

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

Gesetz: HGB § 75 Abs. 3, §§ 70, 71; BGB §§ 242 Unzulässige
Rechtsausübung, Verwirkung, 611 Konkurrenzklausel;
ZPO §§ 402, 529, 272 b Abs. 2 Nr. 5, § 717 Abs. 3

Leitsätze:

1. Der Anspruch des Handlungsgehilfen auf Zahlung einer Karenzentschädigung entfällt nach § 75 Abs. 3 HGB nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen einer schwerwiegenden und verschuldeten Vertragsverletzung des Angestellten fristlos kündigt, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber auf die Verfehlungen des Arbeitnehmers statt mit einer fristlosen Kündigung mit einer befristeten Kündigung oder mit dem Betreiben der einverständlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses reagiert.
2. Werden einem Arbeitgeber schwerwiegende Verfehlungen des Handlungsgehilfen erst kurz vor dem Ende oder erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bekannt, so kann er auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses binnen angemessener Frist durch eine entsprechende Erklärung seine Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB be-
seitigen.

Aktenzeichen: 5 AZR 496/62

Urteil des BAG vom 2. Dezember 1963

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5. ABR 113/62

2 Sa 113/62 Hamburg

Urteilstenor zugestellt
am 2. Dezember 1963

gez. Weinrich,

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

162

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

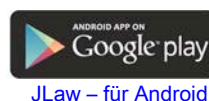
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 28. November 1963 durch den Senatspräsidenten Professor Dr.Dr.Boldt, die Bundesrichter Dr. Stumpf und Dr. Auffarth sowie die Bundesarbeitsrichter Rüglin und Seiler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 25. Oktober 1962 - 2 Sa 113/62 - aufgehoben.
2. Der Kläger wird verurteilt, der Beklagten gemäß § 717 Abs. 3 ZPO den Betrag von 5.404,59 DM zurückzuzahlen. Der weitergehende Rückzahlungsantrag der Beklagten wird abgewiesen.
3. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Erste Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

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 -

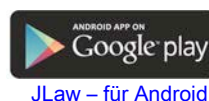
Tatbestand:

1. a) Der Kläger war ursprünglich als selbständiger Ingenieur tätig. Er trat am 4. März 1959 in die Dienste der Beklagten, die sog. "e -Apparate" herstellt. Zu seinen Pflichten gehörte nach § 1 des schriftlichen Anstellungsvertrages vom 11. März 1959 die Konstruktion, Entwicklung und Verbesserung neuer Anlagen, die Überwachung der Fertigung und die Überführung seiner eigenen Kunden auf die Beklagte. Als Vergütung erhielt er monatlich 850,-- DM Gehalt sowie aus bestimmten Geschäften eine gestaffelte Provision, deren Höhe ihm mit 400,-- DM monatlich garantiert war. Im Jahre 1960 hatte er einen durchschnittlichen Monatsverdienst von 1.266,38 DM.
- b) In der Anlage 1 zu dem Anstellungsvertrag vom 11. März 1959 war außerdem zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Darin verpflichtete sich der Kläger, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder als Arbeitnehmer noch in selbständiger Arbeit oder in anderer Weise in der Bundesrepublik - direkt oder indirekt - für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein oder an Geschäften dieser Branche mitzuwirken; insbesondere verpflichtete er sich darin, weder Ölfeuerungsanlagen noch Luftheizaggregate anzubieten, zu verkaufen, zu vermitteln oder zu montieren. Ausgenommen waren Spänetransportanlagen und Ventilatorbau. Die Beklagte verpflichtete sich, dem Kläger für die Dauer des Wettbewerbsverbotes die Hälfte der bisherigen Bezüge, mindestens aber 1.500,-- DM pro Jahr zu zahlen. Der Kläger sollte verpflichtet sein, sich auf diese Karenzentschädigung das anrechnen zu lassen, was er anderweitig verdiente oder zu verdienen böswillig unterließ, sofern sein Verdienst und die Entschädigung zusammengerechnet mindestens um 1/10 sein bisher bezogenes Arbeitsentgelt überstiegen. Der Kläger hatte über seinen Verdienst Rechnung zu legen. Es war eine Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung des Klägers gegen das Wettbewerbsverbot vorgesehen. Auf das Wettbewerbsverbot sollten die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB entsprechende Anwendung finden.

3 -



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



c) Der Anstellungsvertrag vom 11. März 1959 bestimmte in § 7 außerdem noch folgendes:

- "(1) Unrichtigkeiten in der Gehaltsabrechnung sind unverzüglich geltend zu machen, spätestens jedoch innerhalb eines Monats.
- (2) Unstimmigkeiten zwischen Abrechnungsbetrag und aus-gezahlter Gehaltssumme können nur sofort bei Aus-zahlung geltend gemacht werden. Ansprüche auf Be-zahlung von Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsar-beit sowie auf Zuschläge aller Art müssen spätestens vier Wochen nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes, für den sie hätten abgerechnet werden müssen, schrift-lich geltend gemacht werden.
- (3) Alle anderen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis müssen spätestens drei Monate nach Fälligkeit gel-tend gemacht werden.
- (4) Im Falle des Ausscheidens sind alle Ansprüche aus dem Dienstverhältnis spätestens vier Wochen nach dem Ausscheiden schriftlich geltend zu machen.
- (5) Nach Ablauf der vorstehenden Fristen sind die An-sprüche verwirkt."

§ 13 des Anstellungsvertrages lautete:

"Im übrigen gelten die Bestimmungen des Rahmen- und Ge-haltstarifvertrages für den Hamburger Groß- und Außen-handel nebst den ergänzenden Gesamtvereinbarungen, insbesondere Kurzarbeits- und Verfallklausel, von welchen der Angestellte Kenntnis genommen hat. Die Bestimmungen der Arbeitsordnung der Firma vom 10. September 1957 sind Bestandteil des Dienstvertrages.... "

Ausweislich des § 14 des ab 1. Januar 1957 in Kraft getretenen Rahmentarifvertrages zwischen dem Arbeitgeberverband des Groß- und Außenhandels Hamburg e.V. einerseits und der DAG, Landes-verband Hamburg, und der Gewerkschaft Handel, Banken und Ver-sicherungen, Ortsverwaltung Hamburg, andererseits, vom 27. Mai 1957 galt zu jener Zeit ein besonderer Tarifvertrag über Verfallklauseln zwischen denselben Tarifvertragsparteien vom 5. November 1954. Dieser lautete wie folgt:

"Verfallklausel

1. Unrichtigkeiten in der Abrechnung sind unverzüglich geltend zu machen, spätestens jedoch innerhalb der zu Ziff. 3 vorgesehenen Frist.

- 4 -

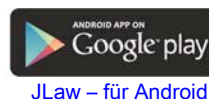
- Unstimmigkeiten zwischen Abrechnungsbetrag und aus-
gezahlter Gehalts- oder Lohnsumme können nur sofort
bei Auszahlung geltend gemacht werden.
2. Ansprüche auf Bezahlung von Mehr-, Nacht-, Sonn- und
Feiertagsarbeit sowie auf Zuschläge aller Art müssen
spätestens 4 Wochen nach Ablauf des Gehalts- oder
Lohnabrechnungszeitraumes, für den sie hätten abge-
rechnet werden müssen, schriftlich geltend gemacht wer-
den.
 3. Alle anderen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müs-
sen spätestens 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich
geltend gemacht werden.
 4. Scheidet ein Arbeitnehmer aus dem Betriebe aus, so
sind alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis späte-
stens 4 Wochen nach dem Ausscheiden schriftlich geltend
zu machen.
 5. Nach Ablauf der Fristen zu 2 - 4 gelten die Ansprüche
als verwirkt, es sei denn, daß die Ziff. 6 - 7 Anwen-
dung finden.
 6. Die Verwirkung tritt nur ein, wenn
 - a) die Rahmen- und Gehalts- bzw. Lohn-Tarifver-
träge im Betrieb an geeigneter Stelle zur Ein-
sicht für die Arbeitnehmer ausliegen.
 - b) die nach dem 1.10.1954 eingestellten Arbeitnehmer
auf die in diesem Vertrag vereinbarte Verfall-
klausel schriftlich hingewiesen wurden.
 7. Für nach dem 1.10.1954 neu eingestellte Arbeitnehmer
tritt die Verwirkung von Ansprüchen auf das Tarifgehalt
nach Ziff. 3 dieser Verfallklausel nur ein, wenn dem
Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag schriftlich die jeweili-
ge Eingruppierung nach dem Gruppenplan des § 5 Ziff. ...
des Rahmentarifvertrages zugeteilt worden ist. ..."

2. a) Mit Schreiben vom 8. November 1960 bat der Kläger die
Beklagte um eine Erhöhung seiner Bezüge. Für den Fall, daß
seinen Wunsche nicht entsprochen werde, kündigte er in dem-
selben Schreiben sein Arbeitsverhältnis fristgerecht zum
31. Dezember 1960. Die Beklagte lehnte die vom Kläger erbetene
Erhöhung der Bezüge ab. Sie teilte dem Kläger mit Schreiben
vom 6. Januar 1961 mit, sie habe am 4. Januar 1961 davon Kennt-
nis erhalten, daß der Kläger mindestens seit dem 10. November
1960 versucht habe, den für die Beklagte tätigen Vertreter
G abzuwerben und mit ihm ein Konkurrenzunternehmen auf-
zuziehen; ferner habe sie erst jetzt von geschäftsschädigenden
Äußerungen des Klägers über die Beklagte sowie weiter davon

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erfahren, daß der Kläger, zusammen mit dem Konstrukteur S, ihr Konstruktionen vorenthalten habe, die er während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten entwickelt habe und deshalb der Beklagten habe zur Verfügung stellen müssen. Deshalb verlange sie, so gestellt zu werden, wie sie gestanden hätte, wenn sie dem Kläger wegen der ihm jetzt vorgeworfenen Verfehlungen schon vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses fristlos gekündigt hätte. Daher brauche sie die vereinbarte Karenzentschädigung dem Kläger nicht zu zahlen, der aber seinerseits verpflichtet sei, sich an das vereinbarte Wettbewerbsverbot zu halten.

b) Die Beklagte bewirkte auf Grund eines Antrages vom 20. Januar 1961 gegen den Kläger am 25. Januar 1961 eine einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts Hamburg, durch die dem Kläger verboten wurde, eine Werbung für einen von ihm entwickelten Hochdruckerhitzer zu betreiben, Angestellte und Vertreter der Beklagten abzuwerben und bis zum 31. Dezember 1962 für ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten tätig zu werden.

3. a) Da die Beklagte sich weigerte, für den Monat Januar 1961 die vereinbarte Karenzentschädigung zu zahlen, hat der Kläger in einem Vorprozeß Klage auf Zahlung der Karenzentschädigung für diesen Monat in Höhe von 633,19 DM erhoben. Mit dieser Klage hatte er in zwei Instanzen Erfolg (Akten 5 Ca 146/61 ArbG Hamburg = 2 Sa 79/61 LAG Hamburg).

b) Mit der vorliegenden Mitte Februar 1962 erhobenen Klage hat der Kläger von der Beklagten Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung für die Zeit vom 1. Februar 1961 bis zum 31. Dezember 1961 in Höhe von insgesamt 5.049,66 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1962 verlangt. Er hat behauptet, in dieser Zeit habe er folgendes Einkommen gehabt:

im Februar 1961:	1.279,45 DM;
im März 1961:	804,94 DM;
im April 1961 mehr als: (= 12.066,38 DM + 10 %),	1.393,02 DM;
im Mai 1961:	822,95 DM;



- 6 -

im Juni 1961 mehr als:	1.393,02 DM;
im Juli 1961:	1.287,02 DM;
im August 1961:	550,49 DM;
im September 1961:	605,80 DM;
im Oktober 1961 mehr als:	1.393,02 DM;
im November 1961:	474,15 DM;
im Dezember 1961:	1.002,82 DM.

c) Vor Prozeßbeginn hatte der Kläger mit Schreiben vom 7. Oktober 1961 gegenüber der Beklagten die Zahlung von Karenzentschädigung für die Zeit ab Februar 1961 angemahnt, wobei er entsprechende Angaben über die Höhe seiner Einkünfte in den Vormonaten machte. Mit Schreiben vom 22. Januar 1962 hatte er der Beklagten für die Zahlung der Karenzentschädigung eine Nachfrist von 14 Tagen gesetzt. Nach fruchtlosem Fristablauf hat er die Wettbewerbsvereinbarung vom 11. März 1959 mit Schreiben vom 14. Februar 1962 fristlos gekündigt.

d) Zusammengefaßt hat der Kläger daher im vorliegenden Rechtsstreit beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger DM 5.049,66 nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1962 zu zahlen,
2. festzustellen, daß die Wettbewerbsabrede der Parteien vom 11. März 1959 durch die fristlose Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 14. Februar 1962 für die Zukunft unwirksam ist.

4. Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag folgendes geltend gemacht:

a) Sie hat in erster Linie die Ansicht vertreten, wegen der von ihr in ihrem Schreiben vom 6. Januar 1961 im einzelnen erwähnten Verfehlungen des Klägers habe ihr das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers zugestanden. Von den dort von ihr behaupteten Verfehlungen des Klägers habe sie erst im D e z e m b e r 1 9 6 0 (vgl. Bl. 35 der Beilagen 5 Ca 146/61 = 2 Sa 79/61; vgl. Bl. 11 VA 5 Ca 94/62 = 2 Sa 113/62) [also n i c h t, wie im einstweiligen Verfügungs-Verfahren von ihr behauptet: am 4. Januar

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1961] kurz vor Ende des Arbeitsverhältnisses erfahren. Da damals der Kläger bereits von sich aus zum 31. Dezember 1960 gekündigt gehabt habe, habe sie von einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der ihm vorzuwerfenden Verfehlungen abgesehen. Dennoch könne sie, so hat die Beklagte geltend gemacht, wegen des bei ihr gegebenen Rechtes zur fristlosen Kündigung in sinnentsprechender Anwendung von § 75 Abs. 3 HGB die vereinbarte Karenzentschädigung verweigern. Deshalb habe der Kläger das Wettbewerbsverbot auch nicht mit Schreiben vom 14. Februar 1962 fristlos kündigen können.

b) Die Beklagte hat weiter behauptet, die vom Kläger gemachten Angaben über seine Einkünfte für die Zeit vom 1. Februar 1961 bis zum 31. Dezember 1961 seien lückenhaft. Außerdem habe er es in böswilliger Weise unterlassen, mehr zu verdienen, als er tatsächlich verdient habe. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, daß im Jahre 1961 auch die Beklagte dem Kläger in seiner Eigenschaft als freiberuflicher Ingenieur Aufträge erteilt hat.

5. Vorsorglich hat die Beklagte erklärt, gegen etwaige Forderungen des Klägers rechne sie mit folgenden fünf Gegenforderungen auf:

- a) Der Beklagten stehe ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 900,-- DM gegen den Kläger aus folgendem Grunde zu:
Der Kläger habe eine ihm gegen die Firma Z zustehende Honorarforderung an die Beklagte abgetreten. Diese Forderung habe die Beklagte gegen die Firma Z aber nicht durchsetzen können; der Auftrag, der der Honorarforderung des Klägers gegen die Firma Z zugrundegelegen habe, sei von der Firma Z storniert und vom Kläger nicht ausgeführt worden. Der Kläger habe es unterlassen, der Beklagten die für eine direkte Einziehung notwendigen Unterlagen zu beschaffen. Er habe sich vielmehr mit der Firma Z über diese und andere Forderungen vergleichsweise geeinigt (vgl. Bl. 38 Beiakten 5 Ca 146/61 = 2 Sa 79/61).



- b) Der Beklagten stehe eine weitere Schadenersatzforderung in Höhe von 200,-- bis 300,-- DM zu. Der Kläger habe im Auftrage der Beklagten Arbeiten für die Firma Z ausgeführt und anlässlich der Überstundenabrechnung angegeben, daß für die Konstruktion eines Gebläses 200,-- bis 300,-- DM berechnet werden könnten. Auf Grund der nur ungenauen und nur geschätzten Angaben des Klägers habe die Beklagte keine spezifizierten Forderungen an die Firma Z stellen können. Darin liege eine schuldhaftes Vertragsverletzung des Klägers; es sei Aufgabe eines leitenden Angestellten, die für die Weiterberechnung erforderlichen genauen Unterlagen zu erstellen. Das habe der Kläger trotz mehrfacher Nachfrage nicht getan (vgl. Bl.38 der Beiakten 5 Ca 146/61 = 2 Sa 79/61).
- c) Eine weitere Forderung in Höhe von 918,-- DM ergebe sich für die Beklagte aus folgendem: Sie habe für eine aus einem Autounfall herrührende Krankheitszeit des Klägers in der Zeit vom 1. September 1959 bis zum 17. September 1959 dem Kläger das Gehalt nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalt weiter bezahlt, daß der Kläger seine eigenen aus dem Unfall herrührenden Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft geltend mache und die Beträge an die Beklagte abführe. Dem habe der Kläger nicht entsprochen (vgl. Bl.38 Beiakten 5 Ca 146/61 = 2 Sa 79/61).
- d)/e) Schließlich habe sie noch zwei Schadenersatzforderungen in Höhe von 1.649,11 DM und 4.170,27 DM, weil der Kläger im Jahre 1961 zwei Konstruktionsaufträge der Beklagten mangelhaft ausgeführt habe.

6. Der Kläger hat alle von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen im einzelnen bestritten und gegenüber den drei ersten von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Forderungen geltend gemacht, diese seien jedenfalls nach § 7 des Anstellungsvertrages vom 11. März 1959 verfallen.



7. Das Arbeitsgericht hat über die Höhe der vom Kläger in der Zeit vom 1. Februar bis 31. Dezember 1961 erzielten Einkünfte Beweis erhoben, und zwar durch Einholung eines Gutachtens des Wirtschaftsprüfers Dr.K (VA B1.22, 24-30). Dieser ist zu der Annahme gekommen, das durchschnittliche Monatseinkommen des Klägers für die Zeit vom 1. Februar 1961 bis 31. Dezember 1961 habe 933,96 DM betragen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage entsprochen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der Klageabweisung weiter. Für den Fall ihres Obsiegens in der Revisionsinstanz beantragt sie außerdem, den Kläger gemäß § 717 Abs. 3 ZPO zur Zurückzahlung von 5.417,89 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie behauptet, diesen Betrag habe sie auf Grund der vorinstanzlichen Urteile an den Kläger bezahlt. Der Kläger behauptet demgegenüber, der von ihm beigetriebene Betrag belaufe sich nur auf 5.404,59 DM.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, § 75 Abs.3 HGB führe nur dann zu einem Fortfall der Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung der versprochenen Karenzentschädigung, wenn der Arbeitgeber einen vom Arbeitnehmer gesetzten wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung auch tatsächlich zum Anlaß genommen habe, von sich aus das Arbeitsverhältnis fristlos oder mit Frist zu kündigen oder in die vertragliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses einzuwilligen. Das treffe im vorliegenden Falle nicht zu. Außerdem verbiete sich die Anwendung des § 75 Abs. 3 HGB im vorliegenden Fall auch deshalb, weil der Kläger noch im Jahre 1961 als selbständiger Ingenieur für die Beklagte tätig geworden sei.

Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts ist indessen nicht frei von möglichen Rechtsfehlern, wie sich aus folgendem ergibt:

2. a) Wenn § 75 Abs. 3 HGB vorsieht, daß bei fristloser Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber



- 10 -

der Arbeitnehmer an das eingegangene Wettbewerbsverbot zwar gebunden bleibt, aber für dessen Einhaltung keine Karenzentschädigung erhält, so ist der Sinn dieser Regelung eindeutig: Die Vorschrift des § 75 Abs. 3 HGB erfüllt vorbeugende Funktionen und hat Strafcharakter. Die aus § 75 Abs. 3 HGB dem Arbeitnehmer drohende Pflicht zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbotes ohne Karenzentschädigung kann einen Arbeitnehmer von dem Versuch und der Versuchung abhalten, durch vertragsbrüchiges Verhalten ein vorzeitiges Ende des Arbeitsverhältnisses zu provozieren und eine Karenzentschädigung durch bloße Einhaltung des Wettbewerbsverbotes als "leicht verdientes Geld" anzustreben. Für den Fall, daß der Arbeitnehmer während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses schwerwiegende schuldhaft Pflichtverletzungen begeht, die den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen und die zu einer daraus herrührenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber führen, soll der Arbeitnehmer mit den aus § 75 Abs. 3 HGB sich ergebenden Folgen wegen seiner Pflichtverletzung^{en} bestraft werden können.

b) Dabei ist es nicht erforderlich, daß der Arbeitgeber auf derartige Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers immer mit der außerordentlichen fristlosen Kündigung reagiert. Zu einer solchen Auslegung nötigt § 75 Abs. 3 HGB nicht, obwohl darin nur von einer fristlosen Kündigung die Rede ist. § 75 Abs. 3 HGB stellt entscheidend auf den **A n l a ß** der Vertragsbeendigung ab; weniger gewichtig ist der Sache nach die **F o r m** der Vertragsbeendigung. Ihr kommt lediglich die - mehr sekundäre - Bedeutung zu, daß im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dem Arbeitgeber zur Pflicht gemacht ist, sich zu entscheiden, ob er den vom Arbeitnehmer gesetzten wichtigen Grund zum Anlaß nehmen will, die Folgen aus § 75 Abs. 3 HGB auszulösen oder nicht, was ihm freisteht. Der Arbeitnehmer ist aber regelmäßig nicht beschwert, sondern im Gegenteil meistens begünstigt, wenn in einem solchen Fall der Arbeitgeber, der fristlos kündigen könnte, mit einer Frist kündigt oder sich aus diesem Anlaß zu einer vertraglichen Beendigung des Arbeitsver-

11 -



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



hältnisses herbeilührt. Deshalb greifen die Folgen aus § 75 Abs. 3 HGB auch dann ein, wenn ein Arbeitgeber wegen einer schwerwiegenden schuldhaften Vertragsverletzung des Arbeitnehmers nicht fristlos kündigt, sondern nur eine befristete Kündigung ausspricht oder in eine Aufhebung des Arbeitsverhältnisses einwilligt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele; vgl. auch die ähnlichen Überlegungen zu § 75 Abs. 1 und Abs. 2 HGB in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 26. September 1963 - 5 AZR 2/63; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, 1961, § 35 IV 4, S. 465; Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., Bd. 1, 1960, § 75 Anm. IV 3 Randziffer 7; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, § 38 II A 7 a, S. 256 zu Fußnote 41). Diese soeben genannten Lösungsrechte muß der Arbeitgeber allerdings zeitgerecht ausüben. Er darf sie so lange ausüben, als er nach anerkannten Regeln fristlos kündigen kann und sein Kündigungsrecht nicht verwirkt hat (zur Verwirkung des Rechtes der fristlosen Kündigung vgl. statt aller: Hueck-Nipperdey, aaO, Bd. I, § 59 IV 1 c, S. 591 ff.).

3. Im vorliegenden Fall ist nun folgende Besonderheit gegeben:

a) Die Beklagte will nach ihrem in diesem Rechtsstreit enthaltenen Vortrag von den Verfehlungen, die sie dem Kläger vorwirft, erst "im Dezember 1960" kurz vor dem Auslaufen des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger und damit zu einer Zeit erfahren haben, als der Kläger schon seine Kündigung vom 8. November 1960 ausgesprochen hatte. Sie hat daraufhin nicht noch vor dem 31. Dezember 1960 reagiert, was ihr nach dem soeben Erörterten in der einen oder anderen Form wirksam möglich gewesen wäre, falls die von ihr dem Kläger vorgeworfenen Verfehlungen zutreffen sollten. Sie hat aber mit ihrem Schreiben vom 6. Januar 1961 die Zahlung der Karenzentschädigung eindeutig verweigert, und auch in der Folgezeit hat sie die Zahlung der Karenzentschädigung abgelehnt, wie sich aus dem Inhalt der beiden Vorprozesse und dem Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ergibt.



- 12 -

b) Damit erhebt sich die Frage, ob die Beklagte - falls die von ihr gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe zutreffen sollten - deshalb das aus § 75 Abs. 3 HGB sich ergebende Recht auf Verweigerung der Zahlung der Karenzentschädigung verloren hat, weil sie nicht v o r Beendigung des Arbeitsverhältnisses (31. Dezember 1960) im Wege der fristlosen oder einer befristeten Kündigung oder im Wege des Betreibens der einverständlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses reagiert hat, wie es ihr nach dem zu Ziffer I 2. b) dieser Entscheidungsgründe Ausgeführten zugestanden hätte, oder ob sie auch noch kurz nach dem 31. Dezember 1960 - im vorliegenden Fall mit Schreiben vom 6. Januar 1961 - die Folgen aus § 75 Abs. 3 HGB für sich in Anspruch nehmen konnte.

c) Für diese - in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht erörterte - Frage muß folgendes in Betracht gezogen werden: Ein Arbeitnehmer, der während des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses schwerwiegende Vertragsverletzungen heimlich und ohne Kenntnis des Arbeitgebers begeht und dem es gelingt, vor Bekanntwerden seiner Verfehlungen durch ordentliche eigene Kündigung sein Arbeitsverhältnis zu beenden, kann durch ein solches Verhalten dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeiten nehmen, die sich für ihn ohne weiteres aus § 75 Abs. 3 HGB ergeben hätten, wenn er die Verfehlungen des Arbeitnehmers gekannt h ä t t e. Darin würde eine unzulässige Rechtsausübung des Arbeitnehmers liegen, der die rechtliche Anerkennung versagt werden müßte. Das gilt um so mehr, als § 75 Abs. 3 HGB eine Strafvorschrift gegen den Arbeitnehmer sein soll, bei der es nur sekundär auf den Modus der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ankommt. Deshalb muß ein Arbeitnehmer, der durch heimliches Tun Vertragsverletzungen der in § 75 Abs. 3 HGB angesprochenen Art begeht und ein Vertragsende herbeiführt, ohne daß der von den Vertragsverletzungen nicht wissende Arbeitgeber seine Reaktionsmöglichkeiten im Sinne von § 75 Abs. 3 HGB ausüben konnte, hinnehmen, daß der Arbeitgeber auch noch n a c h V e r t r a g s e n d e die Rechte aus § 75 Abs. 3 HGB für sich in Anspruch nehmen kann. Es kann dabei dahinstehen, wie dieses



Recht des Arbeitgebers konstruktiv aufzufassen ist, ob sich der Arbeitnehmer so behandeln lassen muß, als habe der Arbeitgeber noch vor Vertragsende im Sinne von § 75 Abs. 3 HGB ablehnend reagiert, oder ob der Arbeitgeber dann für die Wettbewerbsabrede im Wege einer Teilkündigung die Abrede über die Zahlung der Karenzentschädigung mit ex nunc-Wirkung in Wegfall bringen kann.

d) Ganz ähnlich müssen aber aus den gleichen Gründen die Fälle behandelt werden, in denen ein Arbeitnehmer heimlich schwere Vertragsverletzungen begeht und der Arbeitgeber von diesen erst in einem Zeitpunkt erfährt, in dem das Arbeitsverhältnis auf Grund einer eigenen Kündigung des Arbeitnehmers kurz vor seiner Beendigung steht. Wenn auch in solchen Fällen von dem Arbeitgeber aus den bereits erörterten Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verlangt werden muß, sich zu entscheiden, ob er von seinen Kündigungs- und sonstigen abgrenzbaren Reaktionsmöglichkeiten im Sinne von § 75 Abs. 3 HGB Gebrauch machen will oder nicht, so dürfen doch von dem Arbeitgeber aus diesem Anlaß keine besonders beschleunigten Entscheidungen verlangt werden. Der Arbeitgeber hat das Recht, sich seine Entschlüsse zu überlegen, sich Rat zu holen, nähere Erkundigungen über die Vertragsverletzungen einzuziehen, Beweise sicher zu stellen und dergleichen mehr. Eine solche Überlegungszeit hat der Arbeitgeber bereits bei Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers, die ihm sofort bekannt werden. In solchen Fällen verliert er sein Reaktionsrecht aus § 75 Abs. 3 HGB nicht, wenn er nicht sofort kündigt, sondern erst, wenn er sein Kündigungsrecht verwirkt. Wenn aber ein Arbeitnehmer durch heimliches Tun den Arbeitgeber vor die Reaktionsfrage erst kurz vor Ende des Arbeitsverhältnisses stellt, besteht kein sachlicher Grund, wegen des vom Arbeitnehmer zu vertretenden heimlichen Handelns dem Arbeitgeber eine beschleunigte Reaktion im Sinne von § 75 Abs. 3 HGB zuzumuten. Der Arbeitgeber braucht deshalb auch dann, wenn er gegen Ende des Arbeitsverhältnisses durch das heimliche Handeln des Arbeitnehmers vor die sich aus § 75 Abs. 3 HGB er-



- 14 -

gebende Entscheidung gestellt wird, nur genauso schnell zu reagieren, wie er bei sofortiger Kenntnisnahme von den Verfehlungen des Arbeitnehmers hätte reagieren müssen.

e) Ein solcher - soeben (vgl. Ziffer I 3. d) dieser Entscheidungsgründe) in Betracht gezogener - Fall war aber vorliegend nach den Gesamtumständen möglicherweise gegeben: Der Gesamtvortrag der Beklagten geht dahin, sie habe erst im Dezember 1960 kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger von dessen Verfehlungen erfahren. Das könnte - je nachdem, wann sie die entsprechende Kenntnis erhielt - bedeuten, daß sie ihr Kündigungsrecht am 31. Dezember 1960 noch nicht verwirkt hatte und sich auch noch nachher darauf berufen konnte.

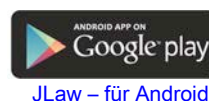
f) Das Landesarbeitsgericht hätte daher prüfen und feststellen müssen, wann die Beklagte von den angeblichen Verfehlungen des Klägers erfuhr und ob sie ihre am 6. Januar 1961 geäußerte Entschließung über die Ablehnung der Zahlung der Karenzentschädigung verspätet gefaßt und deshalb verwirkt hatte. Wenn letzteres nicht zutraf, mußte das Landesarbeitsgericht weiter prüfen, ob die von der Beklagten dem Kläger vorgeworfenen Verfehlungen zuträfen und nach ihrem Inhalt solche waren, die eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen schuldhaft gesetzten wichtigen Grundes rechtfertigten.

g) Von einer solchen - soeben (vgl. I 3. f) gekennzeichneten - Prüfung konnte das Landesarbeitsgericht auch nicht mit der Begründung absehen, die Beklagte habe ihr Kündigungsrecht jedenfalls deshalb verwirkt, weil sie im Jahre 1961 dem Kläger Aufträge erteilt hatte. Nachdem die Beklagte den Kläger im Wege der einstweiligen Verfügung gezwungen hatte, das eingegangene Wettbewerbsverbot bis Ende 1962 einzuhalten, andererseits seitdem aber die Zahlung der Karenzentschädigung beharrlich verweigerte, konnte sie immer noch Bedenken haben, ob die Verweigerung der Zahlung der Karenzentschädigung rechtmäßig war oder nicht. Unter diesen Umständen konnte die Vergabe von Aufträgen an den Kläger eine Vorsichtsmaßnahme der Beklagten sein, mit der sie sicherstellen wollte, daß - falls sie Karenzentschädigung doch zahlen müsse - der Kläger möglichst

- 15 -



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



viel anderweitiges Einkommen hatte, das auf die zu zahlende Karenzentschädigung anzurechnen war.

4. Nach dem bisher Dargelegten ist es somit nicht auszuschließen, daß die Beklagte überhaupt keine Karenzentschädigung zu zahlen braucht und der Kläger deshalb auch die Wettbewerbsvereinbarung wegen Zahlungsverzugs der Beklagten nicht fristlos kündigen konnte. Da der Senat diese Frage wegen Fehlens geeigneter tatsächlicher Feststellungen nicht entscheiden kann, macht das die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung notwendig (§ 565 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Dem Senat erschien es geboten, dabei von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

5. Entsprechend dem von der Beklagten nach § 717 Abs. 3 ZPO gestellten Antrag ist wegen der Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts der Kläger auch zu verurteilen, an die Beklagte 5.404,59 DM zurückzuzahlen. Dieser Betrag ist zwischen den Parteien unstreitig. Daß die Beklagte dem Kläger noch weitere 13,30 DM gezahlt habe, ist dagegen zwischen den Parteien streitig. Die Beklagte hat eine solche weitere Zahlung auch nicht bewiesen. Die von ihr in Photokopie vorgelegte Quittung des Gerichtsvollziehers reicht für einen solchen Nachweis nicht aus, weil aus ihr die näheren Einzelheiten nicht hervorgehen. Mit dem weitergehenden Klageantrag aus § 717 Abs. 3 ZPO war die Beklagte daher abzuweisen.

II. Sollte das Landesarbeitsgericht bei der fernereren Verhandlung und Entscheidung zu dem Ergebnis kommen, daß die Beklagte aus den soeben zu Ziffer I dieser Entscheidungsgründe erörterten rechtlichen Gesichtspunkten die Zahlung der Karenzentschädigung dennoch nicht verweigern kann, so wird es zur Vermeidung von Rechtsfehlern folgendes beachten müssen:

1. Für die Frage, welche Einkünfte der Kläger hatte, wird das Landesarbeitsgericht in prozessualer Beziehung beachten müssen, ob der Sachverständige Dr. K bei der Prüfung der Unterlagen des Klägers nicht die Beklagte hinzuziehen mußte



- 16 -

(vgl. Urteil des Senates vom 28. März 1962 - 5 AZR 206/62 - AP Nr. 1 zu § 402 ZPO). Das Landesarbeitsgericht wird auch das Vorbringen der Beklagten gegen die Richtigkeit des Gutachtens des Sachverständigen nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückweisen dürfen. Schon daraus, daß das Landesarbeitsgericht sich trotz der Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten als verspätet mit ihm dennoch auch der Sache nach befaßt hat, ergibt sich, daß dessen Erörterung die Erledigung des Prozesses nicht verzögert hätte. Zudem waren die Angriffe der Beklagten gegen das in der ersten Instanz eingeholte Gutachten von ihr bereits in der Berufungsbegründungsschrift vom 24. August 1962 im einzelnen erhoben worden, so daß das Landesarbeitsgericht den Sachverständigen im Wege der prozessleitenden Verfügung (§ 272 b Abs. 2 Nr. 5 ZPO) zu der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hätte laden können, wodurch keine Prozeßverzögerung eingetreten wäre (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 529 ZPO).

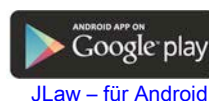
Der Sache nach mußte das Landesarbeitsgericht auch darauf eingehen, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, der Sachverständige habe als Einkommen des Klägers nur tatsächlich bei ihm eingegangene Gelder und nicht auch seine Außenstände berücksichtigt. Es liegt auf der Hand, daß auch (liquide) Außenstände Einkommen des Klägers darstellen müßten und daß es dem Kläger verwehrt ist, durch Nichteinziehung von (liquiden) Außenständen sein auf die Karenzentschädigung anrechenbares Einkommen zu Lasten der Beklagten klein zu halten.

2. Was die von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten fünf Forderungen angeht, wird das Landesarbeitsgericht wahrscheinlich annehmen können, die drei ersten Aufrechnungsposten (vgl. Ziff. 5 a - c des Tatbestandes dieses Urteils) seien nach § 7 Abs. 4 des Anstellungsvertrages vom 11. März 1959 verwirkt. Der Sinn des § 7 Abs. 4 des Anstellungsvertrages ist ersichtlich der, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Parteien zu zwingen, für alle während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses aufgetauchten Streitfragen abschließend klarzustellen, ob aus ihnen noch Forderungen hergeleitet werden

- 17 -



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



oder nicht. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann eine ausdrückliche nochmalige Geltendmachung von Ansprüchen des Arbeitgebers, die während des Arbeitsverhältnisses entstanden sind, entbehrlich sein, wenn schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber hinlänglich deutlich gemacht worden ist, daß er auf der Erfüllung der Forderungen besteht. Liegt aber - wie hier - der Fall offensichtlich so, daß längere Zeit vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Beklagte gegen den Kläger zwar Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis erhoben, der Kläger diese aber bestritten und dann die Beklagte keine nachdrücklichen und eindeutigen Konsequenzen gezogen hat, dann mußte nach § 7 Abs. 4 des Anstellungsvertrages die Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses binnen vier Wochen klar zu erkennen geben, daß sie auf ihren früher geltend gemachten Forderungen bestand. Daß die Beklagte das getan hätte, ist aber bisher nicht festgestellt.

Was die zwei restlichen von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen angeht (vgl. Ziffer 5 d/e des Tatbestandes), wird das Landesarbeitsgericht wiederum beachten müssen, daß eine Prozeßverzögerung dann nicht gegeben ist, wenn die von der Beklagten für diese Forderungen benannten Zeugen im Wege der prozeßleitenden Verfügung zur mündlichen Verhandlung geladen werden können. Im übrigen ist die materielle Würdigung der Berechtigung des Aufrechnungspostens Nr. 4 (vgl. oben Ziffer 5 d des Tatbestandes) viel zu cursorisch und läßt jedes substantiierte Eingehen auf die umfangreiche tatsächliche Darstellung der Beklagten vermissen.

gez. Dr. Boldt Dr. Stumpf Dr. Auffarth

Röglin Seiler

