

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

057

Gesetz: BGB §§ 340, 341, 339, 343, § 242 Unzulässige
Rechtsausübung, § 611 Konkurrenzklausele;
HGB §§ 74, 75 b, 75 c

- Leitsätze: 1. Hat ein durch ein Wettbewerbsverbot gebundener Angestellter während eines Teiles der Karenzzeit seinem früheren Arbeitgeber vertragswidrig Konkurrenz gemacht, während eines anderen Teiles der Karenzzeit aber das Wettbewerbsverbot eingehalten, ist es eine Frage der Vertragsauslegung, ob und in welchem Umfang er eine vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt hat.
2. Hat der Angestellte eine anfängliche vertragswidrige Wettbewerbstätigkeit während der Karenzzeit aufgrund einer einstweiligen Verfügung aufgegeben, muß er sich genau so behandeln lassen, wie wenn er das vertragswidrige Verhalten aus freien Stücken eingestellt hätte.

Aktenzeichen: 3 AZR 259/70

Urteil des BAG vom 30. April 1971 LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erklärt
30. April 1971

z. Sürig,
Verwaltungshauptsekretär
s Urkundsbeamter
r Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

057

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. April 1971 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Dr.Dr. Schlick und Willmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 23. April 1970 - 2 Sa 191/69 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 5. März 1969 - 8 Ca 408/68 - werden zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin 1/5 und der Beklagte 4/5.

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

- 2 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Chemikalien her, die sie zugleich vertreibt, darunter insbesondere Natriummetasilikat und Wasserglas. Sie fordert von dem Beklagten eine Vertragsstrafe aus einem vertraglichen Wettbewerbsverbot.

Der Beklagte war vom 1. Oktober 1964 bis zum 31. August 1967 als Verkaufsleiter für den Außendienst bei der Klägerin angestellt. Während der Probezeit bezog er ein Anfangsgehalt von 1.850,--DM; zuletzt betrug sein Gehalt 2.098,--DM monatlich.

Zugleich mit dem Anstellungsvertrag hatten die Parteien folgendes Wettbewerbsverbot vereinbart:

"1. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein. Danach soll es dem Mitarbeiter insbesondere verwehrt sein,

- a) ein festes Arbeitsverhältnis oder ein freies Beratungs- oder Vertretungsverhältnis zu einem solchen Unternehmen einzugehen,
- b) ein solches Unternehmen selbst zu errichten, zu erwerben, zu leiten oder in irgendeiner Weise zu fördern,
- c) sich an einem solchen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar in irgendeiner Weise zu beteiligen.

Als Konkurrenzunternehmen gilt hierbei jedes Unternehmen im In- oder Ausland, welches sich mit der Herstellung, dem Vertrieb oder der Vermittlung des Verkaufs derjenigen Erzeugnisse beschäftigt, die von der unterzeichneten Firma hergestellt oder verkauft werden.

2. Falls das Wettbewerbsverbot bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses wirksam wird, ist seitens v KG. nachzuprüfen, ob es zum Schutze eines berechtigten gewerblichen Interesses von v KG. ohne unbillige Erschwerung einer künftigen Tätigkeit des Mitarbeiters im gesamten Umfang aufrechterhalten werden kann. Gegebenenfalls wird sodann eine entsprechende Einschränkung des sachlichen Umfangs vorgenommen mit der Wirkung, daß



das Wettbewerbsverbot nur solche Arbeitsgebiete oder Produktionszweige enthält, in denen der Mitarbeiter tätig war oder über die er innerhalb des Anstellungsverhältnisses mittelbar oder unmittelbar Kenntnisse erworben hat, deren Verwertung an anderer Stelle berechnigte gewerbliche Interessen von v KG. gefährden würde.

3. Die Firma ist verpflichtet, dem Mitarbeiter für die Dauer des Wettbewerbsverbotes eine Entschädigung in Höhe von 50% der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen zu zahlen. Diese Entschädigung wird jeweils am Schluß des Kalendermonats entrichtet.

.....

5. Falls der Mitarbeiter im Zeitpunkt der Beendigung des Anstellungsverhältnisses eine Tätigkeit außerhalb Europas ausübt, ist er zur Einhaltung des Wettbewerbsverbotes ohne Anspruch auf die in Ziff. 3 erwähnte Entschädigung verpflichtet. Das gleiche gilt, wenn die dem Mitarbeiter zustehenden vertragsmäßigen Leistungen im Zeitpunkt der Beendigung des Anstellungsverhältnisses den Betrag übersteigen, der sich aus § 75 b Satz 2 HGB und den dazu erlassenen Vorschriften ergibt.

Die Firma behält sich vor, für die im vorstehenden Absatz erwähnten Fälle jeweils nach pflichtmäßigem Ermessen eine Entschädigung bis zum Höchstbetrag von 50% der zuletzt von dem Mitarbeiter bezogenen vertragsmäßigen Leistungen festzusetzen und zu zahlen, soweit dies im Einzelfall unter Berücksichtigung der in § 74 a Abs. 1 HGB angegebenen Gesichtspunkte billig erscheint.

6. Für den Fall eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot kann die Firma eine Vertragsstrafe in Höhe des zwölffachen Betrages des zuletzt von dem Mitarbeiter bezogenen Monatsgehaltes beanspruchen. Wenn der Mitarbeiter nicht zu den in Ziff. 5 erwähnten Angestellten gehört, ist die Firma auch berechtigt, anstelle der Vertragsstrafe die Vertragserfüllung zu verlangen oder einen höheren Schaden geltend zu machen.

7. Im übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 74-75 b HGB.

....."

Nachdem der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. September 1967 gekündigt hatte, kam es zu einer Besprechung

zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Klägerin, Dr. S . Der Beklagte nannte dabei seine neue Arbeitgeberin, die Firma F GmbH in E , die ihm eine Vergütung von etwa 35.000,--DM jährlich zahlt. Er überreichte das Verkaufsprogramm dieser Firma, in dem "chemische Rohstoffe einschließlich Säuren und Salze, Lösungsmittel für diverse Industrien" aufgeführt sind, jedoch weder Natriummetasilikat noch Wasserglas. Dr. S bot dem Beklagten an, das Arbeitsverhältnis bereits zum 31. August 1967 zu beenden; dieser nahm das Angebot an. Nach dem Eintritt des Beklagten nahm die Firma F GmbH den Handel mit Natriummetasilikat auf.

Die Klägerin erwirkte gegen den Beklagten vor dem Arbeitsgericht Darmstadt eine einstweilige Verfügung vom 18. Oktober 1967, die durch Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 3. November 1967 - 1 Ga 7/67 - bestätigt wurde. Dadurch wurde es dem Beklagten untersagt, für die Firma F , E , - sei es im Rahmen eines festen Arbeitsverhältnisses, sei es im Rahmen eines freien Beratungs- oder Vertretungsverhältnisses - den Vertrieb aller im Zeitpunkt seines Ausscheidens bei der Klägerin von dieser hergestellten oder vertriebenen Grundstoffe und Produkte - darunter insbesondere Metasilikat und Wasserglas - durchzuführen sowie den Vertrieb dieser Grundstoffe und Produkte - sei es unmittelbar oder mittelbar - in irgendeiner Weise in die Wege zu leiten oder zu fördern.

Das Verbot war bis zum 31. August 1969 befristet. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde dem Beklagten eine Geldstrafe von 3.000,--DM, bei Unbeitreiblichkeit der Geldstrafe für je 300,--DM ersatzweise ein Tag Haft angedroht. Dieses Urteil des Arbeitsgerichts ist rechtskräftig geworden.



Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin vorge-
tragen, sie habe durch die Tätigkeit des Beklagten für
seine jetzige Arbeitgeberin eine erhebliche Umsatzeinbuße
hinnehmen müssen. Sie verlangt deshalb von ihm Zahlung der
vereinbarten Vertragsstrafe in Höhe eines Jahresgehalts
- 25.176,--DM - mit Zinsen.

Der Beklagte hat gebeten, die Klage abzuweisen,
mindestens aber die Strafe herabzusetzen. Er bestreitet
nicht, zu Beginn seiner Tätigkeit für die Firma F

GmbH während etwa sechs Wochen an der Vorbereitung
des Verkaufs von Natriummetasilikat, das diese Firma damals
neu in ihr Warensortiment aufnahm, mitgewirkt zu haben.
Nach Erlaß der einstweiligen Verfügung habe er sich je-
doch strikt an das Verbot gehalten.

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten verurteilt, an
die Klägerin 20.130,80 DM (4/5 der eingeklagten Vertrags-
strafe) nebst Zinsen zu zahlen. Das Landesarbeitsgericht
hat auf die Berufung der Klägerin dem Klageantrag in
voller Höhe stattgegeben und die Berufung des Beklagten
zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin Ab-
weisung der Klage bzw. Herabsetzung der Vertragsstrafe.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat durch seine Tätigkeit für die Firma
F GmbH gegen das Wettbewerbsverbot ver-
stoßen und dadurch die vereinbarte Vertragsstrafe ver-
wirkt. Die Strafe war jedoch auf seinen Antrag um 1/5
zu kürzen. Im einzelnen gilt folgendes:

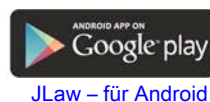
I.

Das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsver-
bot ist entgegen der Ansicht der Revision für den Beklagten
verbindlich.

1. Die Hochbesoldetenklausel in Nr. 5 der Konkurrenz-
klausel führt nicht zur Unverbindlichkeit der Abrede.

a) Der Beklagte war "Hochbesoldeter" i.S. von § 75 b Satz 2 HGB in Verbindung mit der Verordnung vom 23. Oktober 1923 (RGBl. I, 990), als er das Wettbewerbsverbot am 1. Oktober 1964 vereinbarte. Damals bezog er, für die Dauer der Probezeit, ein Monatsgehalt von 1.850,--DM; das ergibt ein Jahresgehalt von 22.200,--DM. Die Gehaltsgrenze lag nach Baumbach-Duden, HGB, 17. Aufl., §§ 74 - 74 c, Bem. 2 F im Februar 1965 bei 21.312,--DM; im Oktober 1964 war sie sicherlich nicht höher. Auch als das Arbeitsverhältnis mit dem 31. August 1967 endete, gehörte der Beklagte noch zu den "Hochbesoldeten". Damals verdiente er 2.098,--DM monatlich brutto, das sind 25.176,--DM jährlich. Nach Baumbach-Duden, 18. Aufl., aaO, lag im April 1967 die Gehaltsgrenze bei 22.780,--DM; nach der Textsammlung "Arbeitsrecht" von Siebert-Hilger-Koch, Heft 5, Ausgabe 5, Fußnote zu § 75 b HGB, lag die Grenze nach dem Stand vom 31. August 1968 bei 23.569,--DM. Das Gehalt des Beklagten war somit auch im Jahre 1967 höher als die für § 75 b Satz 2 HGB vorgesehene Hochbesoldetengrenze. Er konnte deshalb durch ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot, wie es für diesen Fall in Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung vorgesehen ist, gebunden werden.

Die Verfassungswidrigkeit der Hochbesoldetengrenze des § 75 b Satz 2 HGB in der bisherigen Handhabung kann sich entgegen der Meinung der Revision nicht auswirken; darauf hat bereits das Landesarbeitsgericht hingewiesen. Als die Parteien das Wettbewerbsverbot im Oktober 1964 vereinbarten und auch noch, als es mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. August 1967 wirksam wurde, ging die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der Gültigkeit dieser Regelung aus (vgl. das Urteil des Senats vom 26. Oktober 1970 - 3 AZR 511/69 - „demnächst“ AP Nr. 25 zu § 133 f GewO „zu 4b der Gründe“ mit Nachweisen). Erst in seinem Urteil vom 5. Dezember 1969 (AP Nr. 10 zu § 75 b HGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung



des Gerichts bestimmt) hat der Senat endgültig die Verfassungswidrigkeit der Hochbesoldetengrenze des § 75 b Satz 2 HGB in der bisherigen Handhabung ausgesprochen. Damals war aber die Karenzzeit bereits abgelaufen. Unter diesen Umständen hatten die Parteien keinen Anlaß, an der Unbedenklichkeit der bisher allgemein gehandhabten Hochbesoldetenregelung zu zweifeln, und der Beklagte kann sich auf die Unwirksamkeit nicht berufen. Zur näheren Begründung wird auf die beiden Urteile des Senats vom 5. Dezember 1969 [zu C III 3 der Gründe] und vom 26. Oktober 1970 [zu 4 b der Gründe] verwiesen.

b) Das Wettbewerbsverbot ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil die Klägerin sich in Nr. 2 der Abrede verpflichtet hatte, bei seinem Wirksamwerden nachzuprüfen, ob es zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses der Klägerin ohne unbillige Erschwerung einer künftigen Tätigkeit des Beklagten im gesamten Umfang aufrecht erhalten werden könne.

Eine nachträgliche Beschränkbarkeit des Wettbewerbsverbots kann keinen Anlaß zu Bedenken geben, wenn sie nur die Unterlassungspflicht des Arbeitnehmers, aber nicht dessen Entschädigungsanspruch betrifft. Es liegt insbesondere kein unzulässiges sogenanntes bedingtes Wettbewerbsverbot vor. Das "bedingte" Wettbewerbsverbot ist nur wegen der darin liegenden Umgehung der Entschädigungspflicht nach § 74 Abs. 2 HGB unverbindlich (vgl. das Urteil des Senats vom 2. Mai 1970, AP Nr. 26 zu § 74 HGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen [zu II 2 der Gründe] mit Nachweisen). Bleibt der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers ungeschmälert erhalten, wirkt sich jede Beschränkung der Unterlassungspflicht nur zum Vorteil des Arbeitnehmers aus; dies kann nicht zur Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots führen.

2. Die Klägerin hat schließlich nicht auf ihre Rechte



aus dem Wettbewerbsverbot verzichtet. Das hat bereits das Berufungsgericht überzeugend ausgeführt; Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.

Nach dem angefochtenen Urteil hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in Gegenwart seines Mandanten auf Befragen des Vorsitzenden des Gerichts erklärt, er könne keinen Verzicht behaupten; er könne insoweit nur auf die von ihm in seinen Schriftsätzen aufgeführten Umstände verweisen, z.B. die Unterhaltungen nach der Kündigung, die Freistellung des Beklagten von der ihm ursprünglich übertragenen Arbeit sowie die Frage, ob er bereit sei, einen Monat früher auszuscheiden.

Hierzu hatte der Beklagte vorgetragen, bei seiner Unterredung mit Dr. S im Anschluß an seine Kündigung habe dieser sinngemäß geäußert, seine neue Arbeitgeberin werde wohl nicht gerade mit Wasserglas handeln; das habe der Beklagte verneint. Ihm sei weiter erklärt worden, er könne auch schon vorfristig ausscheiden. Schließlich sei er aus der bis dahin ausgeübten Tätigkeit herausgenommen und mit Übersetzungsarbeiten beschäftigt worden.

Aus alledem hat das Landesarbeitsgericht mit vollem Recht geschlossen, daß die Klägerin den Beklagten nicht freigegeben, sondern im Gegenteil auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots besonderen Wert gelegt habe. Die Revision meint, da Dr. S das Verkaufsprogramm der Firma F GmbH gesehen und dennoch keine Bedenken geäußert habe, sei dieses Verhalten dahin zu verstehen, daß dem Beklagten der Vertrieb von Chemikalien in dem durch das Verkaufsprogramm der Firma F umrissenen Umfang gestattet wurde. Wenn die Klägerin eine Einschränkung hinsichtlich ihrer Erzeugnisse Natriummetasilikat und Wasserglas pp. hätte machen wollen, hätte dies zum Ausdruck gebracht werden müssen. Dabei läßt die



057

Revision jedoch außer acht, daß Dr. S diese Einschränkung in Bezug auf Wasserglas nach dem eigenen Vortrag des Beklagten gemacht hat. Daraus konnte der Beklagte gewiß nicht schließen, daß die Klägerin wegen ihres zweiten Hauptproduktes, Natriummetasilikat, keinerlei Bedenken hegte. Wenn er glaubte, dies annehmen zu dürfen, hätte er sich von der Klägerin die ausdrückliche Erlaubnis geben lassen müssen, in seiner neuen Firma den Vertrieb von Natriummetasilikat aufzunehmen.

II.

Es steht fest, daß der Beklagte durch seine vertragswidrige Tätigkeit bei seiner jetzigen Arbeitgeberin, einer Konkurrentin der Klägerin, in der Zeit vom 1. September bis Mitte Oktober 1967 das Wettbewerbsverbot verletzt hat. Durch diesen Verstoß hat er die vereinbarte Vertragsstrafe (Nr. 6 Satz 1 der Abrede) verwirkt.

1. In diesem Zusammenhang streiten die Parteien darum, ob der Beklagte deshalb von der Vertragsstrafe verschont bleiben muß, weil er von Mitte Oktober 1967 bis zum Ablauf der Karenzzeit aufgrund der einstweiligen Verfügung vertragstreue war oder weil ihm zumindest weitere Zuwiderhandlungen während dieser Zeit nicht nachgewiesen sind.

a) Wie dieser Streit zu lösen ist, muß durch Auslegung der Vertragsstrafenabrede geklärt werden. Es kommt darauf an, ob die Parteien eine Vertragsstrafe nur für den Fall vereinbart haben, daß der Beklagte während der ganzen Karenzzeit der Klägerin Konkurrenz machen würde, oder ob die Strafe schon bei vertragswidriger Konkurrenztätigkeit während eines Teiles der Zeit verwirkt sein sollte.

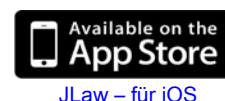
Dabei kann dahinstehen, ob die Klägerin die Vertragsstrafe oder einen Teil der ausgeworfenen Strafe wegen mehrerer einzelner vertragswidriger Wettbewerbs-handlungen, etwa mehrerer Angebote des auch von ihr hergestellten und vertriebenen Natriummetasilikats durch den



Beklagten an mehrere Firmen aus ihrem Kundenkreis, mehrfach hätte verlangen können (zu ähnlichen Fragen vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 75 HGB und Nr. 23 zu § 74 HGB). Die Klägerin hat keine Vertragsstrafe wegen einzelner Wettbewerbshandlungen verlangt, sondern sie fordert die volle Vertragsstrafe in Höhe eines Jahresgehalts für die vertragswidrige Tätigkeit des Beklagten als Angestellten einer Konkurrenzfirma; dabei verlangt sie diese Strafe nur einmal. Gegen dieses Vorgehen der Klägerin ist nichts einzuwenden. Die Tätigkeit des Beklagten für seine jetzige Arbeitgeberin als wirtschaftlich einheitlicher Tatbestand löst grundsätzlich den Vertragsstrafenanspruch aus, gleichviel ob diese Tätigkeit sich auf die gesamte Karenzzeit oder nur auf einen Teil dieser Zeit erstreckt. Dem Umstand, daß es sich hier nur um einen Teil der Karenzzeit handelt, kann bei der Entscheidung über die Herabsetzung der Strafe nach § 343 BGB Rechnung getragen werden.

Diese Auslegung der Vertragsstrafenklausel rechtfertigt sich aus dem Zweck des Wettbewerbsverbots, dessen Einhaltung die Vertragsstrafenabrede sichern soll. Das Wettbewerbsverbot soll in erster Linie die Klägerin vor einem Geheimnisverrat schützen. Die entscheidenden Geschäftsgeheimnisse konnte der Beklagte aber schon in einer verhältnismäßig kurzen Zeit an den Konkurrenten weitergeben. Den Schaden, den das Wettbewerbsverbot verhüten soll, konnte der Beklagte der Klägerin im wesentlichen bereits in der ersten Zeit seiner Tätigkeit für das Konkurrenzunternehmen zufügen. Die Vertragsstrafe ist deshalb für die Klägerin nur dann sinnvoll, wenn sie auch schon für eine kurzfristige vertragswidrige Wettbewerbstätigkeit verwirkt wird.

b) Der Beklagte irrt, wenn er meint, wegen § 75 c Abs. 2 HGB brauche er deshalb keine Vertragsstrafe zu zahlen, weil die Klägerin gegen ihn am 18. Oktober/3. November 1967 die einstweilige Verfügung erwirkt hat, durch die ihm untersagt wurde, für seine jetzige Arbeitgeberin Wasserglas und Natriummetasilikat zu vertreiben oder den Vertrieb dieser Produkte



zu fördern.

Es trifft zwar zu, daß die Klägerin nach § 75 c Abs. 2 HGB von dem Beklagten als Hochbesoldeten nur die Vertragsstrafe, aber nicht Erfüllung des Wettbewerbsverbots verlangen konnte. Dem entspricht die Regelung in Nr. 6 Satz 2 der Wettbewerbsvereinbarung. Dort ist ein Erfüllungsanspruch der Klägerin nur für den Fall vorgesehen, daß der Beklagte nicht zu dem in Nr. 5 der Vereinbarung erwähnten Personenkreis gehört, und Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung betrifft den Kreis der Hochbesoldeten i.S. von § 75 b Satz 2 HGB. Der Beklagte hätte mithin Erfolg haben müssen, wenn er gegen das Urteil des Arbeitsgerichts im einstweiligen Verfügungsverfahren Berufung eingelegt hätte. Da der Beklagte dies aber nicht getan, sondern das Urteil hingenommen hat, muß er sich genauso behandeln lassen, wie wenn er seit Mitte Oktober 1967 aus freien Stücken, etwa aufgrund von Vorstellungen der Klägerin, sich des vertragswidrigen Wettbewerbs enthalten hätte. Er hat mithin - wie zu a) dargelegt wurde - die Strafe verwirkt.

c) Vom Recht der Vertragsstrafe her gesehen liegt die Besonderheit derartiger Fälle darin, daß der Angestellte eine Unterlassung auf die Dauer von zwei Jahren schuldet. Während im Regelfall die Erfüllung eines Vertrages einen Anspruch auf Vertragsstrafe ausschließt, kann hier der Fall eintreten, daß der Schuldner während eines Teils der Vertragszeit vertragstreu ist, während eines anderen Teiles der Zeit hingegen seine Unterlassungspflicht verletzt. Hier kann es also geschehen, daß eine (Teil)-Erfüllung neben einer (Teil)-Zu widerhandlung steht, so daß trotz (Teil)-Erfüllung ein Straftatbestand entsteht, falls nach dem Vertrag die Strafe bereits für den Fall der Teilzu widerhandlung vorgesehen ist. Der Tatbestand ähnelt dem Fall eines Strafversprechens für nicht gehörige Erfüllung (§ 341 BGB). Auch nach § 341 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der - nicht gehörigen - Er-



füllung verlangen (vgl. auch Heinrich Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, Nachdruck 1969, S. 299 ff.; Soergel-Reimer Schmidt, BGB, 10. Aufl., § 340 Bem. 3; RGZ 70, 439).

2. Somit ergibt sich, daß der Beklagte die vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt hat. Für diesen Fall hat er gebeten, die Strafe nach § 343 BGB zu ermäßigen.

Das Landesarbeitsgericht hatte das illoyale Verhalten des Beklagten sehr streng bewertet und es aus diesem Grunde abgelehnt, die Vertragsstrafe in Höhe eines Jahresgehalts herabzusetzen; das Arbeitsgericht hatte einen Betrag von 4/5 des Jahresgehalts für angemessen erachtet.

Die Entscheidung über die Herabsetzung einer Vertragsstrafe ist als Ermessensentscheidung grundsätzlich der Tatsacheninstanz vorbehalten. Das Revisionsgericht muß jedoch nachprüfen, ob die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung alle Umstände des Falles ausreichend und widerspruchsfrei berücksichtigt hat (BAG 19, 164 $\angle$ 180, 181 $\angle$ = AP Nr. 1 zu § 75 b HGB $\angle$ zu V 4 der Gründe $\angle$).

Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Entscheidung über die Herabsetzung der Vertragsstrafe - die im übrigen nicht zu beanstanden ist - folgendes nicht bedacht: Der die Vertragsstrafe auslösende Verstoß ist, wie dargelegt, die Tätigkeit des Beklagten für seine jetzige Arbeitgeberin als Konkurrentin der Klägerin bis zum Erlaß der einstweiligen Verfügung. Wäre der Beklagte unter denselben Umständen während der vollen zwei Jahre für seine jetzige Arbeitgeberin in vertragswidriger Weise tätig gewesen, hätte er nach der vereinbarten Vertragsstrafenklausel die Vertragsstrafe auch nur einmal verwirkt. Es wäre ungerecht, wollte man bei der Entscheidung über die Herabsetzung der Vertragsstrafe beide Tatbestände gleich behandeln, obgleich der Verstoß im zweiten Fall schwerer wiegt als im ersten.



Das bedeutet allerdings nicht, daß die Strafe pro rata temporis aufzuteilen wäre in dem Sinne, daß auf jeden Monat vertragswidrigen Verhaltens 1/24 der Gesamtstrafe entfielen. Da der wesentliche Schaden bereits durch die kurzfristige Konkurrenztaetigkeit der Klaglerin verursacht werden konnte, erschien es dem Senat angemessen, die Strafe lediglich um 1/5 zu kuerzen und somit das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen.

gez. Dr. Stumpf

Hilger

Dr. Thomas

Dr. Schlick

Willmann

