

ARBEITSRECHT

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Nichtig bleibt nichtig!

von RA Dr. Jochen Blöse, FA f. Handels- und Gesellschaftsrecht, Mediator (CfM), Köln

| Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind häufig Bestandteil der Anstellungsverträge von Geschäftsführern, Vorständen oder leitenden Angestellten. Mitunter sind aber auch Mitarbeiter ohne leitende Funktion betroffen. In allen Fällen gilt: Arbeitgeber müssen bei der inhaltlichen Ausgestaltung solcher Wettbewerbsverbote wichtige Regeln beachten. Sonst steht schnell die Nichtigkeit einer Klausel im Raum. So hatte das BAG jüngst zu klären, ob ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzenschädigung wirksam sein kann, wenn der Vertrag eine salvatorische Klausel enthält. Vom BAG gab es dazu ein klares Nein (BAG 22.3.17, 10 AZR 448/15). |

1. Grundsätzliches zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

Mit einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot soll verhindert werden, dass ein Mitarbeiter nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen erworbene Kenntnisse bei einem Wettbewerber zum Schaden seines früheren Arbeitgebers einsetzt. Denn meist hat er im Rahmen seiner Tätigkeit Branchenexpertise erworben, aber auch spezifische Kenntnisse über seinen Arbeitgeber hinsichtlich Organisation, Produkten und Kunden erlangt. Das Unternehmen will sich in solchen Fällen also nur schützen.

Doch nicht immer basieren solche vertraglichen Gestaltungen auf einer bewussten Entscheidung. Stattdessen wird nach dem Motto verfahren: „Das steht in unseren Verträgen schon immer drin“. Oder anders formuliert: Hat eine solche Klausel einmal Eingang in ein Vertragsmuster gefunden, so wird sie häufig verwendet, ohne dass ihre Sinnhaftigkeit im konkreten Fall hinterfragt wird.

Dies wäre aus Unternehmenssicht ohne Weiteres akzeptabel, wenn das den ausgeschiedenen Mitarbeiter treffende Verbot nicht „teuer eingekauft worden wäre“. Wettbewerbsverbote bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nämlich u. a. der Vereinbarung einer sog. Karenzenschädigung. Denn letztlich wird dem Mitarbeiter mit dem Wettbewerbsverbot die Möglichkeit genommen, in dem Bereich tätig zu werden, in welchem er aufgrund seiner vorherigen Tätigkeit Spezialwissen erworben hat. Deshalb soll ihm ein finanzieller Ausgleich gewährt werden, der es ihm ermöglicht, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.

PRAXISTIPP | Natürlich ist es möglich, sich der Zahlung der Karenzenschädigung durch Verzicht auf das Wettbewerbsverbot zu entledigen. Doch das sollte in jedem Einzelfall bewusst entschieden werden. Denn nichts ist schlimmer als einfach unkritisch Musterformulierungen zu übernehmen.

Schutzbedürfnis des Unternehmens als Motiv für solche Klauseln

Wettbewerbsverbot nur bei Karenzenschädigung wirksam

Bewusste Entscheidung ist die bessere Lösung

2. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein vertragliches Wettbewerbsverbot

Bei Arbeitnehmern ohne Organfunktion ist § 110 GewO Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung. Dort ist im Grundsatz vorgesehen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung beschränken können. Weiter sieht die Bestimmung vor, dass auf solche Regelungen die §§ 74 bis 75f HGB entsprechend anwendbar sind.

Auf Geschäftsführer oder andere Vertretungsorgane sind die o. g. Regelungen hingegen nicht anwendbar (Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, § 6 Rz. 87). Im Grundsatz kann daher für einen Geschäftsführer eine Karenzentschädigung ganz oder für bestimmte Fälle ausgeschlossen werden. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei Vertretungsorganen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot keinerlei Einschränkungen unterliegt.

MERKE | Eine solche Klausel kann nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein. Dies wird von der Rechtsprechung z. B. angenommen,

- wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht den berechtigten geschäftlichen Interessen der Gesellschaft dient,
- wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert
- sowie bei ganz umfassenden Tätigkeitsverboten (s. z. B. OLG Düsseldorf 18.5.89, 8 U 143/88, DB 90, 1960; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, Anh. zu § 6 Rz. 25).

Für einen Arbeitnehmer ergeben sich aus den §§ 74 ff. HGB hingegen konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Zunächst stellt sich immer die Frage, ob das Wettbewerbsverbot zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Unternehmens erforderlich ist (§ 74a Abs. 1 S. 1 HGB). Diese Voraussetzung ist dann gegeben, wenn das Verbot dem Schutz von Betriebsgeheimnissen dient oder den Einbruch in den Kunden- oder Lieferantenkreis verhindern soll. Das bloße Interesse, Konkurrenz einzuschränken, reicht hingegen nicht aus (Baumbach/Hopt-Roth, HGB, § 74a, Rz. 1).

Beachten Sie | Doch es gibt noch weitere einschränkende Bedingungen: Das Wettbewerbsverbot ist nämlich dann unverbindlich, wenn es nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers enthält (§ 74a Abs. 1 S. 2 HGB). Bei der Beurteilung dieser Unbilligkeit ist die gewährte Karenzentschädigung zu berücksichtigen. D. h., dass eine großzügige Entschädigung eine weitreichende Beschränkung der Tätigkeit des ausgeschiedenen Arbeitnehmers rechtfertigen kann (Heidel/Schall-Ring, HGB, § 74a Rz. 14).

Die angesprochene Karenzentschädigung ist zwingende Voraussetzung dafür, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot überhaupt verbindlich sein kann. Dies stellt § 74 Abs. 2 HGB ausdrücklich klar. Zugleich wird dort hin-

Unterscheidung
zwischen „normalen“
Arbeitnehmern ...

... und Vertretungs-
organen

Berechtigtes Interesse
des Unternehmens
gegeben?

Spielraum wächst
mit der Höhe der
Karenzentschädigung

sichtlich der Höhe der Entschädigung bestimmt, dass diese für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreichen muss. Wird davon zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen, wird also **gar keine** oder **eine zu gering bemessene** Karenzentschädigung vereinbart, kann sich das Unternehmen nicht auf das Wettbewerbsverbot berufen (§ 75d S. 1 HGB).

Die rechtlichen Konsequenzen sind in den beiden genannten Fällen allerdings unterschiedlich:

- Ist gar keine Entschädigung vereinbart, ist das Wettbewerbsverbot nichtig (s. dazu Baumbach/Hopt-Roth, a. a. O., § 74, Rz. 22).
- Ist die Karenzentschädigung hingegen nur zu niedrig bemessen, hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht. Er kann sich entweder von dem Wettbewerbsverbot lösen; er darf dann in Wettbewerb zu seinem ehemaligen Arbeitgeber treten, erhält aber keinerlei Entschädigung. Er kann sich aber auch an das an sich unverbindliche Wettbewerbsverbot halten. Dann erhält er auch die vereinbarte Karenzentschädigung (s. dazu Baumbach/Hopt-Roth, a. a. O., § 75d, Rz. 2).

In zeitlicher Hinsicht ist § 74a Abs. 1 S. 3 HGB zu beachten. Danach kann das Verbot nicht für einen längeren Zeitraum als zwei Jahre ab der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. Formal setzt die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots dessen schriftliche Vereinbarung voraus (§ 74 Abs. 1 HGB).

3. Die Entscheidung des BAG vom 25.3.17

Im jüngst vom BAG entschiedenen Fall war eine vergleichsweise umfangreiche Regelung zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot enthalten. Das eigentliche Verbot war dabei wie folgt formuliert:

■ Wettbewerbsklausel

„Der Mitarbeiterin ist es untersagt, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung dieses Vertrags in selbstständiger, unselbstständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, das mit der Firma in direktem oder indirektem Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. In gleicher Weise ist es der Mitarbeiterin untersagt, während der Dauer dieses Verbotes ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen. Das Wettbewerbsverbot gilt auch zugunsten von mit der Firma verbundenen Unternehmen.“

Des Weiteren war eine Vertragsstrafe für einen etwaigen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vorgesehen und eine Regelung zur Gültigkeit auch im Verhältnis zu einem Rechtsnachfolger des Unternehmens. Zudem sollte das Wettbewerbsverbot keine Gültigkeit haben, wenn die Mitarbeiterin bei ihrem Ausscheiden das 65. Lebensjahr vollendet hat oder wenn das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr bestanden hat. Schließlich sah der Vertrag eine sog. salvatorische Klausel vor, die wie folgt formuliert war:

Gar keine
oder nur zu geringe
Entschädigung
vereinbart?

Absolute Grenze
von zwei Jahren

Weitere Details der
Regelung

■ Salvatorische Klausel 1

„Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages nichtig oder unwirksam sein, so soll dadurch der Vertrag im Übrigen in seinem rechtlichen Bestand nicht berührt werden. Anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmung soll eine angemessene Regelung gelten, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Vertragsparteien gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck dieses Vertrages gewollt hätten, sofern sie bei Abschluss dieses Vertrages die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit bedacht hätten.“

Das BAG hatte nun zu klären, ob das Wettbewerbsverbot, das keine Karenzentschädigung vorsah, trotzdem wirksam sein könnte, weil die salvatorische Klausel „heilsame Wirkung entfalte“. Das BAG hat dies – anders als in der Vorinstanz noch das LAG Hamm – verneint. Die Kernaussage der Entscheidung ist: Die salvatorische Klausel kann die fehlende Zusage einer Karenzentschädigung nicht in einer den Anforderungen des § 74 Abs. 2 HGB entsprechenden Weise ersetzen oder heilen (BAG 22.3.17, NJW 17, 2363, Tz. 29).

Die Begründung des BAG: Die gesetzlichen Regelungen des Wettbewerbsverbots in den §§ 74 ff. HGB sollen den Arbeitnehmer vor schwer durchschaubaren Vertragswerken schützen. Der Arbeitnehmer soll bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass er im Unklaren darüber bleibt, ob er einer wirksamen Erwerbsbeschränkung unterliegt oder nicht. Deshalb müsse die Verpflichtung zur Leistung einer Karenzentschädigung Inhalt der schriftlichen Wettbewerbsabrede sein oder die Abrede zumindest so eindeutig und klar formuliert sein, dass aus Sicht des Arbeitnehmers kein vernünftiger Zweifel über seinen Entschädigungsanspruch besteht. Dies war bei der im Streitfall gewählten vertraglichen Konstruktion aber gerade nicht der Fall:

Bei der Kombination aus nichtiger Wettbewerbsabrede einerseits und ersetzender salvatorischer Klausel andererseits sei für den Arbeitnehmer weder bei Abschluss der Vereinbarung noch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ersichtlich, ob ein Anspruch auf Karenzentschädigung dem Grunde nach besteht oder nicht – so das BAG. Es bedürfe vielmehr noch einer wertenden Entscheidung, ob die Vertragsparteien, wenn sie von der Nichtigkeit der Wettbewerbsvereinbarung Kenntnis gehabt hätten, eine wirksame Vereinbarung einschließlich Entschädigungszusage abgeschlossen hätten und welchen Inhalt diese gehabt hätte (BAG 22.3.17, a. a. O., Tz. 34 f.).

PRAXISTIPP | Im Hinblick auf diese Begründung besteht durchaus die Möglichkeit, dass anders formulierte salvatorische Klauseln ein unwirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu retten vermögen. Das BAG stützt seine Entscheidung nämlich darauf, dass nach der Formulierung der salvatorischen Klausel die unwirksame Bestimmung nur dann durch eine wirksame zu ersetzen ist, wenn davon auszugehen ist, dass die Parteien dies gewollt hätten (so sie die Unwirksamkeit bedacht hätten).

Salvatorische Klausel kein „Rettungsanker“

Schutz des Arbeitnehmers vor undurchschaubarer Regelung ...

... bei dieser Konstruktion nicht gewahrt

Anders formulierte salvatorische Klausel hätte Nichtigkeit ggf. verhindern können

Nicht unüblich sind aber salvatorische Klauseln, die eine solche Bewertungsnotwendigkeit nicht vorsehen, sondern zwingend anordnen, dass eine unwirksame Vertragsbestimmung durch eine wirksame Regelung zu ersetzen ist. Eine gängige Formulierung lautet z. B.:

■ Salvatorische Klausel 2

„Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so ist sie durch eine wirksame Bestimmung zu ersetzen, die dem mit der unwirksamen Bestimmung wirtschaftlich Gewollten am nächsten kommt.“

Die vom BAG angesprochene Unsicherheit über den Vertragsinhalt besteht in diesen Fällen wohl nicht, da es dann eben keiner wertenden Entscheidung im obigen Sinne mehr bedarf. Bei der vorgenannten Formulierung gilt vielmehr ein Automatismus dahin gehend, dass das unwirksame Wettbewerbsverbot so zu gestalten ist, dass es wirksam ist. Konkret bedeutet dies, dass es um eine Karenzentschädigung ergänzt werden muss.

4. Bezugnahmemöglichkeiten

Schon in einer etwas länger zurückliegenden Entscheidung hatte das BAG ausgesprochen, dass ein Wettbewerbsverbot, das nicht ausdrücklich eine Karenzentschädigung enthält, gleichwohl wirksam sein kann. Voraussetzung ist, dass in der Klausel auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB Bezug genommen wird (BAG 28.6.06, 10 AZR 407/05, NJW 06, 3659). In diesem Fall war die Regelung über das Verbot sehr knapp gefasst:

■ Wettbewerbsklausel mit Verweis auf HGB-Vorschriften

„Frau B verpflichtet sich, für die Dauer von zwölf Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Umkreis von 15 km des Arbeitgebers nicht in einer anderen ergotherapeutischen Praxis tätig zu werden, noch sich unmittelbar oder mittelbar an der Gründung zu beteiligen oder in einer bestehenden ergotherapeutischen Praxis mitzuwirken. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Vorschriften der §§ 74 ff. HGB.“

Diese Klausel hat das BAG für wirksam erachtet und dies folgendermaßen begründet:

Die Bezugnahme auf die §§ 74 ff. HGB sei aufgrund der Regelungsdichte dieser gesetzlichen Vorschriften ausreichend, um alle wesentlichen Elemente einer nachvertraglichen Wettbewerbsabrede abzudecken. Verweist eine vertragliche Wettbewerbsklausel für alle Einzelheiten der vereinbarten Regelung auf die maßgeblichen Vorschriften des HGB, so liege darin im Zweifel die Zusage einer Karenzentschädigung in der gesetzlichen Mindesthöhe (BAG 28.6.06, a. a. O, Tz. 14).

Unwirksame
Regelung wird
zwingend ersetzt

Karenzentschädigung
würde automatisch
ergänzt

Verweis auf
§§ 74 ff. HGB

Wertung als Zusage
einer Entschädigung
in gesetzlicher
Mindesthöhe

5. Zusammenfassung

- a) Die Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbots zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber bestimmt sich nach § 110 GewO i. V. m. §§ 74 ff. HGB.
- b) Auf einen Mitarbeiter mit Organstellung im Unternehmen sind hingegen die Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB nicht anwendbar. Eine etwaige Unwirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots kann sich insoweit jedoch aus § 138 BGB ergeben.
- c) Grundvoraussetzung dafür, dass ein Wettbewerbsverbot wirksam ist, ist nach § 74a Abs. 1 S. 1 HGB, dass es dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Zudem darf das Verbot unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers darstellen.
- d) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 74 Abs. 1 HGB) und können nicht über einen längeren Zeitraum als zwei Jahre ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden (§ 74a Abs. 1 S. 3 HGB).
- e) Voraussetzung der Verbindlichkeit ist, dass dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung gezahlt wird, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertraglichen Leistungen erreicht.
- f) Sieht die vertragliche Klausel eine Karenzentschädigung nicht ausdrücklich vor, so kann sie gleichwohl wirksam sein, wenn die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB in Bezug genommen werden.
- g) Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung einer Karenzentschädigung und wird kein Bezug auf die §§ 74 ff. HGB genommen, ist das Wettbewerbsverbot unwirksam. Eine salvatorische Klausel, die nicht zwingend das Ersetzen der unwirksamen Bestimmung durch eine wirksame vorsieht, vermag die Unwirksamkeit nicht zu heilen.

WEITERFÜHRENDE HINWEISE

- Marion Bernhardt/Mario Merget, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, AuA 18, 19
- Claudia Ried, Berechnung der Karenzentschädigung, AuA 18, 50
- Wolfram Heinrich Wirbelauer, Die Gestaltung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots des GmbH-Geschäftsführers, MDR 18, 61
- Thomas Pauken, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote rechtssicher gestalten, ArbR 17, 377
- Mina Bettinghausen, Wenn Mitarbeiter Konkurrenz machen, AuA 17, 150
- Petra Sedlmaier/Philipp Rüppel, Verletzung von Wettbewerbsverboten durch den Gesellschafter-Geschäftsführer in der GmbH, BB 17, 1923

Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert?

Schriftform zwingend erforderlich

Bezugnahme auf HGB-Vorschriften?



INFORMATION
Wichtige
Literaturhinweise