. Durch die vorzeitige Vertragsbeendigung sei ihm ein erheblicher Schaden entstanden. Außerdem schulde die Beklagte die zugesagte Karenzentschädigung, weil er sich an das vereinbarte Wettbewerbsverbot halte.

- 4 -



- 4 -

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 19. April 1973 aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch seine fristlose Kündigung mit Schreiben vom 16. April 1973, hilfsweise durch seine ordentliche Kündigung vom 30. Dezember 1972 zum 30. Juni 1973 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen;
2. auf die Widerklage hin festzustellen, daß der Kläger in der Zeit vom 20. April 1973 bis zum 19. April 1974 zur unentgeltlichen Wettbewerbsenthaltung vertraglich verpflichtet war.

Sie hat geltend gemacht, sie sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Suspendierung des Klägers berechtigt gewesen. Der Kläger habe auch keine Nachteile befürchten müssen, da sie eine "vertragsmäßige" Provisionsabrechnung für den Fall angekündigt habe, daß der Kläger das Pauschalierungsangebot ausschlage. Die fristlose Kündigung des Klägers stelle sich bei dieser Sachlage als unberechtigte Arbeitsverweigerung dar und berechtige die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund.

Für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots könne der Kläger eine Karenzentschädigung nicht beanspruchen. Die Konkurrenzklausel des Anstellungsvertrages sehe eine solche Entschädigung nicht vor, weil der Kläger ein sogenannter "Hochbesoldeter" sei und nach § 75 b Satz 2 HGB ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot beachten müsse. Wenn man dennoch von einer Karenzentschädigungspflicht ausgehe, sei diese nach § 75 Abs. 3 HGB erloschen, weil das Arbeitsverhältnis aufgrund einer fristlosen Kündigung der Beklagten geendet habe.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit sie hier noch interessiert, stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auch in der Berufungsinstanz ist die Beklagte unterlegen. Mit der Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag und ihre Widerklage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist begründet, die Widerklage hingegen unbegründet.

I. Die fristlose Kündigung des Klägers vom 16. April 1973 ist wirksam. Das vorangehende Verhalten der Beklagten machte es dem Kläger unzumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen (§ 626 Abs. 1 BGB).

1. Das Landesarbeitsgericht hat einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung schon allein darin gesehen, daß die Beklagte dem Kläger eine erhebliche Provisionsminderung angekündigt habe. Sie habe dem Kläger nämlich nur eine Monatspauschale von 3.500,-- DM oder eine Abrechnung der Prämien des Verkaufsgebiets zugestehen wollen. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts hätte das für den Kläger bedeutet, daß er in den Monaten April bis Juni 1973 kaum noch Provisionen zu erwarten hatte, da er beurlaubt war und deshalb keine Verträge mehr abschließen konnte. Auch die angebotene Pauschale hätte zu einer einschneidenden Verdienstminderung geführt. In Wahrheit sei die Beklagte jedoch verpflichtet gewesen, die Durchschnittsbezüge der letzten Monate weiter zu zahlen.

2. a) Diese Begründung wird von der Revision in zwei Punkten angegriffen. Das Landesarbeitsgericht habe erstens übersehen, daß der Kläger Provision aus allen Abschlüssen in seinem Verkaufsgebiet verlangen könne,

- 6 -



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



- 6 -

also Gebietsschutz genieße. Das bedeute, daß er während der Zeit seiner Suspendierung mit Provisionen rechnen konnte, die aus Abschlüssen seiner Nachfolger stammten. Außerdem gehe das Landesarbeitsgericht zu Unrecht davon aus, daß der Kläger während seiner Beurlaubung die Durchschnittsprovisionen der vorangegangenen Zeit verlangen konnte. In Wahrheit stehe dem Kläger nur Ersatz seines Provisionsausfalles zu; das bedeute, daß seine früheren Einkünfte außer Betracht bleiben müßten.

b) Der Revision ist lediglich zuzugeben, daß das Landesarbeitsgericht die Gebietsschutzklausel des Anstellungsvertrages nicht gewürdigt hat. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob diese Klausel auch im Falle einer Suspendierung des Arbeitsverhältnisses gelten sollte. Der Gebietsschutz besteht nämlich nur "während der Zeit ..., in der der Verkaufsgebietsleiter das Gebiet betreut." Gerade diese Betreuung durch den Kläger wollte die Beklagte jedoch ausschließen.

Aber selbst wenn die Beklagte beabsichtigt haben sollte, dem Kläger Provision aus allen Abschlüssen zuzugestehen, die der Nachfolger des Klägers während dessen Beurlaubung erzielte, wäre damit eine erhebliche Verdienstminderung verbunden gewesen. Der Kläger war sehr erfolgreich, wie seine hohen Provisionseinkünfte zeigen. Es war nicht zu erwarten, daß sein Nachfolger sofort ebenso hohe Abschlüsse werde erzielen können. Auch die Beklagte erwartete das nicht, wie die Begründung ihres Pauschalierungsangebotes zeigt. Mit Schreiben vom 9. April 1973 wies sie den Kläger darauf hin, daß "über die Fix-Bezüge hinausgehende Prämienansprüche unter Berücksichtigung der Vergangenheit nicht zu erwarten sind."

c) Die Beklagte irrt sich offenbar über ihre Pflichten während der Suspendierung des Klägers. In dieser Zeit befand sie sich im Annahmeverzug und mußte deshalb

- 7 -



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



- 7 -

nach § 615 BGB diejenige Vergütung zahlen, die dem Kläger entging. Entgegen der Rechtsansicht der Revision war für die Berechnung des Provisionsausfalls durchaus von Bedeutung, was der Kläger in der vorangehenden Zeit verdient hatte. Bei der Anwendung des Lohnausfallprinzips auf schwankende und leistungs- bzw. erfolgsbezogene Vergütungen ist nämlich eine Schätzung erforderlich. Für diese Schätzung sind die Bezüge in vergleichbaren Zeiträumen zu berücksichtigen. Das hat der Senat im Zusammenhang mit § 1 FeiertagslohnzahlungsG wiederholt ausgesprochen (BAG 22, 45 [51 f.] = AP Nr. 27 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG [zu 5 b und c der Gründe]; AP Nr. 28 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG [unter I 4. der Gründe]).

3. Schwerer als die drohende Provisionskürzung wog für den Kläger die unberechtigte Suspendierung seines Arbeitsverhältnisses. Das Landesarbeitsgericht ist hierauf nicht eingegangen, obwohl der Kläger seine fristlose Kündigung in erster Linie auf diese Vertragspflichtverletzung der Beklagten gestützt hatte.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat jeder Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, im Rahmen seines Arbeitsvertrages beschäftigt zu werden. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Schutz seiner Persönlichkeit (Art. 1, 2 GG). Eine Freistellung von der Arbeit ist gegen seinen Willen nur in Ausnahmefällen zulässig (vgl. grundlegend BAG 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Als Ausnahmen von diesem Grundsatz hat der Zweite Senat in seinem Urteil vom 10. November 1955 (BAG 2, 221 [225] = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht [zu II Abs. 2 der Gründe]) beispielhaft die Fälle genannt, daß ein Arbeitnehmer nur vorübergehend, etwa nach einer Kündigung, bis zum Ablauf des Vertrages suspendiert werde oder daß besonders schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers eine solche Maßnahme

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

gebieten. Daraus schließt die Beklagte, daß ein Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist jederzeit suspendiert werden könne. Jedoch ist die zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht so zu verstehen.

Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ist Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes. Deshalb muß der Arbeitnehmer mit seinen Rechten nur dann zurücktreten, wenn überwiegende und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Dabei ist eine sorgfältige Prüfung geboten, wie schon der Zweite Senat in dem zitierten Grundsatzurteil betont hat. Wenn in diesem Urteil dennoch als Beispiel für typische Ausnahmefälle die Situation nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung genannt wird, so bedeutet das nicht, daß hier eine Interessenabwägung entbehrlich wäre. Es sollte nur auf die Tatsache hingewiesen werden, daß während des Laufs einer Kündigungsfrist häufig keine nennenswerten Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers bestehen. Sehr oft empfinden die betroffenen Arbeitnehmer eine Freistellung in dieser Zeit als vorteilhaft, weil ihnen der Wechsel des Arbeitsplatzes dadurch wesentlich erleichtert wird. Ebenso kann der Arbeitgeber aus den unterschiedlichsten Gründen daran interessiert sein, schon während der Kündigungsfrist über den freiwerdenden Arbeitsplatz verfügen zu können. Wünscht ein Arbeitnehmer dennoch, bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses weiter zu arbeiten, so müssen die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen werden.

b) Im vorliegenden Fall hatte der Kläger ein gewichtiges und schutzwürdiges Interesse daran, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigt zu werden. Der weit überwiegende Teil seiner Vergütung bestand aus Provisionen, war also leistungs- und erfolgsabhängig.

- 9 -



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



- 9 -

Seine Beurlaubung mußte zwangsläufig zu Abrechnungsschwierigkeiten führen. Das galt besonders im Hinblick auf die Ankündigung der Beklagten, sie werde die früheren Umsätze des Klägers nicht berücksichtigen. Aber selbst bei einem vertragstreuen Arbeitgeber wären Nachteile nicht auszuschließen gewesen. Der Kläger hätte auch dann bestenfalls hoffen können, den Durchschnittsverdienst vergleichbarer Monate zu erhalten. Hingegen wäre ihm die Möglichkeit abgeschnitten worden, seine Leistungen zu steigern und im Rahmen seiner Kräfte alle Anbahnungen noch vor dem 30. Juni 1973 zum Abschluß zu bringen.

Demgegenüber erscheinen die Interessen der Beklagten an einer vorzeitigen Suspendierung des Klägers nicht schutzwürdig. Die Beklagte macht geltend, sie habe für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Nachteile befürchten müssen, weil der Kläger den Kontakt mit ihrer Kundschaft zu Konkurrenzgeschäften habe nutzen können. Diese Begründung geht jedoch offensichtlich von unrichtigen Tatsachen aus. Durch das vereinbarte Wettbewerbsverbot war der Kläger gehindert, nach seinem Ausscheiden Konkurrenzgeschäfte zu machen. Er konnte die Kunden der Beklagten frühestens nach Ablauf der einjährigen Karenzzeit ansprechen. Darin hat die Beklagte jedoch selbst keine ernstzunehmende Gefahr gesehen. Sie hat von sich aus darauf gedrängt, die ursprünglich zweijährige Karenzzeit auf ein Jahr abzukürzen. Für das zweite Jahr glaubte sie, sich die Karenzentschädigung sparen zu können. Die vom Kläger ausgehende Wettbewerbsgefahr bewertete sie offenbar selbst gering. Damit setzt sie sich in Widerspruch, wenn sie jetzt die Beurlaubung des Klägers gerade mit dieser Gefahr begründen will.

c) Die unberechtigte Suspendierung stellte eine schwerwiegende Verletzung des Arbeitsvertrages dar.

- 10 -

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

Diese Vertragspflichtverletzung in Verbindung mit den ganzen Begleitumständen (Hausverbot und Auswechseln der Schlösser) sowie die Ankündigung unkorrekter Provisionsabrechnungen waren geeignet, die Vertrauensgrundlage des Arbeitsverhältnisses zu zerstören. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger mit Recht zugestimmt, daß ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war.

II. Bei dieser Sachlage blieb für eine fristlose Kündigung der Beklagten kein Raum. Das Arbeitsverhältnis war bereits beendet, als dem Kläger das Kündigungsschreiben zuing. Außerdem fehlt der Beklagten ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB. Der Kläger hat seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletzt.

III. Schließlich hat der Kläger auch Anspruch auf Karenzentschädigung für die Dauer des Wettbewerbsverbotes. Die negative Feststellungs-Widerklage der Beklagten ist unbegründet.

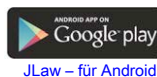
1. Die Wettbewerbsklausel im Anstellungsvertrag der Parteien bestimmte ausdrücklich, daß dem Kläger eine Karenzentschädigung in Höhe der Mindestentschädigung nach Maßgabe der §§ 74 bis 75 e HGB zusteht. Das bedeutet nach Treu und Glauben, daß auf jeden Fall eine Karenzentschädigung gezahlt wird und nur deren Höhe den zitierten gesetzlichen Bestimmungen entnommen werden soll. Nach § 74 Abs. 2 HGB steht dem Kläger eine Entschädigung zu, die der Hälfte der letzten vertragsmäßigen Vergütung entspricht. Die Einzelheiten der Berechnung und der Anrechnung anderweitigen Erwerbs richten sich nach den §§ 74 b und c HGB.

Wenn sich die Beklagte demgegenüber auf die Ausnahmebestimmung des § 75 b Satz 2 HGB beruft, wonach "Hochbesoldeten" keine Karenzentschädigung versprochen

- 11 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

werden muß, so geht dieser Einwand fehl. Dabei muß nicht einmal die Rechtsprechung des Senats zur Verfassungswidrigkeit des § 75 b HGB herangezogen werden (vgl. zuletzt BAG AP Nr. 14 zu § 75 b HGB, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Die Verweisung der vertraglichen Wettbewerbsklausel bezieht sich ohnehin nicht auf diese Ausnahmeregelung. Die gegenteilige Auslegung der Beklagten würde dazu führen, daß die im ersten Halbsatz enthaltene Entschädigungszusage schon im zweiten Halbsatz durch eine bloße Verweisung gegenstandslos gemacht würde. Kein Arbeitnehmer hätte die Zusage so verstehen können.

2. Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Vorschrift des § 75 Abs. 3 HGB berufen, wonach der Anspruch auf Karenzentschädigung entfallen soll, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers gekündigt hat. Das scheidet schon allein deshalb aus, weil dem Kläger vertragswidriges Verhalten nicht vorgeworfen werden kann und die außerordentliche Kündigung der Beklagten wirkungslos war.

gez.: Dr. Stumpf Dr. Thomas Dr. Dieterich
 Dr. Krems Matthiessen

