

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am
28. Juni 1990

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 50/88

.....

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1990 in Berlin durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g , die Richter K ö n i g und Dr. H e n k e sowie die ehrenamtlichen Richter K r i e g und Dr. A n d r e s e n für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 15. März 1988 aufgehoben, soweit der Rechtsstreit noch nicht erledigt ist.

Insoweit wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist noch, ob die Klägerin der Beklagten gemäß § 128a Arbeitsförderungsgesetz (AFG) das von ihrem ehemaligen Arbeitnehmer H. in der Zeit vom 18. September 1984 bis 31. August 1985 (mit Unterbrechungen) bezogene Arbeitslosengeld (Alg) zu erstatten hat.

H. war bei der Klägerin seit 1968 als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis am 23. Juli 1984 fristlos, da H. mit einem nebenher unterhaltenen Gewerbebetrieb zur Klägerin in Wettbewerb getreten war. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbarte die Klägerin mit H. am 14. August 1984 ein Wettbewerbsverbot für die Zeit vom 1. September 1984 bis 31. August 1985. Der Anspruch auf monatliche Karenzentschädigung von 3.000,-- DM wurde mit einem von H. gegenüber der Klägerin anerkannten Schadensersatzanspruch von 36.177,20 DM verrechnet.

Die Beklagte gewährte H., nachdem sie für die Zeit vom 24. Juli bis 17. September 1984 den Eintritt einer Sperrzeit festgestellt hatte, vom 18. September 1984 bis 26. Januar 1985 Alg, vom 28. Januar bis 27. April 1985 sowie vom 13. bis 14. Mai 1985 Unterhaltsgeld (Uhg) und vom 1. bis 31. August 1985 wiederum Alg. Sodann sprach sie durch Bescheid vom 20. Februar 1985 die Verpflichtung der Klägerin aus, vierteljährlich das dem H. gezahlte Alg einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung zu erstatten; gleichzeitig forderte sie für die Zeit vom 18. September bis 17. Dezember 1984 die Erstattung eines Betrages von 9.654,01 DM. Mit weiterem Bescheid vom 27. Juni 1985 forderte sie für die Zeit vom 18. Dezember 1984 bis 26. Januar 1985 die Erstattung von Alg (nebst Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) in Höhe von 4.444,39 DM und für die Zeit vom 28. Januar bis 17. März 1985 die Erstattung von Uhg (nebst Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) in Höhe von 5.064,56 DM (zusammen 9.508,95 DM). Mit ihrem Widerspruch gegen den ersten der beiden Bescheide verwies die Klägerin auf die Verrechnung und das Schuldeingeständnis des H. Der Widerspruch blieb ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 12. August 1985). Während des Klageverfahrens forderte die Beklagte durch weiteren Bescheid vom 30. April 1986 für die Zeiträume vom 18. März bis 27. April 1985 und 13. bis 14. Mai 1985 die Erstattung von Uhg (nebst Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) in Höhe von 5.010,73 DM und für die Zeit vom 1. bis 31. August 1985 die Erstattung von Alg (nebst Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) in Höhe von 3.486,23 DM (zusammen 8.496,96 DM) sowie für die Zeit vom 28. Januar bis 17. März 1985 - statt des im Bescheid vom 27. Juni



1985 genannten Betrages von 5.064,56 DM - den Betrag von 5.538,17 DM (Uhg nebst Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung).

Das Sozialgericht (SG) hat die Bescheide vom 20. Februar 1985 und 27. Juni 1985, beide in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 12. August 1985, sowie den Bescheid vom 30. April 1986 aufgehoben (Urteil vom 28. Januar 1987). Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 15. März 1988). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt:

Die Berufung sei zulässig; Erstattungsansprüche gemäß § 128a AFG unterlägen nicht dem Berufungsausschluß des § 144 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Gegenstand des Verfahrens sei - neben den Bescheiden vom 20. Februar 1985 und 27. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. August 1985 - auch der Bescheid vom 30. April 1986. Er sei - auch soweit er eine Erstattung für die Zeit vom 18. März bis 31. August 1985 festgesetzt habe - in das laufende Verfahren einzubeziehen, weil er aufgrund desselben Rechtsverhältnisses ergangen sei und unter Aufrechterhaltung des von der Klägerin beanstandeten Rechtsstandpunktes die ursprünglich angefochtenen Bescheide ergänze.

Begründet sie die Berufung der Beklagten, weil die Klägerin das dem H. in der Zeit vom 18. September 1984 bis 31. August 1985 gezahlte Alg und Uhg sowie die darauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung zu erstatten habe. Das ergebe sich aus den §§ 128a, 128 Abs 2 und 44 Abs 7 AFG. Die zwischen der Klägerin und H. getroffene Wettbewerbsabrede sei wirksam. Die maßgebenden Vorschriften der §§ 74, 74a Handelsgesetzbuch (HGB) seien eingehalten. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei zulässig. Gesetzeswortlaut, Denkgesetze der Logik und Gesetzessystematik stünden dem nicht entgegen. Gesetzeszweck und Gesetzgebungsmotive sprächen dafür. In der amtlichen Begründung heiße es, Wettbewerbsabreden erschwerten allein im Interesse des bisherigen Arbeitgebers die Wiedereingliederung des Arbeitslosen; es sei deshalb nicht gerechtfertigt, die Gemeinschaft aller Beitragszahler mit diesem Risiko zu belasten; den sozialen Schutz bei Arbeitslosigkeit des in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkten Arbeitnehmers habe deshalb der bisherige Arbeitgeber zu tragen; die Arbeitslosenversicherung finanziere die dem Arbeitgeber obliegende Leistung lediglich vor. Dieser vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachte Zweck lasse sich nur verwirklichen, wenn jede mit dem bisherigen Arbeitgeber geschlossene Wettbewerbsabrede die Erstattungspflicht auslöse und nicht darauf abgestellt werde, ob diese vor oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werde. Auch erscheine es billig, daß der Arbeitslose aus der Beschränkung seiner Vermittlungsfähigkeit nicht doppelten Nutzen ziehe, nämlich neben der Karenzentschädigung das Alg erhalte. Diesem Gedanken trage die Regelung Rechnung, daß sich



der Arbeitnehmer das Alg, das der Arbeitgeber erstatte, wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen müsse (§ 128a Satz 3 AFG). Demgemäß sei allein entscheidend, ob sich die Wettbewerbsbeschränkung während der Arbeitslosigkeit noch auswirke. Das sei vorliegend der Fall.

Die in der Literatur geäußerte Auffassung, § 128a AFG erfasse nur eine solche Wettbewerbsvereinbarung, die während des Arbeitsverhältnisses, ggf nach Eintritt der Arbeitslosigkeit, abgeschlossen worden sei, werde nicht näher begründet. Der Hinweis des SG, die Annahme einer Erstattungspflicht verletze den Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 Grundgesetz -GG-), gehe schon deswegen fehl, weil zwei verschiedene Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden dürften. Es sei ein Unterschied, ob eine Wettbewerbsabrede mit dem bisherigen Arbeitgeber oder mit einem Dritten vereinbart werde, zu dem vertragliche Bindungen bislang nicht bestünden. Überdies verpflichte § 128a AFG aus dem Kreis der möglichen Vertragspartner lediglich den bisherigen Arbeitgeber. Ein Grund dafür möge sein, daß der bisherige Arbeitgeber in vielen Fällen den Eintritt der Arbeitslosigkeit bzw die Einschränkung der Verfügbarkeit vermeiden könne. Andererseits erfülle er durch die Erstattung des Alg seine Entschädigungspflicht gegenüber dem früheren Arbeitnehmer. Dies alles treffe auf einen Dritten nicht zu. Demzufolge sei auch die Auslegung des § 128a AFG verfassungskonform, die die Erstattungspflicht des bisherigen Arbeitgebers an eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossene Wettbewerbsvereinbarung knüpfe.

Die Höhe des Erstattungsbetrages sei von der Klägerin nicht beanstandet worden. Unrichtigkeiten seien insoweit nicht zu erkennen. Die Klage habe somit abgewiesen werden müssen.

Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat die Beklagte anerkannt, daß ihr wegen der Zahlung von Uhg an H. und der darauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung in der Zeit vom 28. Januar bis 14. Mai 1985 ein Anspruch auf Erstattung gegen die Klägerin nicht zustehe; sie leite insoweit aus den Bescheiden vom 27. Juni 1985 und 30. April 1986 (Widerspruchsbescheid vom 12. August 1985) keine Rechte mehr für sich ab. Ferner hat die Beklagte mit Rücksicht auf dieses Teilanerkennnis 2/5 der der Klägerin entstandenen außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits übernommen. Die Klägerin hat das Teilanerkennnis der Beklagten angenommen. Beide Beteiligten haben den Rechtsstreit im Umfang des von der Beklagten abgegebenen Teilanerkennnisses für erledigt erklärt.

Mit der Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 128a AFG. Sie vertritt die Ansicht, ein nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbartes Wettbewerbsverbot löse keinen Erstattungsanspruch aus. Der bisherige Arbeitgeber nehme in einem solchen



Fall die Stellung eines Dritten ein. Dieser sei unstreitig nicht zur Erstattung verpflichtet, obwohl er wie der bisherige Arbeitgeber ein Interesse daran haben könne, die Fähigkeiten und Spezialkenntnisse des Arbeitslosen einem Konkurrenzunternehmen nicht zukommen zu lassen, und deshalb mit dem Arbeitslosen ein Wettbewerbsverbot vereinbare.

Sinn und Zweck des § 128a AFG erforderten, daß der Arbeitgeber sich bereits während des Arbeitsverhältnisses die Fähigkeiten und Spezialkenntnisse seines Arbeitnehmers sichere, damit diese keinem Konkurrenzunternehmen zugute kämen. Werde eine Wettbewerbsvereinbarung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen, beruhe dies auf einem eigenständigen Entschluß des Arbeitnehmers. Die Vereinbarung stehe in einem solchen Fall nicht mehr in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Zudem sei dann die einseitige Interessenlage nicht mehr gegeben, von der in der amtlichen Begründung die Rede sei.

Die Klägerin habe H. durch die Wettbewerbsvereinbarung nicht dem Arbeitsmarkt entzogen. Die Verrechnung des Anspruchs auf Karenzentschädigung mit dem Schadensersatzanspruch sei sowohl für die Klägerin als auch für H. die einzige Möglichkeit gewesen, den eingetretenen Schaden auszugleichen. Überdies sei dem H. dadurch der ihm gebührende soziale Schutz zuteil geworden.

Das Argument des LSG, die Klägerin werde im selben Umfang, wie sie Alg erstatte, von ihrer Karenzentschädigungspflicht befreit, überzeuge schon deswegen nicht, weil die Klägerin durch die "Aufrechnungsvereinbarung" von ihrer Entschädigungspflicht befreit worden sei. Träfe die Auffassung des LSG zu, wäre die Klägerin doppelt belastet, zum einen durch die vereinbarte Aufrechnungslage, zum anderen durch die Erstattungspflicht gegenüber der Beklagten.

Der Hinweis des LSG, auch die Auslegung des § 128a AFG sei verfassungskonform, die die Erstattungspflicht des bisherigen Arbeitgebers an eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffene Wettbewerbsvereinbarung knüpfe, lasse erkennen, daß sowohl die eine wie die andere Auslegung des § 128a AFG verfassungskonform sei. In einem solchen Fall gehe es nicht an, letztlich der Klägerin die Erstattungspflicht aufzubürden.

Weder Ausgangsbescheid noch Widerspruchsbescheid setzten sich mit der aufgezeigten Rechtsproblematik auseinander. Das mache deutlich, daß Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide nicht die Möglichkeit gehabt hätten, die Frage der Rechtmäßigkeit der Erstattung zu überprüfen.

Des weiteren verkenne das angefochtene Urteil Sinn und Zweck der §§ 74 ff HGB. Diese Vorschriften unterschieden zwischen Vereinbarungen vor oder während des



Arbeitsverhältnisses und solchen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im letztgenannten Fall erwachse keine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers, ausgenommen bei gesonderter Vereinbarung. Diese gesetzgeberische Unterscheidung sei auch im Rahmen des Erstattungsanspruchs nach § 128a AFG zu beachten.

Schließlich sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Forderung der Klägerin aus unerlaubter Handlung durch Aufrechnung mit dem Anspruch auf Karenzentschädigung erloschen sei. Eine derartige Aufrechnungserklärung sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückzuweisen, soweit der Rechtsstreit noch nicht erledigt ist.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und erwidert: Die von der Klägerin vertretene Auffassung übersehe, daß sich der Arbeitnehmer das Alg, das der bisherige Arbeitgeber erstatte, wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung anrechnen lassen müsse, während eine solche Anrechnungspflicht gegenüber einem Dritten nicht bestehe. Mit Hinweis auf diesen Unterschied habe das LSG einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz zu Recht verneint. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, daß die Anrechnungsvorschrift des § 128a Satz 3 AFG erst mit Wirkung ab 1. Januar 1986 in Kraft getreten sei. Die Anrechnungspflicht für die Zeit davor ergebe sich aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 25. Juni 1985 - 3 AZR 305/83 - (BAGE 49, 109).

Die Forderung der Klägerin aus unerlaubter Handlung sei in Höhe des Anspruchs auf Karenzentschädigung durch Aufrechnung erloschen. Folge man der Ansicht der Klägerin, blieben dem H., der durch die Wettbewerbsabrede - die ihm einen geldwerten Vorteil von 36.000,-- DM eingebracht habe - in seiner beruflichen Tätigkeit beschränkt worden sei, die Vorteile aus der unerlaubten Handlung auf Kosten der Beklagten erhalten. Das könne nicht rechtens sein.

II

Die Revision der Klägerin ist, soweit sich der Rechtsstreit nicht erledigt hat, iS der Zurückverweisung begründet.

Die im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende Frage, ob die Berufung zulässig ist (BSGE 2, 225, 227; 2, 245, 246), ist vom LSG zu Recht bejaht worden. Der grundsätz-



lich statthaften Berufung (§ 143 SGG) steht nicht die Ausschlußvorschrift des § 144 Abs 1 SGG entgegen. Unter "Leistungen" iS dieser Bestimmung sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) allein die von öffentlich-rechtlichen Leistungsträgern zu gewährenden Sozialleistungen zu verstehen, nicht jedoch die von solchen Trägern gegen einzelne Bürger bzw Arbeitgeber erhobenen Zahlungsansprüche (BSG SozR 1500 ÄS 144 Nr 21; Meyer-Ladewig, SGG, 3. Aufl, § 144 Nr 5).

Gegenstand des Verfahrens vor den Tatsachengerichten waren die Bescheide vom 20. Februar 1985 und 27. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. August 1985 (§ 95 SGG) und der Bescheid vom 30. April 1986. Der letztgenannte Bescheid war, auch soweit die Beklagte in ihm Erstattungsforderungen für die Zeiträume vom 18. März bis 27. April 1985, 13. bis 14. Mai 1985 und 1. bis 31. August 1985 geltend gemacht hat, in entsprechender Anwendung des § 96 Abs 1 SGG Gegenstand des Verfahrens vor dem SG geworden, weil er zur Regelung desselben Rechtsverhältnisses ergangen war (vgl hierzu etwa BSG SozR 1500 § 96 Nr 14; Meyer-Ladewig, aaO, § 96 Rz 5). In der Revisionsinstanz sind die erwähnten Bescheide nur noch insoweit streitbefangen, als die Beklagte die Erstattung von Alg (einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) für die Zeiträume vom 18. September bis 17. Dezember 1984 (9.654,01 DM; Bescheid vom 20. Februar 1985), 18. Dezember 1984 bis 26. Januar 1985 (4.444,39 DM; Bescheide vom 27. Juni 1985 und 30. April 1986) und 1. bis 31. August 1985 (3.486,23 DM; Bescheid vom 30. April 1986) begehrt. Soweit die Beklagte ursprünglich auch die Erstattung von Uhg (einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung) für die Zeiträume vom 28. Januar bis 17. März 1985 (Bescheide vom 27. Juni 1985 und 30. April 1986), 18. März bis 27. April 1985 und 13. bis 14. Mai 1985 (Bescheid vom 30. April 1986) gefordert hat, haben die Beteiligten den Rechtsstreit im Hinblick auf das von der Beklagten abgegebene Teilanerkennnis übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Revision der Klägerin ist, soweit über sie noch zu entscheiden ist, iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen läßt sich nicht beurteilen, ob der Beklagten gegen die Klägerin die geltend gemachten Erstattungsansprüche zustehen.

Gemäß § 128a AFG, eingefügt durch Art 1 § 1 Nr 49 des Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz -AFKG-) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) und in Kraft ab 1. Januar 1982 (Art 18), erstattet der bisherige Arbeitgeber, wenn der Arbeitslose durch eine Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt ist, der Bundesanstalt für Arbeit vierteljährlich das Alg, das dem Arbeitslosen für die Zeit gezahlt worden ist, in der diese Beschränkung besteht (Satz 1). Die Pflicht zur Erstattung des Alg schließt die Pflicht zur Erstattung der auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kran-



ken- und Rentenversicherung ein (Satz 2 iVm § 128 Abs 2 AFG). Diese Vorschriften sind erstmals anzuwenden, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nach dem 31. Dezember 1981 vereinbart worden ist (Art 1 § 2 Nr 16 AFKG). Die weitere Bestimmung des § 128a AFG, nämlich daß sich der Arbeitnehmer das Alg, das der Arbeitgeber erstattet, wie Arbeitsentgelt auf die Entschädigung für die Wettbewerbsbeschränkung anrechnen lassen muß (Satz 3), ist durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes (7. AFG-ÄndG) vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) mit Wirkung ab 1. Januar 1986 (Art 13) angefügt worden (Art 1 Nr 30).

Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut des § 128a Satz 1 und Satz 2 iVm § 128 Abs 2 AFG verwirklicht. Die Klägerin hat nach den Feststellungen des LSG, gegen die sie keine zulässigen und begründeten Revisionsgründe vorgebracht hat und die deshalb für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), mit H. ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Danach verpflichtete sich H., für die Dauer von einem Jahr, gerechnet ab 1. September 1984, nicht bei einem Unternehmen tätig zu sein, das Knöpfe- und Bekleidungsverschlüsse aller Art, Accessoires/Besatzteile und Gürtel herstellt oder vertreibt; die Klägerin verpflichtete sich, dem H. für die Dauer des Wettbewerbsverbots eine monatliche Entschädigung in Höhe von 3.000,-- DM zu zahlen; der Anspruch auf Karenzentschädigung wurde für den Zeitraum vom 1. September 1984 bis 31. August 1985 mit einem von H. anerkannten Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 36.177,20 DM verrechnet. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist, wie in Art 1 § 2 Nr 16 AFKG vorausgesetzt, nach dem 31. Dezember 1981 vereinbart worden. Sie entspricht den maßgebenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches; insbesondere ist der Schriftform genügt (§ 74 Abs 1 HGB; § 126 Bürgerliches Gesetzbuch). Darüber, ob die Karenzentschädigung dem in § 74 Abs 2 HGB vorgeschriebenen Mindestbetrag gerechnet wird, ist nicht zu befinden; denn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann eine Wettbewerbsvereinbarung ohne Karenzentschädigung vereinbart werden (BAG AP Nr 23 zu § 74 HGB; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl, § 74 Anm 1 Bb).

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann ein nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbartes Wettbewerbsverbot den Erstattungsanspruch nach § 128a AFG auslösen. Die vom Gesetzgeber in den §§ 74 ff HGB vorgenommene Unterscheidung zwischen Vereinbarungen vor oder während des Arbeitsverhältnisses und solchen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses läßt sich, anders als die Klägerin meint, nicht auf § 128a AFG übertragen. Ausschlaggebender Gesichtspunkt hierfür ist, daß es nach Sinn und Zweck des § 128a AFG - wie der 11. Senat in einer Entscheidung vom 23. Februar 1989 - 11 RAr 63/86 - (SozR 4100 § 128a Nr 1) zum Ausdruck gebracht hat - allein auf die Auswirkung der Wettbewerbsabrede und nicht auf den Zeitpunkt ankommt, in dem sie getroffen wurde. Das Schutzbedürfnis der Gemeinschaft aller Beitragszahler vor Auswirkungen auf die Vermittelbarkeit eines Arbeitslosen kann durch eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffene Wettbewerbsabrede in derselben Weise wie durch eine



während des Arbeitsverhältnisses zustande gekommene Wettbewerbsbeschränkung berührt sein (in diesem Sinne auch Wittrock in Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl, § 128a Anm 4; aA Kühl in Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Januar 1990, § 128a Anm 2).

Offenbleiben kann, ob eine andere rechtliche Betrachtung in den Fällen angezeigt ist, in denen die Wettbewerbsabrede erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde und nicht einseitig den Interessen des Arbeitgebers dient, sondern - zB durch Vermeidung einer fristlosen Kündigung - auch das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers erleichtert. Eine solche Ausnahme hat der 11. Senat in seiner Entscheidung vom 23. Februar 1989 - 11 RAr 63/86 - (SozR 4100 § 128a Nr 1) angenommen. Dort hatte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Betreiben des Rechtsanwaltes des Arbeitnehmers eine Besprechung mit dem bisherigen Arbeitgeber stattgefunden; die Parteien kamen überein, daß das Arbeitsverhältnis seine Beendigung durch Kündigung des Arbeitnehmers gefunden habe. Darüber hinaus verpflichtete sich der Arbeitnehmer - ohne Zahlung einer Karenzentschädigung - zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbots. Hiervon hebt sich der vorliegende Fall entscheidend ab, auch wenn die Klägerin darauf verweist, die Verrechnung des Anspruchs auf Karenzentschädigung mit dem Schadensersatzanspruch sei sowohl für sie als auch für H. die einzige Möglichkeit gewesen, den eingetretenen Schaden auszugleichen; überdies sei dem H. dadurch der ihm gebührende soziale Schutz zuteil geworden. Abgesehen davon, daß hier eine fristlose Kündigung nicht vermieden worden ist und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß die Wettbewerbsvereinbarung auf Betreiben des H. abgeschlossen worden ist, hat die Klägerin eine besonders auffällige Wettbewerbsklausel vereinbart. Diese erstreckte sich nämlich nicht allein auf H.; sie beinhaltete zugleich das Verbot, die getroffene Regelung mittels der Ehefrau des H. (oder ähnlicher Personen) zu umgehen. Für den Abschluß dieser Wettbewerbsabrede bestand insofern besondere Veranlassung, als H. schon während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses mit einem nebenher unterhaltenen Gewerbebetrieb zur Klägerin in Wettbewerb getreten war. Zudem verpflichtete sich die Klägerin zu einer Karenzentschädigung, die von Rechts wegen nicht notwendig war und die sich auf eine beachtliche Höhe belief (12 x 3.000 DM). Schon diese Besonderheiten lassen deutlich werden, daß die vorliegend vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung im spezifischen Interesse der Klägerin lag.

Nicht gehört werden kann die Klägerin mit dem Argument, der frühere Arbeitgeber nehme im Fall der nachträglichen Wettbewerbsabrede die Position eines Dritten ein; dieser sei unstreitig nicht zur Erstattung verpflichtet, obwohl er wie der bisherige Arbeitgeber ein Interesse daran haben könne, daß die Fähigkeiten und Spezialkenntnisse des Arbeitslosen nicht einem Konkurrenzunternehmen zugute kämen. Der Gesetzgeber hat durch § 128a AFG ausschließlich den bisherigen Arbeitgeber, der mit einem Arbeitnehmer eine Wettbewerbsabrede getroffen hat, zur Erstattung von Alg verpflichtet. Dritten, zu denen der



Arbeitslose nicht in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat, hat er keine Erstattungspflicht auferlegt. Die Klägerin zählt, weil sie zu H. vor dessen Arbeitslosigkeit im Verhältnis eines Arbeitgebers zum Arbeitnehmer stand, unzweifelhaft zum erstgenannten Adressatenkreis.

Die Heranziehung lediglich des "bisherigen Arbeitgebers" zur Erstattung von Alg verstößt, anders als die Klägerin vorbringt, nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 3 Abs 1 GG). Sie rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß ein Arbeitgeber - im Unterschied zu einem Dritten - auf das Zustandekommen eines Wettbewerbsverbots in besonderer Weise Einfluß nehmen kann. Das trifft nicht allein auf Wettbewerbsabreden vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern, wie der vorliegende Fall unterstreicht, auch auf Wettbewerbsabreden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu. Ob der Gesetzgeber mit der Erstattungsregelung des § 128a AFG die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, ist - zumal ihm auf dem Gebiet des Sozialrechts eine besonders weite Gestaltungsfreiheit zuzubilligen ist - nicht zu prüfen (BVerfGE 71, 255, 271 mwN; BVerfG, Urteil vom 23. Januar 1990 - 1 BvL 44/86 und 48/87 -).

Auch von einer doppelten Belastung der Klägerin kann nicht die Rede sein. Die Bestimmung des § 128a Satz 3 AFG gewährleistet, daß der Arbeitgeber, der mit einem Arbeitnehmer eine Wettbewerbsabrede getroffen hat und deshalb erstattungspflichtig ist, das Alg wie Arbeitsentgelt von der Wettbewerbsentschädigung abziehen kann. Damit soll, wie die amtliche Begründung herausstellt, eine "doppelte Belastung" des Arbeitgebers durch Zahlung der Karenzentschädigung und Erstattung des Alg vermieden werden (BT-Drucks 10/4483 S 11 zu Art 1 Nr 26a). Diese Anrechnungsmöglichkeit hat, wie der 11. Senat unter Hinweis auf eine Entscheidung des BAG (BAGE 49, 109 = AP Nr 11 zu § 74c HGB) zwischenzeitlich klargestellt hat, schon vor dem 1. Januar 1986 bestanden (BSG vom 13. März 1990 - 11 RAr 50/86 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Das besagt, daß sich der Anspruch des H. auf Karenzentschädigung um das von der Beklagten erstattete Alg vermindert; unabhängig davon kann die Klägerin - sofern sie dies, wie sie mit der Revision vorträgt, noch nicht getan haben sollte - gegen den verbliebenen Anspruch auf Karenzentschädigung mit ihrem Schadensersatzanspruch aufrechnen.

Unmaßgeblich ist, ob die Klägerin den H. durch die Wettbewerbsvereinbarung dem Arbeitsmarkt entzogen hat. Der Eintritt der Erstattungspflicht hängt, wie der 11. Senat mehrfach ausgeführt hat, nicht vom Nachweis der Ursächlichkeit zwischen der Beschränkung der beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers und seiner Arbeitslosigkeit bzw deren Dauer ab (BSG vom 9. November 1989 - 11 RAr 75/88 -, zur Veröffentlichung vorgesehen; BSG vom 13. März 1990 - 11 RAr 50/86 -; vgl auch Schieckel/Grüner/Dalichau, Komm zum AFG, Stand 1. Februar 1990, § 128a Anm II 3; Wittrock, aaO, § 128a Anm 4). Es genügt vielmehr, daß der Arbeitnehmer infolge der Abrede nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten nicht oder nicht voll zur Ver-



fügung steht und die Vermittlung in zumutbare Tätigkeiten aus diesem Grund - wie hier - erschwert wird.

Unerheblich ist ferner, daß sich, wie die Klägerin vorträgt, Ausgangs- und Widerspruchsbescheid mit der aufgezeigten Rechtsproblematik nicht auseinandergesetzt und Ausgangs- und Widerspruchsbehörde bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide folglich nicht die Möglichkeit gehabt haben, die Frage der Rechtmäßigkeit der Erstattung zu überprüfen. Der Gesetzgeber hat der Beklagten in § 128a AFG nicht etwa Ermessen (§ 39 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil) eingeräumt, dessen rechtmäßige Ausübung die Gerichte zu kontrollieren hätten (§ 54 Abs 1 Satz 2 SGG). Er hat vielmehr eine eindeutig bestimmte Rechtsfolge ausgesprochen, die bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale auch dann mit der Rechtslage in Einklang steht, wenn die Beklagte zu einzelnen Voraussetzungen in ihren Bescheiden keine Ausführungen gemacht hat.

Trotz Vorliegens aller Voraussetzungen ist der Erstattungsanspruch des § 128a AFG nach der Rechtsprechung des 11. Senats nur dann gegeben, wenn der Arbeitgeber von der Beklagten darüber belehrt worden ist, daß er sich ihm durch Verzicht auf die Wettbewerbsabrede entziehen kann. Der 11. Senat hat dies mit dem Grundsatz des Vorrangs der Vermittlung in Arbeit begründet. Daraus leite sich die Verpflichtung der Beklagten ab, den Arbeitgeber darüber zu belehren, daß er durch Verzicht auf die Einhaltung der Wettbewerbsklausel den Erstattungsanspruch abwenden könne, da dies den Weg zur uneingeschränkten Vermittlung eröffne. Eine solche Belehrungspflicht bestehe nicht nur, wenn bei klar erkennbarer Nichtigkeit der Wettbewerbsabrede zweifelhaft sei, ob der Arbeitgeber an ihr festhalten werde (BSG vom 27. April 1989 - 11 RAr 99/88 - in BSGE 65, 72, 75 = SozR 4100 § 128a Nr 2), oder wenn das Verhalten des Arbeitgebers Zweifel daran aufkommen lasse, ob er auf der Einhaltung der Wettbewerbsabrede bestehe (BSG vom 9. November 1989 - 11 RAr 75/88 -), sondern in allen Fällen, in denen eine entsprechende Belehrung einen Verzicht zur Folge haben könne, auch wenn der Arbeitgeber schon im Verwaltungsverfahren rechtskundig vertreten gewesen sei (BSG vom 13. März 1990 - 11 RAr 50/86 - und - 11 RAr 1/88 -). Indessen entfalle die Belehrungspflicht, wenn ein Verzicht auf das Wettbewerbsverbot ausgeschlossen erscheine, etwa weil der Arbeitgeber sein Interesse an Beibehaltung der Wettbewerbsklausel näher dargelegt habe (BSG vom 13. März 1990 - 11 RAr 1/88 -).

Die vorstehenden Ausführungen des 11. Senats betreffen Fallgestaltungen, bei denen die Beklagte schon vor der Leistungsgewährung vom Bestehen der Wettbewerbsabrede erfahren hat. Für diese Fälle folgt der erkennende Senat der Auffassung des 11. Senats von der Belehrungspflicht der Beklagten. Im vorliegenden Fall geht aus dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG hervor, daß die Beklagte schon vor der Alg-Gewährung vom Bestehen des Wettbewerbsverbots Kenntnis erhalten hat. Sie hätte



somit bei der Klägerin anfragen können und müssen, ob diese auf die Wettbewerbsklausel verzichte.

Das LSG hat zu den Fragen, ob die Klägerin von der Beklagten belehrt worden ist und wie sie sich auf eine Belehrung hin verhalten hätte bzw ob sie ihr Interesse an der Beibehaltung der Wettbewerbsklausel näher dokumentiert hat, keine Feststellungen getroffen. Der Senat kann die fehlenden Feststellungen nicht selbst nachholen. Demgemäß muß das Urteil des LSG aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen werden (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). Bei seiner Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits wird das LSG zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte sich mit Rücksicht auf ihr Teilerkenntnis verpflichtet hat, 2/5 der der Klägerin entstandenen außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu übernehmen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)