

Wettbewerbsverbote

Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte
Organmitglieder

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Fachanwalt für Arbeitsrecht, und Prof. Dr. Martin Diller, Fachanwalt für
Arbeitsrecht

auch hier 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

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 S. 1 HGB nicht gedeckt (BAG 22.11.1965, AP BGB § 611 Abwerbung Nr. 1 unter II. 2. b der Gründe; ähnlich LAG Thüringen 11.6.2001, ZIP 2002, 587). Ansonsten ist es selbstverständlich zulässig, nach der Bedeutung der Konkurrenten zu differenzieren und das Wettbewerbsverbot auf den Wechsel zu bestimmten namentlich aufgeführten wichtigen Konkurrenten zu beschränken.

h) Kurze Laufzeit des Verbots

Wird das Wettbewerbsverbot nur für eine kurze Zeit, etwa für **drei** oder **sechs Monate**, vereinbart, spricht einiges dafür, dass es dem Arbeitgeber allein darum geht, dem Arbeitnehmer unzulässigerweise (→ 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 GewO § 133f Nr. 21; vgl. ArbG Solingen 20.6.2017 – 3 Ca 153/17 – BeckRS 2017, 116832: Unwirksamkeit eines nur dreimonatigen Wettbewerbsverbots mit Reisebüroangestellter).

i) Unternehmensbezogene Verbote

Bedeutung hat das Gebot des § 74a Abs. 1 S. 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 ausf. → Rn. 232 ff.):

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 hat in älteren Entscheidungen (24.6.1966, AP HGB § 74a Nr. 2 unter III. 2 der Gründe; 16.12.1968, AP GewO § 133f Nr. 21 unter 6. der Gründe) mehrfach die Auffassung vertreten, 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 Betäti-

gung in der Sparte, in der er vorher beschäftigt war (zust. *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 GewO § 133f Nr. 21 mit zust. Anm. *Simitis*; 30.1.1970, AP GewO § 133f Nr. 24), 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, AP GewO § 133f Nr. 24 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, AP GewO § 133f Nr. 24; ebenso ArbG Bochum 29.10.2009 – 3 Ga 41/09, nv; LAG Hamm 19.2.2008 – 14 SaGa 5/08, BeckRS 2008, 53985). Ein berechtigtes geschäftliches Interesse an einem unternehmensbezogenen Wettbewerbsverbot hat das BAG (5.12.1966, AP HGB § 75b Nr. 1) 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 (zust. *Röhslers/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 S. 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 (→ 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/Wéber* § 74 Rn. 31; *Martens* FS Herschel, 1982, 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 GewO § 133f Nr. 21; vgl. auch *Windbichler* S. 131; *Martens* FS Herschel, 1982, 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 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 die Tätigkeit in einem **nicht konkurrierenden** Unternehmen verbieten, wenn dieses **mit einem Konkurrenzunternehmen konzernverbunden** 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 (→ 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, 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) 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.). 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.

m) Fehlen einer Konkurrenzsituation/Stillegung/Insolvenz

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 **Insol-**

venz 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.

n) 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 berechnigtes 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 berechnigtes 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).

o) Wegfall des Geheimhaltungsinteresses

- 323 Geht es dem Arbeitgeber bei dem Wettbewerbsverbot vor allem um die Geheimhaltung bestimmter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, so entfällt das berechnigte 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 berechnigte 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.

p) Ausreichender Schutz durch Geheimniswahrungsverpflichtung

- 324 Nach *Gaul* (S. 156) soll ein berechnigtes 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.

q) Verbotene Tätigkeiten

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

3. Örtliche Reichweite

In örtlicher Hinsicht liegen die Beschränkungen des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB auf der Hand. 326 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 offen gelassen, 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

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. 358f.). 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. 327

5. Maßgeblicher Zeitpunkt

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. 297f.). 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, 53985Rn. 33; LAG Niedersachsen 16.7.2009, NZA-RR 2010, 68; ArbG Elmsborn 18.3.2010 – 4 Ga 10b/10, nv; aA Staub/Weber § 74a Rn. 14: Zeitpunkt, in dem der 328

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.

- 329 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).
- 330 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 3c) der Gründe; *Heymann/Hensler* § 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/Hensler* § 74a Rn. 10; → Rn. 298).

6. Darlegungs- und Beweislast

- 331 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/Weber* § 74a Rn. 2; *Grüll/Janert* S. 45; aA *Tschöpe/Hiekel* 2 F Rn. 25). Berufet 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 Erklärungs-pflicht 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 be-

rechtigtes 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). 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). In dem entschiedenen Fall 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).

Die dargestellte Beweislastverteilung gilt nicht nur im Hauptsacheverfahren, sondern auch im **einstweiligen Verfügungsverfahren** (LAG Niedersachsen 16.7.2009, NZA-RR 2010, 68). 332

7. Rechtsfolgen

§ 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 § 74a Rn. 3; ebenso BGH 25.10.2012, DB 2013, 1229 für die für Handelsvertreter geltende Parallelvorschrift des § 90a HGB; aA unzutreffend Hoffmann-Becking FS Quack, 1991, 276). Es handelt sich bei § 74a HGB also um einen gesetzlich angeordneten Fall der sog. „**geltungserhaltenden Reduktion**“. 333

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 Konkurrenztaetigkeit 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). 334

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 335

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).

336 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/Hensler* § 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/Hensler* § 74a Rn. 17 mit Nachweisen zur abweichenden älteren Ansicht).

337 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