

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: HGB § 75, § 75 b Satz 2, § 75 c Abs. 1; BGB §§ 340, 339, 343, § 611 Konkurrenzklausel, §§ 133, 157; AVG § 112 Abs. 2; RVO § 1385 Abs. 2

Leitsätze:

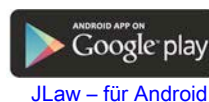
1. Wird zunächst eine Kündigung ausgesprochen und einigen sich die Parteien alsdann im Verlauf eines Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung im Vergleichswege durch Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, so beginnt die Frist von einem Monat, in der sich der Arbeitnehmer von einem Wettbewerbsverbot nach § 75 Abs. 1 und Abs. 2 HGB lossagen kann, mit der Kündigung, nicht erst mit der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.
2. Ist für eine Konkurrenztätigkeit eine Vertragsstrafe gegen den Arbeitnehmer vorgesehen, so kann der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer, der das Wettbewerbsverbot schuldhaft verletzt, für eine Teilzeit Vertragsstrafe und für eine andere Teilzeit Unterlassung der Konkurrenz verlangen (im Anschluß an das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmte Urteil vom 30. April 1971 - 3 AZR 259/70 - = AP Nr. 2 zu § 340 BGB [zu II 1 c der Gründe]).
3. Eine Vertragsstrafenabsprache, die für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Wettbewerbsverbot als Strafe die Zahlung eines Jahresgehaltes vorsieht, kann nach der Interessenlage dahin auszulegen sein, daß der Arbeitgeber mit der vollen Vertragsstrafe eine von ihm bestimmte Teilzeit der Konkurrenztätigkeit belegen kann, in welcher der Arbeitnehmer für einen anderen Unternehmer verbotswidrig tätig ist; auch eine kurze Zeit kann die volle Vertragsstrafe auslösen; eine Herabsetzung nach § 343 BGB ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Für die nicht mit Vertragsstrafe belegte restliche Konkurrenztätigkeit kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer Unterlassung des verbotenen Wettbewerbs verlangen.

Aktenzeichen: 3 AZR 233/72

Urteil des BAG vom 26. Januar 1973 LAG Baden-Württemberg
(Mannheim)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 233/72

6 Sa 107/71 Baden-
Württemberg
(Mannheim)

Verkündet am
26. Januar 1973

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

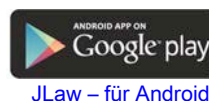
hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richterin Professorin Dr. Hilger und den Richter Dr. Thomas sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Rothweiler und Pape für Recht erkannt:

1. Ziffer 2 der Formel des Urteils des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. April 1972 - 6 Sa 107/71 - wird wie folgt geändert:
Es wird festgestellt, daß dem Beklagten in der Zeit vom 5. November 1971 bis heute, den 26. Januar 1973, jegliche Tätigkeit für die M
GmbH, M
straße 12, untersagt war und bis zum 31. März 1973 untersagt ist.

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

2. Auf die Revision des Beklagten wird das genannte Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg im übrigen aufgehoben. Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch wegen der Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus einem Wettbewerbsverbot auf Unterlassung und Vertragsstrafe in Anspruch. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte sich rechtswirksam von dem Wettbewerbsverbot losgesagt hat.

1. Die Klägerin befaßt sich insbesondere mit der Herstellung und dem Vertrieb von Preisauszeichnungsgeräten sowie den dazugehörigen Etiketten. Sie ist Inhaberin von umfassenden Schutzrechten und hatte nach dem Stand von 1968 auf diesem Markt praktisch ein Monopol. Ihre Geräte verkauft sie zu 290,--DM bei einem "Deckungsbeitrag pro verkaufter Maschine" von 167,26 DM. Wesentlich bei diesem Geschäft ist auch der Verkauf der zu dem Gerät gehörenden Etiketten. Die Klägerin verkauft 1000 Stück zu 1,65 DM bei einem Deckungsbeitrag von 0,67 DM. Der Jahresumsatz im Inland lag in den letzten Jahren bei je über zehn Millionen DM für die Geräte und die Etiketten.

Der Beklagte trat am 1. April 1969 in die Dienste der Klägerin. Seit dem 1. Mai 1969 hatte er die Leitung des Kundendienstes in Deutschland. Zum 1. Januar 1970 wurde er zum Leiter der Marketing-Service-Abteilung bei der Klägerin bestellt. Die Arbeitsbedingungen im einzelnen regelte der am 26. Juni 1970 geschlossene Vertrag. Das Monatsgehalt des Beklagten stieg von 2.500,--DM brutto auf zunächst 2.750,--DM zum 1. Juli 1969 und auf 3.500,--DM zum 1. Januar 1970. Es erhöhte sich am 1. Oktober 1970 auf 4.000,--DM brutto.

Das am 29. Mai 1970 zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot bindet den Beklagten für die Dauer von zwei Jahren

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Entschädigung in Höhe der Hälfte der zuletzt von dem Beklagten bezogenen vertragsmäßigen Leistungen.

Die hier interessierenden Bestimmungen der Wettbewerbsvereinbarung lauten:

" § 3

Für den Fall, daß M das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne daß ein erheblicher Anlaß in der Person des Mitarbeiters gegeben ist, wird das Wettbewerbsverbot unwirksam, wenn der Mitarbeiter innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung schriftlich erklärt, daß er sich an die Wettbewerbsvereinbarung nicht gebunden halte. Das Wettbewerbsverbot bleibt jedoch wirksam, wenn sich M bei der Kündigung bereit erklärt, die vollen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen an den Mitarbeiter für die Dauer des Wettbewerbsverbotes zu zahlen.

Kündigt M das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mitarbeiters, so bleibt das Wettbewerbsverbot ohne Zahlung einer Entschädigung wirksam."

" § 5

Der Mitarbeiter verpflichtet sich, für jeden Fall einer Verletzung des Wettbewerbsverbotes an M eine Vertragsstrafe in Höhe des zuletzt bezogenen Jahresverdienstes zu zahlen. M behält sich vor - soweit sie nicht auf die Erfüllung der Wettbewerbsvereinbarung verzichtet hat - die Zahlung dieser Vertragsstrafe auch ohne den Nachweis eines durch die Vertragsverletzung erlittenen Schadens zu verlangen."

2. Mit Schreiben vom 28. Dezember 1970 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1971. Als Kündigungsgrund gab die Klägerin später an, der Beklagte habe sich am 4. Oktober 1970 in einem Gespräch mit dem Verkaufsleiter der Klägerin D und dessen Ehefrau negativ und beleidigend über die Geschäftsführer der Klägerin F und R sowie den Verkaufsleiter S geäußert. Darauf kam es am 5. Oktober 1970 zu einer Auseinandersetzung mit F, dessen Inhalt im einzelnen zwischen den Parteien streitig ist. Es wurde auf jeden Fall darüber gesprochen, daß die Parteien sich trennen müßten.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



- 4 -

Der Beklagte wehrte sich gegen die Kündigung mit der Kündigungsschutzklage. Das daraus entstandene Verfahren endete mit folgendem am 5. Mai 1971 vor dem Arbeitsgericht Heidelberg geschlossenen Vergleich:

" § 1

Beide Parteien sind sich darüber einig, daß das Arbeitsverhältnis auf Grund der beklagtschen Kündigung zum 31. März 1971 aufgelöst worden ist.

§ 2

Die Beklagte verpflichtet sich, an den Kläger eine Abfindung im Sinne der §§ 9/10 KSchG in Höhe von 12.000,--DM netto unter Verrechnung des vom Kläger noch zurückzuzahlenden Darlehensrestes zu bezahlen.

§ 3

Damit sind sämtliche Ansprüche beider Parteien aus dem früheren Arbeitsverhältnis, ausgenommen die Wettbewerbsvereinbarung, gegenseitig abgegolten."

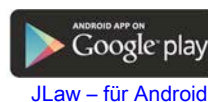
3. Mit Einschreiben vom 11. Mai 1971 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er sich an das Wettbewerbsverbot nicht mehr gebunden halte, es sei denn, die Klägerin zahle das vom Beklagten zuletzt bezogene Gehalt für die Dauer von zwei Jahren weiter. Durch Schreiben seiner Anwälte vom 2. Juni 1971 ließ der Beklagte diese Erklärung wiederholen. Die Klägerin lehnte die Zahlung der vollen Bezüge ab und bestand auf Einhaltung des Wettbewerbsverbotes.

Spätestens seit dem 1. Juni 1971 arbeitete der Beklagte als Geschäftsführer der Firma Ma GmbH, M . Die Firma vertreibt Preisauszeichnungsgeräte und Etiketten einer englischen Herstellerfirma, die früher die Produkte der Klägerin auf dem englischen Markt verkauft hatte. Das englische Unternehmen, die Firma N , B , habe, so hat die Klägerin vorgetragen, bei dem gleichzeitigen Versuch, die Schutzrechte der Klägerin zu umgehen, das von der Ma GmbH vertriebene Plastikgerät der Billigklasse entwickelt und bisher auch in Norwegen, Schweden, Dänemark und Deutschland zu einem Preis auf den Markt gebracht, der mit 130,--DM bis 140,-- DM etwas weniger als die Hälfte des Preises der Klägerin betrage.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



4. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Beklagte habe ihr erheblichen Anlaß zur Kündigung gegeben. Daher stehe ihm das Lösungsrecht gem. § 75 Abs. 2 HGB nicht zu. Der Beklagte habe die Erklärung nach § 75 Abs. 2 HGB auch nicht in der vorgeschriebenen Frist von einem Monat nach der Kündigung abgegeben. Schließlich entfalle ein Lossagerecht gemäß § 75 Abs. 2 HGB auch deshalb, weil die Parteien sich bei Abschluß des Vergleichs vom 5. Mai 1971 einig gewesen seien, daß die Wettbewerbsvereinbarung fortbestehe.

Die Klägerin hat in der ersten Instanz Verurteilung des Beklagten beantragt, für die Dauer des Wettbewerbsverbotes vom 29. Mai 1970 jede unerlaubte Konkurrenztätigkeit für die Ma GmbH zu unterlassen.

Außerdem hat sie Auskunft über die Tätigkeit des Beklagten für seine jetzige Firma begehrt sowie Zahlung einer Vertragsstrafe. Hilfsweise hat sie Feststellung der Schadenersatzpflicht beantragt.

Der Beklagte hat bestritten, einen erheblichen Anlaß zur Kündigung gegeben zu haben. Deshalb habe er sich nach § 75 Abs. 2 HGB und nach § 3 seines Arbeitsvertrages von dem Wettbewerbsverbot lossagen dürfen. Dies habe er auch rechtzeitig getan; denn die Monatsfrist des § 75 Abs. 1 und 2 HGB habe erst mit dem Vergleichsabschluß zu laufen begonnen.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag auf Zahlung einer Vertragsstrafe als zu unbestimmt und deshalb als unzulässig abgewiesen. Im übrigen hat es sich die Rechtsauffassung des Beklagten zu eigen gemacht und die Klage als unbegründet abgewiesen.

5. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

Sie hat ihren Vortrag ergänzt und behauptet, der Beklagte habe, wie sie erst nachträglich erfahren habe, durch Vermittlung des ehemaligen Vertriebsleiters der Klägerin



- 6 -

Sch bereits im Herbst 1970 Kontakt zu der U
-GmbH in M aufgenommen und mit deren Gesell-
schaftern die spätere Gründung der Ma
GmbH vereinbart. Gegenstand der U
GmbH sei die Herausgabe internationaler Fernschreiber-
zeichnisse. Die Beteiligten seien sich damals darüber einig
gewesen, daß die zur Gründung der Ma GmbH erforder-
lichen Vorarbeiten durch den Beklagten vorgenommen werden.
Außerdem sollten die anfallenden Kosten aus einem von der
U -GmbH geschaffenen Sonderkonto getragen
werden. Zu diesen Vorarbeiten habe insbesondere die Auf-
stellung eines Budgets, das Ausfindigmachen von Liefe-
ranten für die Etiketten- und Geräteproduktion, die Umsatz-
planung und die Abklärung der **patentrechtlichen** Situation
gehört. Spätestens ab November 1970 habe der Beklagte eine
rege Reisetätigkeit zur Erledigung der Gründungsvorbe-
reitung ausgeübt, wofür ihm die Auslagen von der U
erstattet worden seien. So sei ihm für die Zeit vom 25.No-
vember bis 30. Dezember 1970 ein Betrag von 781,--DM er-
setzt worden. Für die Zeit vom Januar bis März 1971 seien
ihm mindestens weitere 700,--DM vergütet worden.

Dieser Verstoß des Beklagten gegen seine arbeitsver-
traglichen Pflichten wiege umso schwerer, als dieser sich
vom 28. Oktober bis 9. Dezember 1970 habe krankschreiben
lassen.

Diesen Tatbestand dürfe die Klägerin ihrer Kündigung
nachschieben. Darin liege sicher ein "erheblicher Anlaß"
für die Kündigung. Eine so erhebliche Verletzung der Ver-
tragspflichten hätte sie aber auch berechtigt, fristlos zu
kündigen.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin beantragt:

1. den Beklagten zu verurteilen, bei Vermeidung einer vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Strafe, und zwar Geldstrafe bis zu unbegrenzter Höhe oder Haft bis zu sechs Monaten, für die Dauer des Wettbewerbsverbotes vom 29. Mai 1970, und zwar ab 5. November 1971 [Tag der Berufungsbegründung] bis zum 31. März 1973, jegliche Tätigkeit für die Ma GmbH, M , straße 12, zu unterlassen;
2. den Beklagten zu verurteilen, für die Zeit vom 1. April bis zum 31. Oktober 1971 336.000,--DM an die Klägerin zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die von der Klägerin behauptete Wettbewerbstätigkeit seit Herbst 1970 hat er bestritten. Er sei erst am 1. Juni 1971 in die Dienste der Ma GmbH eingetreten; bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zur Klägerin habe er lediglich "sondiert". Er habe sich auch seit November 1970 bei mehr als 50 Firmen aufgrund von Stellenanzeigen beworben. Dies hätte er nicht getan, wenn er schon im Herbst 1970 die Absicht gehabt hätte, als Geschäftsführer bei der Firma Ma zu arbeiten.

Das Landesarbeitsgericht hat dem Unterlassungsantrag in vollem Umfang stattgegeben und den Beklagten verurteilt, eine Vertragsstrafe in Höhe von 48.000,--DM zu zahlen. Im übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

6. Gegen dieses Urteil hat nur der Beklagte Revision eingelegt, der um Abweisung der Klage kämpft.

Die Klägerin hat gebeten, die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß - anstelle der Verurteilung zur Unterlassung von Wettbewerb - die Unterlassungspflicht für die Zeit vom 5. November 1971 bis zum 31. März 1973 festgestellt wird, soweit der Beklagte wegen Zeitablaufs nicht mehr zur Unterlassung verurteilt werden kann.

- 8 -



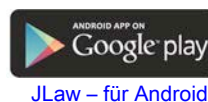
Entscheidungsgründe:A. Unterlassungsanspruch

I. Der Übergang zur Feststellungsklage ist auch in der Revisionsinstanz noch zulässig und geboten (BAG 19, 130 [144 ff.] = AP Nr. 1 zu § 268 ZPO [zu B 4 a der Gründe]; seither ständige Rechtsprechung; vgl. Urteil des Senats vom 16. Juli 1971 - 3 AZR 384/70 - AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen [zu I der Gründe]).

II.1. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Beklagte sich rechtzeitig von dem Wettbewerbsverbot losgesagt hat. Wenn die Lossageerklärung nicht rechtzeitig geschehen ist, war der Beklagte zur Unterlassung von Wettbewerb verpflichtet und ist das dahingehende Feststellungsbegehren der Klägerin begründet. Das Landesarbeitsgericht sagt mit Recht, daß kein Anlaß besteht, an der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes zu zweifeln. Daß der Beklagte durch seine Tätigkeit für die Ma GmbH Wettbewerb treibt, ist außer Streit.

Die Frage, ob die Lossageerklärung rechtzeitig geschehen ist oder nicht, läßt sich auch nicht mit der Erwägung ausschalten, daß man in dem Vergleich vom 5. Mai 1971 eine Einigung auch über die Fortgeltung des Wettbewerbsverbotes sieht, wie die Klägerin dies zunächst wollte. Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 21. Januar 1972 substantiiert unter Beweisangebot vorgetragen, die zwischen den Parteien schon damals strittige Frage des Wettbewerbsverbotes sei bei Abschluß des Vergleichs bewußt ausgeklammert worden. Dem hat die Klägerin in ihrer Erwiderung vom 28. Februar 1972 nicht widersprochen; sie ist auch in der Revisionsinstanz auf diesen Punkt nicht zurückgekommen.

2. Die somit entscheidungserhebliche Frage, ab wann die Lossagefrist bei einvernehmlicher Lösung des Arbeitsverhältnisses läuft, ist bisher vom Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden worden.



Im Fall AP Nr. 1 zu § 75 HGB hatte der beklagte Angestellte den Aufhebungsvertrag veranlaßt; es war keine Kündigung vorangegangen. Der Beklagte hatte nach dem Aufhebungsvertrag vergeblich um Aufhebung des Wettbewerbsverbotes gebeten. Der Fünfte Senat brauchte auch auf die Frage, wann die Erklärungsfrist bei einer entsprechenden Anwendung von § 75 Abs. 1 HGB beginnt, nicht einzugehen, weil er zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die Klägerin nicht durch vertragswidriges Verhalten Anlaß zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben hatte.

Die Entscheidung AP Nr. 2 zu § 75 HGB betrifft einen Fall des § 75 Abs. 3 HGB, wo sich das Problem nicht stellt.

Das Urteil AP Nr. 3 zu § 75 HGB betrifft wieder einen Fall des § 75 Abs. 1 HGB; hier hat der Dritte Senat die Rechtsprechung des Fünften Senats zu § 75 HGB übernommen. Es war eine Kündigung des beklagten Angestellten vorausgegangen; der Angestellte hatte aber sogleich bei der Kündigung erklärt, er werde sich an das Wettbewerbsverbot nicht halten. Die Klägerin erklärte sich erst später mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden. Die Frist war deshalb in jedem Fall gewahrt.

Auch das Schrifttum hat bisher zu diesem Problem, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen.

3. Das Landesarbeitsgericht ist der Meinung, wenn - wie im Fall dieses Rechtsstreits - der einvernehmlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses eine Kündigung vorausgegangen sei, müßten die Fristen des § 75 Abs. 1 und 2 HGB immer mit dem Ausspruch der Kündigung beginnen.

Für den hier gegebenen Fall, daß zunächst eine Kündigung ausgesprochen und alsdann im Verlauf eines Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung die Parteien sich im Vergleichswege über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigen, ist jedenfalls der Ansicht des Landesarbeitsgerichts beizutreten. In einem solchen Fall ist § 75 HGB unmittelbar anzuwenden und beginnt die Lossagefrist des § 75 Abs. 1 und 2 HGB



mit der Kündigung. Für eine analoge Anwendung bleibt nach § 75 Abs. 1 und 2 HGB - im Gegensatz zu der Auffassung des Beklagten - kein Raum.

a) Bei einer anderen Auslegung ergäben sich untragbare Ergebnisse. Die Frage, ob ein Wettbewerbsverbot dem Arbeitnehmer eine Konkurrenztätigkeit verbietet und ob dem Arbeitnehmer Ansprüche auf Karenzentschädigung zustehen, würde auf eine ungewisse Zeit vertagt; sie würde von dem Ablauf eines Kündigungsschutzstreites und zudem noch davon abhängen, ob ein Vergleich zustande kommt oder nicht. Das widerspricht aber der Risikoverteilung des Gesetzes. Das Gesetz mutet dem Arbeitnehmer zu, in jedem Fall binnen einem Monat nach der Kündigung sich über das Wettbewerbsverbot zu erklären; das kann bei langen Kündigungsfristen erheblich früher als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein. Das Gesetz nimmt dabei keine Rücksicht darauf, ob ein Kündigungsschutzprozeß stattfindet, wie dieser verläuft, ob darin ein Vergleich zustande kommt, ob und wann der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit findet.

b) Der Beklagte bringt demgegenüber vor, § 75 HGB stamme aus einer Zeit, in der es keinen Kündigungsschutz gegeben habe. Heute, wo bei Ausspruch einer Kündigung fast immer zunächst unklar sei, ob die Kündigung als rechtswirksam anerkannt werde, könne die bloße Kündigung die Erklärungsfrist nicht in Lauf setzen.

Ob solche Überlegungen den Gesetzgeber veranlassen könnten, das Gesetz zu ändern, kann dahinstehen. Solange dies nicht geschieht, reichen sie nicht aus, das geltende Gesetz unwirksam zu machen. Man kann nicht sagen, daß das Gesetz durch die Änderung der Verhältnisse seinen Sinn verloren hätte. Immerhin gibt es einen Kündigungsschutz seit mehr als 50 Jahren. Die Frage ist bislang nicht als so schwerwiegend empfunden worden, daß sie auch nur eine ernsthafte Schwierigkeit ausgelöst hätte.

c) Auch verfängt das Argument des Beklagten nicht, eine Lossageerklärung sei sinnlos, solange noch damit zu rechnen sei, daß die Kündigung unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis fortbestehe. Das



Landesarbeitsgericht sagt mit Recht, daß in diesem Fall die Erklärung gegenstandslos wird. Der Arbeitnehmer kann sie nur vorsorglich abgeben, solange er um den Bestand des Arbeitsverhältnisses kämpft.

d) Ist somit nach allem die Lossageerklärung des Beklagten verspätet, blieb das Wettbewerbsverbot für ihn verbindlich.

4. Der Unterlassungsanspruch scheitert auch nicht an § 75 c Abs. 2 HGB. Diese Vorschrift versagt den Unterlassungsanspruch für solche Fälle, in denen ein Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung vereinbart werden kann (vgl. hierzu BAG AP Nr. 4 zu § 74 a HGB [zu III 2 b der Gründe]). Das ist hier nicht der Fall.

a) § 75 Satz 2 HGB, die sogenannte Hochbesoldetenklausel, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats - mindestens mit der früher als maßgeblich erachteten Verdienstgrenze - unwirksam. Die Verfassungswidrigkeit des § 75 b Satz 2 HGB ist erstmals ausgesprochen worden durch Urteil des Senats vom 5. Dezember 1969 (BAG 22, 215 = AP Nr. 10 zu § 75 b HGB).

Das Wettbewerbsverbot ist am 29. Mai 1970 vereinbart worden; damals war das Urteil vom 5. Dezember 1969 bereits veröffentlicht (Nachweise im Urteil des Senats vom 20. April 1972 - 3 AZR 337/71 - AP Nr. 12 zu § 75 b HGB [zu A I 4a der Gründe]; auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen). Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot trägt durch eine entsprechende Entschädigungsregelung dem Urteil vom 5. Dezember 1969 Rechnung.

Auf die Übergangsregelung nach dem Urteil vom 20. April 1972 kommt es deshalb nicht an. Die Übergangszeit (bis zum 31. Dezember 1970) war bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem 31. März 1971 auch bereits abgelaufen.

b) Die Frage, ob § 75 b Satz 2 HGB etwa mit einer Verdienstgrenze in Höhe der doppelten Beitragsbemessungsgrenze gemäß § 112 Abs. 2 AVG, § 1385 Abs. 2 RVO rechtswirksam ist, braucht



- 12 -

nicht entschieden zu werden. Wie das Landesarbeitsgericht mit Recht sagt, lag der Beklagte am maßgeblichen Stichtag - Abschluß der Wettbewerbsvereinbarung am 29. Mai 1970 - darunter (Beitragsbemessungsgrenze für 1970: 21.600,--DM, BAnz. 1969 Nr. 239, S. 1; doppelte Beitragsbemessungsgrenze: 43.200,--DM; Jahresgehalt des Beklagten im Mai 1970: 3.500,-- x 12 = 42.000,--DM).

c) Für den Beklagten war folglich das Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn die Klägerin eine Entschädigung versprach, so daß nicht § 75 c Abs. 2 HGB, sondern § 75 c Abs. 1 HGB gilt.

5. § 75 c Abs. 1 HGB verweist hinsichtlich der Vertragsstrafe auf § 340 BGB. Nach § 340 Abs. 1 BGB ist zwar der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist und der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangt. Trotzdem stehen auch § 75 c Abs. 1 HGB in Verbindung mit § 340 Abs. 1 BGB dem Unterlassungsanspruch der Klägerin nicht im Wege.

Die den Unterlassungsanspruch ausschließende Regelung des § 340 Abs. 1 BGB gilt bei der auf einer Dauer von zwei Jahren bemessenen vertraglichen Pflicht, Wettbewerb zu unterlassen, nur insoweit, wie sich die Zeiträume decken. Wenn der zur Unterlassung verpflichtete Schuldner während eines Teiles der Karenzzeit vertragswidrig eine Konkurrenztätigkeit ausgeübt hat, kann der Arbeitgeber als Gläubiger aus der Wettbewerbsvereinbarung für diese Zeit Vertragsstrafe verlangen und gleichzeitig für den verbleibenden Teil der Karenzzeit Unterlassung geltend machen (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmte Urteil des Senats vom 30. April 1971 - 3 AZR 259/70 - AP Nr. 2 zu § 340 BGB [zu II 1 c der Gründe] mit zustimmender Anm. von Diederichsen [zu 2]; ebenso Trinkner, BB 1973, 41 f. [zu I]; Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, 1972, S. 185 f.).

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



6. Nach allem ergibt sich, daß der Beklagte an das Wettbewerbsverbot gebunden blieb und der Unterlassungsanspruch auch nicht durch andere Vorschriften ausgeschlossen ist.

Das Landesarbeitsgericht hat den Beklagten deshalb mit Recht für die Zeit vom 5. November 1971 bis 31. März 1973 zur Unterlassung von Wettbewerb verurteilt. Insoweit ist die Verurteilung des Beklagten mit der Maßgabe zu bestätigen, daß eine dementsprechende Unterlassungspflicht des Beklagten festzustellen war.

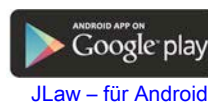
B. Vertragsstrafe

I. Bezüglich der Vertragsstrafe hält die Klägerin die Revision für unzulässig, weil in ihr insoweit keine Angriffe gegen das angefochtene Urteil enthalten seien und daher die erforderliche Revisionsbegründung fehle. Das ist jedoch nicht richtig.

Zwar steht in der Revisionsbegründung (vor II) lediglich: "Außerdem bestehen Rechtsbedenken gegen die Zubilligung des Unterlassungsanspruchs und des Anspruchs auf Vertragsstrafe im vorliegenden Fall". Über die Art der Rechtsbedenken wird nichts gesagt. Der Angriff der Revision geht aber im ganzen dahin, daß der Beklagte sich rechtswirksam von der Bindung an das Wettbewerbsverbot losgesagt habe. Wäre dies richtig, hätten nicht nur der Unterlassungsanspruch, sondern auch der Anspruch auf Vertragsstrafe keine Rechtsgrundlage. Folglich trifft die Revisionsbegründung auch die Verurteilung, Vertragsstrafe zu zahlen.

II. In der Sache selbst ist die Revision hinsichtlich des Komplexes Vertragsstrafe begründet.

1. Da der Beklagte an das Wettbewerbsverbot gebunden ist, hat er durch seine Tätigkeit bei der Ma -GmbH schuldhaft (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1972 - II ZR 101/70 - NJW 1972, 1893 Nr. 6 [1894 f. zu 3a]) gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen und damit die Vertragsstrafe nach § 5 der



- 14 -

Wettbewerbsvereinbarung dem Grunde nach in jedem Fall verwirkt. Insoweit ergibt sich die Begründung aus dem oben zu A II Gesagten.

2. Was die Höhe der Vertragsstrafe angeht, hat das Landesarbeitsgericht die Vertragsabsprache (Vertragsstrafe "für jeden Fall der Verletzung des Wettbewerbsverbots") dahin ausgelegt, die Strafe werde in Höhe eines Jahresgehalts dadurch verwirkt, daß der Beklagte für einen Konkurrenten tätig werde, ohne Rücksicht darauf, wie lange er für diesen Konkurrenten arbeite.

Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß der Beklagte durch seine anhaltenden Tätigkeit für die Ma GmbH - er arbeitet offenbar heute noch dort - die Strafe nicht mehrfach, sondern nur einfach verwirkt hat. Eine mehrfache Verwirkung der Strafe durch den Beklagten steht deshalb nicht mehr zur Entscheidung, weil die Klägerin keine Revision eingelegt hat.

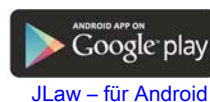
3. Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Vertragsstrafe sei für jeden Fall verwirkt, in dem der Beklagte für einen Konkurrenten der Klägerin tätig wurde, ohne Rücksicht auf Umfang und Dauer der Tätigkeit, ist auch das nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu angeführt, daß bereits eine kurze Konkurrenz­tätigkeit des Beklagten genüge, um der Konkurrenz vieles von dem zu verraten, was die Klägerin gerade geheimhalten wollte. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts trifft zu und geht von allgemeinen Erfahrungssätzen aus. Auch der Senat hat bereits derartige Überlegungen angestellt, um im Wege der Auslegung zu bestimmen, bei welchem Verhalten eine verabredete Vertragsstrafe verfallen ist (vgl. Urteil vom 21. Mai 1971 - 3 AZR 359/70 - AP Nr. 5 zu § 339 BGB [zu 2 c der Gründe]; das Urteil ist auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; es handelt sich somit um eine Vertragsauslegung, die sich an sachgerechten Merkmalen und den üblichen Interessen desjenigen orientiert, der für den Fall der Verletzung eines Wettbewerbsverbots sich eine besonders hohe Vertragsstrafe versprechen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 15 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

läßt. Im vorliegenden Fall kommt noch folgendes hinzu: die Klägerin hatte nach den mitgeteilten Gestehungskosten und nach den im Verhältnis zur Konkurrenz hohen Verkaufspreisen offensichtlich eine besonders gewinnbringende Marktposition, war aber andererseits, wie die Konkurrenz durch die Ma GmbH zeigt, darin auch leicht verwundbar. Unter diesen Umständen läßt sich als typischer Zweck der Vertragsstrafenabrede erkennen, daß mit ihr eine besonders nachhaltige Abschreckungswirkung erzielt werden sollte. Die Vertragsstrafenandrohung in Höhe eines Jahresgehaltes für den Fall des bloßen Übertritts in die Dienste eines Konkurrenzunternehmens war bereits für sich genommen eine solche Drohung, daß es für den Beklagten eine große Belastung bedeutete, wenn er zu einem Konkurrenzunternehmen übertrat. Eine daneben noch mögliche Unterlassungsklage konnte den Beklagten an einer Konkurrenz-tätigkeit im übrigen behindern. Diese Sanktionenkombination konnte insgesamt sehr wirksam sein und für den Beklagten den Bruch des Wettbewerbsverbots zu einem beträchtlichen Risiko machen. Daran war der Klägerin angesichts ihrer Position und deren möglichen Bedrohung durch eine Konkurrenz gelegen, und diese Interessenlage war dem Beklagten erkennbar.

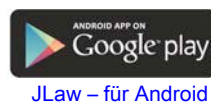
Nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB muß daher der Beklagte insgesamt gegen sich gelten lassen, daß es der Klägerin nach der Vertragsstrafenabrede freistand, eine von ihr bestimmte Dauer der Tätigkeit des Beklagten für ein andere Konkurrenzunternehmen mit der Vertragsstrafe in Höhe eines Jahresverdienstes zu belegen und für den daran anschließenden Zeitraum des Wettbewerbsverbotes Unterlassung von Wettbewerb zu verlangen.

4. Zu beanstanden ist nur die Begründung, mit der das Landes-arbeitsgericht eine Herabsetzung der Strafe nach § 343 BGB abgelehnt hat.



- a) Mit der Vertragsstrafe durfte das Landesarbeitsgericht nur die Konkurrenztaetigkeit des Beklagten in der Zeit vom 1. Juni 1971 bis zum 4. November 1971 belegen. Daß für die Zeit seiner Konkurrenztaetigkeit ab 5. November 1971 eine Vertragsstrafe gegen den Beklagten nicht verhaengt werden darf, ist oben zu A II 5 der Gründe ausgeführt.
- b) Für die Frage, ob die Vertragsstrafe herabzusetzen sei, ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, der Beklagte habe ein "Dreivierteljahr" Konkurrenz gemacht. Für die Zeit vom 1. Juni 1971 bis zum 4. November 1971 ergibt sich aber nur eine Zeitdauer von fünf Monaten plus 4 Tagen als Konkurrenztaetigkeit des Beklagten. Nur diese Zeit ist mit Vertragsstrafe belegt, und nur von dieser Zeit war für die Frage auszugehen, ob eine Herabsetzung der Strafe in Betracht komme.
- c) Die Entscheidung über die Herabsetzung einer Vertragsstrafe nach § 343 BGB steht zwar grundsätzlich im Ermessen des Tatrichters. Sie ist in der Revisionsinstanz aber daraufhin zu überprüfen, ob das Berufungsgericht von falschen Rechtssätzen ausgegangen ist oder die Umstände des Falles unrichtig, unvollständig oder widerspruchsvoll gewürdigt hat (BAG 19, 164 [181] = AP Nr. 1 zu § 75 b HGB [zu V 4 der Gründe]; ferner das oben zu A II 5 erwähnte Urteil des Senats vom 30. April 1971 [zu II 2 der Gründe] und Urteil vom 21. Mai 1971 - 3 AZR 359/70 - AP Nr. 5 zu § 339 BGB [zu 3 der Gründe], das auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgeesehen ist. Eine solche widersprüchliche Würdigung ist dem Landesarbeitsgericht ersichtlich unterlaufen, wenn es von einer Zeit von einem Dreivierteljahr statt einer solchen von fünf Monaten ausgegangen ist.

Es ist nicht auszuschließen, daß das Landesarbeitsgericht bei Vermeidung dieses Irrtums zu einer Herabsetzung der Vertragsstrafe gekommen wäre. Damit beruht das angefochtene Urteil im Vertragsstrafenkomplex auf der gekennzeichneten widersprüchlichen Würdigung. Es sind keine Tatsachen festgestellt, die es dem Senat ermöglichen



könnten, selbst darüber zu befinden, ob die Vertragsstrafe deshalb herabzusetzen ist, weil sie die Strafe für eine kürzere Zeit ist als die, von der das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist. Hierzu müssen sich die Parteien äußern können, wozu sie bisher keine Möglichkeit hatten und was vor dem Senat nicht geschehen kann. Deshalb war das angefochtene Urteil, soweit es über den Vertragsstrafenkomplex und über die Kosten erkannt hat, aufzuheben, und insoweit war die Sache an das Landesarbeitsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Hilger

Dr. Thomas

Dr. Rothweiler

Pape

