

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

Gesetz: HGB § 74, § 74 c; ZPO § 97 Abs. 1, § 383
 Abs. 1 Nr. 2

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 3 AZR 462/77

Urteil des BAG vom 19. Januar 1979

LAG Düsseldorf



3 AZR 462/77

5 Sa 935/76 Düsseldorf

Verkündet am
19. Januar 1979

Im Namen des Volkes!

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 1979 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Hartmann und Kunze für Recht erkannt:

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revisionen der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. November 1976 - 5 Sa 935/76 - werden zurückgewiesen.
2. Die Beklagten tragen die Kosten der Berufungen und Revisionen.

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

Tatbestand:

Die Beklagten betreiben in der Rechtsform der GmbH & Co. KG ein Zeitarbeit-Unternehmen. Der Kläger war bei der Beklagten Ziff. 1) vom 1. April 1973 bis zum 31. März 1975 als Leiter der Abteilung Industrie und Technik für den Bereich der Filiale D tätig. Dem Arbeitsverhältnis lag ein Anstellungsvertrag vom 27. Februar 1973 zugrunde, der in Ziff. 4 folgende Wettbewerbsklausel enthielt:

"Im übrigen darf der Mitarbeiter während der Dauer dieses Vertrages und 6 Monate nach seinem Ausscheiden ohne Einwilligung des Arbeitgebers innerhalb Europas und den USA weder in dem Handelszweig des Arbeitgebers Geschäfte machen noch an einem anderen gleichartigen Unternehmen in selbständiger oder unselbständiger Stellung beteiligt sein. Für die Dauer der Geltung dieser Wettbewerbsvereinbarung nach Beendigung dieses Vertrages gewährt der Arbeitgeber dem Mitarbeiter eine Entschädigung in der Höhe von 50 % der von dem Mitarbeiter zuletzt bezogenen vertraglich bestimmten Leistungen. Die Paragraphen 74 ff. HGB gelten entsprechend."

Das Gehalt des Klägers betrug zuletzt 2.850,-- DM. Dazu kamen eine Gratifikation und Umsatzbeteiligungen, die in eine "erste" und "zweite Beteiligung" gegliedert waren und sich danach richteten, inwieweit die von den Beklagten gesteckten Ziele erreicht wurden. Das Arbeitsverhältnis endete durch eine eigene Kündigung des Klägers.

Nach seinem Ausscheiden bezog der Kläger vom 1. April 1975 bis zum 30. September 1975 Arbeitslosengeld in Höhe von wöchentlich 319,80 DM. Für den Monat April 1975 zahlte die Beklagte Ziff. 1) Karenzentschädigung in Höhe von 1.687,50 DM, wobei sie vom Grundgehalt des Klägers und einer "ersten Beteiligung" ausging.



Im Mai 1975 stellte sie diese Zahlungen ein, weil die Ehefrau des Klägers als Gesellschafterin an einem Konkurrenzunternehmen der Firma P in W , beteiligt war.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger verschiedene Ansprüche geltend gemacht, u.a. auch Karenzentschädigung, die allein Gegenstand des Revisionsverfahrens ist. Er hat vorgetragen, er habe seine Pflicht zur Unterlassung von Konkurrenz-tätigkeit stets erfüllt. Allerdings habe er ursprünglich beabsichtigt, unmittelbar nach seinem Ausscheiden in die neu gegründete Firma P einzutreten. Dies habe er jedoch mit Rücksicht auf den Widerspruch der Beklagten bis zum Ablauf der Karenzzeit verschoben. Seine Ehefrau sei zwar Gesellschafterin des Konkurrenzunternehmens geworden, sie habe jedoch nicht mitgearbeitet, sondern ihre bisherige Berufstätigkeit fortgesetzt. Ihre einzige Unterstützung habe in einer Bürgschaft bestanden, die nicht in Anspruch genommen worden sei. Er selbst habe trotz verschiedener Bemühungen keine zumutbare Arbeit gefunden und deshalb nur Arbeitslosengeld bezogen. Deshalb sei die Beklagte Ziff. 1) nicht berechtigt, die Zahlung von Karenzentschädigung einzustellen. Soweit sie für April 1975 Karenzentschädigung geleistet habe, sei die Berechnung unrichtig. Wäre die "zweite Beteiligung" berücksichtigt worden, auf die er Anspruch habe, hätte sich ein um 570,83 DM höherer Betrag ergeben.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen

1. an ihn 17.570,83 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 4. Juni 1975 zu zahlen (davon 2.829,16 DM als restliche Karenzentschädigung für April und Mai 1975);
2. an ihn für die Dauer der Monate Juni, Juli, August und September 1975 monatlich 2.258,33 DM zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und erwidert, der Kläger habe keinen Anspruch auf Karenzentschädigung, weil er ihr mittelbar Konkurrenz gemacht habe. Seine Ehefrau sei nur zum Schein in die Firma P eingetreten. In Wahrheit fehlten ihr dafür die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen, so daß sie auf den Rat und die Unterstützung ihres Mannes angewiesen



- 4 -

gewesen sei. Auch habe sie nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eine Erlaubnis des zuständigen Landesarbeitsamtes benötigt, die ihr offenbar nur mit Rücksicht auf die berufliche Erfahrung ihres Ehemannes gewährt worden sei. Mit Rücksicht auf seine unterstützende Tätigkeit für die Firma P habe sich der Kläger nicht ernsthaft um eine andere Arbeit bemüht. Er müsse sich deshalb anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterlassen habe (§ 74 c Abs. 1 HGB) und könne auch aus diesem Grunde keine Karenzentschädigung verlangen. Zum mindesten müsse er sich das bezogene Arbeitslosengeld anrechnen lassen. Bei der Berechnung könne er die "zweite Beteiligung" nicht in Ansatz bringen, weil er auf diese keinen Anspruch gehabt habe.

Das Arbeitsgericht hat eine Auskunft des Arbeitsamts D eingeholt und den Inhaber der Firma P, den Zeugen S, vernommen. Die ebenfalls als Zeugin benannte Ehefrau des Klägers hat die Aussage verweigert. Zur Begründung hat sie erklärt: "Wegen Trennung von meinem Ehemann möchte ich nicht aussagen". Durch Teilurteil vom 13. Mai 1976 hat das Arbeitsgericht die Beklagte als Gesamtschuldner zur Zahlung einer Karenzentschädigung in Höhe von 8.375,-- DM verurteilt. Es handelt sich um einen Teilbetrag in der von der Beklagten Ziff. 1) selbst berechneten Höhe von 1.687,50 DM für die Monate Mai bis September 1975.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihren Revisionen wehren sich die Beklagten weiterhin gegen den Karenzentschädigungsanspruch des Klägers, während dieser beantragt, die Revisionen zurückzuweisen.

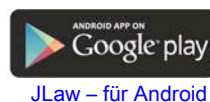
Entscheidungsgründe:

Der Kläger hat Anspruch auf Karenzentschädigung, und zwar zum mindesten in der Höhe, die ihm durch Teilurteil des Arbeitsgerichts vom 13. Mai 1976 zuerkannt wurde.

- 5 -



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



I. In Ziff. 4 des Anstellungsvertrages der Parteien vom 27. Februar 1973 hat sich der Kläger verpflichtet, gegen eine Karenzentschädigung in Höhe von 50 % seiner letzten vertraglicher Vergütung keine Konkurrenztaetigkeit auszuueben. Diese Unterlassungspflicht hat er erfuellt.

1. Die Beklagten nehmen daran Anstoß, daß die Ehefrau des Klägers während der Dauer der Karenzzeit Gesellschafterin eines Konkurrenzunternehmens war. Sie hat unstreitig für die Verpflichtungen der Firma P gehaftet, jedoch nach der eigenen Darstellung der Beklagten keine Tätigkeit für dieses Unternehmen entfaltet. Sie verfügte auch gar nicht über die dafür erforderlichen Kenntnisse. Vielmehr setzte sie ihre eigene Berufstätigkeit als Kontoristin fort. Ihre Beteiligung sollte nur dazu dienen, den für den Kläger vorgesehenen Platz zu besetzen und nach Ablauf der Karenzzeit für diesen freizumachen.

Die Beklagten sehen darin eine "mittelbare Konkurrenztaetigkeit" des Klägers und eine Umgehung des Wettbewerbsverbots. Das ist jedoch nicht ueberzeugend. Die vereinbarte Konkurrenzklausel betraf nur den Kläger selbst. Seine Ehefrau war in ihrer beruflichen und wirtschaftlichen Betätigung frei. Ihre Beteiligung an der Firma P hatte nach der Darstellung des Klägers nur den Zweck, dessen spätere berufliche Tätigkeit vorzubereiten. Seine künftigen Mitgesellschafter sollten die Sicherheit erhalten, daß er in das Konkurrenzunternehmen eintreten werde, sobald er daran nicht mehr durch vertragliche Unterlassungspflichten gehindert war. Eine solche Vertragsgestaltung ist zulässig und sinnvoll.

Eine mittelbare Konkurrenztaetigkeit oder Umgehung des Wettbewerbsverbots wäre mit Hilfe der Ehefrau des Klägers nur erreichbar gewesen, wenn diese über die erforderlichen Kenntnisse verfügt und in der Firma P selbst mitgearbeitet hätte. Das haben die Beklagten aber nicht behauptet. Nach ihrer Darstellung ist die Ehefrau des Klägers geschäftlich nicht in Erscheinung getreten; statt dessen soll der Kläger selbst seinem



künftigen Geschäftspartner, dem Zeugen S , mit Ratschlägen und wertvollen Hinweisen geholfen haben.

2. Eine beratende Tätigkeit, wie sie von den Beklagten behauptet wird, wäre ein Verstoß gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot. Die Beklagten haben jedoch den ihnen obliegenden Beweis nicht führen können.

a) Beide Vorinstanzen haben die Aussage des Zeugen S dahin gewürdigt, daß für eine heimliche Betätigung des Klägers für die Firma P keine Anhaltspunkte erkennbar seien. Der Zeuge habe lediglich bestätigt, was der Kläger ohnehin eingeräumt hatte, daß nämlich seine Ehefrau nicht unternehmerisch gearbeitet hat und nur den Platz für den Kläger freihalten sollte. Das ist nicht zu beanstanden.

Die Ehefrau des Klägers sollte ebenfalls als Zeugin gehört werden. Sie hat jedoch von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 2 ZPO Gebrauch gemacht und dies damit begründet, daß sie sich gerade von ihrem Ehemann getrennt habe und weitere Belastungen vermeiden wolle. Das Landesarbeitsgericht hat die Zeugnisverweigerung gewürdigt und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß sie keine Schlüsse zugunsten der Beklagten zulasse.

b) Die Revision rügt, daß der Zeuge S nicht vom Landesarbeitsgericht noch einmal vernommen wurde. Der Zeuge sei zum Beweis dafür benannt worden, daß der Kläger neben seiner Ehefrau eine gesamtschuldnerische Bürgschaft übernommen habe. Dieser Beweisanspruch sei übergangen worden.

Die Revision übersieht, daß das Landesarbeitsgericht die Aussage des Zeugen S dahin gewürdigt hat, lediglich die Ehefrau des Klägers habe eine Bürgschaft gestellt (S. 17 des angefochtenen Urteils). Die Beweisfrage wurde also nicht vernachlässigt, und eine nochmalige Vernehmung zum gleichen Thema war entbehrlich. Im übrigen kam es auf diese Frage nicht an. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine rein wirtschaftliche Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens als verbotene Konkurrenztaetigkeit in Betracht käme. Jedenfalls hätte die behauptete Bürgschaft im vorliegenden Fall nur dazu gedient, die spätere berufliche Tätigkeit



des Klägers vorzubereiten. Solche Vorbereitungshandlungen können durch Konkurrenzklauseln nicht verboten werden.

c) Die Revision rügt ferner, daß die Aussageverweigerung der Zeugin K nicht richtig gewürdigt worden sei. Die Zeugin habe offensichtlich ihrem Ehemann keine prozessualen Nachteile zufügen wollen; ihre Aussageverweigerung lasse in Verbindung mit den gesamten Umständen nur den Schluß zu, daß eine wahrheitsgemäße Aussage für den Kläger ungünstig gewesen wäre.

Diese Rüge ist unbegründet. Sie zielt nur auf eine andere Beweiswürdigung, ohne anzugeben, welche Umstände vom Landesarbeitsgericht übersehen worden sein sollen. Die Verweigerung des Zeugnisses darf bei der Beweiswürdigung nur mit großer Vorsicht verwertet werden (Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 383 Anm. I 3). Diesen Grundsatz haben beide Vorinstanzen beachtet. Sie konnten nicht ausschließen, daß die Zeugin von ihrem gesetzlichen Zeugnisverweigerungsrecht ohne Rücksicht auf die Beweislage und das Beweisthema Gebrauch gemacht hat. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

d) Schließlich rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe die Beweislast verkannt. Es sei zwar richtig, daß die Beklagten die Wettbewerbsverletzung des Klägers beweisen mußten, für ihre Darstellung spreche jedoch der erste Anschein. Die Beteiligung der Ehefrau des Klägers lasse nach aller Lebenserfahrung auf eine Konkurrenztätigkeit des Klägers schließen. Diesen Schluß müsse der Kläger durch Gegenbeweismittel erschüttern.

Die Rüge der Revision scheitert daran, daß die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises nicht erfüllt sind. Die gesellschaftsrechtliche Bindung der Ehefrau des Klägers legt nicht den Schluß nahe, daß der Kläger selbst für das Konkurrenzunternehmen tätig geworden sein müsse, um seine Ehefrau und den Mitgesellschafter zu unterstützen. Wie bereits ausgeführt wurde, lassen sich die getroffenen Vereinbarungen zwischen dem Kläger, seiner Ehefrau und der Firma P auch als er-



- 8 -

laubte Vorbereitungshandlungen erklären.

II. Der Kläger kann verlangen, daß ihm die Karenzentschädigung ungekürzt ausgezahlt wird. Er muß sich nicht anderweiten Verdienst anrechnen lassen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Kläger nicht böswillig unterlassen hat, seine Arbeitskraft zu nutzen. Er hat sich beim Arbeitsamt als Arbeitsloser gemeldet und auch Arbeitslosengeld bezogen. Das Arbeitsamt konnte ihm keine zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit nachweisen. Das ist inzwischen unstreitig.

Die Revision hält dem entgegen, der Kläger hätte während der sechsmonatigen Karenzzeit eine geringerwertige Tätigkeit übernehmen müssen. Ob eine solche Verpflichtung tatsächlich bestanden hätte, kann dahingestellt bleiben. Die Beklagten haben nämlich in den Vorinstanzen nicht behauptet, daß dem Kläger ein geringerwertiger Arbeitsplatz angeboten worden sei. In der Revisionsinstanz ist dieser neue Vortrag nicht mehr zulässig.

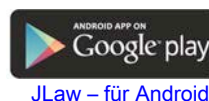
2. Der Kläger muß sich auch nicht das Arbeitslosengeld, das er während der Karenzzeit bezogen hat, auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen. Ob sich die Anrechnungspflicht nach § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB nur auf Arbeitsverdienst bezieht oder auch auf Sozialleistungen erstreckt, ist umstritten (für die Anrechnung: Arbeitsgericht Ludwigshafen, EzA § 74 c HGB Nr. 17 und Schütze, DB 1971, 918; dagegen: Arbeitsgericht Mannheim, DB 1976, 107). Diese Streitfrage kann aber im vorliegenden Fall vernachlässigt werden, weil die Bezüge des Klägers die anrechnungsfreie Grenze nicht übersteigen.

Nach § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB kommt eine Anrechnung von Einkünften während der Karenzzeit nur in Betracht, wenn diese zusammen mit der Karenzentschädigung den Betrag der letzten vertragsmäßigen Leistungen um mehr als 1/10 übersteigen. Im vorliegenden Fall bezog der Kläger nur monatlich 1.375,14 DM Arbeitslosengeld. Dieser Betrag ergibt zusammen mit der Karenzentschädigung geringere Bezüge, als sie der Kläger in den Diensten der Beklagten zuletzt beanspruchen konnte, und zwar gleichgültig, wie man die Umsatzbeteiligung berechnet.

- 9 -



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



3. Die weitere Frage, ob dem Kläger eine "zweite Beteiligung" zustand und auch seine Karenzentschädigung entsprechend erhöht werden muß, ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. Das Arbeitsgericht hat in seinem Teilurteil zunächst nur denjenigen Teil des Anspruchs auf Karenzentschädigung geklärt, der sich aus dem Monatsgehalt und der "ersten Beteiligung" errechnet. Nur hierauf bezog sich auch das Rechtsmittel der Berufung. Deshalb durfte das Landesarbeitsgericht die Kostenentscheidung nicht dem Schlußurteil vorbehalten. Den Beklagten waren die Kosten der Berufung ebenso wie die Kosten der Revision aufzuerlegen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

gez.: Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Dr. Dieterich

Hartmann

Kunze

