

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

Gesetz: HGB § 74, §§ 74 a, 74 c, 75 a, 75 d, 112, 113, 165; BGB § 242 Verwirkung; ZPO § 561 Abs. 2, § 138 Abs. 4

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 3 AZR 88/76

Urteil des BAG vom 19. August 1976

IAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 88/76

4 Sa 59/75 Berlin

Verkündet am
19. August 1976

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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. Wegen teilweiser Rücknahme der Klage sind
Nr. I des Urteils des Arbeitsgerichts Berlin
vom 11. März 1975 - 2 Ca 130/74 - und das
Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

2. Dezember 1975 - 4 Sa 59/75 - insoweit gegenstandslos, wie darin die Beklagte wegen Zahlung von Karenzentschädigung zu einem höheren Betrag als 12.426,36 DM nebst 4 % Zinsen von je 3.106,59 DM seit dem 1. Februar, 1. März, 1. April und 1. Mai 1973 verurteilt worden ist.

2. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 2. Dezember 1975 - 4 Sa 59/75 - wird zurückgewiesen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision; der Kläger hat der Beklagten einen Betrag von 100,-- DM zu erstatten.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten seit der Berufungsinstanz nur noch darüber, ob dem Kläger für die Monate Januar bis April 1973 ein Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung zusteht.

Die Beklagte plante, erstellte und vertrieb sogenannte "Franchise-Einheiten" (Gaststätteneinrichtungen) in Berlin und der Bundesrepublik. Der Kläger war bei ihr zunächst aufgrund eines Anstellungsvertrages vom 2. April 1970 und danach aufgrund eines Vertrages vom 31. Dezember 1970 tätig. Nach dem letztgenannten Vertrag war er als "Geschäftsführer Operations" für den organisatorischen und technischen Aufbau von Franchise-Einheiten, für Entwicklung und Produktgestaltung, Marketing und Werbung zuständig. Er erhielt Gesamtprokura und war dem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten unmittelbar unterstellt. Seine Bezüge beliefen sich ab 1. Januar 1971 auf

- 3 -



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



- 3 -

5.000,-- DM monatlich; dazu hatte er einen PKW zur freien Verfügung und war ihm eine Beteiligung am Reingewinn der Betriebs-KG zugesagt. In § 4 G des Anstellungsvertrages vom 31. Dezember 1970 war folgendes Wettbewerbsverbot vereinbart:

"Während zweier Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses darf Herr L Franchise-Unternehmen jeglicher Art in Berlin weder begründen noch leiten, noch sich direkt oder indirekt an solchen beteiligen. In dieser Zeit darf Herr L auch gegen die Verpflichtung aus § 8 dieses Vertrages (Geheimhaltungspflicht) nicht verstoßen. Für eine etwaige Karenzentschädigung sollen die gesetzlichen Vorschriften des HGB §§ 74 ff gelten."

Ein entsprechendes Wettbewerbsverbot war bereits in dem Verträge vom 2. April 1970 enthalten. In dieser Vereinbarung war auch festgelegt, daß der Kläger Kommanditist mit einem Kommanditanteil von 10 % des gesamten Kapitals an der Betriebs-Kommandit-Gesellschaft beteiligt war, wobei die Einlage von der Beklagten erbracht werden sollte. Im Gesellschaftsvertrag war bestimmt, daß die §§ 112 und 113 HGB für alle Gesellschafter keine Anwendung finden.

Die geschäftlichen Erwartungen der Beklagten erfüllten sich nicht. Sie betätigte sich deshalb auch auf anderen Gebieten. Sie übernahm und betrieb zwei Gaststätten und nahm die Eröffnung einer weiteren in Aussicht. Auch diese geschäftliche Tätigkeit wurde zum Ende des Jahres 1972 eingestellt. Ob und in welchem Umfange die Beklagte nach diesem Zeitpunkt geschäftlich tätig geworden ist, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger hat sein Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. Dezember 1972 gekündigt. Im Januar 1973 stand er der Beklagten noch für einige Abwicklungsarbeiten zur Verfügung. Im Februar 1973 machte er Urlaub, da er 1972 von der Beklagten keinen Urlaub bekommen hatte. Danach war er bis Ende Mai 1973 arbeitsunfähig krank. Nach seiner Behauptung bemühte er

- 4 -



- 4 -

sich dann bei mehreren westdeutschen Brauereien um eine Anstellung als Gastronomieberater und bei der Firma D als Geschäftsführer. Erst ab 1. Dezember 1973 erhielt er einen Arbeitsplatz mit einem Einkommen in Höhe von 3.000,-- DM monatlich.

Mit der am 27. März 1974 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Zahlung der Karenzentschädigung für die Monate Januar bis April 1973 verlangt. Ausgehend von seinen letzten Bezügen, die unstreitig 6.213,18 DM ausmachten, hat er beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
12.660,36 DM nebst 4 % Zinsen ab jeweiliger
Fälligkeit der Karenzentschädigung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, das Wettbewerbsverbot sei deshalb gegenstandslos gewesen, weil dem Kläger als Kommanditisten eine unbeschränkte Betätigung im Geschäftsbereich der Beklagten gestattet gewesen sei. Darüber hinaus sei das geschäftliche Interesse der Beklagten an dem Wettbewerbsverbot entfallen, da sie sich seit dem Ausscheiden des Klägers als Franchise-Unternehmen nicht mehr betätigt habe. Das sei auch dem Kläger bekannt gewesen. Ferner hat die Beklagte behauptet, der Kläger habe sich nicht an das Wettbewerbsverbot gehalten. Er habe am 23. Juli 1973 bei einem Besuch in den Geschäftsräumen der Beklagten Visitenkarten hinterlassen, die ihn als Franchising-Vertreter auswiesen, und dabei erklärt, er sei wieder als solcher tätig. Die Beklagte hat mit Nichtwissen bestritten, daß der Kläger im Anspruchszeitraum keine eigenen Einnahmen erzielt habe. Jedenfalls müsse er sich enthalten lassen, daß er es böswillig unterlassen habe, Einkünfte zu erwerben. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß er schon im März 1972 die Kündigung ausgesprochen habe. Schließlich hat die Beklagte dem Klagebegehren den Einwand der Verwirkung entgegengehalten. Der Kläger sei mit seinen Ansprüchen erstmals 14 Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hervorgetreten. Die Beklagte sei, auch unter

- 5 -



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



- 5 -

Berücksichtigung der sonstigen Umstände, davon ausgegangen, daß der Kläger keine Karenzentschädigung verlangen werde.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landesarbeitsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß die Wettbewerbsvereinbarung wirksam zustandegekommen und für die Beklagte verbindlich geblieben ist.

1. In der im Anstellungsvertrag schriftlich niedergelegten Wettbewerbsvereinbarung heißt es, für eine etwaige Karenzentschädigung sollten die gesetzlichen Vorschriften der §§ 74 ff. HGB gelten. Darin liegt eine ausreichend deutliche Erklärung darüber, daß die Beklagte sich verpflichtete, Karenzentschädigung zu zahlen, die ihrer Höhe nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB folgen sollte. Eine nähere Festlegung der Karenzentschädigung war nicht erforderlich (BAG AP Nr. 35 zu § 74 HGB [zu 1 d der Gründe] mit weiteren Nachweisen).

2. Die Verbindlichkeit des Wettbewerbsverbots war nicht deshalb fraglich, weil der Kläger auch Kommanditist der Beklagten war und nach dem Gesellschaftsvertrag die Wettbewerbsbeschränkungen der §§ 112, 113 HGB nicht gelten sollten. Diese gesellschaftsrechtliche Regelung berührte die Rechtsstellung des Klägers ohnehin nicht, weil nach § 165 HGB für Kommanditisten die §§ 112, 113 HGB nicht gelten. Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht aber auch mit Recht ausgeführt, daß die Arbeitnehmerstellung des Klägers von seiner Beteiligung als Kommanditist zu unterscheiden war und eine andere Regelung der Konkurrenzmöglichkeit gebieten konnte. Schließlich ist darauf zu verweisen, daß das Wettbewerbsverbot in dem Anstellungsvertrag vom 31. Dezember 1970 trotz der vorangegangenen gesellschaftsrechtlichen Absprachen wiederholt wurde.

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

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3. Ihrer Verpflichtung, Karenzentschädigung zu gewähren, will die Beklagte vor allem mit dem Hinweis darauf entgegen, daß sie an der Wettbewerbsabrede kein geschäftliches Interesse mehr gehabt habe. Sie habe mit dem Ausscheiden des Klägers ihre geschäftliche Betätigung aufgegeben, deren Schutz das Wettbewerbsverbot dienen sollte. Dem Kläger sei das bekannt gewesen. Nach § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB sei das Wettbewerbsverbot daher unverbindlich gewesen; mindestens verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger unter den gegebenen Verhältnissen Karenzentschädigung beanspruche.

Das Landesarbeitsgericht hat diesen Einwand zu Recht nicht durchgreifen lassen. Der Senat hat bereits wiederholt darauf hingewiesen, daß § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB allein den Angestellten schützt. Nur der Angestellte, nicht aber der Arbeitgeber kann sich darauf berufen, es fehle ein berechtigtes geschäftliches Interesse an dem vereinbarten Wettbewerbsverbot. Das ergibt sich aus § 75 d HGB. Wenn der Arbeitgeber an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots nicht mehr interessiert ist, kann er eine einverständliche Aufhebung anstreben oder einseitig vor Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 75 a HGB verzichten. Versäumt er es, auf einem dieser Wege das Wettbewerbsverbot zu beseitigen, so bleibt er auch dann gebunden, wenn sein geschäftliches Interesse weggefallen ist (BAG 20, 162 [170] = AP Nr. 21 zu § 74 HGB [zu IV 2 der Gründe]; AP Nr. 3 zu § 74 a HGB [zu 2 und 3 der Gründe]).

Diese aus dem Schutzzweck der Wettbewerbsbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer sich ergebende Folge läßt sich nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beseitigen. Das Landesarbeitsgericht hat unterstellt, der Kläger habe bei seinem Ausscheiden gewußt, daß die Beklagte damals ihre geschäftliche Betätigung eingestellt hatte. Daraus war für ihn aber nicht erkennbar, welche Einstellung die Beklagte zu dem Wettbewerbsverbot hatte. Solange sie nicht durch eine vertragliche Aufhebung des Wettbewerbsverbots oder durch



einen Verzicht nach § 75 a HGB dem Kläger die Gewißheit verschafft hat, daß sie ihn in seiner beruflichen Betätigung nicht mehr einschränken wollte, durfte und mußte der Kläger sich darauf einstellen, die Beklagte werde ihn an der Vereinbarung festhalten.

II. Der Kläger kann die nach der Wettbewerbsvereinbarung zugesagte Karenzentschädigung auch dem Grunde und der Höhe nach beanspruchen.

1. Die Karenzentschädigung wird als Gegenleistung dafür geschuldet, daß der Angestellte in dem durch das Wettbewerbsverbot abgegrenzten Bereich seinem früheren Arbeitgeber keine Konkurrenz macht. Für die Zeit von Januar bis April 1973, für die der Kläger Karenzentschädigung fordert, hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß er keine Konkurrenztaetigkeit ausgeübt hat. Gegen diese Feststellung hat die Revision keine Verfahrensrüge erhoben, so daß der Senat daran gebunden ist (§ 561 Abs. 2 ZPO).

2. Gegen den Anspruch auf Karenzentschädigung hat die Beklagte sich weiter mit dem Einwand gewehrt, der Kläger habe ihr gar keine Konkurrenz machen können, deshalb brauche sie die Gegenleistung nicht zu gewähren. Hierzu hat die Beklagte wiederum angeführt, sie selbst sei auf dem für den Kläger gesperrten Gebiet nicht mehr tätig geworden. Zum anderen sei der Kläger in den Monaten März und April durch Krankheit gehindert gewesen, konkurrierend tätig zu werden.

Zu dem erstgenannten Umstand gilt das gleiche, was vorstehend zu dem Wegfall des geschäftlichen Interesses zu bemerken war: Der Arbeitgeber kann sich von der Entschädigungspflicht nicht dadurch lösen, daß er behauptet, sein geschäftliches Interesse an dem Wettbewerbsverbot sei entfallen. Der Senat hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß es, abgesehen von dem in § 74 c Abs. 1 Satz 3 HGB angeführten Umstand nicht darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer objektiv in der Lage war, eine Konkurrenztaetigkeit auszuüben (vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 74 c HGB [zu 1 der Gründe] und zuletzt für den

Fall einer Erkrankung Urteil vom 13. November 1975
- 3 AZR 38/75 - [demnächst] AP Nr. 7 zu § 74 c HGB
[zu II der Gründe] jeweils mit weiteren Nachweisen). Deshalb entfällt der Anspruch auf Karenzentschädigung nicht für Zeiten, in denen der Kläger arbeitsunfähig krank war.

3. Der Anspruch des Klägers auf Karenzentschädigung mindert sich für den geltend gemachten Zeitraum nicht um anderweitigen Verdienst, den er erzielt hat oder zu erzielen böswillig unterlassen hat (§ 74 c HGB).

a) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Kläger von Januar bis April 1973 kein Einkommen erzielt hat. Hiergegen hat die Revision keine Verfahrensrüge erhoben, so daß diese Feststellung für den Senat bindend ist (§ 561 Abs. 2 ZPO).

b) Zu der Frage, ob der Kläger es böswillig unterlassen hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen, hat das Landesarbeitsgericht angenommen, der Beklagten habe die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen obzulegen, aus denen sich ergeben konnte, daß der Kläger einen anderweitigen Verdienst böswillig unterlassen habe. Zwar könne der Beweis des ersten Anscheins zugunsten des Arbeitgebers sprechen, wenn eine auffällige Verdienstminderung vorliege oder der Ausfall jeglichen Verdienstes nicht einsichtig sei. Die gegebenen Umstände rechtfertigten es jedoch nicht, von einem Anscheinsbeweis zugunsten der Beklagten auszugehen.

Diese vom Landesarbeitsgericht angewandten Grundsätze stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 19, 194 [205 f.] = AP Nr. 1 zu § 74 c HGB [zu 6 b und c der Gründe]; AP Nr. 35 zu § 74 HGB [zu 3 der Gründe]). Soweit das Berufungsgericht den Beweis des ersten Anscheins dafür, daß der Kläger anderweitigen Verdienst böswillig unterlassen habe, als erschüttert angesehen hat, ist diese Würdigung nicht zu beanstanden. Die Revision



- 9 -

übersieht, daß das Landesarbeitsgericht damit noch nicht festgestellt hat, der Kläger habe es nicht böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Aus seinen Erwägungen folgt nur, daß die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß der Kläger bei gehörigen Bemühungen einen anderen Arbeitsplatz habe finden können, bei der Beklagten verblieben ist. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht weiter festgestellt, daß die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht genügt habe. Nur in diesem Zusammenhang hat das Landesarbeitsgericht auch ausgeführt, die Beklagte habe den Vortrag des Klägers nicht mit "Nichtwissen" bestreiten dürfen. Deshalb geht die von der Revision erhobene Rüge fehl, das Berufungsgericht habe § 138 Abs. 4 ZPO verletzt.

4. Die Beklagte hat schließlich noch geltend gemacht, der Kläger habe den Anspruch verwirkt, weil er erst im März 1974 mit ihm hervorgetreten sei. Das angefochtene Urteil hat sich mit diesem Einwand nicht auseinandergesetzt. Das erfordert jedoch keine Aufhebung und Zurückverweisung. Schon aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten ergibt sich, daß keine Verwirkung vorliegt.

Es fehlt schon daran, daß der Kläger seinen Anspruch verzögerlich geltend gemacht habe. Die Wettbewerbsvereinbarung begründete für die Dauer von zwei Jahren dem Grunde nach den Anspruch auf Karenzentschädigung. Nach Ablauf eines Jahres hat der Kläger für die ersten vier Monate den Anspruch erhoben. Bedenkt man, daß die Karenzentschädigung jeweils davon abhängt, ob während der Dauer des Wettbewerbsverbots anderweitige Einnahmen erzielt werden können, so braucht in der Regel nicht schon mit der jeweiligen Fälligkeit jeder monatliche Anspruch erhoben zu werden. Für eine Verwirkung fehlt es ferner daran, daß die Beklagte sich aufgrund des Verhaltens des Klägers darauf eingestellt hat, sie brauche mit Karenzentschädigungsansprüchen nicht mehr zu rechnen. Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe mit Aufgabe ihrer werbenden Tätigkeit keine Mittel zurückbehalten oder angesammelt, um die Ansprüche des Klägers zu

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

befriedigen. Sie hat also wegen ihrer irrigen Auffassung über die Geltung des Wettbewerbsverbots angenommen, dem Kläger stünden Ansprüche nicht zu. Daraus folgt, daß nicht ein verzögerliches Verhalten des Klägers bei ihr die Vorstellung geweckt hat, sie werde wegen der Karenzentschädigung nicht mehr in Anspruch genommen werden.

III. Die Revision der Beklagten erweist sich damit als unbegründet. Die Beklagte hat daher die Kosten der Revision zu tragen. Da der Kläger seine Klage wegen eines Betrages von 234,-- DM zurückgenommen hat, muß er einen Teil der Kosten des Rechtsstreits tragen (§ 271 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Der Senat hielt es in entsprechender Anwendung von § 92 ZPO für sachgerecht, dem Kläger insoweit aufzugeben, der Beklagten einen bestimmten Betrag zu erstatten.

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

Dr. Krems Matthiessen



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

