

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

Gesetz: HGB § 74 c Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; §§ 74, 74a, 75 d;
BGB § 611 Konkurrenzklausel, § 242 Unzulässige
Rechtsausübung, § 242 Auskunftsanspruch; GG Art. 12
Abs. 1; ZPO § 561 Abs. 2

- Leitsätze: 1. Ein durch ein Wettbewerbsverbot gebundener Arbeitnehmer kann in der Karenzzeit auch eine selbständige Tätigkeit aufnehmen, wenn dies nicht den Redlichkeitsmaßstäben des § 242 BGB widerspricht. Der Anrechnung unterliegt dann das Einkommen, das er aus der selbständigen Tätigkeit bezieht.
2. Ein böswilliges Unterlassen anderweiten Erwerbs liegt nicht vor, wenn er in der Zeit des Aufbaus seiner selbständigen Existenz weniger verdient als bei einer abhängigen Beschäftigung im konkurrenzfreien Bereich.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Aktenzeichen: 3 AZR 38/75



Urteil des BAG vom 13. November 1975
[eLaw-Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

3 AZR 38/75

3 Sa 148/73 Hamburg

Verkündet
am 13. November 1975

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

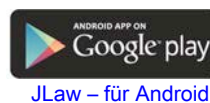
hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Handrack und Schnabel für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgericht Hamburg vom 15. Oktober 1974 - 3 Sa 148/73 - 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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin von der Beklagten Karenzentschädigung verlangen kann.

Die Klägerin war seit dem 2. August 1965 bei der Beklagten beschäftigt, die Arbeitskräfte an Bedarfsträger verleiht. Sie war zunächst im Hauptbüro als Disponentin tätig. Später oblag ihr die Leitung einer neueröffneten Zweigstelle; dabei hatte sie auch die gesamte Personalsachbearbeitung und die Disposition wahrzunehmen. Am 31. März 1972 schied die Klägerin aufgrund einer eigenen Kündigung bei der Beklagten aus. Ihre Bezüge im letzten Beschäftigungsjahr beliefen sich auf insgesamt 27.443,-- DM = 2.287,-- DM monatlich.

Im schriftlichen Anstellungsvertrag vom 27. Januar 1966 war ein Wettbewerbsverbot folgenden Inhalts vereinbart:

"Während der Dauer dieses Vertrages gilt das Konkurrenzverbot des Par. 60 HGB.

Im übrigen darf die Arbeitnehmerin während der Dauer dieses Vertrages und während fünf Jahren nach ihrem Ausscheiden aus der Firma A GmbH ohne Einwilligung des Arbeitgebers innerhalb und außerhalb Deutschlands weder in dem Handelszweig der Firma A GmbH Geschäfte machen, noch an einem anderen gleichartigen Unternehmen in selbständiger oder unselbständiger Stellung beteiligt sein. Für die Dauer der Geltung dieser Konkurrenzklausel nach Beendigung dieses Vertrages, gewährt der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin eine Entschädigung in Höhe von 50 % (in Worten: Fünfzig pro Hundert) der von Frl. A zuletzt bezogenen vertraglich bestimmten Leistungen. Die Paragraphen 74 HGB und folgende gelten entsprechend.

Für jeden Fall einer Verletzung der Verpflichtungen aus dieser Konkurrenzklausel hat die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von DM 50.000,-- (in Worten: Fünfzigtausend Mark) zu zahlen."

Nach ihrem Ausscheiden bei der Beklagten war die Klägerin bis etwa Mitte Juli 1972 arbeitsunfähig krank. Danach hat sie nach ihrer Behauptung eine Tätigkeit als selbständige Haus- und Grundstücksmaklerin aufgenommen. Daraus habe sie bis zum 31. Juli 1973 monatlich nicht mehr als 1.000,-- DM als Verdienst erzielt. Dieses Einkommen erreiche unter Hinzurechnung der Karenzentschädigung von monatlich 1.143,50 DM nicht 110 % ihres letzten monatlichen Durchschnittsverdienstes, so daß ihr die volle Karenzentschädigung zustehe.



- 3 -

[JLaw - Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin daher für die Zeit vom 1. Mai 1972 bis zum 31. Juli 1973 Karenzentschädigung in Höhe von 17.152,50 DM nebst Zinsen verlangt. Die Karenzentschädigung für den Monat April 1972 ist ihr in einem Vorprozeß rechtskräftig zuerkannt worden.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und bestritten, daß die Klägerin einer Tätigkeit als Maklerin ernsthaft nachgehe und keinen höheren als den von ihr angegebenen Verdienst gehabt habe. Jedenfalls hätte die Klägerin eine abhängige Beschäftigung aufnehmen können. Dann hätte sie ein Einkommen erzielen können, das bei Anrechnung auf die Karenzentschädigung zu deren Wegfall geführt hätte. Diesen anderweitigen Verdienst habe die Klägerin böswillig unterlassen, und sie müsse sich so behandeln lassen, wie wenn sie ihn erzielt hätte.

Das Arbeitsgericht hat der Klage, abgesehen von der Höhe der verlangten Zinsen, stattgegeben. Mit ihrer Berufung hat die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt. Die Klägerin hat im Berufungsrechtszug ihre Klage erweitert und Karenzentschädigung auch für die weitere Dauer des Wettbewerbsverbotes in der Zeit vom 1. August 1973 bis 31. März 1974 gefordert. Dabei hat sie zugestanden, daß ihr für die gesamte Karenzzeit ein anderweitiger Verdienst von monatlich 1.600,-- DM angerechnet werden könne. Daraus hat sie für 23 Monate (ab Mai 1972) eine Karenzentschädigung von insgesamt 20.830,50 DM errechnet, die um 3.678,-- DM über dem bereits vom Arbeitsgericht zuerkannten Betrag liegt.

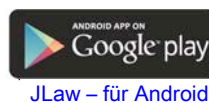
Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Der Klageerweiterung hat es nur wegen eines Betrages von 2.080,80 DM entsprochen. Mit ihrer Revision will die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage in vollem Umfange erreichen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Anspruch auf Karenzentschädigung ergibt sich aus der in dem Anstellungsvertrag vom 27. Januar 1966 schriftlich niedergelegten Wettbewerbsvereinbarung. Gegen deren Wirksamkeit bestehen keine Bedenken. Soweit das Wettbewerbsverbot auf die Dauer von 5 Jahren erstreckt ist,



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



folgt aus § 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB in Verbindung mit § 75 d Satz 1 HGB, daß es insoweit unverbindlich war, wie es die Klägerin für mehr als zwei Jahre binden sollte. Die Geltung des Wettbewerbsverbotes im übrigen und insbesondere die Entschädigungspflicht wurden davon nicht berührt.

Das Landesarbeitsgericht hat geprüft, ob das Wettbewerbsverbot daran krankem könnte, daß die Parteien die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB zur Grundlage der Wettbewerbsvereinbarung gemacht haben. Es verneint dies, weil die Klägerin kaufmännische Angestellte gewesen sei. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht recht verständlich: Wettbewerbsvereinbarungen können auch mit Arbeitnehmern abgeschlossen werden, die nicht kaufmännische Angestellte sind. Für solche Wettbewerbsvereinbarungen hat die Rechtsprechung gerade gefordert, daß sie den §§ 74 ff. HGB für Wettbewerbsverbote mit Handlungsgehilfen entsprechen müssen (vgl. BAG 22, 125 [132 ff.] = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel [in Teil I zu IV und V der Gründe]).

II. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Klägerin das Wettbewerbsverbot beachtet hat. Daraus ergibt sich, daß ihr dem Grunde nach die Karenzentschädigung als Gegenleistung für die Wettbewerbsenthaltung zusteht.

Das Landesarbeitsgericht hat erörtert, ob der Entschädigungsanspruch entfallen kann, wenn der Arbeitnehmer objektiv nicht in der Lage ist, eine Konkurrenztätigkeit auszuüben. Es hat zwar für den vorliegenden Fall einen solchen Tatbestand verneint, jedoch kam es darauf nicht an. Die Erwägungen des Berufungsgerichts lassen schon im Ausgangspunkt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts außer Acht. Bereits in seinem Urteil vom 2. Dezember 1968 (AP Nr. 3 zu § 74 a HGB [zu 4 der Gründe]) hat der Senat ausgesprochen, daß es für die Durchführung des Wettbewerbsverbots nicht darauf ankommt, ob für den Angestellten eine Konkurrenzmöglichkeit besteht. Wesentlich ist allein, daß der Angestellte keine Konkurrenz macht. Etwas anderes gilt nur für den in § 74 c Abs. 1 Satz 3 genannten Fall, daß der dem Wettbewerbsverbot unterworfenen Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe verbüßt.

Mit der vorgenannten Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht die in AP Nr. 14 zu § 74 HGB und in BAG 20,162 [170,



171] = AP Nr. 21 zu § 74 HGB [zu IV 3 der Gründe] noch offengebliebene Frage beantwortet. Das Landesarbeitsgericht durfte deshalb nicht davon ausgehen, daß die Problematik noch auf dem Stande der letztgenannten Entscheidungen zu beurteilen war. Die in AP Nr. 3 zu § 74 a HGB vertretene Auffassung hat der Senat seitdem wiederholt bestätigt und dabei auch darauf hingewiesen, daß die Literatur dieser Rechtsprechung gefolgt ist (Urteil vom 8. Februar 1974 - 3 AZR 519/73 - SAE 1975, 207 [210] = [demnächst] AP Nr. 4 zu § 74 c HGB [zu III 3 der Gründe]; Urteil vom 9. August 1974 - 3 AZR 350/73 - BB 1974, 1486 = AuR 1974, 311 [312] = DB 1974, 2262 [2263] = [demnächst] AP Nr. 5 zu § 74 c HGB [zu 1 der Gründe]; jeweils mit weiteren Nachweisen).

Damit erweist sich zugleich die Revision der Beklagten insoweit als unbegründet, wie sie geltend macht, der Klägerin habe für die Zeit, in der sie nach dem Ausscheiden am 31. März 1972 arbeitsunfähig krank gewesen sei, kein Anspruch auf Karenzentschädigung zugestanden.

III. Die Entscheidung über die Klageforderung hängt sonach nur davon ab, ob der Entschädigungsanspruch sich nach § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB deshalb mindert, weil die Klägerin anrechenbares anderweitiges Arbeitseinkommen erzielt hat oder es böswillig unterlassen hat, solche Einkünfte zu erlangen.

1a) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, die Klägerin habe nach dem Ausscheiden bei der Beklagten eine selbständige Tätigkeit als Maklerin aufgenommen. Sie habe diese Tätigkeit ernsthaft ausgeübt und ausüben wollen.

b) An diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts ist das Revisionsgericht gebunden, da die Revision sie nicht mit Verfahrensrügen angegriffen hat (§ 561 Abs. 2 ZPO). Soweit die Beklagte geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Beweismwürdigung die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nicht beachtet, wenn nicht gar von einer Umkehr der Beweislast auszugehen sei, greift diese Rüge nicht durch. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit den Bedenken auseinandergesetzt, die gegen eine



Maklertätigkeit sprechen konnten. Es ist trotzdem der Bekundung der als Partei vernommenen Klägerin gefolgt und hat festgestellt, daß sie als selbständige Maklerin arbeite. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Beweis des ersten Anscheins für die Darstellung der Beklagten sprach und wer die Folgen zu tragen hätte, wenn zu der anderweitigen Tätigkeit keine Feststellungen getroffen werden könnten.

2. Die Klägerin hat behauptet, sie habe aus ihrer Tätigkeit als Maklerin während der Karenzzeit nicht mehr als 1.600,-- DM monatlich an Einkünften erzielt. Dieses Einkommen hat sie sich auf ihren Entschädigungsanspruch anrechnen lassen und ihre Klage im zweiten Rechtszug entsprechend beschränkt.

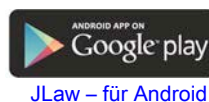
a) Das Landesarbeitsgericht hat als erwiesen angesehen, daß die Klägerin vom 1. April 1972 bis zum 31. Juli 1973 kein höheres Einkommen als 1.600,-- DM monatlich aus ihrer Berufstätigkeit als Maklerin gehabt hat. Für die Zeit vom 1. August 1973 bis zum Ablauf des Wettbewerbsverbots habe sie nicht mehr als 1.800,-- DM monatlich verdient. Zu dem letztgenannten Betrag ist zu bemerken, daß die Klägerin in der Berufungsinstanz nur eine monatliche Einnahme von 1.600,-- DM auch für die letzten acht Monate eingeräumt hat. Das Landesarbeitsgericht ist jedoch zu einem höheren anrechenbaren Betrag gelangt; das ist von der Klägerin nicht angegriffen worden.

b) Die Revision bekämpft diese Feststellung mit der Begründung, die Klägerin hätte die Höhe ihrer Einkünfte darlegen und beweisen müssen, weil sie eine selbständige Tätigkeit aufgenommen habe und es daher der Beklagten nicht möglich sei, die Höhe ihrer Einkünfte daraus anzugeben.

Hierzu gilt wiederum, daß das Landesarbeitsgericht aufgrund der Beweisaufnahme Feststellungen über die Höhe der von der Klägerin tatsächlich erzielten Verdienste getroffen hat und es auf die Frage der Beweislast nicht ankommt. Soweit die Beklagte sich dadurch beschwert fühlt, daß sie die Einkünfte der Klägerin aus der selbständigen Tätigkeit anders als bei einem Arbeitseinkommen aus abhängiger Tätigkeit nur schwer feststellen könne, hätte sie den Weg beschreiten können und müssen, den ihr bereits das Arbeitsgericht in seinem Urteil aufgezeigt hatte:



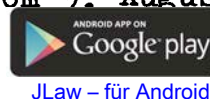
[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Sie hätte den Auskunftsanspruch gegen die Klägerin verfolgen können, den § 74 c Abs. 2 HGB gewährt. Außerdem hätte die Beklagte bei Zweifeln verlangen können, daß die Klägerin ihr Einkommen durch ihren Einkommensteuerbescheid belegte (vgl. dazu die Entscheidung des Senats vom 25. Februar 1975 - 3 AZR 148/74 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 74 c HGB).

IV. Für die weitere Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe anderweitigen Verdienst böswillig unterlassen, weil sie nicht die Möglichkeit genutzt habe, in einer abhängigen Beschäftigung ein höheres Einkommen zu erwerben, war auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen kein Raum mehr.

1. Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs im Sinne von § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats vor, wenn der Arbeitnehmer eine ihm mögliche und nach den gesamten Umständen zumutbare Tätigkeit nicht aufnimmt. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, aus welchem Anlaß diese Prüfung anzustellen ist: Eine Konkurrenzklausel verdrängt den Arbeitnehmer regelmäßig in mehr oder weniger großem Umfang aus seinem bisherigen Betätigungsbereich. Das wiederum führt den Arbeitnehmer zu der Überlegung, ob und auf welchem Wege er künftig seine beruflichen Erfolge und Chancen verbessern kann. Weil ihn die Konkurrenzklausel aus seinem bisherigen Betätigungsbereich mehr oder weniger verdrängt, kommt im Hinblick auf den hohen Wert der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten freien Berufswahl seinen Interessen an einem künftigen verbesserten Fortkommen ein erhebliches Gewicht zu, auch gegenüber den Interessen des Arbeitgebers an einem Wegfall der Karenzentschädigung. Der Arbeitgeber kann deshalb nicht erwarten, daß sich der Arbeitnehmer in der gleichen Weise beruflich betätigt wie bisher, nur weil dabei ein höherer Verdienst gesichert wäre (BAG 19,194 [202 - 207] = AP Nr. 1 zu § 74 c HGB [zu 5 und 6 der Gründe]; Urteil vom 17. Dezember 1973 - 3 AZR 283/73 - [demnächst] AP Nr. 2 zu § 74 c HGB [zu II 3 b der Gründe; auch zum Abdruck in Band 25 der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]; Urteil vom 8. Februar 1974 - 3 AZR 519/73 - [demnächst] AP Nr. 4 zu § 74 c HGB [zu III 4 a der Gründe]; Urteil vom 9. August 1974 - 3 AZR 350/73 -



[demnächst] AP Nr. 5 zu § 74 c HGB [zu 2 der Gründe]).

2. Nach den vorgenannten Maßstäben durfte die Klägerin sich als Maklerin selbständig machen. Nach ihrer vorangegangenen Tätigkeit bei der Beklagten wie auch den von ihr geschilderten Verbindungen und Erwartungen läßt sich nicht sagen, daß es unvernünftig und mutwillig gewesen sei, wenn sie eine Maklertätigkeit aufnahm. Wenn die Klägerin als Maklerin weniger verdient hat als zuletzt bei der Beklagten, so beruht dies auf verständlichen Startschwierigkeiten. Die Klägerin mußte sich noch das notwendige Fachwissen verschaffen und ihre Verbindungen auf- und ausbauen. Hinzu kommt, daß der Verdienst von der erfolgreichen Vermittlungstätigkeit abhängig war und die Bemühungen allein noch nicht zu Einkünften führten.

Wenn die Einkünfte der Klägerin sonach auch erwartungsgemäß nicht hoch genug waren, um die Karenzentschädigung wegfällen zu lassen, so begründet dies doch nicht den Vorwurf, sie habe böswillig einen möglichen höheren anderweitigen Verdienst unterlassen. Nachdem die Beklagte das Betätigungsfeld gesperrt hatte, auf dem die Klägerin fast sieben Jahre ihre Kenntnisse und Erfahrungen gesammelt hatte, durfte die Klägerin sich eine Beschäftigung wählen, die ihr auf längere Sicht erfolgversprechend schien. Hierin unterlag sie auch nicht deshalb Beschränkungen, weil sie selbst das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte. Sonst würde sich das Wettbewerbsverbot nicht als Fortkommensbeschwer nach Ende des Arbeitsverhältnisses auswirken, sondern es würde noch zu einer Kündigungserschwerung führen.

3. Damit erweisen sich auch die Angriffe der Revision als unbegründet, die sich dagegen wenden, daß das Berufungsgericht nicht den tatsächlichen Verdienst als Maklerin und das fiktive Einkommen zusammengerechnet habe, das zu erwerben die Klägerin böswillig unterlassen habe.

gez.: Dr. Stumpf Dr. Thomas Dr. Dieterich

Handrack

Schnabel



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

