

Wettbewerbsverbote

Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Organmitglieder

von

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Dr. Martin Diller

7., neubearbeitete Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67943 8

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

mitbestimmend sind. Unschädlich ist es also, wenn der Arbeitgeber daneben noch andere Interessen verfolgt, die an sich nicht von § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB gedeckt wären (BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133f GewO unter 5. der Gründe).

2. Sachliche Reichweite

- 303 Die größten Schwierigkeiten bereitet die Feststellung des berechtigten geschäftlichen Interesses in sachlicher Hinsicht.

a) Allgemeines

- 304 Aus dem eindeutigen Wortlaut von § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ergibt sich zunächst ohne weiteres, dass ein **privates** Interesse des Arbeitgebers nicht reicht, erforderlich ist ein **geschäftliches** Interesse.

- 305 Die ältere Literatur hat an das geschäftliche Interesse des Arbeitgebers keine besonderen Anforderungen gestellt. Sofern sich der Arbeitgeber nur irgendeinen Vorteil von dem Wettbewerbsverbot verspreche, könne er es wirksam vereinbaren (so noch *Schlegelberger/Schröder* § 74a Anm. 3a; weitere Nachweise zur älteren Literatur in BAG AP 2 zu § 74a HGB unter III. 2. der Gründe). Die Rechtsprechung hat dagegen von Anfang an einen restriktiveren Standpunkt vertreten. Sie fordert grundsätzlich eine **finale Beziehung** zwischen der früheren Tätigkeit des Arbeitnehmers und dem untersagten Wettbewerb (BAG 21. 3. 1964 AP 15 zu § 133f GewO; 22. 11. 1965 AP 1 zu § 611 BGB Abwerbung; 24. 6. 1966 AP 2 zu § 74a HGB; 9. 9. 1968 AP 22 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133f GewO; zuletzt 1. 8. 1995 AP 5 zu § 74a HGB). Ein Wettbewerbsverbot ist deshalb vor allem dann schützenswert, wenn es dem **Schutz von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen** dient. Der beabsichtigte Schutz von Geheimnissen ist allerdings nicht der einzige Fall des berechtigten geschäftlichen Interesses, eine Beschränkung von Wettbewerbsverboten auf Geheimnisträger hat das BAG (24. 6. 1966 AP 2 zu § 74a HGB) ausdrücklich abgelehnt (zust. *Heymann/Henssler* § 74a Rn. 5). Einen legitimen Schutzzweck verfolgt der Arbeitgeber nämlich auch dann, wenn er mit dem Wettbewerbsverbot den **Einbruch** eines ausgeschiedenen Mitarbeiters **in Kunden- oder Lieferantenkreise** unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder enger persönliche Kontakte verhindern will, insbesondere bei Führungskräften im Vertriebsbereich (*Grunsky* S. 92; *Buchner* C 247; *Grüll/Janert* S. 43). **Nicht** schützenswert soll dagegen der Wunsch des Arbeitgebers sein, einen **qualifizierten Mitarbeiter für die Konkurrenz zu sperren**, von künftigen Kunden fernzuhalten oder seinen **Arbeitsplatzwechsel zu erschweren** (BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133f GewO; BAG 21. 4. 2010 NZA 2010, 1175 Rn. 15). Das LAG Thüringen (11. 6. 2001 ZIP 2002, 587) hat eine solche Sperrabsicht in einem Fall vermutet, in dem der Arbeitgeber nur mit besonders leistungsstarken Mitarbeitern Wettbewerbsverbote vereinbart hatte, weniger leistungsstarken Mitarbeitern beim Wechsel zur Konkurrenz dagegen keine Steine in den Weg legte. Dabei übersieht das LAG, dass bei leistungsstarken Mitarbeitern insbesondere im Vertrieb auch eine höhere Gefahr der Abwerbung von Kunden einhergehen kann. Als nicht schützenswert hat das BAG (21. 4. 2010 NZA 2010, 1175, Rn. 21) das Interesse des Arbeitgebers angesehen, dass der Mitarbeiter nach einem Wechsel zur Konkurrenz nicht einzelne **Mitarbeiter** des früheren Arbeitgebers **anspricht**, um sie zu einem **Wechsel zu seinem neuen Arbeitgeber** zu bewegen. Nicht schützenswert ist

auch das Ziel, die **Rentabilität** einer **arbeitgeberfinanzierten Ausbildung** sicherzustellen; dies kann sachgerecht durch Rückzahlungsklauseln geschehen (BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133 f GewO). Ebenfalls nicht schützenswert ist die Absicht, abkehrwillige Arbeitskräfte zu „**bestrafen**“ (BGH 18. 7. 2005 ZIP 2005, 1778 für ausscheidende Gesellschafter einer GbR). Dieser restriktiven Ansicht ist zuzustimmen. Die Auffassung der älteren Literatur wäre mit dem von Art. 12 GG geschützten Recht auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes unvereinbar. Jedes Wettbewerbsverbot greift in dieses Grundrecht ein. An seine Rechtfertigung sind deshalb strenge Maßstäbe anzulegen. Grundsätzlich ist zu verlangen, dass höherrangige Interessen des Arbeitgebers geschützt werden. Als solche höherrangigen Interessen können mit der Rechtsprechung nur anerkannt werden der **Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und des Kunden- bzw. Lieferantenstamms** (so mittlerweile ausdrücklich BAG 1. 8. 1995 AP 5 zu § 74a HGB). § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB hätte auch, wenn die Auffassung der älteren Literatur richtig wäre, keine weitere Bedeutung als die des allgemeinen Willkür- und Schikaneverbots aus § 226 BGB (BAG 24. 6. 1966 AP 2 zu § 74a HGB; 1. 8. 1995 AP 5 zu § 74a HGB). Es überzeugt insoweit nicht, wenn *Duden* (Anm. zu BAG 24. 6. 1966, a. a. O.) unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift die Ansicht vertritt, mehr als ein Schikaneverbot sei auch nicht beabsichtigt gewesen. Gerade die Gegenüberstellung des „berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers“ mit der „unbilligen Erschwerung des Fortkommens“ des Arbeitnehmers in § 74a Abs. 1 HGB zeigt, dass der Gesetzgeber eine Güterabwägung wollte.

Bei der Prüfung des „berechtigten geschäftlichen Interesses“ des Arbeitgebers **306** kommt es **nicht abstrakt-generell** darauf an, ob ein vergleichbarer Arbeitgeber typischerweise ein berechtigtes geschäftliches Interesse daran hat, dass seine Mitarbeiter nicht zur Konkurrenz abwandern. Vielmehr ist **einzelfallbezogen** zu prüfen, ob im konkreten Fall der betreffende Arbeitgeber ein berechtigtes geschäftliches Interesse daran hat, dass der betreffende Arbeitnehmer nicht zu einem bestimmten Konkurrenzunternehmen wechselt. Vereinbart beispielsweise ein Arbeitgeber mit seinem Entwicklungsleiter und seinem Vertriebschef ein Wettbewerbsverbot hinsichtlich der vier Konkurrenzunternehmen A, B, C und D, so kann es sein, dass beim Entwicklungsleiter das berechnete geschäftliche Interesse für das Verbot eines Wechsels zum Unternehmen C fehlt, weil dessen Produkte technologisch ganz andersartig sind, während beim Vertriebschef das berechnete geschäftliche Interesse für das Verbot eines Wechsels zum Unternehmen D fehlt, weil dieses ein ganz andersartiges Vertriebssystem hat. Bei der Prüfung des „berechtigten geschäftlichen Interesses“ sind vor allem folgende Gesichtspunkte zu beachten (zum Sonderfall des Betriebsübergangs nach § 613a BGB s. Rn. 993 ff.):

b) Freie Berufe/Berater

Nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte ist im Bereich der freien Berufe **307** ein **vollständiges Wettbewerbsverbot**, das jegliche Konkurrenzfähigkeit untersagt, nicht vom berechtigten Interesse des Unternehmens gedeckt und deshalb **unwirksam**. In solchen Fällen könne sich das Unternehmen durch eine Mandantenschutzklausel (s. Rn. 265) ausreichend schützen. Ein vollständiges Wettbewerbsverbot diene nur dazu, einen unliebsamen Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Ein solches Interesse sei nicht „berechtigt“ (BAG 8. 5. 2000 NJW 2000, 2584; s. auch

Rn. 305). Diese Rechtsprechung muss erst recht bei angestellten Freiberuflern gelten, hier besteht also regelmäßig ein berechtigtes geschäftliches Interesse nur an einer Mandantenschutzklausel. Dem Arbeitnehmer darf nur die Betreuung von solchen Mandanten untersagt werden, die in den letzten zwei bis drei Jahren in Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmen standen (zu den Einzelheiten s. Rn. 310, 1050 f.). Für Dienstleistungsberufe (inkl. **Berater**) außerhalb der klassischen „freien Berufe“, z. B. Unternehmensberater, kann u. E. nichts anderes gelten. Ein generelles Niederlassungsverbot im Umkreis des bisherigen Arbeitgebers wäre für die genannten Berufsgruppen unverbindlich (LAG München 19. 8. 1986 NZA 1987, 600; *Storf* S. 127 ff; Münch. Komm. HGB/v. *Hoyningen-Huene* § 74 Rn. 12; *Tschöpe/Hiekel* 2 F Rn. 10; *Michalski/Römermann* ZIP 1994, 440 f. m. w. N.; s. auch BGH NJW 1997, 3089 bzgl. Niederlassungsverbot für Tierarzt, dazu *Spoerr/Brinker/Diller* NJW 1997, 3060). Unrichtig hat deshalb das LAG Rheinland-Pfalz (12. 1. 2012 – 8 Sa 445/11 – Gerichtshomepage) ein Niederlassungsverbot für eine angestellte Tierärztin im Umkreis von 15 km um den früheren Arbeitsort für wirksam gehalten.

307a Zu beachten ist, dass ein nach vorstehenden Grundsätzen unverbindliches Niederlassungsverbot nicht vollständig entfällt, sondern sich **geltungserhaltend** auf eine **Kunden-/Mandantenschutzklausel** (s. Rn. 310) **reduziert**, die der ausgeschiedene Arbeitnehmer einhalten muss. So hat beispielsweise das LAG Schleswig-Holstein (19. 3. 2013 – 1 SaGa 2/13 – BeckRS 2013, 68629) in einer sorgfältig begründeten Entscheidung ein vollständiges Tätigkeitsverbot für einen „Rentenberater“ für zu weitgehend angesehen, der sich darauf spezialisiert hatte, Berufssportler bei der Durchsetzung von Unfallrenten gegen die gesetzlichen Berufsgenossenschaften zu unterstützen. Das LAG stellte zutreffend fest, dass es dem Arbeitgeber mit dem Wettbewerbsverbot nicht um den Schutz geheimhaltungsbedürftigen Know-hows ging, sondern um die Ausschaltung eines Wettbewerbers, was von § 74 a HGB nicht gedeckt sei. Legitim sei aber der Schutz der vorhandenen Kunden, so dass das Wettbewerbsverbot geltungserhaltend auf eine Kundenschutzklausel zu reduzieren sei.

c) Vertriebsmitarbeiter

308 Bei Vertriebsmitarbeitern droht dem Unternehmen häufig nur die Gefahr, dass der Mitarbeiter nach seinem Ausscheiden die bisherigen Kunden zu seinem neuen Arbeitgeber herüberzieht. Dieser Gefahr kann durch eine **Kundenschutzklausel** (s. Rn. 265) begegnet werden, wonach der Mitarbeiter nach seinem Ausscheiden mit seinen bisherigen Kunden keine Geschäfte machen darf. Für ein weitergehendes Verbot, insbesondere ein Verbot jeglicher Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen, fehlt dem Arbeitgeber in der Regel das berechtigte Interesse (vgl. OLG Hamm 11. 1. 1988 GmbHR 1988, 345; *Staub/Weber* § 74 a Rn. 9; a. A. wohl *Baums*, EWiR, § 35 GmbHG 2/88, S. 1098; OLG Köln 27. 2. 1967 OLGZ 1967, 394). Diese Gedanken lagen auch Art. 20 der Handelsvertreter-Richtlinie 86/653/EWG vom 18. 12. 1986 (ABl. L 382/17) zugrunde, auf Grund derer § 90a Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. HGB ergänzt wurde. Danach darf sich bei Handelsvertretern ein Wettbewerbsverbot nur auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen **Bezirk** oder **Kundenkreis** und auf diejenigen **Gegenstände** erstrecken, hinsichtlich derer der Handelsvertreter beauftragt war. Diese Grundsätze lassen sich ohne weiteres auf angestellte Vertriebsmitarbeiter übertragen. Ist beispielsweise ein Außendienstler lediglich für ein Bundesland zuständig, kann das Wettbewerbsverbot nicht auf ganz Deutschland erstreckt werden. Allerdings

darf man nicht nur auf das **letzte** Gebiet oder die letzte Warengruppe abstellen. Vielmehr ergibt die notwendige Interessenabwägung zwischen Konkurrenzschutz des Arbeitgebers und beruflicher Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers, dass Wettbewerbsverbote unter Einbeziehung früherer Tätigkeiten auf das addierte Gesamtgebiet und die addierten Warengruppen erstreckt werden dürfen, für die der Mitarbeiter in den letzten zwei bis drei Jahren zuständig war (ebenso v. *Hoyningen-Huene* § 90 a Rn. 27 für Handelsvertreter). Allerdings ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Mitarbeiter dem Unternehmen auch auf andere Weise als durch das Einbrechen in die Kundenbeziehungen gefährlich werden kann, etwa durch die **Preisgabe** geheimer langfristiger **Vertriebsstrategien** etc. Ist das der Fall, kann auch ein vollständiges bundesweites Tätigkeitsverbot gerechtfertigt sein (OLG Hamm, a. a. O.; LAG Baden-Württemberg 30. 1. 2008 NZA-RR 2008, 510; LAG Niedersachsen 16. 7. 2009 NZA-RR 2010, 68; LAG Hamm 14. 4. 2003 NZA-RR 2003, 513; *Staub/Weber* a. a. O.).

Dasselbe gilt, wenn es nicht um persönliche Kontakte zu den Kunden geht, sondern um die **Kenntnis** davon, **welche** Unternehmen überhaupt **zum Kundenkreis zählen**. Hat das Unternehmen an diesbezüglicher Geheimhaltung ein berechtigtes geschäftliches Interesse, kommt also auch hier ein vollständiges Wettbewerbsverbot in Betracht (zutr. LAG Saarland 19. 9. 2001 – 2 Sa 117/01 – n. v.). **309**

d) Kundenschutz/Mandantenschutz

Insbesondere bei freien Berufen und sonstigen Dienstleistungsunternehmen, aber auch mit Vertriebsmitarbeitern wird häufig statt eines umfassenden branchenbezogenen Wettbewerbsverbots lediglich eine **Mandantenschutz-** bzw. **Kundenschutzklausel** vereinbart (umfassende branchenbezogene Verbote wären hier häufig gar nicht von § 74 a HGB gedeckt, s. Rn. 307, 308). Aber auch Kunden-/Mandantenschutzklauseln selbst müssen den Anforderungen des § 74 a HGB genügen und müssen im Einzelnen vom berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers gedeckt sein. Das ist häufig nicht der Fall. So darf das Verbot regelmäßig nur auf diejenigen Kunden/Mandanten erstreckt werden, mit denen der betreffende Mitarbeiter **selbst Kontakt** hatte. Dabei reicht es auch nicht aus, wenn der Kontakt viele Jahre zurückliegt. Vielmehr kann ein Verbot wirksam nur auf diejenigen Kunden/Mandanten erstreckt werden, mit denen der ausscheidende Arbeitnehmer in den **letzten zwei Jahren** Kontakt hatte (BGH 8. 5. 2000 NJW 2000, 2584). Denn nach zwei Jahren sind die persönlichen Kontakte regelmäßig so abgekühlt, dass sie keine Rolle mehr spielen (BGH a. a. O.; vgl. dazu auch BAG 7. 8. 2002 AP 4 zu § 75 d HGB). Unzulässig ist es auch, den Kunden-/Mandantenschutz auf diejenigen Mandanten/Kunden zu erstrecken, die tatsächlich nicht Kunden/Mandanten geworden sind, sondern mit denen nur Akquisitionsgespräche geführt wurden (OLG Düsseldorf 1. 8. 2003 – I-17 U 27/03 – n. v.; OLG Köln 5. 10. 2000 NZG 2001, 165; vgl. zu diesem Fragenkreis auch die instruktive Rechtsprechung der Zivilgerichte zu der Parallelproblematik bei ausscheidenden Organmitgliedern bzw. Partnern von Freiberuflersozietäten, Rn. 1050 ff.). **310**

e) Gewerbliche Arbeitnehmer

- 311 Sehr problematisch sind Wettbewerbsverbote mit Facharbeitern, die weder Kunden- noch Lieferantenkontakt haben und auch nicht in besondere Betriebsgeheimnisse eingeweiht sind. Nach richtiger Ansicht (BAG 9. 9. 1968 AP 22 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG 21. 4. 2010 NZA 2010, 1175 Rn. 15) hat in diesen Fällen das Wettbewerbsverbot lediglich die Funktion, die **Arbeitskraft eines guten Mitarbeiters zu sichern** und ihn **für die Konkurrenz zu sperren**. Dieser Zweck ist von § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht gedeckt (s. Rn. 305). Das Wettbewerbsverbot lässt sich auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, der Betrieb habe in die Ausbildung des Mitarbeiters erhebliche Summen investiert. Insoweit kann der Arbeitgeber sich durch eine Rückzahlungsklausel schützen. Wettbewerbsverbote mit gewerblichen Arbeitnehmern sind also regelmäßig unverbindlich. Ausnahmen werden sich nur dann ergeben, wenn ein so enger Kundenkontakt besteht, dass bei einem Wechsel zur Konkurrenz eine Gefahr für den Kundenstamm droht. Dies kann etwa bei Verkaufsfahrern der Fall sein (*Röhler/Borrmann* S. 111 Fn. 133).

f) Branchen ohne Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse

- 312 Wird das Wettbewerbsverbot in einer Branche vereinbart, in der es keine besonderen Betriebsgeheimnisse gibt und in der auf Grund der Besonderheit der Dienstleistung keine Stammkundschaft aufgebaut werden kann, ist das Verbot unverbindlich. Dies hat das BAG (21. 3. 1964 AP 15 zu § 133f GewO) z. B. für einen ausgeschiedenen **Fahrlehrer** entschieden. Feste Kundenkreise, die vor einem ausgeschiedenen Fahrlehrer zu schützen seien, könnten in dieser Branche nicht aufgebaut werden. Von § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht gedeckt seien Wettbewerbsverbote, mittels derer der ausgeschiedene Mitarbeiter lediglich im Kampf um **künftige** Kunden ausgeschaltet werden solle (BAG a. a. O.; dagegen OLG Köln 27. 12. 1967 OLGZ 1967, 394). Auch bei einem **Raumausstattungsunternehmen** hat das BAG (25. 6. 1985 BAGE 49, 109) bezweifelt, ob überhaupt ein berechtigtes Interesse an Wettbewerbsverboten denkbar wäre (unter II.2.a. der Gründe). Problematisch wäre z. B. auch ein Wettbewerbsverbot zwischen einem Feinschmeckerrestaurant und seinem angestellten **Spitzenkoch**, wonach dieser sich nicht innerhalb einer bestimmten Entfernung als Konkurrent selbstständig machen darf. Auch würde es wohl nicht um den Schutz von Betriebsgeheimnissen oder besonderen Kundenkontakten gehen, sondern schlicht um die (unzulässige) Ausschaltung eines potentiellen Konkurrenten.

g) Beschränkung des Verbots auf bestimmte Konkurrenzunternehmen

- 313 Häufig verbieten Wettbewerbsverbote nur die Tätigkeit in einem bestimmten Konkurrenzunternehmen, obwohl die Tätigkeit für andere Konkurrenzunternehmen für den Arbeitgeber genauso gefährlich wäre. Die Eingrenzung des Wettbewerbsverbots kann ein Indiz dafür sein, dass es dem Arbeitgeber nicht um den Schutz des eigenen Unternehmens geht, sondern nur um die **Schwächung eines bestimmten Konkurrenten**. Das ist von § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht gedeckt (BAG 22. 11. 1965 AP 1 zu § 611 BGB Abwerbung unter II. 2. b der Gründe; ähnlich LAG Thüringen 11. 6. 2001 ZIP 2002, 587). Ansonsten ist es selbstverständlich zulässig, nach der Bedeu-

tung der Konkurrenten zu differenzieren und das Wettbewerbsverbot auf den Wechsel zu bestimmten namentlich aufgeführten Konkurrenten zu beschränken.

h) Kurze Laufzeit des Verbots

Wird das Wettbewerbsverbot nur für eine kurze Zeit, etwa für **sechs Monate**, vereinbart, spricht einiges dafür, dass es dem Arbeitgeber allein darum geht, dem Arbeitnehmer unzulässigerweise (s. Rn. 305, 311) einen **Arbeitsplatzwechsel zu erschweren**. Erfahrungsgemäß kündigen Arbeitnehmer erst dann, wenn sie bereits einen neuen Arbeitsvertrag unterschrieben haben. Viele neue Arbeitgeber werden jedoch nicht bereit sein, bis zur Arbeitsaufnahme des neuen Mitarbeiters mehr als sechs Monate zu warten. Durch die Addition von Kündigungsfrist und dem sechsmonatigen Wettbewerbsverbot ergibt sich häufig eine Sperrzeit von neun bis zwölf Monaten, was für viele potentielle neue Arbeitgeber zu lang sein wird (LAG Hamm 4. 9. 2012 – 14 SaGa 9/12 – BeckRS 2012, 75667; offen gelassen von BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133 f GewO). 314

i) Unternehmensbezogene Verbote

Bedeutung hat das Gebot des § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB auch für die Frage, ob dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer schlechthin jede Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen oder nur eine Tätigkeit in seinem früheren Geschäftsbereich bzw. in seiner früheren Funktion verboten werden darf (zur Abgrenzung zwischen tätigkeitsbezogenen und unternehmensbezogenen Wettbewerbsverboten s. ausf. Rn. 232 ff.): 315

Beispiele: (1) Der Arbeitnehmer ist bei einem großen Chemiekonzern in der Sparte Pflanzenschutz tätig. Darf ihm nach seinem Ausscheiden nur die Tätigkeit in der gleichen Sparte oder schlechthin jede Tätigkeit für ein Unternehmen der chemischen Industrie verboten werden?

(2) Darf dem Leiter der Forschungs- und Entwicklungsabteilung verboten werden, bei einem Konkurrenzunternehmen als Vertriebsleiter anzufangen?

Das BAG (24. 6. 1966 AP 2 zu § 74a HGB unter III. 2 der Gründe; vom 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133 f GewO unter 6. der Gründe) steht auf dem Standpunkt, ein berechtigtes geschäftliches Interesse könne grundsätzlich nur für **tätigkeitsbezogene** Verbote bestehen. Dem Arbeitnehmer könne nicht pauschal ein Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen verboten werden, sondern nur die Betätigung in der Sparte, in der er vorher beschäftigt war (zustimmend *Grunsky* S. 93; *Buchner* C 250). Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen. So ist ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot bei **Führungskräften** regelmäßig vom berechtigten geschäftlichen Interesse gedeckt (BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133 f GewO mit zust. Anm. *Simitis*; 30. 1. 1970 AP 24 zu § 133 f GewO), weil eine Führungskraft häufig in spartenübergreifende Entscheidungsprozesse einbezogen wird und dadurch in der Lage ist, im neuen Unternehmen auch außerhalb seines eigentlichen Arbeitsbereichs geschützte Geschäftsgeheimnisse seines früheren Arbeitgebers preiszugeben (BAG 30. 1. 1970 a.a.O. unter I. 4. der Gründe). Unternehmensbezogene Wettbewerbsverbote sind auch dann wirksam, wenn bei dem Konkurrenzunternehmen, zu dem der Arbeitnehmer wechselt, verschiedene Sparten ohne räumliche Trennung in einem einheitlichen Betrieb geführt werden. Hier könnte der frühere Arbeitgeber ein lediglich tätigkeitsbezogenes Wettbewerbsverbot **unmöglich überwachen**. Er hat daher ein berechtigtes geschäftliches Interesse an einem unternehmensbezogenen Verbot

(BAG 30. 1. 1970 a. a. O.; ebenso ArbG Bochum 29. 10. 2009 – 3 Ga 41/09 – n. v.; LAG Hamm 19. 2. 2008 – 14 SaGa 5/08, juris). Ein berechtigtes geschäftliches Interesse an einem unternehmensbezogenen Wettbewerbsverbot hat das BAG (5. 12. 1966 AP 1 zu § 75b HGB) auch bei Arbeitnehmern bejaht, die in **Entwicklungsländern** tätig waren. Aufgrund der Besonderheiten des Marktes stellten diese Arbeitnehmer bei einem Wechsel zur Konkurrenz unabhängig davon eine Gefahr für den alten Arbeitgeber dar, in welcher Funktion sie dort tätig seien (zustimmend *Röhler/Borrmann* S. 111). Fehlt nach den soeben dargestellten Grundsätzen das berechnete geschäftliche Interesse an einem unternehmensbezogenen Verbot, so ist freilich zu beachten, dass ein gleichwohl vereinbartes unternehmensbezogenes Verbot **nicht insgesamt unverbindlich** ist (ausf. dazu Rn. 333 ff.). Vielmehr wird es gemäß § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nur **insoweit** unverbindlich, wie das berechnete geschäftliche Interesse des Arbeitgebers fehlt. In den meisten Fällen wird das Wettbewerbsverbot also insoweit wirksam bleiben, als der Arbeitnehmer jedenfalls nicht in seiner früheren oder einer vergleichbaren Funktion tätig werden darf.

j) Konzernweite Verbote

316 Problematisch sind Wettbewerbsabreden, die den Arbeitnehmer nicht nur zugunsten seines bisherigen Arbeitgebers, sondern auch zugunsten von mit ihm verbundenen Konzernunternehmen sperren (s. Rn. 259 ff.). Teilweise werden innerhalb von verbundenen Unternehmen unternehmensübergreifende Wettbewerbsverbote grundsätzlich für zulässig gehalten (*Kracht* BB 1970, 584). Der bloße Konzernverbund reicht jedoch richtigerweise für die Begründung eines geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers nicht aus (*Grunsky* S. 125; *Staub/Weber* § 74 Rn. 31; *Martens* FS Herschel S. 249; *Windbichler* S. 131). Voraussetzung für die Einbeziehung anderer Konzernunternehmen in das berechnete geschäftliche Interesse ist zum einen, dass der Arbeitnehmer für dieses Konzernunternehmen in wettbewerbsrelevanter Weise tätig war, sei es durch eine unmittelbare Tätigkeit in diesem Unternehmen oder durch eine auf dieses Unternehmen bezogene Tätigkeit in der **Konzernspitze** (so die einschränkende Formulierung des Wettbewerbsverbots im Fall des BAG 16. 12. 1968 AP 21 zu § 133f GewO; vgl. auch *Windbichler* S. 131; *Martens* FS Herschel S. 247). Deshalb ist generell die Sperrung für Konkurrenten **abhängiger** Unternehmen eher zu rechtfertigen als die Sperrung für Konkurrenten **herrschender** Unternehmen (OLG Nürnberg 25. 11. 2007 GmbHR 2010, 141; *Kölner Komm./Mertens/Cahn* § 88 Rn. 35). Für die Sperrung für Konkurrenten abhängiger Unternehmen wird die bloße 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 ausführlich *Martens* FS Herschel S. 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.).

317 Ähnliche Probleme ergeben sich bei Wettbewerbsverboten, die dem Arbeitnehmer auch die Tätigkeit in einem **nicht konkurrierenden** Unternehmen verbieten, wenn dieses **mit einem Konkurrenzunternehmen konzernrechtlich verbunden** ist. Hier

ist für das berechnigte 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 (s. Rn. 261 ff.).

k) Verbot des Wechsels zu Geschäftskunden

Ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers kann auch daran bestehen, dem Arbeitnehmer den Wechsel zu Dienstleistern, Beratern oder Geschäftskunden (Abnehmer oder Lieferanten, s. auch Rn. 251 ff.) zu untersagen (LAG Nürnberg 31. 7. 2001 NZA-RR 2002, 272). Das gilt z.B., 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) Verbote zugunsten Dritter

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, 584 f.). Zur Erstreckung des Verbots auf den Veräußerer im Zuge eines Betriebsübergangs s. Rn. 996, 997.

m) Fehlen einer Konkurrenzsituation/Stillegung/Insolvenz

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.

Ebenso fehlt das berechnigte geschäftliche Interesse, wenn der Arbeitgeber praktisch **keine Konkurrenz** hat (BAG 2. 8. 1971 AP 25 zu § 615 BGB). 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.