Aufsatz ZR

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Hamann* und Wiss. Mitarb. Ass. Dipl.-Kffr. Tanja Rudnik

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeitsrecht

DOI 10.1515/jura-2016-0097

Bei qualifizierten Fach- und Führungskräften stehen Arbeitgeber nicht selten vor der Frage: Wie kann man den Arbeitnehmer daran hindern, mit den im Unternehmen erworbenen Kenntnissen Konkurrenten zu stärken oder selbst zum Konkurrenten zu werden? Während des Arbeitsverhältnisses gilt für Arbeitnehmer ein umfassendes gesetzliches Wettbewerbsverbot gemäß §§ 60, 61 HGB. Dieses wird auch als vertragliches Wettbewerbsverbot bezeichnet¹, weil es Ausprägung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB ist². Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer hingegen zu seinem ehemaligen Arbeitgeber in Konkurrenz treten. Dabei kann er auch sein im Arbeitsverhältnis erworbenes Erfahrungswissen einschließlich der Kenntnis von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen einsetzen und in den Kundenkreis des Arbeitgebers eindringen³. Will der Arbeitgeber dies verhindern, so muss er mit dem Arbeitnehmer eine Wettbewerbsvereinbarung schließen, die sich auf die Zeit nach Vertragsende erstreckt. Dieser Beitrag untersucht die Anforderungen an die Vereinbarung eines solchen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und seine Rechtsfolgen.

¹ Z. B. Fuhlrott, AuA 2014, 522.

² Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 54 Rn. 1, früher als Treuepflicht bezeichnet, z. B. BAG v. 21. 10. 1970 – 3 AZR 479/69, BB 1971, 86.

³ BAG v. 19. 05. 1998 – 9 AZR 397/97, AP § 611 BGB Treuepflicht Nr. 11.

*Kontaktperson: Wolfgang Hamann, der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftsprivat- und Arbeitsrecht an der Universität Duisburg-Essen.

Tanja Rudnik, die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Wirtschaftsprivat- und Arbeitsrecht an der Universität Duisburg-Essen.

I. Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Ursprünglich nur für kaufmännische Angestellte, sog. Handlungsgehilfen, gedacht, gelten die §§ 74 ff. HGB über nachvertragliche Wettbewerbsverbote für alle Arbeitnehmer. Die früher praktizierte analoge Anwendung ist jetzt durch die Verweisung in § 110 Satz 2 GewO festgeschrieben. Analog werden die Wettbewerbsvorschriften heute noch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter angewandt⁴. Für Handelsvertreter besteht mit § 90a HGB eine Sonderregelung. Nicht anwendbar sind die §§ 74 ff. HGB auf Organmitglieder juristischer Personen, z. B. den Geschäftsführer einer GmbH⁵.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Fall 1: Arbeitnehmer A und Arbeitgeber U schließen am 30. 09. 2014 einen Aufhebungsvertrag mit folgendem Inhalt⁶:

»(1) Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung endet. Für den Verlust seines Arbeitsplatzes erhält A eine Abfindung von 125.000 €.

(2) Die Parteien sind sich darüber einig, dass A bis zum 30. 09. 2016 keine geschäftliche Tätigkeit in der Branche des U aufnehmen darf. Eine Karenzentschädigung wird nicht gezahlt.«

Nach zwei Wochen beginnt A sich zu langweilen und nimmt eine Konkurrenztaetigkeit auf. Zulässig?

Wettbewerbsverbote können in einem Vorvertrag⁷, bei Abschluss des Arbeitsvertrages, während der Vertragslaufzeit, anlässlich der Beendigung oder erst nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden⁸. Eines besonderen Schutzes durch das Gesetz bedarf der Arbeitnehmer

⁴ BGH v. 10. 04. 2003 – III ZR 196/02, NJW 2003, 1864, 1865; BAG v. 21. 01. 1997 – 9 AZR 778/95, NJW 1998, 99, 100.

⁵ BGH v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664.

⁶ Nach Bauer/Diller, Rn. 77.

⁷ BAG v. 18. 04. 1969 – 3 AZR 154/68, DB 1969, 1751.

⁸ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 20.

solange, wie er sich typischerweise in einer »Situation struktureller Unterlegenheit«⁹ befindet. Dies trifft vor und während des Arbeitsverhältnisses zu¹⁰. Umstritten ist die Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB, wenn das Wettbewerbsverbot zugleich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, z. B. in einem Aufhebungsvertrag. Teilweise wird argumentiert, der Arbeitnehmer befinde sich dann nicht mehr in derselben Zwangslage wie vor oder während des Arbeitsverhältnisses, da meist der Arbeitgeber eine Aufhebung des Arbeitsvertrages wünsche¹¹. BAG und h.L. wenden die §§ 74 ff. HGB hingegen zu Recht an, wenn das Wettbewerbsverbot in einem Aufhebungsvertrag vereinbart wird¹². Denn bei den Verhandlungen über den Abschluss des Aufhebungsvertrags besteht das Arbeitsverhältnis noch. Anders verhält es sich bei einer Wettbewerbsabrede, die zeitlich nach dem Ende der Vertragslaufzeit getroffen wird. Hier bedarf der ehemalige Arbeitnehmer nicht des Schutzes durch die §§ 74 ff. HGB¹³. Das soll sogar für ein (entschädigungsloses) Wettbewerbsverbot in einem (gerichtlichen) Vergleich gelten, mit dem der Arbeitsvertrag rückwirkend aufgelöst wird¹⁴. Denn bei Abschluss des Vergleichs ist das Arbeitsverhältnis in diesem Fall rechtlich bereits beendet. Dem kann nicht gefolgt werden. Kommt es für die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers auf die Verhandlungssituation an, spielt es keine Rolle, ob der Vergleich das Arbeitsverhältnis rückwirkend oder mit Wirkung für die Zukunft auflöst.

Das Wettbewerbsverbot in Fall 1 ist auch in einem Aufhebungsvertrag an den §§ 74 ff. HGB zu messen. Eine Karenzentschädigung soll ausdrücklich nicht gezahlt werden und wird auch nicht durch die vereinbarte Abfindung ersetzt¹⁵. Deshalb verstößt die Vereinbarung gegen § 74 Abs. 2 HGB und ist nichtig¹⁶. A darf eine Konkurrenztätigkeit ausüben.

9 So der Sprachgebrauch des BVerfG, z. B. Beschluss v. 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85, 87.

10 Moll/Reinfeld, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012, § 32 Rn. 8 ff.

11 LAG Düsseldorf v. 06. 06. 1974 – 7 Sa 116/74, DB 1974, 1915; Bauer/Diller, Rn. 77 ff.

12 BAG v. 03. 05. 1994 – 9 AZR 606/92, AP § 74 HGB Nr. 65; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 74 HGB Rn. 4; Hoß, DB 1997, 1818, 1820; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 22; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB, 3. Aufl. 2013, § 74 HGB Rn. 11; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 24.

13 BAG v. 08. 03. 1968 – 3 AZR 37/67, AP § 74 HGB Nr. 23; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 21.

14 Bauer/Diller, Rn. 78; Hoß, DB 1997, 1818, 1820; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 22.

15 BAG v. 03. 05. 1994 – 9 AZR 606/92, AP § 74 HGB Nr. 65.

16 St. Rspr., zuletzt BAG v. 15. 01. 2014 – 10 AZR 243/13, NZA 2014, 536, 538.

II. Rechte aus Wettbewerbsvereinbarungen

Zum besseren Verständnis der weiteren Ausführungen sei eine Besonderheit von Wettbewerbsvereinbarungen vorausgeschickt: Sie können nicht nur insgesamt wirksam oder unwirksam, sondern auch unverbindlich oder teilweise verbindlich sein.

1. Nichtigkeit

Aus einem nichtigen Wettbewerbsverbot kann keine Partei irgendwelche Rechte herleiten¹⁷. Auch wenn der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot einhält, kann der Arbeitgeber unter Berufung auf die Nichtigkeit die Zahlung einer Karenzentschädigung verweigern¹⁸. Regelmäßig berührt die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages nicht. Nur ausnahmsweise bei Tätigkeiten in hochsensiblen Bereichen kann sie zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages führen¹⁹.

2. Unverbindlichkeit

Gemäß § 75 d Satz 1 HGB kann sich der Arbeitgeber auf die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots nicht berufen, wenn die Parteien darin zum Nachteil des Arbeitnehmers von den Vorschriften der §§ 74 ff. HGB abweichen. Ist ein Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer unverbindlich, so steht ihm ein Wahlrecht zu: Er kann das Wettbewerbsverbot einhalten und die vereinbarte Karenzentschädigung beanspruchen oder er kann das Wettbewerbsverbot ablehnen²⁰. Das Wahlrecht kann ausdrücklich oder auch konkludent – z. B. durch Aufnahme einer Konkurrenztätigkeit oder durch Arbeitslosmeldung – ausgeübt werden²¹. Entscheidet sich der Arbeitnehmer für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots, so kann er sich später nicht mehr auf dessen Unverbindlichkeit berufen²². Nach § 264 Abs. 2 BGB analog kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine angemessene Frist zur Ausübung seines Wahlrechts set-

17 BAG v. 13. 09. 1969 – 3 AZR 138/68, NJW 1970, 626.

18 BeckOK ArbR/Hagen, Edition: 36, Stand: 01. 06. 2015, § 74a HGB Rn. 7.

19 MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 HGB Rn. 16; Oetker/Kotzian-Marggraf, § 74 Rn. 13.

20 BAG v. 07. 09. 2004 – 9 AZR 612/03, AP § 75 HGB Nr. 11.

21 BeckOK ArbR/Hagen, § 74a HGB Rn. 3.

22 BAG v. 05. 10. 1982 – 3 AZR 451/80, DB 1983, 834.

zen. Läuft sie fruchtlos ab, so geht das Wahlrecht auf den Arbeitgeber über²³.

3. Teilweise und vollständige Verbindlichkeit

Ein wirksames oder verbindliches Wettbewerbsverbot ist von beiden Parteien vollständig einzuhalten. Nach § 74 a Abs. 1 HGB ist das Verbot bei bestimmten Verstößen teilweise unverbindlich mit der Folge, dass es nur im zulässigen Umfang gilt. Der Anspruch auf die Karenzentschädigung bleibt dabei vollumfänglich bestehen²⁴.

III. Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots

1. Inhalt der Vereinbarung

a) Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

§ 110 Satz 1 GewO definiert das Wettbewerbsverbot als Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch die die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschränkt wird. Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag i. S. d. §§ 320 ff. BGB, in dem sich der Arbeitnehmer zur Unterlassung von Wettbewerb und der Arbeitgeber im Gegenzug zur Zahlung einer Karenzentschädigung verpflichtet. Erforderlich sind also zwei übereinstimmende Willenserklärungen; eine einseitige Anordnung durch den Arbeitgeber ist nicht möglich. Die Wettbewerbsabrede steht rechtlich unabhängig neben dem Arbeitsvertrag²⁵. In der Praxis wird sie dennoch häufig zeitgleich mit dem Arbeitsvertrag geschlossen und in dieselbe Urkunde aufgenommen. Denn vor Vertragsschluss ist der Arbeitnehmer am ehesten bereit, vom Arbeitgeber gewünschte Regelungen zu akzeptieren. Im Zweifel soll das Wettbewerbsverbot aber erst wirksam werden, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt oder zur Vorbereitung geschützte Informationen erhält²⁶.

Umfang und Inhalt des Wettbewerbsverbots können die Parteien innerhalb der gesetzlichen Grenzen definieren. Da die Regelungen zum Wettbewerbsverbot üblicherweise

vom Arbeitgeber vorformuliert werden, handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) i. S. d. §§ 305 ff. BGB. Für diese gelten das Verbot überraschender Klauseln (§ 305 c Abs. 1 BGB) und die Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB). Da Wettbewerbsverbote nicht unüblich und ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, liegt jedenfalls bei Fach- und Führungskräften keine überraschende Klausel vor. Nur wenn sich das Wettbewerbsverbot unter unpassender Überschrift an versteckter Stelle befindet, wird es nach § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil²⁷. Wegen § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB findet keine Inhaltskontrolle der Hauptpflichten des Wettbewerbsverbots, sondern lediglich eine Sittenwidrigkeitskontrolle gemäß § 138 BGB statt²⁸. Unwirksam wäre etwa ein Verbot jedweder beruflichen Tätigkeit²⁹. Außerdem unterliegt die Beschreibung der Hauptpflichten der Wettbewerbsvereinbarung dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ist es auch auf diejenigen Bestimmungen anwendbar, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Dazu zählen einerseits die Beschreibungen der Hauptleistungspflichten, andererseits deklaratorische Klauseln, die das Gesetz unverändert wiedergeben³⁰.

b) Zusage einer Karenzentschädigung

Fall 2: Der Arbeitsvertrag zwischen A und U enthält folgende Klausel:

»§ 15. Wettbewerbsvereinbarung.

(1) A verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer von zwei Jahren für kein Konkurrenzunternehmen selbständig oder unselbständig tätig zu werden.

(2) U verpflichtet sich, dem A für die Dauer des Wettbewerbsverbots eine Entschädigung zu zahlen, die in sein Ermessen gestellt wird.«

Wie vereinbart, unterlässt A nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeden Wettbewerb zu U und fragt sich nun, ob und in welcher Höhe er Anspruch auf eine Karenzentschädigung hat.

Eine verbindliche Wettbewerbsvereinbarung setzt gemäß § 74 Abs. 2 HGB eine Verpflichtung des Arbeitgebers voraus, für die Dauer der Karenz eine Entschädigung zu

²³ BAG v. 22. 05. 1990 – 3 AZR 647/88, NZA 1991, 263.

²⁴ BAG v. 21. 04. 2010 – 10 AZR 288/09, BAGE 134, 147.

²⁵ Oetker/Kotzian-Marggraf, § 74 HGB Rn. 13.

²⁶ BAG v. 26. 05. 1992 – 9 AZR 27/91, NZA 1992, 976; v. 03. 02. 1987 – 3 AZR 523/85, NZA 1987, 813.

²⁷ Bauer/Diller, Rn. 187 f.

²⁸ LAG Rheinland-Pfalz v. 03. 08. 2012 – 9 SaGa 6/12, NZA-RR 2013, 15; LAG Baden-Württemberg v. 30. 01. 2008 – 10 Sa 60/07, NZA-RR 2008, 508; Bauer/Diller, Rn. 354 ff.; Hunold, NZA-RR 2013, 174, 175; Laskawy, NZA 2012, 1011, 1014; Neighbour, AuA 2011, 89, 90; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 52; Straube, BB 2013, 117.

²⁹ LAG Düsseldorf v. 28. 08. 1996 – 4 Sa 729/96, LAGE § 74 HGB Nr. 15; Hunold, NZA-RR 2007, 617, 618; Oetker/Kotzian-Marggraf, § 74 HGB Rn. 15.

³⁰ MüKoBGB/Wurnnest, § 307 BGB Rn. 20.

zahlen. Ihre Höhe muss mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreichen. Die Zusage einer Karenzentschädigung kann auch nicht durch andere Leistungen wie eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes³¹ oder erhöhte Versorgungsbezüge³² ersetzt werden. Deshalb muss der Arbeitgeber vor der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots sorgfältig abwägen³³: Verfügt dieser Arbeitnehmer tatsächlich in einem solchen Maße über Betriebsgeheimnisse oder Kundenkontakte, dass sein Verzicht auf eine Konkurrenz-tätigkeit die Zahlung der Entschädigung wert ist?

Ein Vergleich der gesetzlichen Vorschriften zum Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter (§ 90a HGB) und Arbeitnehmer (§ 74 HGB) zeigt einmal mehr, wie wichtig eine genaue Lektüre des Gesetzestextes ist: Handelsvertreter haben nach § 90a Abs. 1 Satz 3 HGB³⁴ bei Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Karenzentschädigung³⁵. Der Anspruch ist also zwingende (§ 90a Abs. 4 HGB) Rechtsfolge des Wettbewerbsverbots. Der Handelsvertreter kann eine Karenzentschädigung folglich selbst dann verlangen, wenn diese in der Wettbewerbsabrede nicht erwähnt wird³⁶. In § 74 Abs. 2 HGB ist die Zusage einer Karenzentschädigung dagegen als Voraussetzung eines verbindlichen Wettbewerbsverbots ausgestaltet. Ein Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung kann sich daher nicht aus dem Gesetz, sondern – sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach – allein aus der Wettbewerbsabrede ergeben.

Wird eine Karenzentschädigung unterhalb der in § 74 Abs. 2 HGB vorgesehenen Mindesthöhe vereinbart, so ist das Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer unverbindlich³⁷. Entscheidet sich der Arbeitnehmer für seine Einhaltung, so kann er nur die vertraglich zugesagte, geringere Entschädigung verlangen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist die Wettbewerbsabrede nichtig, wenn sie gar keine Entschädigung für die Karenz des Arbeitnehmers vorsieht³⁸. Das überrascht zunächst, weil § 74 Abs. 2 HGB nur von fehlender Verbindlichkeit spricht. Al-

lerdings hat aus einer unverbindlichen Abrede ohne Karenzentschädigung der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Wettbewerbsenthaltung und der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Die Vereinbarung bleibt also ohne jede Rechtsfolge, so dass die Unverbindlichkeit einer Nichtigkeit gleichkommt³⁹.

Von dem Fall, dass keine Karenzentschädigung vereinbart wurde, zu unterscheiden ist derjenige, in dem einer Wettbewerbsvereinbarung nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob die erforderliche Karenzentschädigung zugesagt wird oder nicht.

Beispiel: »A verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren ... Im Übrigen gelten die gesetzlichen Vorschriften der §§ 74 ff. HGB.«

Das BAG sieht in der Verweisung auf die §§ 74 ff. HGB die eindeutige Zusage einer Karenzentschädigung, so dass das Wettbewerbsverbot wirksam sei⁴⁰. Das stößt in der Literatur zu Recht auf Kritik⁴¹. Dagegen spricht die Systematik des Gesetzes. Die Zusage einer Karenzentschädigung ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Wettbewerbsverbots. Der Anspruch darauf wird – anders als bei § 90a HGB – gerade nicht durch Geltung des § 74 Abs. 2 HGB, sondern durch eine vertragliche Entschädigungszusage begründet. Selbst wenn dies im Rechtsverkehr anders verstanden werden sollte⁴², handelt es sich jedenfalls nicht um eine eindeutige Zusage. Richtigerweise sind derartige Fälle durch Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB zu lösen. Da der Arbeitgeber die Abrede i.d.R. vorformuliert hat, gehen Zweifel bei ihrer Auslegung zu seinen Lasten⁴³. Klagt der Arbeitgeber auf Wettbewerbsunterlassung, so wird er mangels eindeutiger Entschädigungszusage scheitern, weil das Wettbewerbsverbot nach § 74 Abs. 2 HGB i.V.m. § 305c Abs. 2 BGB unverbindlich ist⁴⁴. Der Arbeitnehmer kann hingegen aufgrund der Wettbewerbsvereinbarung i.V.m. § 305c Abs. 2 BGB eine Karenzentschädigung fordern, wenn er eine Wettbewerbstätigkeit unterlässt.

Unbefriedigend ist, dass Arbeitnehmer sich häufig auch an ein Wettbewerbsverbot gebunden fühlen, wenn eine als Entschädigungszusage auszulegende ausdrückliche Regelung völlig fehlt. Deshalb gehen einige Gerichte

31 BAG v. 03. 05. 1994 – 9 AZR 606/92, AP § 74 HGB Nr. 65.

32 BAG v. 15. 06. 1993 – 9 AZR 558/91, NZA 1994, 502.

33 Kittner, BB 2011, 1013, 1015.

34 »Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Handelsvertreter für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung eine angemessene Entschädigung zu zahlen.«

35 EBS/Löwisch, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, § 90a HGB Rn. 23; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 90a HGB Rn. 39.

36 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 90a Rn. 18.

37 St. Rspr., z. B. BAG v. 20. 10. 1981 – 3 AZR 1013/78, NJW 1982, 1479; v. 13. 09. 1969 – 3 AZR 138/68, BAGE 22, 125.

38 BAG v. 18. 01. 2000 – 9 AZR 929/98, juris, m. w. N.

39 BAG v. 18. 01. 2000, a. a. O.

40 BAG v. 28. 06. 2006 – 10 AZR 407/05, AP § 74 HGB Nr. 80; v. 31. 07. 2002 – 10 AZR 513/01, AP § 74 HGB Nr. 74; ebenso LAG Nürnberg v. 16. 06. 2005 – 8 Sa 986/04, BeckRS 2005, 42447.

41 Bauer/Diller, Rn. 439 ff.; Gravenhorst, NJW 2006, 3609, 3610 f.;

42 So BAG v. 28. 06. 2006, a. a. O.

43 Diller, NZA 2014, 1184, 1185; Gravenhorst, NJW 2006, 3609, 3611.

44 BAG v. 05. 09. 1995 – 9 AZR 718/93, NZA 1996, 700, 701 a

noch weiter und entnehmen einer salvatorischen Klausel⁴⁵ oder einer allgemeinen Gesetzesverweisung⁴⁶ eine konkludente Entschädigungszusage. Das ist abzulehnen⁴⁷. Auch die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB vermag dem Arbeitnehmer nicht zu einem Anspruch zu verhelfen, da jedenfalls das Schriftformgebot des § 74 Abs. 1 HGB⁴⁸ nicht eingehalten ist. Abhilfe kann hier ein Anspruch auf Wertersatz im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall, 818 Abs. 2 BGB) schaffen⁴⁹.

In Fall 2⁵⁰ soll nach der Wettbewerbsabrede eine Karenzentschädigung gezahlt werden. Jedoch ist nicht klar erkennbar, ob die gesetzliche Mindesthöhe erreicht wird, so dass das Wettbewerbsverbot unverbindlich ist. Entscheidet A sich für die Einhaltung des Verbots, dann hat er Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung, deren Höhe im Ermessen des U liegt. Gemäß § 315 Abs. 1 BGB muss U die Leistung nach billigem Ermessen festlegen. Dabei ist die gesetzliche Wertung des § 74 Abs. 2 HGB zu berücksichtigen. Deshalb schuldet U dem A für die Dauer von zwei Jahren eine Entschädigung in Höhe der Hälfte seines zuletzt bezogenen Gesamtarbeitsentgelts.

2. Grenzen

a) Berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers

Fall 3: A war als Marketingleiter bei U beschäftigt, der Fenster und Türen herstellt und an den Fachhandel vertreibt. Der Arbeitsvertrag enthielt folgende Bestimmung: »A verpflichtet sich, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für ein Unternehmen in Deutschland tätig zu sein, das sich mit der Herstellung oder dem Vertrieb von Fenstern oder Türen befasst.« Eine Karenzentschädigung in der gesetzlichen Mindesthöhe wurde zugesagt. Im Verbotszeitraum arbeitet A als selbständiger Handelsvertreter für einen Fachhändler, der Fenster und Türen an Endkunden verkauft. Muss U die Karenzentschädigung zahlen?

Nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ist das Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Die sachliche und örtliche Ausdehnung des Verbots

muss zum Zeitpunkt der Wettbewerbsenthaltung gerechtfertigt sein⁵¹. Sachlich ist ein finaler Zusammenhang zwischen der bisherigen Funktion des Arbeitnehmers und dem Wettbewerbsverbot erforderlich. Ein berechtigtes geschäftliches Interesse liegt nur vor, wenn der Arbeitgeber Betriebsgeheimnisse schützen oder den ausgeschiedenen Mitarbeiter daran hindern will, unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder persönlicher Kontakte in seinen Kunden- oder Lieferantenkreis einzubrechen⁵². Dient ein Wettbewerbsverbot hingegen lediglich dazu, die Stärkung der Konkurrenz durch einen fähigen Mitarbeiter zu verhindern⁵³, Arbeitnehmer an das Unternehmen zu binden⁵⁴ oder abkehrwillige Arbeitnehmer zu bestrafen⁵⁵, dann ist es unverbindlich. Dementsprechend wäre ein Wettbewerbsverbot für Arbeitnehmer in untergeordneter Position kaum jemals verbindlich⁵⁶. Die örtliche Reichweite des Wettbewerbsverbots richtet sich nach dem Betätigungsfeld des Arbeitgebers, da nur dort Konkurrenz entstehen kann⁵⁷.

In Fall 3⁵⁸ kann U nicht verlangen, dass A den Verkauf von Fenster und Türen an Endkunden unterlässt. Eine Vertriebstätigkeit auf einer anderen Handelsstufe ist regelmäßig keine unerlaubte Konkurrenzaktivität, an deren Untersagung der ehemalige Arbeitgeber ein berechtigtes geschäftliches Interesse hat⁵⁹. Der neue Arbeitgeber des A steht mit U nicht im Wettbewerb, da er mit den Endverbrauchern einen völlig anderen Kundenkreis anspricht. Folglich hat A das Wettbewerbsverbot eingehalten, soweit es verbindlich ist. U muss die Karenzentschädigung zahlen.

b) Keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers

Darüber hinaus ist ein Wettbewerbsverbot unverbindlich, soweit es auch unter Berücksichtigung der Entschädigung das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert (§ 74a Abs. 1 Satz 2 HGB). Dies muss unter Einbeziehung

⁴⁵ LAG Hamm v. 18. 02. 2014 – 14 Sa 806/13, BeckRS 2014, 67411.

⁴⁶ LAG Köln v. 28. 05. 2010 – 10 Sa 162/10, BeckRS 2010, 74441; umgekehrt LAG Berlin v. 08. 05. 2003 – 16 Sa 261/03, LAGReport 2003, 253.

⁴⁷ Ebenso *Bauer/Diller*, Rn. 444; *Diller*, NZA 2014, 1184, 1186; *Hunold*, NZA-RR 2013, 173, 176.

⁴⁸ S. u. III. 3.

⁴⁹ *Diller*, NZA 2014, 1184, 1186.

⁵⁰ Nach BAG v. 15. 01. 2014 – 10 AZR 243/13, NZG 2014, 1073.

⁵¹ BAG v. 21. 04. 2010 – 10 AZR 288/09, BAGE 134, 147.

⁵² BAG v. 01. 08. 1995 – 9 AZR 884/93, AP § 74a HGB Nr. 5; BeckOK ArbR/*Hagen*, § 74a HGB Rn. 8; MüKoHGB/von *Hoyningen-Huene*, § 74a HGB Rn. 3; *Bauer/Diller*, Rn. 305.

⁵³ BAG v. 01. 08. 1995, a. a. O.; LAG Thüringen v. 11. 06. 2001 – 8 Sa 418/00, ZIP 2002, 587.

⁵⁴ BAG v. 13. 12. 1968 – 3 AZR 343/67, DB 1969, 973.

⁵⁵ BGH v. 18. 07. 2005 – II ZR 159/03, NJW 2005, 3061.

⁵⁶ *Laskawy*, NZA 2012, 1011, 1013.

⁵⁷ BeckOK ArbR/*Hagen*, § 74a Rn. 13; *Urban*, ArbRAktuell 2012, 241, 242.

⁵⁸ Nach BAG v. 21. 04. 2010 – 10 AZR 288/09, BAGE 134, 147.

⁵⁹ So auch BAG v. 08. 03. 2006 – 10 AZR 349/05, NZA 2006, 854, 857f.

aller Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Beispielsweise spielen Alter und berufliche Position des Arbeitnehmers, die Mobilität seiner Berufsgruppe sowie eine vorherige längere Freistellungsperiode eine Rolle bei der Entscheidung der Frage, ob der Umfang des Wettbewerbsverbots angesichts der Entschädigungshöhe unbillig ist⁶⁰.

c) Höchstdauer von zwei Jahren

Gemäß § 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB darf sich das Wettbewerbsverbot maximal auf einen Zeitraum von zwei Jahren ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstrecken. Auch durch Unterbrechungen kann diese Höchstdauer nicht verlängert werden. Die Vereinbarung eines kürzeren Zeitraums ist selbstverständlich möglich. Vereinbaren die Parteien ein mehr als zwei Jahre dauerndes Wettbewerbsverbot, so ist dieses für die Dauer von zwei Jahren verbindlich. Darüber hinaus ist es unverbindlich, so dass dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht bezüglich seiner Einhaltung zusteht⁶¹.

d) Keine Nichtigkeit

§ 74 a Abs. 2 HGB beschreibt Konstellationen, in denen das Wettbewerbsverbot nicht nur (teilweise) unverbindlich, sondern nichtig ist. Praktisch relevant ist vor allem, dass die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit einem minderjährigen Arbeitnehmer nicht möglich ist. Seine gesetzlichen Vertreter können die Vereinbarung weder nachträglich genehmigen noch stellvertretend abschließen⁶². Zudem kann sich die Nichtigkeit des Verbots auch aus § 138 BGB ergeben (§ 74 a Abs. 3 HGB).

Nach § 74 Abs. 1 HGB bedarf die Wettbewerbsabrede der Schriftform i. S. d. § 126 BGB. Beide Parteien müssen also dieselbe Urkunde oder die jeweils für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnen (§ 126 Abs. 2 BGB). Die Schriftform muss alle Bestimmungen und Nebenabreden umfassen. Dabei kann die Wettbewerbsabrede in den Arbeitsvertrag aufgenommen oder in einer eigenen Urkunde niedergelegt werden. Ist nur der Arbeitsvertrag unterschrieben, so genügt es, wenn die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots so mit dem Arbeitsvertrag verbunden ist, dass sich eine Gesamturkunde ergibt⁶³. Wird die Schriftform nicht eingehalten, dann ist die Wettbewerbsvereinbarung gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig⁶⁴. Nur in Ausnahmefällen kann sich der Arbeitgeber auf den Formmangel nicht berufen, wenn er die Unterzeichnung des formnichtigen Wettbewerbsverbots zur Einstellungsvoraussetzung erklärt und dabei behauptet hat, die gesetzlichen Bestimmungen seien eingehalten⁶⁵.

Außerdem muss der Arbeitgeber nach § 74 Abs. 1 HGB eine von ihm unterzeichnete Urkunde mit den vereinbarten Bestimmungen an den Arbeitnehmer aushändigen. Dabei handelt es sich nicht um eine Formvorschrift i. S. d. § 125 BGB, sondern um eine bloße Dokumentationsregelung⁶⁶. Der Arbeitnehmer soll sich jederzeit ohne Mitwirkung des Arbeitgebers mit dem Inhalt des Wettbewerbsverbots befassen können.

In Fall 4 hat A keine unterzeichnete Urkunde ausgehändigt bekommen, sondern lediglich eine Kopie ohne Originalunterschrift des U. Das genügt den Anforderungen des § 74 Abs. 1 HGB nicht⁶⁷. Dennoch ist das Wettbewerbsverbot nicht nach § 125 Satz 1 BGB wegen Formmangels nichtig, sondern nur für A unverbindlich⁶⁸. Da sich A für einen Verzicht auf eine Konkurrenz-tätigkeit entschieden hat, kann er von U auch die vereinbarte Karenzentschädigung verlangen.

3. Formelle Voraussetzungen

Fall 4: Arbeitgeber U und Arbeitnehmer A vereinbaren ein inhaltlich einwandfreies Wettbewerbsverbot. Dazu setzen sie zusätzlich zum Arbeitsvertrag ein separates Schriftstück auf, das beide Parteien unterschreiben. A erhält eine Kopie. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verzichtet A auf eine Konkurrenz-tätigkeit und verlangt die vereinbarte Karenzentschädigung. U meint, er müsse nicht zahlen, weil das Wettbewerbsverbot aus formellen Gründen unwirksam sei.

4. Vertragsgestaltungen zur Gesetzesumgehung

Um die Zahlung einer Karenzentschädigung zu vermeiden, versuchen Arbeitgeber immer wieder, Gestaltungen zu entwickeln, die ihnen die Vorteile eines Wettbewerbsverbots sichern, aber keine Kosten verursachen.

⁶⁰ Bauer/Diller, Rn. 343.

⁶¹ LAG Düsseldorf v. 04. 03. 1997 – 3 Sa 1644/96, NZA-RR 1998, 58; Laskawy, NZA 2012, 1011, 1013.

⁶² BeckOK ArbR/Hagen, § 74 a HGB Rn. 17.

⁶³ BAG v. 30. 10. 1984 – 3 AZR 213/82, BAGE 47, 125.

⁶⁴ BAG v. 14. 07. 2010 – 10 AZR 291/09, NZA 2011, 413.

⁶⁵ LAG Düsseldorf v. 04. 12. 2009 – 9 Sa 717/09, BeckRS 2010, 67734.

⁶⁶ BAG v. 23. 11. 2004 – 9 AZR 595/03, NZA 2005, 411.

⁶⁷ Bauer/Diller, Rn. 202.

⁶⁸ BAG v. 23. 11. 2004, a. a. O.

a) Bedingtes Wettbewerbsverbot

Fall 5: Der Arbeitsvertrag zwischen Marketingleiter A und seinem Arbeitgeber U enthält folgende Klausel: »A verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwei Jahre lang nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein. Für die Dauer des Wettbewerbsverbots zahlt U, wenn er es in Anspruch nimmt, eine Karenzentschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB.« Im fraglichen Zeitraum ist A für ein branchenfremdes Unternehmen tätig und verlangt die Karenzentschädigung. U meint, er müsse nicht zahlen, da er auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichte.

Bei Abschluss des Arbeitsvertrages gelingt es dem Arbeitgeber am ehesten, gewünschte Vereinbarungen durchzusetzen. Allerdings kann er häufig nicht beurteilen, ob ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist. Deshalb hat er ein Interesse daran, den Arbeitnehmer bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses zu verpflichten, sich selbst die Entscheidung über das Wettbewerbsverbot aber noch offen zu halten. Diesem Zweck dient ein bedingtes Wettbewerbsverbot.

Bei der Wirksamkeit bedingter Wettbewerbsverbote ist zu unterscheiden: Steht das Wettbewerbsverbot unter einer Potestativbedingung, soll seine Geltung also allein vom Willen des Arbeitgebers abhängen, käme seine Wirkung einem entschädigungslosen Wettbewerbsverbot gleich. Bei der Suche nach einer Anschlussbeschäftigung müsste der Arbeitnehmer mit dem Verbot rechnen und seinen neuen Arbeitsplatz entsprechend wählen. Sodann könnte der Arbeitgeber unter Verzicht auf das Wettbewerbsverbot die Zahlung einer Karenzentschädigung verweigern. Gestaltungen, die zu diesem Ergebnis führen würden, haben nach allgemeiner Auffassung die Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots zufolge⁶⁹. Das Wahlrecht steht also dem Arbeitnehmer und nicht – wie beabsichtigt – dem Arbeitgeber zu. Das gilt bei aufschiebenden Bedingungen, die den Eintritt des Wettbewerbsverbots an eine Erklärung des Arbeitgebers knüpfen. Ebenso zu beurteilen sind weit reichende Freigabe- oder Verzichtsmöglichkeiten, die eine Erklärung des Arbeitgebers als auflösende Bedingung eines Wettbewerbsverbots vorsehen⁷⁰.

Zulässig ist es dagegen, die Geltung des Wettbewerbsverbots vom Eintritt einer objektiven Bedingung abhängig zu machen. Es muss ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran bestehen, dass das Wettbewerbsverbot nur unter dieser Bedingung gilt. Bejaht werden kann das et-

wa, wenn die Geltung des Wettbewerbsverbots erst nach einer bestimmten Dauer des Arbeitsverhältnisses eintreten soll⁷¹. Denn häufig wird der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erst erforderlich, wenn sich der Arbeitnehmer in einer Einarbeitungsphase bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten angeeignet hat. Auch das Erreichen einer bestimmten Position oder Gehaltsgrenze oder die Einführung eines neuen technischen Verfahrens können als Bedingung für die Geltung eines Wettbewerbsverbots festgelegt werden⁷². Denkbar sind auch auflösende Bedingungen wie der Anspruch auf Altersrente⁷³ oder der Entzug eines Aufgabengebietes. Kann der Arbeitgeber – wie im letzteren Fall – den Eintritt der Bedingung durch sein Verhalten beeinflussen, so wird der Arbeitnehmer durch § 162 Abs. 2 BGB geschützt. Danach kann sich eine Partei nicht auf den Eintritt einer Bedingung berufen, wenn sie diesen wider Treu und Glauben herbeigeführt hat.

In Fall 5 ist das Wettbewerbsverbot für A unverbindlich, weil seine Geltung allein von einer Erklärung des U abhängen soll. Da A auf eine Konkurrenzfähigkeit verzichtet, hat er Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung.

b) Vorvertrag

Nach einem neueren Urteil des BAG⁷⁴ ist ein Vorvertrag, in dem sich der Arbeitnehmer ohne zeitliche Begrenzung zur Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots verpflichtet, mit einem bedingten Wettbewerbsverbot gleichzusetzen. Könnte der Arbeitgeber seine Rechte aus dem Vorvertrag beliebig geltend machen, so befände sich der Arbeitnehmer bei der Wahl einer Anschlussbeschäftigung in demselben Dilemma. Auch in diesem Fall entsteht deshalb ein für den Arbeitnehmer unverbindliches Wettbewerbsverbot. Andererseits hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran, vor einer Entscheidung über das Ob und Wie eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots die Entwicklung des Arbeitnehmers abzuwarten. Jedenfalls muss der Anspruch des Arbeitgebers auf den Zeitraum vor einer Kündigung oder Aufhebung des Arbeitsvertrages begrenzt werden⁷⁵. Im gesetzlichen Umfang kann dem Arbeit-

⁶⁹ BAG v. 05. 10. 1982 – 3 AZR 451/80, AP § 74 HGB Nr. 42; v. 19. 01. 1978 – 3 AZR 573/77, NJW 1978 1023; Laskawy, NZA 2012, 1011, 1015; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 26; Bauer/Diller, Rn. 498.

⁷⁰ Bauer/Diller, Rn. 501ff.

⁷¹ BAG v. 13. 07. 2005 – 10 AZR 532/04, AP § 74 HGB Nr. 78; Kittner, BB 2011, 1013, 1016.

⁷² Bauer/Diller, Rn. 515.

⁷³ Bauer/Diller, Rn. 516, 518ff.

⁷⁴ BAG v. 14. 07. 2010 – 10 AZR 291/09, NZA 2011, 413.

⁷⁵ BAG v. 14. 07. 2010, aaO; Bauer/Diller, Rn. 490f.; Humold, NZA-RR 2013, 174, 175; Laskawy, NZA 2012, 1011, 1016; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 29.

nehmerschutz aber nur durch eine analoge Anwendung von § 75a HGB Rechnung getragen werden⁷⁶. Der Arbeitgeber muss auf seine Rechte aus dem Vorvertrag mindestens ein Jahr vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verzichten, um die Zahlung einer Karenzentschädigung zu vermeiden.

c) Geheimhaltungsklausel

Fall 6: A war 32 Jahre lang als Entwicklungsleiter bei U, einem führenden Unternehmen der kunststoffverarbeitenden Industrie, beschäftigt. Dort befasste er sich mit der Entwicklung und Produktionsverbesserung von Kantenbändern. Im Aufhebungsvertrag verpflichtete sich A entschädigungslos, »über alle ihm bei U bekannt gewordenen Geschäftsvorgänge zu Kantenbändern, insbesondere technische Verfahrensabläufe, Rezepturen, Werkzeugkonzeptionen, Kunden, Preise und Produkte, auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Stillschweigen zu bewahren«. Nach seinem Ausscheiden gibt A sämtliche Informationen zu Kantenbändern an X, seinen neuen Arbeitgeber, weiter. Zulässig?

Gesetzliche Verschwiegenheitspflichten wirken nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur noch punktuell fort. Darüber hinaus können die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden bestimmte Betriebsgeheimnisse nicht nutzt oder weitergibt⁷⁷. Allerdings können solche Klauseln den Arbeitnehmer in seiner beruflichen Entwicklung ähnlich wie ein Wettbewerbsverbot behindern. Bei der Beurteilung ihrer Wirksamkeit stellt das BAG einerseits darauf ab, welche Form der Verwertung dem Arbeitnehmer untersagt wird⁷⁸. So kann ein reiner Verkauf von Betriebsgeheimnissen (z. B. Rezepturen, Kundenlisten) an interessierte Unternehmen grundsätzlich entschädigungslos ausgeschlossen werden, nicht hingegen die Nutzung im Rahmen einer neuen beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers⁷⁹. Hier ist die Grenze zum entschädigungspflichtigen Wettbewerbsverbot schon dann überschritten, wenn die Geheimhaltungsklausel eine spürbare Beeinträchtigung der Berufsausübung bewirkt⁸⁰.

In Fall 6⁸¹ hat U den Umfang der Betriebsgeheimnisse so sehr ausgedehnt, dass das Geheimhaltungsgebot einem entschädigungslosen und damit nichtigen Wettbewerbsverbot gleich-

kommt. Deshalb verstößt A mit der Verwertung seiner Kenntnisse nicht gegen ein Verbot.

d) Mandantenschutz- und -übernahmeklausel

Fall 7: A ist als Rechtsanwalt bei der Rechtsanwaltsgesellschaft U beschäftigt. Sein Arbeitsvertrag enthält folgende Bestimmung: »A ist verpflichtet, an U 20% der Nettohonorare abzuführen, die er innerhalb von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Mandanten verdient, die während der Vertragslaufzeit von U betreut wurden.« Nach seinem Ausscheiden tritt A in ein Arbeitsverhältnis mit einer anderen örtlichen Rechtsanwaltsgesellschaft und nimmt einen Teil seines Mandantenstammes mit. U verlangt Zahlung von 20% des Honorars.

Mandanten- oder Kundenschutzklauseln sind vor allem bei Angehörigen freier Berufe wie Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, aber auch bei Außendienstmitarbeitern und IT-Spezialisten üblich. Allgemeine Mandantenschutzklauseln verbieten dem Arbeitnehmer die Betreuung von Mandanten seines ehemaligen Arbeitgebers als Selbständiger oder in einem neuen Beschäftigungsverhältnis. Da sie die Erwerbstätigkeit einem Wettbewerbsverbot vergleichbar einschränken, sind zu ihrer Wirksamkeit die §§ 74 ff. HGB einzuhalten⁸². Beschränkte Mandantenschutzklauseln untersagen nur die aktivewerbung von Mandanten des früheren Arbeitgebers bei Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit und sind nach Auffassung des BAG entschädigungslos wirksam⁸³.

Bei einer Mandantenübernahmeklausel darf der ausgeschiedene Arbeitnehmer zwar Mandanten seines ehemaligen Arbeitgebers beliebig übernehmen, muss dafür aber einen gewissen Honoraranteil aus diesen Mandaten an ihn abführen. Nach h. M. sind Mandantenübernahmeklauseln auch ohne Zusage einer Karenzentschädigung wirksam, soweit sie dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dienen und das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschweren⁸⁴. Erst wenn die Konditionen so gestaltet sind, dass sich die Bearbeitung der Mandate für den ehemaligen Arbeitnehmer wirtschaftlich nicht mehr lohnt, handele es sich um eine verdeckte Mandantenschutzklausel. Denn faktisch werde er dadurch als Konkurrent ausgeschaltet.

⁷⁶ Löwe, Der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, Diss., Frankfurt a. M. 1988, S. 97 ff.; ablehnend Bauer/Diller, Rn. 490.

⁷⁷ BAG v. 16. 03. 1982 – 3 AZR 83/79, BAGE 41, 21.

⁷⁸ BAG v. 15. 06. 1993 – 9 AZR 558/91, NZA 1994, 502, 506.

⁷⁹ MüArbR/Reichold, § 48 Rn. 44; Schwab, AiB 2011, 512, 514.

⁸⁰ Bauer/Diller, Rn. 124; a. A. Gaul, ZIP 1988, 689, 693.

⁸¹ Nach BAG v. 19. 05. 1998 – 9 AZR 394/97, AP § 611 BGB Treuepflicht Nr. 11.

⁸² BAG v. 11. 12. 2013 – 10 AZR 286/13, NZA 2014, 433.

⁸³ BAG v. 16. 07. 1971 – 3 AZR 384/70, BAGE 23, 382; krit. Bauer/Diller, Rn. 111.

⁸⁴ BAG v. 07. 08. 2002 – 10 AZR 586/01, BAGE 102, 145; LAG Köln v. 24. 08. 2007 – 11 Sa 241/07, NZA-RR 2008, 10; Bohle, MDR 2003, 140, 141; BeckOK ArbR/Hagen, § 74 HGB Rn. 16; Küttner/Poeche, Personalbuch, 22. Aufl. 2015, Wettbewerbsverbot, Rn. 5; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 21; Bauer/Diller, Rn. 134.

Die Gegenansicht⁸⁵ argumentiert insbesondere, dass Mandantenübernahmeklauseln als AGB des Arbeitgebers den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie sehen ohne Gegenleistung eine Honorarabführungspflicht vor, obwohl mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Wettbewerbsenthaltung endet. Das ist überzeugend. Der Arbeitgeber verschafft sich einseitig einen Vorteil auf Kosten des Arbeitnehmers. Eine Mandantenübernahmeklausel gewährt ihm einen Zahlungsanspruch, der ihm nach dem Gesetz nicht zusteht. Zugleich wird die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers spürbar beeinträchtigt, ohne dass er einen Ausgleich, z.B. eine Karenzentschädigung, erhält. Die Bestimmung ist deshalb mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 74 ff. HGB unvereinbar und gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam⁸⁶.

Fall 7⁸⁷ lässt sich bereits durch Auslegung der Klausel lösen: Verpflichtet ist A nur zur Abführung von »Nettohonore[n] ..., die er ... verdient«. Das lässt auf eine Anwendbarkeit nur im Falle einer selbständigen Tätigkeit schließen. Bezieht man die Regelung auch auf eine unselbständige Berufsausübung, so handelt es sich um eine verdeckte Mandantenschutzklausel. Die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses ist bei Übernahme der Mandate für A möglicherweise gar nicht lohnend, weil die an U zu zahlende Summe je nach Honorarhöhe sein Arbeitsentgelt übersteigen kann. Deshalb könnte die Klausel A als Konkurrenten ausschalten und die Regeln über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in unzulässiger Weise umgehen. Zugleich liegt eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 und 2 BGB vor. Die Klausel ist unwirksam.

IV. Rechtsfolgen eines wirksamen Wettbewerbsverbots

1. Anspruch auf Wettbewerbsenthaltung

Inwieweit sich der Arbeitnehmer des Wettbewerbs enthalten muss, ergibt sich aus der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der wirksamen Vereinbarung. Wettbewerbsverbote können unternehmens- oder tätigkeitsbezogen sein. Von einer allgemeinen oder unternehmensbezogenen Konkurrenzklausel spricht man, wenn dem Arbeitnehmer jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen untersagt

wird. Dabei genügt bereits eine nicht unerhebliche Überschneidung der Angebotspalette⁸⁸. Als partielle oder tätigkeitsbezogene Konkurrenzklausel bezeichnet man eine Vereinbarung, die dem Arbeitnehmer nur eine Tätigkeit auf seinem bisherigen Arbeitsgebiet verwehrt. Denkbar ist dabei jeweils eine Beschränkung auf selbständige oder unselbständige Tätigkeiten.

2. Anspruch auf Karenzentschädigung

Fall 8: Das Arbeitsverhältnis zwischen A und U endet nach dem Arbeitsvertrag, wenn A Anspruch auf eine Altersrente hat. Zudem ist ein wirksames Wettbewerbsverbot für die Dauer eines Jahres vereinbart. Als A das Rentenalter erreicht, lehnt U die Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung ab. Da A in den Ruhestand getreten sei, sei eine Konkurrenztaetigkeit ohnehin ausgeschlossen. Zudem müsse sich A böswillig unterlassene Einnahmen anrechnen lassen. Denn U habe ihm für die Karenzzeit eine Weiterbeschäftigung angeboten, die A abgelehnt hat. A hatte nämlich bereits Monate zuvor einen Wohnwagen gekauft, um unmittelbar nach Renteneintritt mit seiner Frau eine mehrmonatige Europareise zu unternehmen. Muss U zahlen?

Voraussetzung für den Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung ist, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot beachtet, soweit es verbindlich ist⁸⁹. Geschuldet wird also ein Unterlassen. Warum der Arbeitnehmer sich der Konkurrenz enthält und ob für ihn überhaupt die Möglichkeit einer Konkurrenztaetigkeit besteht, ist ohne Belang⁹⁰. Einzig wenn der Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe verbüßt, kann er nach § 74c Abs. 1 Satz 3 HGB keine Entschädigung fordern. Auf andere Hinderungsgründe ist diese Vorschrift nicht analog anwendbar⁹¹. Deshalb ist die Karenzentschädigung auch im Falle der Arbeitsunfähigkeit zu zahlen⁹².

In Fall 8⁹³ ist es also belanglos, dass A eine Konkurrenztaetigkeit möglicherweise nur unterlässt, weil er sich völlig aus dem Arbeitsleben zurückzieht.

Bei der Berechnung der Karenzentschädigung sind sämtliche Geld- und Sachleistungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen; neben dem Grundgehalt also auch Sonderleistungen wie Dienstwagen oder Werkwohnungen und

⁸⁵ LAG Schleswig-Holstein v. 01. 07. 2014 – 1 Sa 392/13, DStRE 2015, 311; Arens/Pelke, DStR 2014, 2364; Degen, NZA 2013, 349; Meier, NZA 2013, 253, 256 f.; ausdrücklich offengelassen in BAG v. 11. 12. 2013 – 10 AZR 286/13, NZA 2014, 433, 435.

⁸⁶ Ebenso Meier, NZA 2013, 253, 256 f.

⁸⁷ Nach BAG v. 11. 12. 2013, a. a. O.

⁸⁸ BAG v. 13. 12. 1968 – 3 AZR 434/67, DB 1969, 973.

⁸⁹ BAG v. 21. 04. 2010 – 10 AZR 288/09, BAGE 134, 147.

⁹⁰ BAG v. 03. 07. 1990 – 3 AZR 96/89, AP § 74 HGB Nr. 61; Hunold, NZA-RR 2007, 617, 623.

⁹¹ BAG v. 23. 11. 2004 – 9 AZR 595/03, NZA 2005, 411, 412.

⁹² BAG v. 23. 11. 2004, a. a. O.; LAG Köln v. 17. 03. 2011 – 6 Sa 1413/10, NZA-RR 2011, 513.

⁹³ Nach BAG v. 03. 07. 1990 – 3 AZR 96/89, AP § 74 HGB Nr. 61.

variable Gehaltsbestandteile wie Tantiemen, Boni oder Gratifikationen⁹⁴. Die Karenzentschädigung unterliegt der Einkommenssteuerpflicht (§§ 2 Abs. 1, 24 Nr. 2 bzw. Nr. 1 b) EStG)⁹⁵ und der Sozialversicherungspflicht⁹⁶.

Auch ohne besondere Vereinbarung muss sich der Arbeitnehmer nach § 74c HGB auf die Karenzentschädigung (teilweise) anrechnen lassen, was er im Verbotszeitraum durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Wie in § 615 Satz 2 BGB ist das Unterlassen von Erwerb als böswillig anzusehen, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände – also der Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber – vorsätzlich untätig bleibt⁹⁷. Das verpflichtet den Arbeitnehmer nicht, im Verbotszeitraum die bestbezahlte Tätigkeit anzunehmen. Er kann eine Stelle mit geringerer Vergütung wählen, sich trotz niedrigerer Einkünfte selbstständig machen oder auch ein Studium aufnehmen⁹⁸, sofern dies vernünftigen Ermessens entspricht⁹⁹.

Nimmt A mit 63 Jahren Altersrente in Anspruch, stellt dies kein böswilliges Unterlassen dar¹⁰⁰. Von einem Ende des Arbeitslebens sind die Parteien offenbar auch ausgegangen, als sie eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt vereinbart haben. Deshalb sind weder ein fiktives Einkommen noch die Altersrente anzurechnen¹⁰¹; letztere schon deshalb nicht, weil sie nicht durch die Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird. A erhält die volle Karenzentschädigung.

Obwohl auch das Arbeitslosengeld nicht durch Verwertung der Arbeitskraft erzielt wird, hat das BAG früher § 74c HGB analog angewandt. Eine zwischenzeitlich geltende Anrechnungsnorm (§ 148 Abs. 3 SGB III a. F.) hat der Gesetzgeber jedoch aufgehoben. Damit liegt eine gesetzgeberische Entscheidung vor, so dass nun keine Regelungslücke mehr besteht und eine Analogie ausgeschlossen ist. Entsprechend hat das BAG in einem *obiter dictum* Bedenken gegen die Anrechnung von Arbeitslosengeld geäußert¹⁰². Auch die Literatur spricht sich gegen eine Anrechnung aus¹⁰³.

⁹⁴ BAG v. 22. 10. 2008 – 10 AZR 360/08, AP § 74 HGB Nr. 83; Bauer/Diller, Rn. 376.

⁹⁵ Blümich/Heuermann/Fischer, Einkommenssteuergesetz, 127. Aufl. 2015, § 24 EStG Rn. 58.

⁹⁶ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74c HGB Rn. 9.

⁹⁷ Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 80.

⁹⁸ BAG v. 13. 02. 1996 – 9 AZR 931/96, NZA 1996, 1039.

⁹⁹ Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 80.

¹⁰⁰ BAG v. 03. 07. 1990, a. a. O.

¹⁰¹ BAG v. 30. 10. 1984 – 3 AZR 213/82, AP § 74 HGB Nr. 46.

¹⁰² BAG v. 14. 09. 2011 – 10 AZR 198/10, NZA-RR 2012, 98.

¹⁰³ Oetker/Kotzian-Marggraf, § 74c HGB Rn. 4; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 85.

V. Verletzung von Wettbewerbsverboten

1. Verstöße des Arbeitnehmers

Fall 9: Das wirksam vereinbarte Wettbewerbsverbot zwischen A und U enthält folgende Abrede: »Für jeden Fall der Zuwiderhandlung kann U eine Vertragsstrafe in Höhe von zwei durchschnittlichen Brutto-Monatseinkommen verlangen. Im Falle einer dauerhaften Verletzung des Wettbewerbsverbotes gilt jeder angebrochene Monat als eine erneute Verletzungshandlung.« Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zieht A in Erwägung, ein lukratives Vertragsangebot des K, eines Konkurrenten des U, anzunehmen. A fragt sich, mit welchen Nachteilen er rechnen müsste.

a) Rechte des Arbeitgebers nach dem BGB

Häufig wird der Arbeitgeber einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vermuten, ohne genaue Kenntnis über die Tätigkeit seines ehemaligen Arbeitnehmers zu haben oder die für eine Verletzung des Wettbewerbsverbots maßgeblichen Tatsachen nachweisen zu können. In dieser Situation hilft dem Arbeitgeber ein Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB¹⁰⁴. Voraussetzung sind objektive Verdachtsmomente, die zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes begründen. Sinnvollerweise wird der Auskunftsanspruch im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO geltend gemacht, um die Durchsetzung weiterer Ansprüche vorzubereiten¹⁰⁵.

Dem Arbeitgeber stehen alle Ansprüche zu, die das Gesetz bei Vertragsverstößen vorsieht. Zunächst kann er die Erfüllung der Wettbewerbsvereinbarung – also die Unterlassung von Wettbewerb – verlangen, wenn er nach Aufnahme der Konkurrenztaetigkeit noch ein berechtigtes Interesse daran hat¹⁰⁶. Hat der ehemalige Arbeitnehmer einem Konkurrenten bereits alle ihm bekannten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mitgeteilt, verfehlt der Unterlassungsanspruch sein Ziel. Damit das Wettbewerbsverbot für den Arbeitgeber noch vorteilhaft ist, müssen Verstöße also schnell unterbunden werden. Deshalb wird der Unterlassungsanspruch in der Praxis meist per einstweiliger Verfügung (§ 62 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 935 ff. ZPO) durchgesetzt¹⁰⁷. Setzt der Arbeitnehmer die Konkurrenztaetigkeit auch nach Erlass eines Unterlassungsurteils oder einer

¹⁰⁴ BAG v. 25. 10. 2007 – 6 AZR 662/06, NJW 2008, 1466, 1468.

¹⁰⁵ Moll/Reinfeld, § 32 Rn. 131; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 56.

¹⁰⁶ BAG v. 30. 01. 1970 – 3 AZR 348/69, BB 1970, 801.

¹⁰⁷ Bauer/Diller, Rn. 887; Fuhlrott, AuA 2014, 522, 524.

Unterlassungsverfügung fort, muss er gemäß § 890 ZPO mit der Festsetzung eines Ordnungsgeldes oder ersatzweise mit Ordnungshaft rechnen¹⁰⁸.

Außerdem kann der Arbeitgeber bei schuldhaften Wettbewerbsverstößen Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1, 3 i. V. m. § 283 BGB fordern¹⁰⁹. Der zu ersetzende Schaden umfasst nach § 252 BGB insbesondere den entgangenen Gewinn, aber auch andere Schäden wie Detektivkosten¹¹⁰. Da der Arbeitgeber für Eintritt und Höhe des Schadens darlegungs- und beweispflichtig ist, gehen Schadensersatzprozesse häufig verloren¹¹¹. Nicht möglich ist die Abschöpfung des vom ehemaligen Arbeitnehmer erzielten Gewinns, wie sie § 61 Abs. 1 HGB bei Wettbewerbsverstößen während des Arbeitsverhältnisses vorsieht, da eine entsprechende Regelung in den §§ 74 ff. HGB fehlt¹¹².

Auf die Wettbewerbsvereinbarung finden die §§ 320 ff. BGB für gegenseitige Verträge Anwendung¹¹³. Wie die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung ist auch die Unterlassungspflicht eine Fixschuld, die nicht nachgeholt werden kann¹¹⁴. Für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot verletzt, tritt Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ein. Damit entfällt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB automatisch die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der Karenzentschädigung¹¹⁵. Das daneben bestehende Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB hat deshalb keine große praktische Bedeutung¹¹⁶. Schließlich kann der Arbeitgeber von der Wettbewerbsvereinbarung nach § 323 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 5 BGB zurücktreten, wenn er erfolglos eine Frist zur Wettbewerbsunterlassung gesetzt hat und aufgrund teilweiser Nichterfüllung kein Interesse mehr an der Einhaltung des Verbots hat¹¹⁷.

In Fall 9 muss A also mit einer Unterlassungsverfügung und der Verhängung eines Ordnungsgeldes im Fall der Zuwiderhandlung rechnen, falls U sein fortbestehendes Interesse an einer Wettbewerbsunterlassung darlegen kann. Zudem kann A auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dazu müsste U einen Schaden durch die Konkurrenzfähigkeit nachweisen. Der

Wegfall der Karenzentschädigung und ein möglicher Rücktritt des U vom Wettbewerbsverbot dürften A jedenfalls nicht von der Aufnahme einer Konkurrenzfähigkeit abhalten. Im günstigsten Falle kann A also das Angebot des K annehmen, ohne gravierende Nachteile durch gesetzliche Ansprüche des U zu erleiden.

b) Vereinbarung einer Vertragsstrafe

Erweisen sich die gesetzlichen Sanktionen als nicht in jedem Fall effektiv, wird die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei Wettbewerbsverboten als unverzichtbar betrachtet¹¹⁸. § 75 c HGB erklärt diese Praxis ausdrücklich für zulässig. Da Wettbewerbsverbote in der Regel vom Arbeitgeber vorformuliert werden, müssen Vertragsstrafenabreden der AGB-Kontrolle standhalten. Überraschend i. S. d. § 305 c Abs. 1 BGB sind Vertragsstrafen in Wettbewerbsverboten angesichts ihrer Verbreitung grundsätzlich nicht¹¹⁹. Sie unterliegen nicht dem absoluten Klauselverbot des § 309 Nr. 6 BGB¹²⁰, können den Arbeitnehmer aber gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligen. Grund dafür kann der Inhalt der Abrede sein, z. B. eine Verwirkung der Vertragsstrafe unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers oder der Ausschluss ihrer Anrechnung auf Schadensersatzansprüche¹²¹. Auch wenn die Vertragsstrafe zu hoch ist, benachteiligt das den Arbeitnehmer unangemessen und die Klausel ist unwirksam¹²². Für eine Herabsetzung gemäß § 75 c Abs. 1 Satz 2 HGB i. V. m. § 343 BGB bleibt dann kein Raum¹²³. Zudem ist die Abrede gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Voraussetzungen oder die Folgen der Verwirkung einer Vertragsstrafe nicht klar und verständlich sind.

Die Abrede in Fall 9 lässt nicht klar erkennen, wann ein neuer »Fall der Zuwiderhandlung« und wann eine »dauerhafte Verletzung« des Wettbewerbsverbots vorliegt¹²⁴. Damit kann A die Rechtsfolgen einer Konkurrenzfähigkeit nicht genau einschätzen. Wegen dieser Intransparenz ist die Vertragsstrafenklausel insgesamt unwirksam. Wenn A das Angebot des K annimmt, muss er keine Vertragsstrafe zahlen.

¹⁰⁸ Bauer/Diller, Rn. 882 ff.

¹⁰⁹ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 62.

¹¹⁰ LAG Köln v. 10. 10. 2001 – 7 Sa 932/00, RDV 2002, 247; Gaul/Khanian, MDR 2006, 181, 187.

¹¹¹ Bauer/Diller, Rn. 921.

¹¹² Bauer/Diller, Rn. 908; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 62.

¹¹³ BAG v. 23. 11. 2004 – 9 AZR 595/03, NZA 2005, 411.

¹¹⁴ Zu Ausnahmen BeckOK BGB/Joussen, § 611 BGB Rn. 350 f.

¹¹⁵ ErfK/Oetker, § 74 HGB Rn. 23; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 74 Rn. 60.

¹¹⁶ Bauer/Diller, Rn. 906.

¹¹⁷ Bauer/Diller, Rn. 915.

¹¹⁸ Bauer/Diller, Rn. 921; Moll/Reinfeld, § 32 Rn. 152.

¹¹⁹ BAG v. 14. 08. 2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170, 171.

¹²⁰ BAG v. 14. 08. 2007, a. a. O.; Bauer/Diller, NJW 2002, 1609, 1614; Moll/Reinfeld, § 32 Rn. 152.

¹²¹ Hauck, NZA 2006, 816, 818.

¹²² BAG v. 04. 03. 2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; LAG Baden-Württemberg v. 05. 01. 2005 – 2 Sa 86/04, juris.

¹²³ BAG v. 04. 03. 2004, a. a. O.; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 104; a. A. Diller, NZA 2005, 250, 254.

¹²⁴ Nach BAG v. 14. 08. 2007, a. a. O.; alternative Formulierungsvorschläge bei Diller, NZA 2008, 574.

§ 75 c Abs. 2 HGB, eine Sonderregelung für Vertragsstrafen bei entschädigungslosen Wettbewerbsverboten, ist gegenstandslos geworden¹²⁵. Heute ist kein Fall mehr anerkannt, in dem ein Wettbewerbsverbot ohne Zahlung einer Karenzentschädigung wirksam ist.

2. Verstöße des Arbeitgebers

Gerät der Arbeitgeber mit der Zahlung der Karenzentschädigung in Verzug, so kann der Arbeitnehmer Leistungsklage erheben. Da tarifliche oder einzelvertragliche Ausschlussfristen anwendbar sind¹²⁶, sollte er damit nicht zu lange warten. Zahlt der Arbeitgeber die Karenzentschädigung dauerhaft nicht, so kann der Arbeitnehmer gemäß § 323 Abs. 1 BGB von dem Vertrag zurücktreten und dem Arbeitgeber Konkurrenz machen. Hingegen steht dem Arbeitnehmer kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Denn die Wettbewerbsunterlassung ist eine Fixschuld, welche nicht nachgeholt werden kann und durch Zurückbehaltung unmöglich würde¹²⁷.

VI. Beendigung von Wettbewerbsverboten

Planmäßig endet das Wettbewerbsverbot mit Ablauf der vereinbarten Laufzeit. Es gibt jedoch eine Reihe von Tatbeständen, die zu einer früheren Beendigung führen.

1. Wegfall des Wettbewerbsverbots

Da der Arbeitnehmer nur ein Unterlassen schuldet, erlischt das Wettbewerbsverbot nicht, wenn eine Konkurrenzfähigkeit subjektiv oder objektiv unmöglich wird¹²⁸. Ausnahmen hiervon sind die Verbüßung einer Freiheitsstrafe (§ 74 c Abs. 1 Satz 3 HGB) und der Tod des Arbeitnehmers¹²⁹.

2. Aufhebung des Wettbewerbsverbots

Fall 10: Im Arbeitsvertrag zwischen A und U ist ein wirksames zweijähriges Wettbewerbsverbot vereinbart. U kündigt das Ar-

beitsverhältnis fristlos, woraufhin A Kündigungsschutzklage erhebt. Das Wettbewerbsverbot wird im Prozess nicht thematisiert. Die Parteien schließen einen gerichtlichen Vergleich, der – wie üblich – mit folgender Ausgleichsklausel endet: »Die vertragschließenden Parteien sind sich darüber einig, dass mit Erfüllung dieses Vergleiches alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten sind.« U verweigert die Zahlung der Karenzentschädigung. Zu Recht?

Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot jederzeit aufheben¹³⁰. Dies kann vor oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, im Rahmen der Aufhebung des Arbeitsvertrages oder in einem gesonderten Vertrag geschehen. Obwohl die Wettbewerbsvereinbarung nach § 74 Abs. 1 HGB schriftlich geschlossen werden muss, können die Parteien sie auch mündlich aufheben¹³¹. Selbst eine konkludente Aufhebung des Wettbewerbsverbots ist grundsätzlich möglich, doch sind an die Annahme einer entsprechenden Willenserklärung hohe Anforderungen zu stellen. Weder wenn das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst wird¹³² noch wenn der Arbeitgeber auf das Wettbewerbsverbot verzichtet und der Arbeitnehmer darauf schweigt¹³³, ist eine konkludente Aufhebung anzunehmen.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob Ansprüche aus Wettbewerbsverboten von einer Ausgleichsquittung oder einer allgemeinen Ausgleichs- oder Erledigungsklausel erfasst werden. Solche Klauseln können unterschiedliche rechtliche Wirkungen haben. Sie sind als Erlassvertrag aufzufassen, wenn die Parteien vom Bestehen einer Schuld ausgehen, die nicht mehr erfüllt werden soll. Ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis liegt vor, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, alle oder eine bestimmte Gruppe von bekannten oder unbekannten Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen. Ein deklaratorisches positives oder negatives Schuldanerkenntnis ist dann gegeben, wenn die Parteien nur die von ihnen angenommene Rechtslage eindeutig dokumentieren und damit fixieren wollen. Welche dieser Regelungen die Parteien treffen wollen, ist durch Auslegung der Vereinbarung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind neben dem Wortlaut der Erledigungsklausel die Kenntnis und der mutmaßliche Wille der Parteien sowie der Gesamtzusammenhang¹³⁴.

¹²⁵ ErfK/Oetker, § 75 c HGB Rn. 6.

¹²⁶ BAG v. 22. 06. 2005 – 10 AZR 459/04, AP § 4 TVG Ausschlussfrist Nr. 183.

¹²⁷ BAG v. 05. 10. 1982 – 3 AZR 451/80, AP § 74 HGB Nr. 42.

¹²⁸ Ausführlich Bauer/Diller, Rn. 703 ff.

¹²⁹ Bauer/Diller, Rn. 711; BeckOK ArbR/Hagen, § 74 HGB Rn. 39.

¹³⁰ BAG v. 31. 07. 2002 – 10 AZR 513/01, BAGE 102, 103.

¹³¹ BAG v. 10. 01. 1989 – 3 AZR 460/87, NZA 1989, 797.

¹³² LAG Baden-Württemberg v. 22. 09. 1995 – 5 Sa 28/95, NZA-RR 1996, 163; Hoß, DB 1997, 1818, 1820.

¹³³ Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 94.

¹³⁴ BAG v. 31. 07. 2002 – 10 AZR 558/01, AP § 611 BGB Konkurrenzklausel Nr. 48.

Nach der Rechtsprechung des BAG soll eine Ausgleichsquittung, wie sie etwa bei Aushändigung der Arbeitspapiere unterzeichnet wird, im Zweifel nicht zum Erlöschen der Wettbewerbsabrede führen¹³⁵. Denn die Parteien wollen damit nur Unklarheiten bezüglich etwaiger Ansprüche aus der Vergangenheit beseitigen, nicht aber auf zukünftige Ansprüche verzichten. Dagegen seien Erledigungsklauseln in einem Aufhebungsvertrag oder einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich grundsätzlich weit auszulegen¹³⁶. Hier wollen die Parteien nach Auffassung des BAG das Arbeitsverhältnis abschließend bereinigen und alle Ansprüche erledigen, gleichgültig ob sie daran denken oder nicht. Für Vereinbarungen, die ohnehin erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihre Wirkung entfalten sollen (z.B. Rückzahlung von Arbeitnehmerdarlehen¹³⁷, Karenzentschädigung, betriebliche Altersversorgung¹³⁸, Sozialplanabfindung), überzeugt diese Argumentation nicht¹³⁹. Die Befriedung der vergangenen Vertragsbeziehung schließt die Aufrechterhaltung einer für die Zukunft geplanten Rechtsbeziehung nicht aus.

In Fall 10¹⁴⁰ hat das BAG einen Anspruch auf Karenzentschädigung abgelehnt. Den Umständen lasse sich kein übereinstimmender eindeutiger Wille der Parteien entnehmen, das Wettbewerbsverbot fortbestehen zu lassen. Deshalb werde es von der weit ausgelegten Erledigungsklausel erfasst. Insoweit sei es mit Ansprüchen aus betrieblicher Altersversorgung nicht vergleichbar, da diese von existenzieller wirtschaftlicher Bedeutung für den Arbeitnehmer seien. Nach hier vertretener Auffassung hat A hingegen einen Anspruch auf Zahlung der Karenzentschädigung, die ihm mit einem Gesamtvolumen von immerhin 70.000 € in den nächsten zwei Jahren möglicherweise den Weg zur Arbeitsagentur erspart.

3. Verzicht des Arbeitgebers gemäß § 75a HGB

Fall 11: U will seine Forschungs- und Entwicklungsabteilung zum 31. 12. 2016 verkleinern. Der stellvertretende Abteilungsleiter A soll betriebsbedingt entlassen werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate zum Jahresende. Am 31. 12. 2015 verzichtet

U schriftlich auf das wirksam vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot mit A. Am 30. 06. 2016 geht dem A die betriebsbedingte Kündigung zum 31. 12. 2016 zu. A verlangt die Zahlung einer Karenzentschädigung ab Januar 2017. Zu Recht?

Nach § 75a HGB kann der Arbeitgeber schriftlich durch einseitige Willenserklärung auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichten, wenn er kein Interesse mehr daran hat. Der Verzicht muss vollständig und bedingungslos erfolgen¹⁴¹. Dann entfällt für den Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot mit sofortiger Wirkung, während der Arbeitgeber erst nach Ablauf eines Jahres von seiner Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung befreit wird¹⁴². Dieses Ergebnis ist aus Arbeitgebersicht misslich: Er muss Karenzentschädigung zahlen, ohne die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verlangen zu können. Deshalb kann es sinnvoll sein, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Wettbewerbsverbot zu verzichten. Denn die Jahresfrist beginnt mit Zugang der Verzichtserklärung beim Arbeitnehmer und nicht erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Und während des Arbeitsverhältnisses besteht ohnehin das gesetzliche Wettbewerbsverbot.

Im Idealfall kann der Arbeitgeber – so auch U in Fall 11 – auf diese Weise die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung ganz vermeiden.

4. Lösung gemäß § 75 HGB

Fall 12: Arbeitnehmer A hat gravierend gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Anstelle einer an sich möglichen außerordentlichen Kündigung erklärt sich Arbeitgeber U zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages bereit. Nun fragt sich U, ob er dennoch zur Zahlung der Karenzentschädigung entsprechend dem wirksam vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot verpflichtet ist.

§ 75 HGB räumt den Vertragsparteien aus Billigkeitsgründen in bestimmten Fällen ein Recht zur Lösung vom Wettbewerbsverbot ein. Dazu muss der Berechtigte innerhalb eines Monats nach Ausspruch einer Kündigung schriftlich erklären, dass er sich an die Wettbewerbsvereinbarung nicht gebunden sieht. Dem Arbeitnehmer steht das Lösungsrecht zu, wenn er das Arbeitsverhältnis wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers wirksam außer-

¹³⁵ BAG v. 20. 10. 1981 – 3 AZR 1013/78, DB 1982, 907.

¹³⁶ BAG v. 24. 06. 2009 – 10 AZR 707/08 (F), NJW 2009, 3529, 3532; v. 22. 10. 2008 – 10 AZR 617/07, NZA 2009, 139, 141; v. 08. 03. 2006 – 10 AZR 349/05, NZA 2006, 854, 857; v. 19. 11. 2003 – 10 AZR 174/03, NZA 2004, 554; v. 31. 07. 2002, a. a. O.

¹³⁷ LAG Hamm v. 28. 04. 1995 – 10 Sa 1386/94, NZA-RR 1996, 286.

¹³⁸ BAG v. 17. 10. 2000 – 3 AZR 69/99, NZA 2001, 203.

¹³⁹ So auch *Bauer/Diller*, Rn. 719; *dies.*, BB 2004, 1274, 1275; *Hofß*, DB 1997, 1818, 1821.

¹⁴⁰ Nach BAG v. 22. 10. 2008 – 10 AZR 617/07, NZA 2009, 139.

¹⁴¹ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 75a HGB Rn. 2f.; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 96.

¹⁴² BAG v. 17. 02. 1987 – 3 AZR 59/86, NZA 1987, 453; *Kittner*, BB 2011, 1013, 1016.

ordentlich kündigt (§ 75 Abs. 1 HGB)¹⁴³ oder wenn der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht, die nicht durch Person oder Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist (§ 75 Abs. 2 Satz 1 HGB)¹⁴⁴. Im letzteren Fall kann der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot allerdings aufrechterhalten, indem er dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung in voller Höhe seiner bisherigen vertraglichen Leistungen gewährt.

Nach dem Wortlaut des § 75 Abs. 3 HGB gilt ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot, wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers ausspricht. Das BAG hat diese vorkonstitutionelle Regelung für verfassungswidrig und nichtig erklärt¹⁴⁵. In dem Missverhältnis der Rechtsfolgen von § 75 Abs. 1 und 3 HGB liege ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. In derselben Situation könne sich der Arbeitnehmer nur unter Verzicht auf die Karenz-

entschädigung vom Wettbewerbsverbot lossagen, während der Arbeitgeber die Wettbewerbsenthaltung ohne Gegenleistung beanspruchen könnte. Die entstandene Regelungslücke sei durch analoge Anwendung des § 75 Abs. 1 HGB zu schließen.

Die h. M. wendet die Regelungen des § 75 Abs. 1 und 2 HGB außerdem analog an, wenn anstelle einer an sich möglichen außerordentlichen Kündigung eine ordentliche Kündigung ausgesprochen oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird¹⁴⁶. Entscheidend sei der Anlass der Beendigung, nicht ihre Form.

In Fall 12 ist § 75 Abs. 1 HGB also in zweifacher Hinsicht analog anzuwenden. U kann sich innerhalb eines Monats nach Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages durch schriftliche Erklärung von der Wettbewerbsvereinbarung lösen und braucht dann keine Karenzentschädigung an A zu zahlen.

143 MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 75 HGB Rn. 2.

144 EBS/Boecken, § 75 Rn. 13; Oetker/Kotzian-Marggraf, § 75 Rn. 8.

145 St. Rspr., BAG v. 19. 05. 1998 – 9 AZR 327/96, NZA 1999, 37; v. 17. 02. 1987 – 3 AZR 59/86, NZA 1987, 453, 454; v. 23. 02. 1977 – 3 AZR 620/75, BAGE 29, 30.

146 BAG v. 26. 09. 1963 – 5 AZR 2/63, AP § 75 HGB Nr. 1; OLG Schleswig v. 17. 03. 2000 – 1 U 8/00, NZG 2000, 894; Bauer/Diller, Rn. 628; Baumbach/Hopt/Roth, § 75 HGB Rn. 6; EBS/Boecken, § 75 HGB Rn. 6 und 17; Schaub/Vogelsang, § 55 Rn. 102; a.A. MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, § 75 Rn. 22; Wertheimer, NZA 1997, 522, 523.

DuEPublico

Duisburg-Essen Publications online

UNIVERSITÄT
DUISBURG
ESSEN

Offen im Denken

ub | universitäts
bibliothek

Dieser Text wird über DuEPublico, dem Dokumenten- und Publikationsserver der Universität Duisburg-Essen, zur Verfügung gestellt. Die hier veröffentlichte Version der E-Publikation kann von einer eventuell ebenfalls veröffentlichten Verlagsversion abweichen.

DOI: 10.1515/jura-2016-0097

URN: urn:nbn:de:hbz:464-20200603-115153-6

Alle Rechte vorbehalten.

Dieser Beitrag ist mit Zustimmung des Rechteinhabers aufgrund einer (DFG-geförderten) Allianz- bzw. Nationallizenz frei zugänglich.