

Aktenzeichen: 3 AZR 928/77

LAG München Urteil des BAG vom 24. April 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: HGB § 74, § 74 c; BGB § 242 Auskunftspflicht; ZPO
§ 445 Abs. 2, §§ 286, 561

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 928/77

4 Sa 870/73 München

Verkündet am
24. April 1980

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. April 1980 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Jahnz und Hartmann für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 17. August 1977 - 4 Sa 870/73 - wird zurückgewiesen.
2. Die Erstattungsklage der Beklagten wird abgewiesen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

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:

Der Kläger war bis zum 31. Dezember 1972 mehr als 32 Jahre bei der Beklagten beschäftigt, die ein über ganz Bayern verbreitetes Steuerberatungsunternehmen betreibt. Zuletzt leitete er das Büro in Regensburg; sein Bruttogehalt betrug 2.850,-- DM.

Die Parteien hatten in § 13 des Anstellungsvertrages vom 20. Dezember 1963 ein zweijähriges Wettbewerbsverbot vereinbart. Darin verpflichtete sich der Kläger, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Mandanten der Beklagten unmittelbar oder mittelbar nur mit deren Zustimmung tätig zu werden. Die Beklagte hatte dafür eine Karenzentschädigung in Höhe der Hälfte der zuletzt gewährten Bezüge zu zahlen.

Am 1. Januar 1973 trat der Kläger als selbständiger Steuerberater in eine Bürogemeinschaft mit dem Steuerbevollmächtigten D ein. Vom 1. August 1973 bis zum 28. Februar 1974 war er wegen eines Verkehrsunfalles arbeitsunfähig krank. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger die Karenzentschädigung für das zweijährige Wettbewerbsverbot. Er hat behauptet, er habe das Wettbewerbsverbot beachtet. Das nach § 74 c HGB anzurechnende Einkommen mindere die Karenzentschädigung nicht. Insoweit hat der Kläger auf seine Einkommenssteuerbescheide von 1973 und 1974 verwiesen, die beide mit einem Minus-Einkommen abschließen. Er hat seine Umsatzsteuererklärung für 1973 sowie eine Geschäftsbilanz für die Jahre 1973 und 1974 vorgelegt. Dazu hat er erläutert, er habe alle in den Jahren 1973 und 1974 erarbeiteten Honorare berücksichtigt, auch wenn sie noch nicht ausgezahlt gewesen seien. Wenn er gewisse, steuerlich zulässige Absetzungen gegenüber der Beklagten nicht in Ansatz bringe, verbleibe für den Zweijahreszeitraum insgesamt ein Gewinn von 39.261,04 DM, der zu einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von 1.635,38 DM führe.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger die Karenzentschädigung für Januar und Februar 1973 in Höhe von 2.439,60 DM eingeklagt,

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

im Berufungsverfahren hat er die Entschädigung für die gesamte Karenzzeit in Höhe von 34.200,-- DM verlangt und zuletzt beantragt,

die Beklagte über den bereits zugesprochenen Betrag von 2.439,60 DM hinaus zur Zahlung von weiteren 31.760,40 DM nebst gestaffelten Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Kläger habe mehrfach gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen. Ferner hat die Beklagte sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, weil der Kläger seine anzurechnenden Einkünfte falsch berechnet und nur mangelhaft belegt habe. Die vorgelegten Unterlagen reichten für eine Überprüfung nicht aus; der Kläger müsse weitere Angaben, insbesondere über die vereinnahmten Honorare und seine Kunden machen. Dem Gewinn des Klägers hinzurechnen sei ein in den Jahren 1973/1974 erarbeiteter Praxiswert von 40.000,-- DM und ein an ihn gezahltes Krankengeld.

Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, der Kläger habe böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen. Da er beim Aufbau seiner Praxis nicht vollbeschäftigt gewesen sein könne, sei ihm eine Mitarbeit bei anderen Kollegen zumutbar gewesen. In einem Angestelltenverhältnis hätte er 4.000,-- DM pro Monat erzielen können.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und dem weitergehenden Antrag des Klägers entsprochen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Sie verlangt ferner einen Betrag von 48.356,01 DM, den sie geleistet hat, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden.

Entscheidungsgründe:

Dem Kläger steht aufgrund der Vereinbarung in § 13 des Anstellungsvertrages vom 20. Dezember 1963 Karenzentschädigung in der begehrten Höhe zu.

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

I. Das Landesarbeitsgericht hat nicht als erwiesen angesehen, daß der Kläger gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen hat. Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen der Beklagten greifen nicht durch. Deshalb ist der Senat an die Feststellung des Landesarbeitsgerichts gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO).

1. a) Die Beklagte hat beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe § 286 ZPO verletzt, weil es nicht den von ihr als Partei benannten Kläger vernommen habe. Diesem Beweisangebot brauchte und durfte das Berufungsgericht jedoch nicht nachkommen. Nach § 445 Abs. 2 ZPO ist ein Antrag auf Parteivernehmung nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet. Dies entspricht dem Grundgedanken, daß die Parteienvernehmung nur ein subsidiäres Beweismittel ist.

Das Landesarbeitsgericht hat nach der Vernehmung der von der Beklagten für die Wettbewerbsverletzung benannten Zeugen für erwiesen angesehen, daß der Kläger die Wettbewerbsvereinbarung eingehalten hat. Das ergibt sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils. Dann durfte es den Kläger nicht mehr zu der von der Beklagten aufrechterhaltenen gegenteiligen Behauptung vernehmen.

b) Soweit die Beklagte im übrigen geltend gemacht hat, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß der Kläger das Wettbewerbsverbot beachtet habe, hat der Senat die Rüge geprüft, jedoch nicht für begründet angesehen. Von einer näheren Darlegung der Erwägungen insoweit wird gemäß § 565 a ZPO abgesehen.

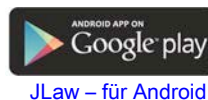
2. Soweit der Kläger die Mandantin H betreut hat, kommt ein Wettbewerbsverstoß nicht in Betracht. Frau H ist zu keiner Zeit Mandantin der Beklagten gewesen.

II. Da der Kläger das Wettbewerbsverbot beachtet hatte, steht ihm die zugesagte Karenzentschädigung zu. Diesem Anspruch gegen-

- 5 -



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



- 5 -

über steht der Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht zu (vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 74 c HGB [zu 2 der Gründe]). Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht ausgeführt, der Kläger habe die für die Berechnung des Anspruchs erforderlichen Auskünfte so erteilt, wie die Beklagte dies nach Treu und Glauben erwarten durfte. Insoweit geht die Beklagte insbesondere dadurch über die ihr zuzubilligenden schutzwerten Belange hinaus, wie sie zu erfahren wünscht, für welche Mandanten der Kläger gearbeitet hat.

Der sonach gegebene Anspruch auf Karenzentschädigung ist auch in der vom Kläger verfolgten Höhe gerechtfertigt.

1. Für eine Anrechnung anderweitigen Erwerbs nach § 74 c HGB kommt nur in Betracht, was der Kläger in der Karenzzeit tatsächlich verdient hat. Die Beklagte kann ihm nicht vorhalten, er habe anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen, weil er sich selbständig gemacht und nicht eine abhängige Tätigkeit aufgenommen hat, in der er u.U. mehr verdienen konnte. Der Kläger, der durch die Wettbewerbsvereinbarung in seiner beruflichen Entfaltung nicht frei war, durfte auch den Weg zu einer freiberuflichen Tätigkeit wählen. Er brauchte nicht die Interessen der Beklagten dadurch besonders zu beachten, daß er eine mit einem höheren Verdienst versehene abhängige Beschäftigung aufnahm. Dies hat der Senat bereits früher für Rechtens angesehen (BAG AP Nr. 7 zu § 74 c HGB [zu IV 1 der Gründe]). Hieran ist festzuhalten.

2. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der Auskünfte des Klägers und der von ihm eingereichten Steuerbescheide festgestellt, daß der Kläger in der Karenzzeit 39.261,04 DM, das sind monatlich 1.635,38 DM, verdient hat. Dieser Verdienst übersteigt zusammen mit der Karenzentschädigung nicht die in § 74 c HGB genannte Obergrenze, so daß die Karenzentschädigung dem Kläger ungekürzt zusteht.

Die Angriffe der Revision gegen diese Feststellung, die im wesentlichen darauf abzielen, daß verschiedene Posten im Bereich der Gewinn- und Verlustrechnung anders zu bewerten seien,

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

sind unbegründet. Es spricht nichts dafür, daß der Kläger Einkünfte verschwiegen oder nicht gerechtfertigte Ausgaben angeführt hat. Im Rahmen der steuerrechtlich zulässigen Absetzungen hat sich für die Karenzzeit sogar ein Minuseinkommen ergeben, wie die Steuerbescheide ausweisen. Der Kläger hat jedoch durch Hinweis auf seine Gewinn- und Verlustrechnung verschiedene ertragsmindernde Posten der Beklagten nicht entgegengehalten. Der Beklagten ist es verwehrt, darüber hinaus ihre subjektiven Wertungen an die Stelle derjenigen zu setzen, die der Kläger - legitim - vorgenommen hat. Der Arbeitgeber, der Karenzentschädigung schuldet, ist nicht in die einzelnen Geschäfte des Unternehmens des Angestellten mit einbezogen (vgl. dazu Moritz, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 74 c HGB [zu 4]). Ungereimtheiten, die zu einer Verfälschung der Einnahmen des Klägers führen, hat die Beklagte nicht aufgezeigt.

3. Soweit die Beklagte die Zinshöhe angreift, hat ihre Revision ebenfalls keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die vom Kläger vorgelegte Bescheinigung als ausreichend angesehen, um die Zinshöhe zu belegen. Gegen diese Feststellung hat die Revision eine Verfahrensrüge nicht erhoben, so daß der Senat insoweit gebunden ist.

Das Landesarbeitsgericht hat auch den Zeitpunkt der Fälligkeit und damit den Verzugsbeginn zutreffend beurteilt. Der Kläger hat während der Karenzzeit jeweils erklärt, sein Verdienst liege nicht über 1.700,-- DM. Mehr konnte er wegen seiner selbständigen Tätigkeit bis zum Vorliegen des Jahresergebnisses für 1973 an Auskünften nicht erteilen. Das Jahresergebnis für 1973 hat er am 25. Januar 1974 mitgeteilt. Danach ergab sich keine Überzahlung für das Jahr 1973. Unter diesen Umständen jedenfalls mußte die Beklagte auch die laufenden Leistungen für das Jahr 1974 erbringen und durfte sie diese nicht zurückhalten, bis das Ergebnis des Jahres 1974 vorlag.

III. Der Beklagten steht ein Anspruch auf Vertragsstrafe, mit dem sie gegen den Anspruch auf Karenzentschädigung aufrechnen könnte,

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

