

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

Gesetz: HGB § 75 Abs. 1, §§ 75 Abs. 3, 75 a;
 BGB § 626

Leitsätze: Will sich ein Arbeitgeber von einem Wettbewerbsverbot nach § 75 Abs. 1 HGB lossagen oder will er nach § 75 a HGB verzichten, so muß er klar zum Ausdruck bringen, daß er nicht nur selbst keine Karenzentschädigung zahlen, sondern auch den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von dessen Pflichten aus dem Wettbewerbsverbot entbinden will. Wenn insoweit Zweifel bestehen, insbesondere solange sich der Arbeitgeber Rechte aus dem Wettbewerbsverbot vorbehält, liegt noch keine wirksame Erklärung gemäß § 75 Abs. 1 HGB oder § 75 a HGB vor.

Aktenzeichen: 3 AZR 822/76

Urteil des BAG vom 13. April 1978

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 822/76

5 Sa 446/76 Düsseldorf

Verkündet am
13. April 1978

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. April 1978 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Hoechst und Waydelin für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. Juli 1976 - 5 Sa 446/76 - werden zurückgewiesen.

- 2 -



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



2. Die Beklagten tragen die Kosten der Revisionen.

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

Tatbestand:

Die Beklagten betreiben eine Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatersozietät. Der Kläger war bei ihnen vom Mai 1973 bis zum März 1975 als Steuerbevollmächtigter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis richtete sich nach einem Anstellungsvertrag vom 5./6. April 1973, der unter Ziff. 8 und 9 folgende Wettbewerbsregelung enthielt:

- "8) Der Dienstnehmer verpflichtet sich, ohne ~~ausdrückliche Zustimmung~~ des Dienstgebers innerhalb von 2 (zwei) Jahren nach Beendigung des Dienstverhältnisses
- a) keine wirtschaftsprüfende, wirtschafts- oder steuerberatende Tätigkeit in eigener Praxis, als Partner oder als Angestellter eines anderen Berufsangehörigen für solche Auftraggeber auszuüben, die in den letzten 3 (drei) Jahren vor Beendigung des Dienstverhältnisses zur Klientel des Dienstgebers gehörten,
- b) nicht in die Dienste eines Mandanten des Dienstgebers zu treten, der in den letzten 3 (drei) Jahren vor Beendigung des Dienstverhältnisses zur Klientel des Dienstgebers gehörte.
- 9) Bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen der Pos. 8) kann der Dienstgeber entweder Erfüllung oder eine Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,-- DM (in Worten: zwanzigtausend Deutsche Mark) für jeden Fall der Zuwiderhandlung verlangen. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadensersatzanspruches bleibt vorbehalten. Der Dienstgeber verpflichtet sich, für die Dauer des Wettbewerbsverbotes eine Karenzentschädigung gem. § 74 Abs. 1 HGB in Höhe von 50 % der zuletzt bezogenen Vergütung zu zahlen. Im übrigen gelten die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB entsprechend."

- 3 -

Spätere Zusatzverträge änderten an dieser Regelung nichts. Jedoch wurde am 6. Februar 1975 vereinbart, daß das Arbeitsverhältnis einverständlich zu einem noch nicht feststehenden Zeitpunkt zwischen dem 30. März und dem 30. Juni 1975 gelöst und der Endtermin zwei Wochen vorher festgelegt werden solle. Mit Schreiben vom 4. März 1975 teilte der Kläger den Beklagten mit, daß das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 2. April 1975 enden werde; er bat darum, seine dann fällige Karenzentschädigung auf ein bestimmtes Konto zu überweisen. Darauf antworteten die Beklagten mit Schreiben vom 21. März 1975 wie folgt:

"Sehr geehrter Herr S ,

auf Ihr freundliches Schreiben v. 4. März 1975 teilen wir Ihnen höflich mit, daß wir uns an die Vereinbarung über die Karenzentschädigung nicht gebunden halten. In Ihrer Person lagen und liegen erhebliche Anlässe vor, die uns zu einer Auflösung des Dienstverhältnisses veranlaßt haben. Die Vorfälle vom 27. 2. 1975 sind nur symptomatisch; wir werden Ihnen im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung gerne weitere ähnlich liegende Fälle nachweisen. Zu der Vereinbarung vom 6. 2. 1975 ist es nur gekommen, weil Sie uns baten, Ihnen Zeit für Ihre Dispositionen zu lassen. Auf § 75 Abs. 2 HGB, der nach unserer Vereinbarung entsprechend gilt, weisen wir hin. Rein vorsorglich verzichten wir darüberhinaus auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots nach Abschluß des Dienstverhältnisses."

Nachdem der Kläger bereits seinen Resturlaub angetreten hatte und nicht mehr auf seinen Arbeitsplatz zurückkehren sollte, sprachen die Beklagten mit Schreiben vom 26. März 1975 eine fristlose Kündigung aus; gleichzeitig widerriefen sie ihren vorsorglich erklärten Verzicht auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes. Das Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Herr S ,

wie wir soeben erfahren, haben Sie im Spätsommer 1974 ein längeres Telefonat mit Liechtenstein geführt, ohne dies ordnungsgemäß anzuschreiben und abzu-

- 4 -



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



rechnen. Wir nehmen diesen Vorfall zum Anlaß, das mit Ihnen bestehende Dienstverhältnis fristlos zu kündigen. Den wichtigen Grund sehen wir in den Vorfällen vom 27. 2. 1975 und dem vorgenannten Telefonat. Es wurden in der damaligen Zeit auch noch weitere Telefonate geführt, die nicht abgerechnet wurden.

Im Hinblick auf die fristlose Kündigung nehmen wir unseren vorsorglich ausgesprochenen Verzicht auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes nach Abschluß des Dienstverhältnisses zurück und verweisen Sie auf § 75 Abs. 2 HGB. Gleichzeitig bitten wir Sie, uns die Lohnsteuerkarte zurückzusenden, da die fristlose Kündigung eine Neuberechnung Ihrer Bezüge für das Jahr 1975 erforderlich macht."

Der Kläger wehrt sich im vorliegenden Rechtsstreit gegen die fristlose Kündigung und die Verweigerung einer Karenzentschädigung. Er macht geltend, er habe sich bis zu seinem Ausscheiden stets korrekt verhalten. Der Hinweis auf angebliche Vorfälle vom 27. Februar 1975 sei nicht hinreichend substantiiert; außerdem könnten sich die Beklagten auf diese Kündigungsgründe nach § 626 Abs. 2 BGB nicht mehr berufen. Ein privates Telefongespräch mit einem Teilnehmer in Liechtenstein habe er nie geführt. Die Beklagten hätten deshalb keinen Grund, ihm die vertraglich zugesicherte Karenzentschädigung zu verweigern.

Der Kläger hat beantragt,

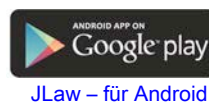
1. festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 26. März 1975 unwirksam ist;
2. festzustellen, daß die in dem Vertrag zwischen den Parteien vom 5./6. April 1973 unter Ziff. 8) und 9) festgelegte Wettbewerbsklausel und die damit verbundene Karenzentschädigung rechtswirksam ist.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und erwidert: Obwohl sie ihre Mitarbeiter wiederholt ermahnt hätten, private Telefongespräche abzurechnen, habe der Kläger ein Ferngespräch



verschwiegen, das er im Spätsommer 1974 mit einem privaten Geschäftspartner in Liechtenstein geführt habe. Im Hinblick auf die Stellung des Klägers sei dieses Verhalten als schwerwiegender Vertrauensbruch zu werten, der eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht habe. Die fristlose Kündigung sei sofort ausgesprochen worden, als der Vorgang am 26. März 1975 bekannt geworden sei. Damit sei nach § 75 Abs. 3 HGB auch die Verpflichtung entfallen, für das vereinbarte Wettbewerbsverbot die zugesicherte Karenzentschädigung zu zahlen. Das müsse selbst dann gelten, wenn die außerordentliche Kündigung wegen des unmittelbar bevorstehenden Vertragsendes unwirksam gewesen sein sollte. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts komme es nämlich nicht darauf an, in welcher Form das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet wurde, entscheidend sei nur, ob ein wichtiger Grund vorgelegen habe, der normalerweise eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte.

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben. Allerdings ist es in seinem Urteilsausspruch von der Fassung des Klageantrags abgewichen, soweit das Wettbewerbsverbot umstritten ist. Es hat angenommen, dem Kläger gehe es in diesem Zusammenhang nur um die Feststellung, daß sein Anspruch auf Karenzentschädigung nicht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erloschen sei; ob der Anspruch über die Dauer eines Jahres hinaus bestanden habe, könne unentschieden bleiben. Gegen dieses Urteil haben nur die Beklagten Berufung eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger klargestellt, daß sein Anspruch auf Karenzentschädigung für die volle Dauer von zwei Jahren festgestellt werden soll. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, den Urteilstenor jedoch dahin neu gefaßt, daß die Beklagten die vereinbarte Karenzentschädigung vom 3. April 1975 bis 2. April 1977 zu zahlen verpflichtet sind. Mit der Revision wehren sich die Beklagten weiterhin gegen das Feststellungsbegehren des Klägers, während dieser beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Das Feststellungsbegehren des Klägers ist begründet.

I. Die fristlose Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 26. März 1975 war unberechtigt.

1. Das Landesarbeitsgericht hat von einer Beweisaufnahme über das behauptete Telefongespräch nach Liechtenstein abgesehen, weil der entsprechende Vortrag der Beklagten - seine Richtigkeit unterstellt - keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB erkennen lasse. Bei der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Interessen sei zu berücksichtigen, daß eine fristlose Kündigung für den Kläger sehr nachteilig wäre, für die Beklagte jedoch keinerlei praktische Bedeutung hätte. Das Arbeitsverhältnis habe ohnehin schon eine Woche später einverständlich enden sollen, und eine Zusammenarbeit sei nicht mehr zu erwarten gewesen, weil der Kläger für die verbleibende Zeit Urlaub genommen hatte.

Diese Begründung ist überzeugend. Nach § 626 Abs. 1 BGB hängt die Annahme eines wichtigen Grundes entscheidend davon ab, wie lange das Arbeitsverhältnis ohne die außerordentliche Kündigung bestanden hätte und welche praktischen Schwierigkeiten zu erwarten gewesen wären. Im vorliegenden Fall hatte die fristlose Kündigung praktisch nur noch den Charakter einer Demonstration. Eine solche Kündigung ist unzulässig.

2. Die Revision wirft dem Landesarbeitsgericht vor, es habe die Rechtsprechung des Zweiten Senats zum einmaligen Spesenbetrag verkannt und bei der Würdigung des Sachverhalts widersprüchlich argumentiert. Diese Rüge geht fehl.

a) Im angefochtenen Urteil werden die von der Revision herangezogenen Entscheidungen zum Spesenbetrag (BAG 9, 263 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB und AP Nr. 49 zu § 626 BGB) ausdrücklich herangezogen. Das Landesarbeitsgericht weist jedoch mit Recht darauf hin, daß diese Entscheidungen Fälle betrafen, die mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sind, weil die Arbeitsverhältnisse nicht kurz vor ihrer Beendigung standen. Im einen Fall war ein Fünfjahresvertrag gerade erst begonnen worden (BAG 9, 263 =



AP Nr. 42 zu § 626 BGB). Auch in der zweiten Entscheidung ging es um eine langfristige Bindung, die zum Eintritt des Arbeitnehmers in die beklagte Gesellschaft führen sollte (AP Nr. 49 zu § 626 BGB).

b) Das Landesarbeitsgericht führt allerdings an einer anderen Stelle des angefochtenen Urteils aus, der gegen den Kläger erhobene Vorwurf sei weniger schwerwiegend als ein Spesenbetrug. Diese Überlegung findet sich aber im Zusammenhang mit der Erörterung eines anderen rechtlichen Problemes, nämlich den Einwänden der Beklagten gegen den Anspruch auf Karenzentschädigung. Sie könnte deshalb im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden. Im übrigen wird sie von der Revision zu Unrecht angegriffen. Es gibt nicht den Spesenbetrug schlechthin. Jeder einzelne Fall muß vom Tatrichter gesondert gewürdigt werden. Wenn das Landesarbeitsgericht dem behaupteten Nichtabrechnen eines Telefongesprächs im vorliegenden Fall besonders wenig Gewicht beimißt, so ist das revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das gleiche gilt für die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, daß die Beklagten dem Kläger nur einen weit zurückliegenden Vorgang anlasten können. Eine Vertragspflichtverletzung erscheint allerdings nicht schon allein deshalb in milderem Licht, weil sie der Arbeitnehmer lange Zeit erfolgreich tarnen konnte. Davon kann aber im vorliegenden Fall keine Rede sein. Nach der Darstellung der Beklagten hatte der Kläger über sein Ferngespräch ganz unbefangen mit seinem Arbeitskollegen gesprochen, der Angelegenheit also selbst kaum Bedeutung beigemessen. Bei dieser Sachlage kann sich der Eindruck aufdrängen, daß der Vorwurf der Beklagten nur dazu dienen soll, den Anspruch auf Karenzentschädigung abzuwehren.

II. Die Beklagten schulden dem Kläger die vertraglich zugesicherte Karenzentschädigung für die Zeit vom 3. April 1975 bis zum 2. April 1977.

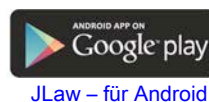


1. Die Beklagten berufen sich in erster Linie auf § 75 Abs. 3 HGB. Nach dieser Vorschrift verlor ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Karenzentschädigung, wenn das Arbeitsverhältnis wegen seines vertragswidrigen Verhaltens beendet wurde; die Pflicht zur Wettbewerbsunterlassung blieb davon unberührt, so daß der Arbeitgeber die Rechte aus dem Wettbewerbsverbot beanspruchen konnte, ohne dafür eine Gegenleistung erbringen zu müssen.

Der Senat hat mit Urteil vom 23. Februar 1977 erkannt, daß § 75 Abs. 3 HGB verfassungswidrig ist. Die Vorschrift verschafft dem Arbeitgeber bei vertragswidrigem Verhalten des Arbeitnehmers eine einschneidende Sanktion, die dem Arbeitnehmer im umgekehrten Fall nicht zur Verfügung steht. Eine so ungleiche Regelung ist willkürlich und verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Für die Einzelheiten kann auf die Entscheidungsgründe des Urteils vom 23. Februar 1977 verwiesen werden, das den Parteien vor der mündlichen Revisionsverhandlung übersandt wurde (AP Nr. 6 zu § 75 HGB, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

2.a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist § 75 Abs. 3 HGB allerdings nicht ersatzlos weggefallen. Vielmehr ist eine Regelungslücke entstanden, die durch analoge Anwendung des § 75 Abs. 1 HGB geschlossen werden muß (aaO unter III der Gründe). Diese Vorschrift sieht vor, daß sich der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats schriftlich von einer Wettbewerbsvereinbarung lossagen kann, wenn der Arbeitgeber durch vertragswidriges Verhalten die außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers veranlaßt. Das gleiche Recht muß auch dem Arbeitgeber im Verhältnis zu einem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer zustehen. Darauf berufen sich die Beklagten im vorliegenden Revisionsverfahren.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob wirklich ein Vertragsbruch des Klägers anzunehmen ist, der eine Lossagung nach § 75 Abs. 1 HGB rechtfertigen könnte. Die Beklagten haben nämlich von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Eine Er-



klärung nach § 75 Abs. 1 HGB verfolgt das Ziel, daß alle beiderseitigen Rechte und Pflichten aus einer Wettbewerbsvereinbarung wegfallen sollen. Will sich ein Arbeitgeber in dieser Weise von der vereinbarten Konkurrenzklausel lossagen, so muß er klar zum Ausdruck bringen, daß er nicht nur selbst keine Karenzentschädigung zahlen, sondern auch den Arbeitnehmer von dessen Unterlassungspflicht entbinden will. Das ist im vorliegenden Fall nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit geschehen.

Mit ihrem Schreiben vom 21. März 1975 haben die Beklagte nur zum Ausdruck gebracht, daß sie sich an die Vereinbarung über die Karenzentschädigung nicht gebunden halten. Zur Begründung haben sie sich auf § 75 Abs. 2 HGB berufen und damit § 75 Abs. 3 HGB gemeint. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang des Schreibens und der späteren Korrespondenz der Parteien und ist zwischen diesen auch unstreitig. Die Besonderheit des § 75 Abs. 3 HGB bestand aber gerade darin, daß der Arbeitnehmer zur Wettbewerbsunterlassung verpflichtet blieb. Deshalb mußte der Kläger annehmen, daß die Beklagten auf der Erfüllung der Unterlassungspflicht weiterhin bestanden.

Die Beklagten haben allerdings in ihrem Schreiben vom 21. März 1975 hinzugefügt, daß sie "rein vorsorglich" auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichten. Dem Schreiben war jedoch nicht zu entnehmen, an welche Fallgestaltung die Beklagten bei dieser vorsorglichen Erklärung dachten. Es lag nahe, daß sie den Kläger nur unter der Voraussetzung freigeben wollten, daß ihnen die Rechte aus § 75 Abs. 3 HGB nicht zustehen sollten. Dahin ging auch der Vortrag der Beklagten in der mündlichen Revisionsverhandlung. Bei dieser Sachlage geriet der Kläger in eine ungewisse Lage. Er konnte der Erklärung nicht entnehmen, ob er in der zweijährigen Karenzzeit Wettbewerb unterlassen mußte oder in seiner beruflichen Entfaltung frei sein sollte. Fünf Tage später wurde er dann mit Schreiben vom 26. März 1975 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Beklagten keinesfalls - auch nicht vorsorglich - auf ihren Unterlassungsanspruch verzichten wollten.



Wenn die Revision heute in den Schreiben vom März 1975 eine Lossagung im Sinne des § 75 Abs. 1 HGB finden will, so versucht sie den Erklärungen der Beklagten nachträglich einen Sinn zu geben, der ihnen ursprünglich nicht zukam. Das muß der Kläger nicht hinnehmen.

3.a) Aus den gleichen Gründen können sich die Beklagten auch nicht auf § 75 a HGB berufen. Nach dieser Vorschrift kann ein Arbeitgeber seine Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung nur dann auf ein Jahr begrenzen, wenn er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes verzichtet. Die Erklärung muß aber deutlich und zweifelsfrei sein und klar zum Ausdruck bringen, daß der Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der vertraglich vereinbarten Unterlassungspflicht frei sein soll. Wenn insoweit für den Arbeitnehmer Zweifel bestehen, insbesondere solange der Arbeitgeber sich Rechte aus dem Wettbewerbsverbot vorbehält, liegt noch kein wirksamer Verzicht vor, der die Begrenzung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers zur Folge hätte (für das vergleichbare Problem bei Kündigungserklärungen vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, § 56 IV, S. 548 ff.).

Im vorliegenden Fall beziehen sich die Beklagten auf ihr Schreiben vom 21. März 1975. Dessen Sinn war aber unklar, wie bereits ausgeführt wurde. Die Beklagten verzichteten nur vorsorglich und beriefen sich in erster Linie auf ihre Rechte aus § 75 Abs.3 HGB. Im übrigen nahmen sie noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihren vorsorglich erklärten Verzicht zurück. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Rücknahme ohne Mitwirkung des Klägers wirksam war, bzw. ob dessen stillschweigende Zustimmung zu unterstellen ist. Jedenfalls führten die beiden Schreiben der Beklagten dazu, daß der Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht davon ausgehen konnte, die Beklagten würden eine Konkurrenztaetigkeit widerspruchslos hinnehmen.



b) Da der Kläger seiner Unterlassungspflicht unstreitig genügt hat, kann er Karenzentschädigung für die volle Dauer der zweijährigen Karenzzeit beanspruchen. Das hat das Landesarbeitsgericht mit Recht festgestellt.

Die Verfahrensrüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils verletzt, ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Feststellungsklage nicht abgewiesen, soweit sie die Entschädigung für das zweite Jahr der Karenzzeit betraf. Das Arbeitsgericht hat lediglich angenommen, der Kläger wünsche nur eine Feststellung seines Anspruchs für das erste Jahr der Karenzzeit. Diese Auslegung des Feststellungsantrages war unzutreffend. Nachdem der Kläger sein wahres Begehren in der mündlichen Berufungsverhandlung klargestellt hatte, mußte das Landesarbeitsgericht über den weitergehenden Antrag entscheiden. Im übrigen wäre sogar eine entsprechende Klageerweiterung noch in der Berufungsinstanz zulässig gewesen (§ 268 Nr. 2, § 523 ZPO a.F.).

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

Hoechst Waydelin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)