

Wettbewerbsverbote

Bauer / Diller

9., neubearbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78415-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bei Tatsache einer früheren Beschäftigung in diesem Konzernunternehmen für sich allein nicht ausreichen, wenn die Tätigkeit so lange her ist, dass das geheimhaltungsbedürftige Spezialwissen inzwischen an Bedeutung verloren hat. Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalls (vgl. dazu ausf. *Martens FS Herschel*, 1982, 249). Neben der früheren Beschäftigung im Konzernunternehmen wird man zusätzlich verlangen müssen, dass eine enge, strukturell verfestigte **Verbindung** zwischen den beiden Unternehmen besteht (*Windbichler S. 131, 250*). Eine solche strukturelle Verfestigung ist beispielsweise bei einer kapitalmäßigen Beteiligung und einer Einflussnahme auf die Leitung des anderen Unternehmens gegeben (*Windbichler S. 131 f.*).

Ähnliche Probleme ergeben sich bei Wettbewerbsverboten, die dem Arbeitnehmer auch 317 die Tätigkeit in einem **nicht konkurrierenden** Unternehmen verbieten, wenn dieses **mit einem Konzernunternehmen konzernverbunden** ist. Hier ist für das berechtigte geschäftliche Interesse des Arbeitgebers ebenfalls grundsätzlich zu verlangen, dass zwischen beiden Unternehmen eine strukturell verfestigte **Verbindung** besteht. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber darlegen, dass die Tätigkeit in dem nicht konkurrierenden Unternehmen für ihn eine **konkrete Gefahr** darstellt. Dies gilt vor allem, wenn eine ergänzende Ausweitung eng gefasster Wettbewerbsverbote auf verbundene Unternehmen in Betracht kommt (→ Rn. 261 ff.).

k) Verbot des Wechsels zu Geschäftskunden

Ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers kann auch daran bestehen, dem 318 Arbeitnehmer den Wechsel zu Dienstleistern, Beratern oder Geschäftskunden (Abnehmer oder Lieferanten, ausf. → Rn. 251 ff.) zu **untersagen** (LAG Nürnberg 31.7.2001, NZA-RR 2002, 272). Das gilt zB, wenn ein **Vertriebsmitarbeiter** die diesen Kunden betreffende Preiskalkulation kennt oder wenn ein Techniker im Falle des Wechsels zu einem wichtigen Geschäftskunden diesen in die Lage versetzen würde, künftig ohne die vom bisherigen Arbeitgeber bezogenen Produkte auszukommen.

l) Verbot der Tätigkeit für potentielle Investoren

Insbesondere mit Top-Managern aus dem Finance-Bereich wird mitunter vereinbart, dass 318a diese nicht zu einem Private Equity Investor wechseln dürfen. Hintergrund ist die Befürchtung, dass ein solcher Investor, wenn er in Besitz vertraulicher Finanzdaten kommt, ein **attraktives Übernahmeangebot** unterbreiten könnte. Besonders verbreitet sind solche Klauseln bei börsennotierten Unternehmen, da hier die Möglichkeit einer öffentlichen Übernahme nach WpÜG besteht (→ Rn. 255a). Hinsichtlich des berechtigten geschäftlichen Interesses wird man hier differenzieren müssen. An sich ist die Frage, wem das Unternehmen gehört, für das Unternehmen selbst neutral. Allerdings muss bei einem öffentlichen Übernahmeangebot der Vorstand das Angebot prüfen und in einer öffentlichen Erklärung bewerten. Dabei sollen ausdrücklich auch die Belange des Unternehmens und der Mitarbeiter eine Rolle spielen. Der Vorstand muss also insbesondere beurteilen, ob das Unternehmen „stand alone“ besser fährt als mit einem neuen Investor. Gleichwohl wird man, sofern noch nicht konkret eine mögliche Übernahme im Raum steht, bei solchen Klauseln das berechtigte geschäftliche Interesse verneinen müssen. Denn niemand kann wissen, ob später im Ernstfall der Einstieg eines potentiellen Investors erwünscht sein wird oder nicht. Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn anlassbezogen in einer konkreten Situation, in der ein Übernahmeangebot als unerwünscht und für das Unternehmen schädlich erscheint, mit einem dann ausscheidenden Finanz-Manager hinsichtlich des Ausscheidens eine Sperre für potentielle Investoren vereinbart wird.

Ebenso schwierig zu entscheiden ist, ob ein berechtigtes geschäftliches Interesse daran 318b besteht, einem ausscheidenden Mitarbeiter den Wechsel zu einem Investor oder dessen Beratung zu untersagen, soweit es darum geht, dass dieser **Investor** bei einem **Konkur-**

renzunternahmen einsteigen will. Je nach den Umständen wird das zu bejahen sein. Sind beispielsweise in einer Branche mit hohen Margen die beiden Oligopolisten X und Y führend, wäre es für X mitschlich, wenn ein ausgeschiedener Mitarbeiter einen Investor beim Einstieg bei Y berät/unterstützt. Denn die Kenntnis des Investors über die spezifischen Marktgegebenheiten dieser Branche könnte diesen veranlassen, nach dem Einstieg bei Y einen Preiskrieg zu beginnen und X aus dem Markt zu drängen. Ähnliches kann je nach Situation auch für die Unterstützung eines Investors gelten, der bei wichtigen Kunden oder Lieferanten einsteigen will. Maßgeblich sind aber immer die Besonderheiten des Einzelfalls.

m) Verbote zugunsten Dritter

- 319 Außerhalb von Konzernen fehlt regelmäßig das berechnigte geschäftliche Interesse des Arbeitgebers, wenn er das Wettbewerbsverbot auf Tätigkeiten erstreckt, die lediglich die geschäftlichen Interessen eines anderen Unternehmens berühren würden (*Heymann/Henssler* § 74a Rn. 7). Anders kann dies allenfalls bei Unternehmen sein, die sich zu einem **Spezialisierungskartell** oder einer **Arbeitsgemeinschaft** zusammengeschlossen haben oder zwischen denen auf vertraglicher Grundlage ein intensiver **Know-how-Transfer** stattfindet (dazu *Kracht* BB 1970, 584f.). Denkbar ist aber zB, dass ein **Verleihunternehmen** mit seinen zu einem bestimmten Kunden entliehenen Mitarbeitern auf dessen Veranlassung vereinbart, dass die Mitarbeiter nicht zu Konkurrenten des Kunden wechseln dürfen. Zur Erstreckung des Verbots auf den Veräußerer im Zuge eines Betriebsübergangs → Rn. 996, 997.

n) Fehlen einer Konkurrenzsituation/Stilllegung/Insolvenz

- 320 Ein Wettbewerbsverhältnis, welches ein berechtigtes geschäftliches Interesse an einem Wettbewerbsverbot rechtfertigt, kann auch zwischen **gemeinnützigen** Unternehmen/Organisationen bestehen. Die Gemeinnützigkeit ist ein rein steuerrechtlicher Tatbestand. Auch für gemeinnützige Unternehmen gelten im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung die allgemeinen Grundsätze (*LAG Hamm* 17.7.2015 – 10.SaGa 17/15, BeckRS 2015, 72692: wettbewerbswidriger Aufbau eines konkurrierenden Pflegenetzwerks). Ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers fehlt, wenn er seinen **Geschäftsbetrieb** oder zumindest den Betriebsteil, auf den sich das Wettbewerbsverbot bezieht, nach dem Ausscheiden des Mitarbeiters **einstellt** oder **veräußert** (zur Problematik des Betriebsübergangs nach § 613a BGB während des Anstellungsverhältnisses vgl. → Rn. 993 ff., zu den Auswirkungen auf die Entschädigungspflicht vgl. → Rn. 704 ff.). Im Fall einer **Insolvenz** entfällt das berechnigte geschäftliche Interesse des Unternehmens in dem Moment, in dem feststeht, dass der Betrieb nicht fortgeführt werden soll, sondern liquidiert wird.
- 321 Ebenso fehlt das berechnigte geschäftliche Interesse, wenn der Arbeitgeber praktisch **keine Konkurrenz** hat (*BAG* 2.8.1971, AP BGB § 615 Nr. 25). Solche Konstellationen werden allerdings selten bereits bei Abschluss des Wettbewerbsverbots vorliegen, sondern sich meist auf Grund späterer Entwicklungen ergeben. Allerdings ist es dem Arbeitgeber unbenommen, sich durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote davor zu schützen, dass ausscheidende Arbeitnehmer sich selbstständig machen und dann erstmals Konkurrenz aufbauen.

o) Fehlender Erwerb von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

- 322 Spielt im konkreten Fall der Schutz von Kunden- bzw. Lieferantenkreisen keine Rolle, sondern geht es dem Arbeitgeber allein um den Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen (zB bei Technikern), so fehlt ein berechtigtes geschäftliches Interesse im Sinne

des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB auch dann, wenn der Arbeitnehmer wider Erwarten keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse erfahren hat, an deren Schutz der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse haben könnte (*Gaul* BB 1980, 59). In Betracht kommt dies vor allem dann, wenn das Arbeitsverhältnis nur sehr **kurz gedauert** hat, etwa schon in der **Probezeit** beendet wurde (vgl. dazu → Rn. 692 ff., 695 ff., zur Darlegungs- und Beweislast in solchen Fällen → Rn. 331).

p) Wegfall des Geheimhaltungsinteresses

Geht es dem Arbeitgeber bei dem Wettbewerbsverbot vor allem um die Geheimhaltung bestimmter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, so entfällt das berechnete geschäftliche Interesse, wenn und sobald die **Betriebs-** und **Geschäftsgeheimnisse bekannt** geworden sind (LAG Thüringen 11.6.2001, ZIP 2002, 587). Das Gleiche gilt, wenn sie für den Arbeitgeber uninteressant geworden sind, etwa weil sie **veraltet** sind. Geht es dem Arbeitgeber beispielsweise um die Geheimhaltung von Know-how bezüglich eines bestimmten Produktionsverfahrens oder einer bestimmten Erfindung, so entfällt das berechnete Interesse gem. § 74a HGB, wenn der Arbeitgeber das Produktionsverfahren bzw. die Erfindung nicht mehr nutzt oder sie für seine geschäftlichen Aktivitäten bedeutungslos geworden sind (*Bartenbach/Volz* § 26 Rn. 46). Geht der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine längere **Freistellung** voraus, kann dies dazu führen, dass das Geheimhaltungsinteresse beim Ausscheiden des Arbeitnehmers schon entfallen ist. 323

q) Ausreichender Schutz durch Geheimniswahrungsverpflichtung

Nach *Gaul* (S. 156) soll ein berechtigtes geschäftliches Interesse an einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot fehlen, wenn für den Arbeitgeber der Schutz durch gesetzliche (vgl. §§ 17f. UWG) oder vertragliche Geheimniswahrungsverpflichtungen ausreichen würde. Angesichts der Schwierigkeiten, einen Verstoß gegen solche Verpflichtungen nachzuweisen, überzeugt diese Ansicht nicht. 324

r) Verbotene Tätigkeiten

Verstieß die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers gegen gesetzliche Verbote, so kann ein Wettbewerbsverbot zwar im Interesse des Arbeitgebers liegen, dieses Interesse ist jedoch nicht „berechtiget“ (BAG 26.9.1963, AP HGB § 74a Nr. 1: Tätigkeit in Asien, die nach den Vorschriften des betreffenden Landes verboten war). 325

s) Vorvertrag

Es ist allgemein anerkannt, dass – unter bestimmten Voraussetzungen – auch Vorverträge auf den Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zulässig sein können (→ Rn. 195, 488 ff., 529 ff.). In einem Urteil vom 19.12.2018 (1 Sa 130/18, NZA 2019, 383) hat das BAG die Auffassung vertreten, § 74a HGB gelte auch für Vorverträge. Das würde bedeuten, dass ein berechtigtes geschäftliches Interesse zweimal vorliegen muss, nämlich zum einen beim Abschluss des Vorvertrages, zum anderen bei der Durchsetzung des späteren Hauptvertrages. Immerhin hat das BAG hier einen **großzügigen Prüfungsmaßstab** angelegt und gemeint, ein berechtigtes Interesse am Abschluss eines Vorvertrages könne bestehen, wenn die künftige Entwicklung des Arbeitnehmers, die weitere Entwicklung der schützenswerten wettbewerblichen Interessen des Arbeitgebers oder dessen finanzielle Belastbarkeit bei Abschluss des Arbeitsvertrages noch nicht hinreichend absehbar seien) → Rn. 32). Zur Frage der unbilligen Benachteiligung → Rn. 346b. 325a

3. Örtliche Reichweite

- 326 In örtlicher Hinsicht liegen die Beschränkungen des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB auf der Hand. Der Arbeitgeber darf das Wettbewerbsverbot nur auf das Gebiet erstrecken, in dem ihm Konkurrenz droht. Besonders bei **Massendienstleistungen** (Taxiunternehmen, Versicherungsvertreter etc.) wird dieses Gebiet häufig recht klein sein und sich auf ein Bundesland, einen Regierungsbezirk oder sogar nur auf einen Landkreis beschränken. Bei **spezialisierten Dienstleistungen** kann dagegen ein bundesweites Wettbewerbsverbot angemessen sein. In den **technischen Bereichen** wird angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Handelsbeziehungen sogar häufig eine Erstreckung auf das **Ausland** in Betracht kommen (LAG Saarland 19.9.2001 – 2 Sa 117/01, Gerichtshomepage), ggf. sogar auf die ganze Welt. Auch bei **Führungskräften** wird ein bundesweites unternehmensbezogenes Wettbewerbsverbot grundsätzlich für zulässig gehalten (LAG Hamm 1.12.2009 – 14 SaGa 59/09, BeckRS 2010, 67131: Sprecher der Regionalleiter). Ebenso kann aus Gründen des Geheimnisschutzes bei Vertriebsmitarbeitern eines bundeseinheitlichen Vertriebssystems ein deutschlandweites Verbot gerechtfertigt sein (ArbG Heilbronn 1.3.2017 – 2 Ca 374/16, BeckRS 2017, 117781). Bereits im Jahr 1970 hat das BAG offengelassen, ob ein Wettbewerbsverbot für einen Chemiker und Betriebsleiter auf alle EG-Länder ausgedehnt werden kann (30.1.1970, AP GewO § 133f Nr. 24 unter II. der Gründe).

4. Zeitliche Reichweite

- 327 Theoretisch denkbar wäre auch, dass § 74a Abs. 1 S. 1 HGB zeitliche Grenzen für ein Wettbewerbsverbot setzt. Allerdings enthält schon § 74a Abs. 1 S. 3 HGB eine Beschränkung auf maximal zwei Jahre (dazu → Rn. 358 f.). Nur in Einzelfällen wird selbst für diese Dauer noch ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Dienstherrn fehlen. Denkbar ist dies eigentlich nur, wenn es um sehr **kurzlebige Produkte** bzw. sehr **flüchtige Kundenkontakte** geht. Keine Bedenken bestehen gegen **zeitlich gestaffelte** Laufzeiten des Verbots in Abhängigkeit vom Alter des Arbeitnehmers oder der Dauer des Arbeitsverhältnisses (→ Rn. 276), wenn die Staffelung typischen Änderungen des Schutzbedürfnisses des Arbeitgebers Rechnung trägt.

5. Maßgeblicher Zeitpunkt

- 328 Hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem das geschäftliche Interesse des Arbeitgebers vorliegen muss, ist zu differenzieren. Grundsätzlich macht ein Wettbewerbsverbot nur Sinn, wenn sein Inhalt **dynamisch** ist. Wettbewerbsverbote werden regelmäßig zusammen mit dem Arbeitsvertrag vereinbart. Die Parteien können zu diesem Zeitpunkt unmöglich vorhersehen, wie sich bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers dessen Tätigkeit, die Produktpalette des Arbeitgebers oder die Gegebenheiten des Marktes verändern werden. Die genaue Reichweite des Wettbewerbsverbots steht also für beide Parteien erst im Moment des Ausscheidens fest, bis dahin kann sie sich zugunsten beider Parteien immer wieder verändern (→ Rn. 297 f.). Auch für das gem. § 74a Abs. 1 S. 1 HGB erforderliche berechnete geschäftliche Interesse des Arbeitgebers kommt es deshalb grundsätzlich auf den **Ausscheidenszeitpunkt** an (BAG 7.7.2015, NZA 2015, 1253 Rn. 23; 21.4.2010, NZA 2010, 1175 Rn. 16; 28.1.1966, AP HGB § 74 Nr. 18 unter II. 3. c) der Gründe; LAG Thüringen 11.6.2001, ZIP 2002, 587; LAG Hamm 19.2.2008 – 14 SaGa 5/08, BeckRS 2008, 53985 Rn. 33; LAG Niedersachsen 16.7.2009, NZA-RR 2010, 68; ArbG Elmshorn 18.3.2010 – 4 Ga 10b/10, nv; aA *Staub/Weber* § 74a Rn. 14: Zeitpunkt, in dem der Mitarbeiter die Konkurrenzfähigkeit aufnehmen will; wieder aA LAG Baden-Württemberg 30.1.2008, NZA-RR 2008, 509: Zeitpunkt, in dem sich der Arbeitgeber auf das Verbot beruft; zu

Sonderfragen bei Betriebsinhaberwechsel und Umwandlung → Rn. 948 ff.). Besteht in diesem Moment das schutzwürdige Interesse nicht mehr, wird der Arbeitnehmer frei. Ist dagegen das vorher fehlende geschäftliche Interesse des Arbeitgebers mittlerweile entstanden, etwa weil der Arbeitnehmer kurz vor seinem Ausscheiden noch Einblick in schutzwürdige Bereiche bekommen hat, so ist das Wettbewerbsverbot verbindlich geworden.

Wegen der Dynamik des sachlichen Geltungsbereichs von Wettbewerbsverboten bestehen keine Bedenken gegen Vertragsklauseln, nach denen der Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses den sachlichen Geltungsbereich **präzisieren** muss (vgl. aber → Rn. 280 ff.); auch kommt eine Auskunftspflicht des Arbeitgebers in Betracht (→ Rn. 284).

Auch wenn der Arbeitnehmer **bereits ausgeschieden** ist, können Veränderungen der Interessenlage des Arbeitgebers nicht unberücksichtigt bleiben (→ Rn. 298). Da §§ 74 ff. HGB eine gravierende Einschränkung der grundgesetzlich garantierten freien Wahl des Arbeitsplatzes darstellen, müssen Beschränkungen des Arbeitnehmers stets sachlich gerechtfertigt sein. Dies verbietet es, den Arbeitnehmer weiterhin an einem Wettbewerbsverbot festzuhalten, wenn nach seinem Ausscheiden das berechnete Interesse des Arbeitgebers entfällt, etwa durch Geschäftsaufgabe (BAG 28.1.1966, AP HGB § 74 Nr. 18 unter III. 3. c) der Gründe; *Heymann/Henssler* § 74a Rn. 8; *Grunsky* S. 95; *Buchner* C 257). Der Arbeitnehmer kann sich also von dem Wettbewerbsverbot durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber lösen, sobald er vom Wegfall der berechtigten geschäftlichen Interessen erfährt. Die Lösung beseitigt allerdings nicht rückwirkend frühere Verstöße gegen das Verbot, so dass der Arbeitgeber beispielsweise eine verwirkte Vertragsstrafe noch geltend machen kann. Anders herum können jedoch Veränderungen der Interessen des Arbeitgebers nach dem Ausscheiden **nicht mehr zu Lasten des Arbeitnehmers** berücksichtigt werden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Arbeitnehmer eine neue Stelle, die er zunächst aufnehmen durfte, wieder aufgeben müsste (*Grunsky* S. 123; *Heymann/Henssler* § 74a Rn. 10; → Rn. 298).

6. Darlegungs- und Beweislast

Nach einhelliger Ansicht enthält § 74a HGB rechtshindernde Einwendungen, für die grundsätzlich der **Arbeitnehmer** darlegungs- und beweispflichtig ist (BAG 7.7.2015, NZA 2015, 1253 Rn. 23; LAG Baden-Württemberg 30.1.2008, NZA-RR 2008, 509; LAG Niedersachsen 16.7.2009, NZA-RR 2010, 68; ArbG Mainz 29.9.2008 – 7 Ca 807/08, nv; *Baumgärtel* Bd. 4 Anm. 2 zu §§ 74, 74a; *Schlegelberger/Schröder* § 74a Rn. 3; *Buchner* C 259; *Staub/Wéber* § 74a Rn. 2; *Grüll/Janert* S. 45). Berufung sich der Arbeitnehmer nicht auf § 74a HGB, braucht der **Arbeitgeber** also im Prozess zu den Voraussetzungen des § 74a HGB **nichts vorzutragen**. Misslich ist diese Beweislastverteilung für den Arbeitnehmer insbesondere, wenn er geltend machen will, dass der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot nicht wegen der Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen oder des Schutzes von Kunden- bzw. Lieferantenbeziehungen vorgesehen hat, sondern etwa um seine Abwanderung zu verhindern (ausf. dazu *Dorndorf* S. 260 f.). Da dies kaum objektiv nachweisbar ist (vgl. allerdings → Rn. 293 ff. zu Indizien), kann nach richtiger Ansicht dem Arbeitnehmer der **Beweis des ersten Anscheins** zugutekommen (*Baumgärtel* Bd. 4 Anm. 2). Allerdings ist im Rahmen der Erklärungspflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO der **Arbeitgeber**, soweit es um die Gefährdung berechtigter Interessen geht, zu einem **substantiierten Tatsachenvortrag** verpflichtet, wenn sich der Arbeitnehmer auf § 74a HGB beruft und darlegt, dass aus seiner Sicht ein berechtigtes geschäftliches Interesse nicht erkennbar ist (BAG 1.8.1995, AP HGB § 74a Nr. 5; LAG Baden-Württemberg 30.1.2008, NZA-RR 2008, 509; ArbG Elmshorn 18.3.2010 – 4 Ga 10 b/10, nv; *Tschöpe/Hund* 2 F Rn. 25). Dabei braucht der Vortrag des Arbeitgebers allerdings nicht so detailliert zu sein, dass er im Prozess gerade diejenigen Geheimnisse preisgeben müsste,

um deren Geheimhaltung es ihm geht (BAG 1.8.1995, AP HGB § 74a Nr. 5). Gegebenenfalls kann der Arbeitgeber auch die besonderen **prozessualen Schutzanträge** nach dem **GeschGehG** stellen (→ Rn. 180a, 880a). In dem Fall BAG 1.8.1995 (AP HGB § 74a Nr. 5) hatte der Arbeitgeber sein besonderes Vertriebskonzept bereits durch Präsentationen und Veröffentlichungen einer breiteren Fachöffentlichkeit bekannt gemacht. Die allgemein gehaltene Behauptung, dieses Vertriebskonzept enthalte auch schutzwürdige nicht allgemein zugängliche Teilstrategien, sah das BAG nicht als ausreichende Beschreibung von schützenswerten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen an. Deshalb verneinte das BAG ein berechtigtes geschäftliches Interesse für ein Wettbewerbsverbot mit dem Vertriebsleiter. Soweit der Arbeitgeber die Umstände **schlüssig darlegt**, aus denen er sein berechtigtes geschäftliches Interesse ableitet, ist es dann allerdings **Sache des Arbeitnehmers**, deren Unrichtigkeit bzw. mangelnde Stichhaltigkeit vorzutragen und ggf. zu beweisen (LAG Baden-Württemberg 30.1.2008, NZA-RR 2008, 509).

- 332 Die dargestellte Beweislastverteilung gilt nicht nur im Hauptsacheverfahren, sondern auch im **einstweiligen Verfügungsverfahren** (LAG Niedersachsen 16.7.2009, NZA-RR 2010, 68; LAG Hamm 7.10.2019 – 18 SaGa 49/19, BeckRS 2019, 29813 Rn. 36).

7. Rechtsfolgen

- 333 § 74a Abs. 1 S. 1 HGB ordnet als Rechtsfolge bei fehlendem berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers an, dass das Wettbewerbsverbot „insoweit unverbindlich“ wird. Daraus ergibt sich zunächst, dass ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot seine Wirksamkeit nicht insgesamt, sondern nur **partiell** einbüßt. Es bleibt also in dem Umfang voll wirksam, der von einem berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers gedeckt ist (BAG 21.4.2010, NZA 2010, 1175 Rn. 22; 2.2.1968, AP HGB § 74 Nr. 22; 16.12.1968, AP GewO § 133f Nr. 21; LAG Hamm 10.1.2002 – 16 Sa 1217/01, BeckRS 2004, 42092; LAG Baden-Württemberg 30.1.2008, NZA-RR 2008, 509; Grunsky S. 97; Staub/Wéber § 74a Rn. 24; Buchner AR-Blattei 1830.3 Rn. 252; Hadding/Hammen Anm. zu BAG 16.12.1986, AP HGB § 74 Nr. 53; Baumbach/Hopt/Roth § 74a Rn. 3; ebenso BGH 25.10.2012, DB 2013, 1229 für die für Handelsvertreter geltende Parallelvorschrift des § 90a HGB; aA unzut. Hoffmann-Becking FS Quack, 1991, 276). Es handelt sich bei § 74a HGB also um einen gesetzlich angeordneten Fall der sog. „**geltungserhaltenden Reduktion**“.
- 334 Fraglich ist allerdings, was in diesem Zusammenhang unter „Unverbindlichkeit“ zu verstehen ist. Sinn macht die Unverbindlichkeit, wenn man sie hier ebenso versteht wie bei Verstößen gegen § 74 Abs. 2 HGB oder bei bedingten Wettbewerbsverboten (→ Rn. 157 ff.), zunächst in den Fällen, in denen das Wettbewerbsverbot **insgesamt** gegen § 74a Abs. 1 S. 1 HGB verstößt. In diesem Fall kann der **Arbeitnehmer wählen**, ob er entschädigungslos eine Konkurrenz Tätigkeit aufnehmen oder aber sich an das Wettbewerbsverbot halten und die Karenzentschädigung beziehen will (BAG 21.4.2010, NZA 2010, 1175 Rn. 25). Der **Arbeitgeber** dagegen kann sich auf das Fehlen des geschäftlichen Interesses **nicht berufen**, muss also die Karenzentschädigung zahlen, wenn der Arbeitnehmer das Verbot einhält (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG 24.4.1970, AP HGB § 74 Nr. 25 unter I. 2. b) der Gründe mwN; BAG 28.6.2006, AP HGB § 74 Nr. 80).
- 335 Bei einem nur **teilweisen** Verstoß gegen § 74a Abs. 1 S. 1 HGB kommt ein **teilweises Wahlrecht des Arbeitnehmers** in Betracht, wenn das Wettbewerbsverbot für eine **zu lange Zeit** vereinbart worden ist. Waren beispielsweise zwei Jahre vereinbart und hat der Arbeitgeber ein berechtigtes geschäftliches Interesse nur für die Dauer von einem Jahr, so ist das Wettbewerbsverbot für die Dauer von einem Jahr voll wirksam. Nach Ablauf eines Jahres wandelt sich die Pflicht des Arbeitnehmers zur Wettbewerbsenthaltensamkeit auf die geschilderte Weise (→ Rn. 161 ff.) in eine Obliegenheit um. Der Arbeitgeber kann also die Einhaltung des Wettbewerbsverbots für das zweite Jahr nicht verlangen oder gar durch

Unterlassungsklage durchsetzen, auch Ansprüche auf Schadensersatz oder Zahlung einer Vertragsstrafe bestehen nicht. Unterlässt der Arbeitnehmer jedoch die Wettbewerbstätigkeit, so bleibt ihm der Anspruch auf die Karenzentschädigung auch für das zweite Jahr erhalten (zur Frage, in welcher Form und vor allem wann der Arbeitnehmer erklären muss, dass er sich für die volle Laufzeit an das Verbot halten will, → Rn. 359).

Keinen Sinn macht eine teilweise Unverbindlichkeit allerdings, wenn das Wettbewerbsverbot in **sachlicher** Hinsicht nur teilweise von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt ist. In diesem Fall bringt es dem Arbeitnehmer keinen Vorteil, wenn er sich auch an den „unverbindlichen“ Teil des Wettbewerbsverbots hält. Denn grundsätzlich ist die Höhe der vereinbarten Entschädigung gem. § 74 Abs. 2 HGB unabhängig vom Umfang des Wettbewerbsverbots. Auch wenn also das Wettbewerbsverbot inhaltlich teilweise gegen § 74a Abs. 1 S. 1 HGB verstößt, behält der Arbeitnehmer stets den Anspruch auf die volle vereinbarte Karenzentschädigung (BAG 21.4.2010, NZA 2010, 1175 Rn. 23; LAG Saarland 19.9.2001 – 2 Sa 117/05, nv; statt aller *Heymann/Henssler* § 74a Rn. 19f.; unrichtig deshalb LAG Rheinland-Pfalz 18.12.2008 – 2 Sa 378/08, BeckRS 2009, 55996, wonach bei Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegen den unverbindlichen Teil der Anspruch auf Karenzentschädigung entfallen soll). Für ein Wahlrecht des Arbeitnehmers ist daher kein Raum (LAG Saarland 19.9.2001 – 2 Sa 117/05, nv). Deshalb ist hinsichtlich des sachlichen Umfangs bei nur partiellen Verstößen gegen § 74a Abs. 1 S. 1 HGB statt von teilweiser Unwirksamkeit von **Teilnichtigkeit** auszugehen. Bei diesem Verständnis stellt § 74a HGB rechtstechnisch nur eine Abwandlung der in § 139 BGB angeordneten Rechtsfolge dar (*v. Hoyningen/Huene* Anm. zu AP HGB § 74a Nr. 6). Ebenso wie eine vollständige tritt auch eine teilweise Nichtigkeit oder Unwirksamkeit von selbst **kraft Gesetzes** ein (BAG 21.4.2010, NZA 2010, 1175 Rn. 22). Der Arbeitnehmer muss sich weder ausdrücklich darauf berufen noch ist eine gerichtliche Entscheidung notwendig (*Buchner* C 274; *Heymann/Henssler* § 74a Rn. 17 mit Nachweisen zur abweichenden älteren Ansicht).

Es ist nicht zu verkennen, dass die dargestellte, von der Rechtsprechung über Jahrzehnte entwickelte Dogmatik einen ganz erheblichen **Systembruch** (ebenso *v. Hoyningen/Huene* Anm. zu AP HGB § 74a Nr. 6) enthält, der allerdings, soweit ersichtlich, bislang noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen war: Sind Teile des Wettbewerbsverbots unverbindlich (weil das berechtigte Interesse des Arbeitgebers fehlt), reduziert sich das Verbot automatisch auf den wirksamen Teil, wobei der Anspruch auf Karenzentschädigung sich nicht parallel reduziert, sondern in vollem Umfang bestehen bleibt. Das gilt auch, wenn das Wettbewerbsverbot aufgrund einer geltungserhaltenden Reduktion (§ 74a HGB) nur noch einen sehr schmalen Anwendungsbereich hat. Fällt dann aber auch dieser schmale Anwendungsbereich noch weg, so dass das Wettbewerbsverbot insgesamt nicht mehr von einem berechtigten geschäftlichen Interesse iSv § 74a HGB gedeckt ist, muss der Arbeitnehmer sein Wahlrecht ausüben, um das Verbot wirksam zu machen. Wenn er das Wahlrecht ausübt, muss er das Verbot aber in vollem vereinbarten Umfang einhalten. Der Systembruch ist nun offensichtlich in den Fällen, in denen das Verbot aufgrund einer Reduktion nach § 74a HGB nur noch einen ganz schmalen Geltungsbereich hat. Man denke beispielsweise an einen deutschen Außendienstler, der innerhalb der EU für einen portugiesischen Medizinproduktehersteller dessen Produkte an Krankenhäuser verkauft und mit dem ein EU-weites Wettbewerbsverbot abgeschlossen wird. Würde nun der Hersteller beschließen, sich künftig ganz auf seinen portugiesischen Heimatmarkt zu konzentrieren und die Vertriebs-Aktivitäten in anderen EU-Staaten einzustellen, würde sich das Verbot nach § 74a HGB auf Portugal reduzieren. Der in Deutschland ansässige Außendienstler könnte also – mit Ausnahme von Portugal – ungehindert innerhalb der EU tätig werden. Damit wäre praktisch keine spürbare Einschränkung verbunden, er hätte jedoch Anspruch auf die volle Karenzentschädigung. Würde dagegen der portugiesische Hersteller den Produktbereich, in dem der Mitarbeiter tätig war, völlig einstellen, so wäre das berechtigte geschäftliche Interesse für das Verbot insgesamt entfallen. Wenn der Mitarbeiter nun die Karenzent-

336

337

schädigung haben wollte, müsste er sich für die Einhaltung des Verbots insgesamt – also EU-weit! – entscheiden. Letztlich stünde er viel schlechter als im ersten Fall, ohne dass diese Schlechterstellung gerechtfertigt wäre. Ganz im Gegenteil müsste er eigentlich besser stehen, je geringer das geschäftliche Interesse seines ehemaligen Arbeitgebers ist. Wie die Rechtsprechung diesen Systembruch auflösen wird, bleibt abzuwarten.

- 338 Hält der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot für teilweise unverbindlich oder nichtig, so kann er ohne weiteres eine entsprechende (eingeschränkte) Konkurrenztaetigkeit aufnehmen und später im Rahmen eines Unterlassungs- oder Schadensersatzprozesses die Unverbindlichkeit geltend machen (*Röhler/Borrmann* S. 115 f.; unklar *Schlegelberger/Schröder* § 74a Rn. 4a, 4d) oder **Feststellungsklage** erheben (→ Rn. 180 ff.). Bei dieser Vorgehensweise trägt der Arbeitnehmer allerdings das Risiko, dass er sich über den **Umfang** des bestehenbleibenden Wettbewerbsverbots **irrt** und dadurch in Unterlassungsansprüche oder eine Vertragsstrafe hineinläuft. Wird beispielsweise mit einem Freiberufler ein unzulässiges (→ Rn. 307) Niederlassungsverbot vereinbart, ist dieses zwar nach § 74a HGB nicht von einem berechtigten geschäftlichen Interesse gedeckt. Gedeckt wäre aber eine Kunden-/Mandantenschutzklausel. Folglich bleibt das Wettbewerbsverbot insoweit in Kraft (→ Rn. 307a). Der Arbeitnehmer darf bei seinem Ausscheiden also das Niederlassungsverbot missachten und in unmittelbarer räumlicher Nähe ein Konkurrenzunternehmen eröffnen, er darf aber nicht solche Kunden/Mandanten seines früheren Arbeitgebers betreuen, mit denen er in den letzten beiden Jahren vor dem Ausscheiden Kontakt hatte.
- 339 Die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit, die § 74a Abs. 1 S. 1 HGB bei Fehlen des berechtigten geschäftlichen Interesses vorschreibt, ist für den Arbeitgeber misslich, da alle Trümpfe beim Arbeitnehmer liegen. Nicht selten versuchen Arbeitgeber deshalb, dem Wahlrecht des Arbeitnehmers dadurch zu entgehen, dass das Vorliegen des berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers zur **Bedingung** des Wettbewerbsverbots erhoben wird:

Beispiel:

„Das Wettbewerbsverbot entfällt, wenn ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers gem. § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht oder nicht mehr vorliegt.“

- 339a Eine solche Bedingung ist unwirksam. Wäre sie wirksam, würde sie dem Arbeitnehmer bei Fehlen eines berechtigten geschäftlichen Interesses das Wahlrecht nehmen. Eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Gesetz ist gem. § 75d HGB unzulässig. Die Rechtsfolge einer solchen unzulässigen Bedingung kann nicht anders sein, als wenn das Wettbewerbsverbot unter Umgehung von § 75 HGB nur bei bestimmten Beendigungstatbeständen gelten soll (→ Rn. 686 ff.). Das Wettbewerbsverbot ist also als ein unzulässiges „bedingtes“ Wettbewerbsverbot zu behandeln mit der Folge, dass es **unverbindlich** ist (LAG Düsseldorf 2.2.1979, DB 1979, 2182). Die Unverbindlichkeit tritt unabhängig davon ein, ob ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers gegeben ist oder nicht. Möglich muss es allerdings sein, bestimmte eng umrissene einzelne Tatbestände, in denen das geschäftliche Interesse weggefallen ist, zu Bedingung des Wettbewerbsverbots zu erheben. So müssen beispielsweise Klauseln zulässig sein, nach denen das Wettbewerbsverbot wegfällt, wenn der Betrieb schließt oder bestimmte Produktionsbereiche eingestellt werden. Solche Klauseln benachteiligen den Arbeitnehmer nicht unbillig. In jedem Fall ist stets sorgfältig zu prüfen, ob bei Fehlen eines berechtigten geschäftlichen Interesses wirklich das gesamte Wettbewerbsverbot erlöschen soll. Ist nämlich nur der Wegfall der Pflicht zur Wettbewerbsunterlassung vorgesehen, während die Karenzentschädigung weiterlaufen soll, so liegt stets eine für den Arbeitnehmer günstige Abweichung von §§ 74 ff. HGB vor, die ohne weiteres zulässig ist (LAG Düsseldorf 2.2.1979, DB 1979, 2182).