

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

Gesetz: HGB § 74 c; ZPO §§ 139, 554 Abs. 3 Nr. 2

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 3 AZR 38/74

Urteil des BAG vom 1. August 1974 LAG Schleswig-Holstein



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



3_AZR__38/74

(2) 1 Sa 33/73 Schleswig-Holstein

Verkündet

am 1. August 1974

gez. Sürig,

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp•

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. August 1974 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Donnig und Heimann für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 14. November 1973 - (2) 1 Sa 33/73 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte produziert Kunststoffherzeugnisse und stellt auch selbst kunststoffverarbeitende Maschinen her. Der Kläger war bei ihr vom 1. April 1971 bis zum 30. Juni 1972 als technischer Assistent der Geschäftsleitung tätig. Er erhielt zuletzt ein monatliches Gehalt von 3.000,-- DM brutto. § 6 des Anstellungsvertrages vom 6. Januar 1971 enthält folgendes Wettbewerbsverbot:

"Der Mitarbeiter verpflichtet sich für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für eine Konkurrenzfirma tätig zu sein, auch weder unmittelbar noch mittelbar an der Gründung oder dem Betrieb eines solchen Unternehmens mitzuwirken.

Für die Dauer des Wettbewerbsverbots zahlt die Firma dem Mitarbeiter als Entschädigung die Hälfte der zuletzt monatlich gewährten Bezüge auf den Durchschnitt der letzten sechs Monate berechnet, soweit die Firma auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes durch den Mitarbeiter besteht. Das erzielte Einkommen des Mitarbeiters bzw. unterlassene Einkommensmöglichkeiten werden hierauf angerechnet.

Im übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 74 - 75 c des Handelsgesetzbuches."

Nachdem dem Kläger die ordentliche Kündigung zugegangen war, verhandelten die Parteien darüber, ob die Beklagte von dem vereinbarten Wettbewerbsverbot Gebrauch machen wolle. Mit Schreiben vom 2. Juni 1972 teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß sie auf der Einhaltung des Wettbewerbsverbotes bestehe.

Der Kläger hat mit seiner Klage Karenzentschädigung für die Monate Juli und August 1972 in Höhe von je 1.500,-- DM brutto geltend gemacht. Er hat behauptet, er habe das Wettbewerbsverbot befolgt und in den ersten beiden Monaten keinerlei Einkünfte erzielen können.



- 3 -

Der Kläger hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger
3.000,-- DM brutto nebst 9,5 % Zinsen auf
1.500,-- DM vom 1. bis 31. August 1972 und
auf 3.000,-- DM seit dem 1. September 1972
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat
erwidert, der Kläger habe bis 30. Oktober 1972 für ein
Konkurrenzunternehmen gearbeitet. Er habe im übrigen an-
rechenbare Einkünfte erzielt. Wenn dies nicht der Fall
gewesen sein sollte, habe er es böswillig unterlassen.
Bei seinem Werdegang und seiner Qualifikation sei für ihn
ohne weiteres ein Verdienst erreichbar, der um 10 % über
dem zuletzt bei der Beklagten bezogenen Gehalt liege.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und
nur den Zinsanspruch auf 4 % beschränkt. Während des Be-
rufungsverfahrens hat der Kläger beim Arbeitsgericht eine
zweite Klage anhängig gemacht, mit der er Karenzentschädi-
gung für die Zeit vom 1. September 1972 bis 31. Januar 1973
fordert. Die Beklagte hat ihrerseits in der Berufungsin-
stanz des vorliegenden Rechtsstreits mit einer Widerklage
geantwortet. Sie hat beantragt

festzustellen, daß dem Kläger keine weiteren
Ansprüche aus der zwischen den Parteien getrof-
fenen Wettbewerbsvereinbarung über die bereits
eingeklagten Ansprüche für die Zeit bis 31. Ja-
nuar 1973 hinaus zustehen.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Be-
klagten zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen. Mit
ihrer Revision verfolgt die Beklagte nur noch ihren Wider-
klageanspruch weiter, während der Kläger Zurückweisung
der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Für die Widerklage läßt sich die von der Beklagten be-
gehrte Feststellung aufgrund des Vortrages der Parteien
nicht treffen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

1. Für den mit der Widerklage erfaßten Streitzeitraum macht die Beklagte nicht geltend, daß der Kläger das Konkurrenzverbot verletzt habe oder noch verletzen werde. Sie beschränkt sich vielmehr auf den Vortrag, der Karenzentschädigungsanspruch des Klägers sei aufgrund der Anrechnungsvorschrift des Anstellungsvertrages in Verbindung mit § 74 c HGB erloschen. Der Kläger könne trotz Einhaltung des Wettbewerbsverbotes ohne weiteres einen Verdienst erzielen, der die bei der Beklagten bezogene Vergütung um mindestens 10 % übersteige. Wenn er diese Möglichkeit nicht nutze, handele er böswillig und müsse sich deshalb eine Anrechnung der versäumten Vergütung gefallen lassen.

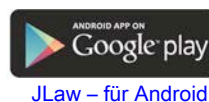
Die Beklagte trägt die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, aus denen sich die Böswilligkeit des Klägers ergeben soll (BAG 19, 194 [205 f.] = AP Nr. 1 zu § 74 c HGB [zu 6 b und c der Gründe]; BAG 23, 484 [511] = AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [zu B 7 a der Gründe]; Schlegelberger-Schröder, HGB, 5. Aufl., Bd. II, § 74 c RdNr. 2). Sie hat lediglich auf die Qualifikation des Klägers als Diplom-Ingenieur hingewiesen und behauptet, aufgrund der derzeitigen Arbeitsmarktlage könnten Diplom-Ingenieure innerhalb von fünf Monaten ohne besondere Schwierigkeit einen zumutbaren und gut dotierten Arbeitsplatz finden. Dieser Vortrag reicht für die Darlegung einer Böswilligkeit nicht aus.

Böswillig ist das Unterlassen anderweitigen Erwerbs nach der Rechtsprechung des Senats dann, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, nämlich Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber vorsätzlich untätig bleibt oder sich mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt. Ob eine Arbeitsmöglichkeit zumutbar erscheint, ist nur bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen,

- 5 -



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



- 5 -

wobei der Freiheit der Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG) besonderes Gewicht zukommt (BAG 19, 194 [202 f.] = AP Nr. 1 zu § 74 c HGB [zu 5 a und b der Gründe]).

Die Angaben der Beklagten lassen keine ausreichende Zumutbarkeitsprüfung zu. Es sind zahlreiche Gründe denkbar, die den Kläger veranlaßt haben können, seine Arbeitskraft nicht in der von der Beklagten gewünschten Weise zu nutzen. Die Beklagte geht selbst davon aus, daß sich der Kläger in den ersten fünf Monaten nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als freier Handelsvertreter und im Versicherungsgewerbe versucht hat. Auf beiden Betätigungsgebieten ist er nach seiner unwiderlegten Darstellung vorläufig erfolglos geblieben. Dafür lassen sich viele Gründe denken. Dann ist aber ebensowenig auszuschließen, daß der Kläger auch in der folgenden Zeit, auf die sich die Widerklage bezieht, keinen Verdienst erzielen konnte, der die anrechnungsfreie Grenze überschritt.

2. Die Beklagte kann sich auch nicht auf einen Beweis des ersten Anscheins stützen. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Anscheinsbeweis überhaupt in Betracht kommt, wenn die Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Verdienstes nachgewiesen werden soll. Jedenfalls läßt der Vortrag der Beklagten einen Anscheinsbeweis nicht zu. Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach Diplom-Ingenieure, gleichgültig auf welchem Gebiet sie sich betätigen wollen, innerhalb einer bestimmten Frist einen bestimmten Verdienst erzielen können.

3. Die Beklagte bezieht sich für ihre rechtsirrigte Ansicht bezüglich der Darlegungs- und Beweislast auf angebliche Hinweise des Landesarbeitsgerichts. Dieses habe im Laufe der mündlichen Verhandlung mehrfach zum Ausdruck gebracht, daß es für die Frage der Böswilligkeit im Widerklagezeitraum von einer Umkehrung der Beweislast ausgehe. Wenn das zutreffen sollte, wäre eine Verfahrensrüge denkbar.

- 6 -



- 6 -

Das Landesarbeitsgericht könnte § 139 ZPO verletzt haben, wenn es durch seinen unrichtigen Hinweis die Beklagte veranlaßt hätte, zur Frage der Böswilligkeit des Klägers nicht alles vorzutragen, was sie hätte vortragen können.

Dieser Möglichkeit brauchte der Senat jedoch nicht nachzugehen, weil die Beklagte keine ausreichende Verfahrensrüge angebracht hat. Wer die Verletzung der richterlichen Hinweis- und Aufklärungspflicht des § 139 ZPO rügt, muß angeben, was er vorgetragen hätte, wenn er ordnungsmäßig belehrt und befragt worden wäre (ständige Rechtsprechung; zuletzt Urteil des Senats vom 19. April 1974 - 3 AZR 379/73 - [demnächst] AP Nr. 75 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu I 3 der Gründe] mit weiteren Nachweisen). Das ist im vorliegenden Falle nicht geschehen. Die Beklagte hat vielmehr auch noch in der Revisionsinstanz an dem unrichtigen Standpunkt festgehalten, sie habe zur Frage der Böswilligkeit des Klägers alles Erforderliche vorgetragen.

gez. Dr. Stumpf

Heimann

Dr. Thomas

Donnig

Dr. Dieterich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)