

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

109

26 OKT 1970

Gesetz GewO § 133 f, HGB §§ 74, 75 b

Leitsätze

1. Ein sog "Hochbesoldeter", der vor Bekanntwerden des Urteils des Senats vom 5. Dezember 1969 (AP Nr. 10 zu § 75 b HGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen) ein Wettbewerbsverbot ohne oder gegen eine geringere als die gesetzliche Karenzentschädigung des § 74 Abs. 2 HGB vereinbart und gegen das Verbot verstoßen hat, kann sich trotz der Verfassungswidrigkeit des § 75 b Satz 2 HGB in der Übergangszeit nicht ohne weiteres auf die Unwirksamkeit der Wettbewerbsabrede berufen. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Verbots besteht vielmehr darin, daß der Arbeitnehmer sich von dem Wettbewerbsverbot erst lösen kann, wenn feststeht, daß der Arbeitgeber die gesetzliche Karenzentschädigung nicht zahlt.
2. Ein leitender technischer Angestellter, der alsbald nach seinem Ausscheiden durch Gründung eines Konkurrenzunternehmens gegen ein auf einen bestimmten Fertigungszweig beschränktes Wettbewerbsverbot verstößt, ohne den Versuch gemacht zu haben, seine Interessen mit denen des bisherigen Arbeitgebers abzustimmen, kann sich je nach den Gegebenheiten des Falles nicht nachträglich darauf berufen, das Wettbewerbsverbot sei wegen unbilliger Fortkommenserschwerung unverbindlich, und dafür Sachverständigenbeweis anbieten.

Aktenzeichen 3 AZR 511/69

Urteil des BAG vom 26. Oktober 1970

LAG Bayern



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3_AZR_511/69

1 Sa 730/69 Bayern

Urteilstenor zugestellt
am 26. Oktober 1970

gez. Brandt,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

109

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 23. Oktober 1970
durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die
Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundes-
richter Dr. Groninger sowie die Bundesarbeitsrichter
Bernard und Lichtenstein für Recht erkannt

- 1 Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Bayern vom 25. September
1969 - 1 Sa 730/69 - wird mit der folgenden Maß-
gabe zurückgewiesen.
 - a) Die vom Landesarbeitsgericht ausgesprochene
Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung
von Wettbewerb entfällt
 - b) Statt dessen wird festgestellt, daß es dem
Beklagten in der Zeit vom 1. Mai 1968 bis
30. April 1970 untersagt war, im Bereich der
Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der
Oberflächenbehandlung von Werkstoffen (Kunst-
stoff-Folie und Metallfolie) mittels elek-
trischer Entladung in eigener Person oder für
Rechnung Dritter tätig zu werden.
- 2 Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

V o n P e c h t s w e g e n



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

- 2 -

Tatbestand

Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, die ein elektrotechnisches Unternehmen mit rund 30 Arbeitnehmern betreibt. Personlich haftender Gesellschafter ist Dipl.-Ing. E, Kommanditist Dipl.-Ing. A. Der im Jahre 1927 geborene Beklagte ist seit 1953 Dipl.-Ing. für Elektrotechnik. Nach langjähriger wissenschaftlicher und praktischer Tätigkeit auf den Gebieten der Elektrotechnik und der Kernphysik trat er am 15. Januar 1967 als technischer Leiter in den Dienst der Klägerin. Im schriftlichen Anstellungsvertrag vom 15. Mai 1967, der vom personlich haftenden Gesellschafter E und dem Beklagten unterzeichnet ist, wurde dem Beklagten die technische Leitung der gesamten Gerätefertigung und Geräteentwicklung sowie bei Abwesenheit des Gesellschafters E die Betriebsleitung übertragen. Vereinbarungsgemäß erhielt der Beklagte ein Gehalt von 2.200,— DM monatlich, außerdem war ihm Beteiligung von 2 v. T. des Fertigungsumsatzes zugesagt. Der Vertrag enthielt ferner folgende Abrede:

'Im übrigen verpflichten Sie sich, innerhalb von 2 Jahren nach einem Ausscheiden aus unserer Firma nicht ohne unsere ausdrückliche Zustimmung auf dem Gebiet der Oberflächenbehandlung von Werkstoffen mittels elektrischer Entladung tätig zu werden oder in Ihren Besitz gelangte Kenntnisse einer Wettbewerbsfirma zugänglich zu machen. Als Entschädigung für diese Wettbewerbsbeschränkung erhalten Sie für die Dauer von 2 Jahren nach Ausscheiden 2% aus dem auf diesem Gebiet erzielten Umsatz unserer Firma.'

Am Tag nach Vertragsabschluß, dem 16. Mai 1967, leitete der personlich haftende Gesellschafter der Klägerin, E, dem Beklagten folgendes Schreiben zu:

Auf Grund des der KG zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages ist der vorliegende Vertrag erst rechtskräftig, wenn die Unterschrift des Kommanditisten erfolgt ist. Bis dahin ist der Vertrag als vorläufig anzusehen.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Der Kommanditist A hat den Anstellungsvertrag zwar nicht unterzeichnet, dem Beklagten aber nach dem Vortrag der Klägerin Anfang Juni 1967 sein Einverständnis mündlich erklärt. Das hat der Beklagte bestritten

In der folgenden Zeit war der Beklagte auf allen bei der Klägerin anfallenden Gebieten tätig, insbesondere war er mit der Weiterentwicklung und Fertigung eines von der Klägerin hergestellten Gerätes zur Oberflächenbehandlung von Werkstoffen (Kunststoff-Folien) mittels elektrischer Entladung befaßt. Im Oktober 1967 zog der Beklagte mit seiner Familie an den Sitz der Klägerin um. Im März 1968 einigten sich die Parteien 'auf Wunsch' des Beklagten auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. April 1968.

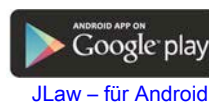
Bereits am 18. April 1968 hatte der Beklagte einen notariellen Vertrag über die Gründung der Firma D GmbH mit Sitz in unmittelbarer Nachbarschaft der Klägerin geschlossen und am 25. April 1968 die Gesellschaft zum Handelsregister angemeldet, wo sie auch alsbald eingetragen wurde. Als Gegenstand des Unternehmens war u. a. die Herstellung und der Vertrieb von Bestrahlungsgeräten für die Vorbehandlung von Kunststoffen und Metallen bezeichnet. Der Beklagte war Geschäftsführer der neuen Gesellschaft, die jedenfalls seit Mai 1968 ihre Fertigung aufgenommen hatte. Die D GmbH kam sehr rasch mit einem Gerät zur elektrischen Oberflächenbehandlung von Plastikfolien auf den Markt, das zwar gewisse technische Unterschiede zu dem von der Klägerin hergestellten entsprechenden Gerät aufweist, das aber für dieselben Zwecke desselben Kundenkreises wie das Gerät der Klägerin bestimmt ist.

Die Klägerin hat in diesen Vorgängen einen Verstoß gegen das vereinbarte Wettbewerbsverbot gesehen und neben einem beim Landgericht Augsburg (AktZ III O 92/68) und dem Oberlandesgericht München (AktZ 6 U 2205, 68) durchgeführten Verfahren der einstweiligen Verfügung Klage erhoben mit dem Antrag,

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

den Beklagten zu verurteilen, bis zum 30. April 1970 jede Tätigkeit auf dem Gebiet der Oberflächenbehandlung von Werkstoffen (Kunststoff-Folie und Metall-Folie) mittels elektrischer Entladung in eigener Person oder für Rechnung Dritter zu unterlassen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Anstellungsvertrag und mit ihm das Wettbewerbsverbot seien ohne die Unterschrift des Kommanditisten A nicht wirksam geworden. Jedenfalls aber werde ihm als Spezialisten auf dem Gebiet der elektrischen Oberflächenbehandlung von Werkstoffen sein berufliches Fortkommen durch das Verbot nahezu unmöglich gemacht, zumal die vereinbarte Entschädigung mit vielleicht 100,-- bis 150,-- DM monatlich keinen Ausgleich biete. Das Wettbewerbsverbot sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig, zumindest aber wegen unbilliger Fortkommenserschwerung unverbindlich.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision mit der Maßgabe, daß wegen des inzwischen eingetretenen Ablaufs der Verbotszeit ihr Unterlassungsanspruch für die Vergangenheit festgestellt werde.

Entscheidungsgründe

1. Gegen die Änderung des Klageantrags in der Revisionsinstanz bestehen keine Bedenken. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, die das Schrifttum gebilligt hat, kann in Fällen der vorliegenden Art der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer auf Unterlassung von Wettbewerbstätigkeit in Anspruch nimmt, nach Ablauf der Verbotsdauer in der dritten Instanz die Feststellung beantragen, daß der Arbeitnehmer während der Dauer des Wettbewerbsverbots diesem nicht z...

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

widerhandeln durfte (vgl. zuletzt BAG AP Nr. 10 zu § 75 b HGB zu A 1 der Entscheidungsgründe mit weiteren Nachweisen, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen).

2 Der Beklagte hat der Klägerin abredewidrig Konkurrenz gemacht. Er hat zwar behauptet, das unter seiner Leitung von der Firma D GmbH herausgebrachte Gerät zur elektrischen Oberflächenbehandlung von Plastikfolien (Type B 1) sei in seiner technischen Gestaltung anders als das Gerät der Klägerin (Type TVK). Auf die technische Gestaltung kommt es aber im Rahmen des Wettbewerbsveroots nicht an. Vielmehr ist allein maßgebend, ob der Beklagte sich in eigener Person oder für Rechnung Dritter auf dem Gebiet der "Oberflächenbehandlung von Werkstoffen mittels elektrischer Entladung" betätigt hat, ob er also auf diesem Gebiet etwas getan hat, was die geschäftlichen Interessen der Klägerin gefährdet oder gar verletzt.

Das ist eindeutig der Fall. Der Beklagte selbst hat schon im Verfahren der einstweiligen Verfügung (AktZ HK O 92/68 Landgericht Augsburg) vorgezogen, er arbeite seit seinem Ausscheiden aus dem Dienst der Klägerin "als Geschäftsführer einer branchengleichen Gesellschaft" (Schriftsatz vom 14. Juni 1968 S. 2 = Bl. 18 der vorgeh. LG-Akten) und die von ihm gegründete Firma D GmbH sei ein Konkurrenzunternehmen" zur Klägerin (Schriftsatz vom 19. Juni 1968 S. 5 = Bl. 24 aaO). Auch dient das Gerät dieser Firma, wie der vom Beklagten überreichte Prospekt ergibt (Anlage zum Schriftsatz vom 11. August 1969 = Bl. 95 ff. VorA), ebenso zur elektrischen Oberflächenbehandlung von Werkstoffen (Plastikfolien) wie das Gerät der Klägerin (vgl. deren Prospekt in Anlage zum Gutachten V, vorgelegt mit Schriftsatz der Klägerin vom 19. Juni 1969 = Bl. 68 ff. VorA). Schließlich geht das vom Beklagten vorgelegte Gutachten des Ing. Y S. vom 24. September 1968 (Anlage zum Schriftsatz vom



- 6 -

3 Oktober 1968 = Bl. 140 ff der obengen LG-Akten) als ganz selbstverständlich davon aus, die beiden Oberflächenbehandlungsgeräte seien ähnliche Geräte, die für einen speziellen Einsatz entwickelt werden, nach gleichen physikalischen Grundsätzen arbeiten und sich in ihrer Funktion nicht wesentlich unterscheiden, wohl aber im mechanischen Aufbau und im elektrischen System unterschiedlich sind. Der Beklagte hat somit der Klägerin verbotene Konkurrenz gemacht, die um so schwerer wiegt, als der Beklagte seinen Betrieb in unmittelbarer Nähe zum Betrieb der Klägerin eröffnet hat.

3 Entgegen der Ansicht der Revision ist das Wettbewerbsverbot in dem schriftlichen Anstellungsvertrag vom 15. Mai 1967 gultig vereinbart und nicht nachtraglich - etwa durch das Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1967 - wieder außer Kraft gesetzt worden.

a) Der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin, E, war als solcher im Außenverhältnis und damit auch im Verhältnis zum Beklagten allein, d. h. ohne Mitwirkung des Kommanditisten A, zum Abschluß des Anstellungsvertrages berechtigt. Auf eine etwaige Beschränkung seiner Befugnisse im Innenverhältnis zu den anderen Gesellschaftern, die nicht persönlich haften, kommt es nicht an. Das ergibt sich aus § 161 Abs. 2, § 126 Abs. 2 HGB.

b) Es kann offen bleiben, welche Bedeutung dem Schreiben der Klägerin vom 16. Mai 1967 zuzumessen ist. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der Aussage des als Zeuge vernommenen Kommanditisten A festgestellt, daß dieser seine Zustimmung zu dem Vertrag mit dem Beklagten erteilt und davon den Beklagten in einer persönlichen Unterredung Anfang Juni 1967 unterrichtet habe. Damit waren etwaige Zweifel des Beklagten an der Gultigkeit des Vertrages, die bei ihm durch das Schreiben vom 16. Mai 1967 aufgekommen sein mögen, behoben. Wenn er sich gleichwohl in einer unklaren Lage fühlte, wäre es seine Sache gewesen, den

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Kommanditisten oder auch die Klagerin zu einer entsprechenden schriftlichen Bestätigung zu veranlassen

c) Die Revision erhebt gegen die auf der Zeugenaussage beruhende Feststellung Bedenken, weil der Zeuge entgegen dem Antrag des Beklagten nicht vereidigt und die Nichtvereidigung vom Landesarbeitsgericht nicht begründet worden sei. Diese Rüge ist nicht berechtigt. Die von der Revision vermißte Begründung für die Nichtvereidigung des Zeugen ist jedenfalls dann entbehrlich, wenn der Sachverhalt im übrigen, also ohne die von dem Zeugen bekundeten Tatsachen, zu demselben rechtlichen Ergebnis führt. Das war hier der Fall.

Der wirksame Abschluß des Anstellungsvertrages und damit des Wettbewerbsverbotes am 15. Mai 1967 ergibt sich aus den oben zu 3 a genannten Gründen. Eine Änderung der auf dem Vertrag beruhenden Rechtsbeziehungen der Parteien hatte entweder einer Kündigung oder einer vertraglichen Regelung bedurft. Beides kann in dem Schreiben der Klagerin vom 16. Mai 1967 nicht gesehen werden. Eine Kündigung nimmt der Beklagte selbst nicht an. Einer vertraglichen Änderung hat er jedenfalls ausdrücklich nicht zugestimmt. Aus seiner stillschweigenden Entgegennahme des Schreibens kann auf ein Einverständnis mit dessen Inhalt nicht geschlossen werden, zumal nicht ersichtlich ist, welche Bedingungen dann für das Arbeitsverhältnis, das fast noch ein Jahr lang unter Beachtung des Anstellungsvertrages fortgesetzt worden ist, hatten gelten sollen. Für den Beklagten war das Schreiben vom 16. Mai 1967 auch dann rechtlich bedeutungslos, wenn sich der Kommanditist A zu keiner Zeit zu dem Vertrag geäußert haben sollte. Darum kann der Beklagte nicht nachtraglich den ihm lastigen Teil des Vertrages, nämlich das Wettbewerbsverbot, mit dem Hinweis auf das Schreiben vom 16. Mai 1967 zu Fall bringen.



- 8 -

4 Die Gultigkeit des Wettbewerbsverbots scheitert nicht daran, daß dem Beklagten nur eine geringe Karenzentschädigung von vielleicht 100,-- bis 150,-- DM monatlich zugesagt war. Er gehörte nämlich zur Gruppe der sog. Hochbesoldeten, für die jedenfalls in den Jahren 1967 und 1968 die Entschädigungspflicht nicht galt.

a) Das ergibt sich aus § 75 b Satz 2 HGB, der auf das Arbeitsverhältnis des Beklagten als eines technischen Angestellten analog anzuwenden ist (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt Urteil vom 2. Mai 1970 - 3 AZR 134/69 - [zu I mit Hinweisen], zur Veröffentlichung vorgesehen in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts unter AP Nr. 26 zu § 74 HGB, im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, BAG 19, 152 [157f.] = AP Nr. 18 zu § 133 f. GewO [zu II 2] mit Hinweisen).

Der Beklagte gehörte zu den Hochbesoldeten in diesem Sinne. Allein sein Festgehalt betrug 26.400,-- DM im Jahr, während die Verdienstgrenze des § 75 b Satz 2 HGB nach der damals üblichen Berechnungsmethode noch im August 1968 bei knapp 23.600,-- DM lag (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 75 b HGB zu C III 1 a der Entscheidungsgründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen).

b) Daran ändert sich auch dann nichts, wenn gemäß dem Urteil des Senats vom 5. Dezember 1969 (BAG AP Nr. 10 zu § 75 b HGB zu C III der Entscheidungsgründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen) angenommen wird, daß § 75 b Satz 2 HGB - jedenfalls mit der bisher als maßgeblich erachteten Verdienstgrenze - verfassungswidrig und deshalb unwirksam ist. Auf die Unwirksamkeit kann sich nämlich der Beklagte dieses Rechtsstreits nicht berufen.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

Bei Vereinbarung des Wettbewerbsverbotes vom 15. Mai 1967 und auch noch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. April 1968 bestanden kaum Zweifel an der Rechtsgültigkeit des § 75 b Satz 2 HGB. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ging zu dieser Zeit noch von der Gültigkeit dieser Vorschrift und von der herkömmlichen Berechnungsmethode aus (vgl. Urteil des Senats vom 10. Juni 1965, AP Nr. 100 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu II, 3 b, cc der Gründe], vom 24. Juni 1966, AP Nr. 2 zu § 74 a HGB [zu II der Gründe] und vom 2. Dezember 1966, BAG 19, 152 [156 ff.] = AP Nr. 18 zu § 133 f GewO [zu II 2 der Gründe])

Erst in seinen Urteilen vom 6. Dezember 1968 (3 AZR 251/67 - BAG 21, 237 [245 ff.] = AP Nr. 8 zu § 75 b HGB [zu III der Gründe]) und vom 30. Mai 1969 (3 AZR 188/68 - AP Nr. 9 zu § 75 b HGB - auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen -) - also nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien - hat der Senat auf die Bedenken gegen die Gültigkeit des § 75 b Satz 2 HGB nachdrücklich hingewiesen.

Beim Abschluß des Vertrages im Mai 1967 und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im April 1968 durfte somit die Klägerin darauf vertrauen, daß das mit einem Hochbesoldeten vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht deshalb nichtig ist, weil es an einer Karenzentschädigung fehlte, wie sie in § 74 Abs. 2 HGB näher geregelt ist. Auch der Beklagte hatte keinen Anlaß, aus diesem Grunde an der Gültigkeit des Wettbewerbsverbots zu zweifeln.

Unter diesen Umständen wäre es mißbrauchlich, wollte der Beklagte der Klägerin heute die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes entgegenhalten, nachdem er sich einseitig über die von ihm übernommenen und für gültig gehaltenen Vertragspflichten hinweggesetzt hat. Wettbewerbsverbote dieser Art, die vor dem Bekanntwerden des Urteils des

- 10 -



- 10 -

Senats vom 5. Dezember 1969 (3 AZR 514/68 - AP Nr. 10 zu § 75 b HGB) nach Maßgabe des für gültig gehaltenen Gesetzes und ohne Kenntnis der Ungültigkeit des Gesetzes vereinbart worden sind, können nicht rückwirkend schlechthin für unwirksam erklärt werden. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ist nur, daß der Arbeitnehmer sich von dem Wettbewerbsverbot erst dann lösen kann, wenn feststeht, daß der Arbeitgeber die gesetzlich vorgesehene Karenzentschädigung im Sinne des § 74 Abs. 2 HGB nicht zahlt.

Deshalb muß der Arbeitnehmer, der sich von einem Wettbewerbsverbot der hier streitigen Art in der Übergangszeit lösen will, vorher dem Arbeitgeber anbieten, er werde sich an das Wettbewerbsverbot halten, wenn der Arbeitgeber die gesetzliche Karenzentschädigung zahle. Der Arbeitgeber kann auch von sich aus dem Arbeitnehmer die gesetzliche Karenzentschädigung anbieten. Bietet der Arbeitgeber - auf Aufforderung des Arbeitnehmers hin oder aus eigener Initiative - die gesetzliche Karenzentschädigung an, ist der Arbeitnehmer an das Wettbewerbsverbot weiter gebunden. Bietet der Arbeitgeber auf die Aufforderung des Arbeitnehmers hin oder aus eigener Initiative die gesetzliche Karenzentschädigung nicht an, so kann sich der Arbeitnehmer vom Wettbewerbsverbot lösen. Ist eine zu geringe, der gesetzlichen Regelung des § 74 Abs. 2 HGB nicht entsprechende Karenzentschädigung vereinbart, so kann sich der Arbeitnehmer auch an das Wettbewerbsverbot halten und die vereinbarte Karenzentschädigung in Anspruch nehmen.

Soweit in BAG AP Nr. 10 zu § 75 b HGB [zu C III 3 der Gründe und in Leitsatz 4 Satz 2] dahin verstanden werden konnte, der Angestellte könne die "gesetzliche" Karenzentschädigung "verlangen", wenn er sich an das Wettbewerbsverbot halte, wäre das nicht richtig. Die Begründung für das Gegenteil ergibt sich aus dem zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil des Senats vom 2. März 1970 - 3 AZR 134, 69 - AP Nr. 26 zu § 74 HGB [zu III der Gründe],

- 11 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

auf das hiermit zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Im vorliegenden Fall hat sich der Beklagte von dem Wettbewerbsverbot gelöst, ohne auf eine Ungültigkeit des § 75 b Satz 2 HGB zu vertrauen und ohne eine Übergangslösung der soeben gekennzeichneten Art zu versuchen. Das ist ihm nach dem Gesagten verwehrt.

5 Die Revision macht zu Unrecht geltend, das Wettbewerbsverbot sei für den Beklagten wegen unbilliger Fortkommenserschwerung unverbindlich oder gar wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

a) Die Revision stützt sich in diesem Zusammenhang auf den vorinstanzlichen Vortrag des Beklagten. Danach soll der Beklagte seit seinem Dienstbeginn bei der Klägerin sich zu einem Spezialisten auf dem in der Wettbewerbsabrede genannten Gebiet der Oberflächenbehandlung fortgebildet haben. Angesichts der sehr schnellen Weiterentwicklung im Bereich der Kerntechnik und Kernphysik sei es ihm unmöglich gewesen, sein Spezialgebiet zu verlassen. Bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots habe er seinen Beruf wechseln müssen, was mit übermäßigen finanziellen und ideellen Einbußen verbunden gewesen sein würde. Die entgegenstehenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts ließen erkennen, daß diesem die erforderliche Sachkunde gefehlt habe. Es hatte den angebotenen Sachverständigenbeweis erheben müssen.

b) Diese Betrachtungsweise der Revision wird der Sach- und Rechtslage des vorliegenden Falles nicht gerecht. Die gesetzlichen Vorschriften, die sich mit der unbilligen Fortkommenserschwerung befassen (§ 133 f Abs. 1 GewO, § 74 a Abs. 1 Satz 2 HGB), sind so gestaltet, daß beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen grundsätzlich eine teilweise (relative) Unverbindlichkeit des Verbots je nach dem Ausmaß der Belastung des Arbeitnehmers und nicht eine vollige (absolute) Unwirksamkeit eintritt. Das Gesetz erklärt die berufliche Beschränkung, die jedes Wettbewerbsverbot mit-

sich bringt, "nur insoweit für verbindlich, wie die Grenzen der unbilligen Fortkommenserschwerung nicht überschritten sind (§ 133 f Abs 1 GewO), oder insoweit für "unverbindlich", wie das Verbot diese Grenzen überschreitet (§ 74 a Abs. 1 Satz 2 HGB), was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft. Demnach führt das "Übermaß" eines Wettbewerbsverbots – entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB – regelmäßig nicht zur Nichtigkeit der ganzen Vereinbarung, diese ist vielmehr mit ihrem erlaubten Teil gültig und deshalb im Streitfall vom Gericht auf diesen Umfang zurückzuführen (BAG AP Nr 21 zu § 133 f GewO [zu 2 mit Hinweisen]).

c) Wegen dieser gesetzlichen Regelung sowie auf Grund der allgemeinen Pflicht zur Vertragstreue war – jedenfalls unter den Umständen des Streitfalles – der Beklagte, als er sich von dem Wettbewerbsverbot lösen wollte, gehalten, einen Ausweg zwischen dem unverkennbaren Interesse der Klägerin, ihre Marktstellung gegen Wettbewerber zu schützen, und seinem eigenen Interesse an der möglichst uneingeschränkten Ausnutzung seiner beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu suchen. Im einzelnen gilt dazu folgendes

Dem Beklagten konnte nicht verborgen bleiben, daß die Fertigung auf dem Gebiet der elektrischen Oberflächenbehandlung von Werkstoffen für die Klägerin bei weitem der wichtigste Sektor ihres Unternehmens war. Das ergibt sich nicht nur daraus, daß sie, was der Beklagte als technischer Leiter und stellvertretender Betriebsleiter unschwer erkennen konnte, auf diesem Gebiet den größten Teil ihres Umsatzes erzielte, sondern vor allem daraus, daß gerade und nur dieses Gebiet und nicht etwa der gesamte Fertigungsbereich der Klägerin in die Wettbewerbsabrede aufgenommen wurde

Andererseits mußte der Beklagte davon ausgehen, daß die Klägerin das Wettbewerbsverbot mit seiner Beschränkung auf das bezeichnete Gebiet für gültig hielt, zumal es sich



dabei nicht nur um einen Teilbereich der Gesamtfertigung der Klägerin, sondern auch – insofern besteht zwischen den Parteien kein Streit – um einen verhältnismäßig kleinen Ausschnitt aus dem großen Gebiet der Elektrotechnik (Korn-technik) und Kernphysik handelte, auf dem der Beklagte nach seinen Angaben umfassend gebildet ist. Es kommt hinzu, daß der Beklagte gerade wegen seines Bildungsstandes am besten erkennen konnte, ob das Wettbewerbsverbot ihn in der Weise belaste, wie er es erst im Laufe der Rechtsstreite mit der Klägerin vorgetragen hat. (Sein erster einschlägiger Vortrag ist im zweitinstanzlichen Schriftsatz des Verfahrens der einstweiligen Verfügung vom 25. Juli 1968 = Bl. 85 ff. der Akten HK O 92/68 des LG Augsburg enthalten und in diesem Rechtsstreit im Schriftsatz vom 26. August 1968 = Bl. 13 ff. VorA wiederholt worden.) Auch erscheint wesentlich, daß der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag bei der Klägerin auf dem umstrittenen Gebiet nicht während der ganzen Dauer des ohnehin recht kurzfristigen Arbeitsverhältnisses, sondern nur vorübergehend gearbeitet hat (vgl. Schriftsatz vom 11. August 1969 S. 10 ff. = Bl. 104 ff. VorA).

d) Bei diesen Gegebenheiten konnte der Beklagte, als er sich zum Ausscheiden aus dem Dienst der Klägerin und zur Auswertung seiner beruflichen Möglichkeiten in der später vollzogenen Weise entschloß, keineswegs mit Sicherheit annehmen, daß das Wettbewerbsverbot aus Gründen der unbilligen Fortkommerserschwerung für ihn unverbindlich sei. Er konnte allenfalls Zweifel haben, ob das Verbot so, wie es vereinbart war, ihn binden werde. Wenn er die sich daraus für ihn ergebende Gefahr der Zuwiderhandlung gegen das Verbot vermeiden wollte, durfte er den Weg, den er gewählt hat, nämlich entgegen dem Verbot tätig zu werden und dann unter Berufung auf technische Besonderheiten seines Berufes auf die Begutachtung durch Sachverständige zu verweisen, nicht beschreiten.

Vielmehr war von ihm zu verlangen, daß er seine angeblichen Zweifel an der Gültigkeit des Verbots klarte, ehe er



- 14 -

seinem bisherigen Arbeitgeber Konkurrenz machte. Diese Klärung, zu der der Beklagte keinerlei Anstalten gemacht hat, konnte in verschiedener Weise vor sich gehen.

Vom Wortlaut der Wettbewerbsabrede ausgehend lag es am nächsten, daß der Beklagte die dort vorgesehene "ausdrückliche Zustimmung" der Klägerin zur Arbeit im verbotsgeschützten Bereich herbeizuführen versuchte. Daneben bestand - gerade im Hinblick auf die in den Jahren 1967/68 schon lange gefestigte Rechtsprechung, daß Wettbewerbsverbote mit technischen Angestellten entgegen dem Wortlaut des § 133 f GewO in gleicher Weise wie die Wettbewerbsverbote mit kaufmannischen Angestellten grundsätzlich entschädigungspflichtig seien (vgl. z. B. Urteil des Senats vom 2. Dezember 1966, BAG 19, 152 [156] = AP Nr. 18 zu § 133 f GewO [zu II 1] mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung) - für den Beklagten Anlaß genug, mit der Klägerin zu verhandeln, ob diese zur Erhöhung der zugesagten Karenzentschädigung etwa auf das gesetzliche Mindestmaß (Halbte der letzten Bezüge gemäß § 74 Abs. 2 HGB) bereit sei, womit die Fortkommenserschwerung für den Beklagten nicht unerheblich hätte gemildert werden konnte. Je nach der Reaktion der Klägerin hätte der Beklagte sich über sein weiteres Verhalten schlussig werden können, ohne daß ihm jetzt der Vorwurf gemacht werden konnte, er habe auf die Belange der Klägerin keine Rücksicht genommen.

Sollte der Beklagte solche Verhandlungen für aussichtslos gehalten haben, dann wäre es seine Sache gewesen, im damaligen Zeitpunkt, als er sich zur Konkurrenztätigkeit entschloß, klarzustellen, was er jetzt durch Sachverständige beweisen will, nämlich daß ihm das Wettbewerbsverbot ausweglos die Verwertung seiner beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen verwehrt habe. Dazu wäre die Feststellung nötig gewesen, daß er wegen des Wettbewerbsverbots nicht mehr angemessen unterkommen könne. Eine solche Feststellung hätte sich beispiels-

- 15 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

daraus entnehmen lassen, daß seine in ausreichendem Maße angestellten Bemühungen (Bewerbungen) um entsprechende Tätigkeiten außerhalb des verbotsgeschützten Bereichs zu keinem angemessenen Erfolg geführt hatten.

Nur mit einem solchen konkreten Vortrag konnte der Beklagte seine jetzigen Behauptungen untermauern, dagegen nicht mit der Berufung auf mehr oder weniger abstrakte Sachverständigengutachten, die – wie allgemein bekannt – mit Unsicherheitsfaktoren insbesondere dann belastet sein können, wenn es sich um die Klärung von in der Vergangenheit liegenden Tatsachen handelt, und die für die Rechtsfindung ungeeignet sind, wenn der Sachverständige – wie z. B. bei schwierigen und umstrittenen technischen Spezialfragen – nicht in der Lage ist, dem Richter die Voraussetzungen für dessen Nachprüfung des Gutachtens zu geben

e) Hiernach hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht den angebotenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben. Es kam darauf nicht an, weil der Beklagte unter den hier gegebenen Umständen sich auf eine unbillige Fortkommenserschwerung durch den Umfang des Verbots in gegenständlicher Hinsicht nicht berufen kann. Dann scheidet aber erst recht die Nachprüfung in der Richtung aus, ob die Wettbewerbsabrede wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig sei.

6. In zeitlicher Hinsicht entspricht die Abrede der Üblichkeit (vgl. § 14 a Abs. 1 Satz 3 BGB). Über die räumliche Ausdehnung haben die Parteien nichts vereinbart. Der Senat hat eine Beschränkung auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für angemessen erachtet. Der Vortrag der Klägerin läßt nicht erkennen, daß sie ein darüber hinausgehendes geschäftliches Interesse an dem Verbot hat. Das führt zu dem in der Urteilsformel niedergelegten Erkenntnis.

- 16 -

7. Zu dem Antrag des Beklagten auf Niederschlagung der beim Landesarbeitsgericht durch die Augenscheinseinnahme und durch den Sachverständigen Dr T entstandenen Kosten (Nichterhebung wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß § 7 Abs 1 GKG) kann der Senat keine Entscheidung treffen. Der Beklagte hat dazu vorgetragen, daß ihm diese Kosten bereits in Rechnung gestellt worden sind. Deshalb ist der Antrag des Beklagten als Erinnerung nach § 4 Abs 1 GKG aufzufassen (Lauterbach, Kostengesetz, 15. Aufl., GKG § 7 Anm. 5 A, Markl, GKG, 1967, § 7 Anm. 10, Mielke, GKG, 1965, § 7 Anm. 7). Über die Erinnerung und damit auch über die Nichterhebung von Kosten gemäß § 7 Abs 1 GKG hat das Gericht der Instanz zu entscheiden, dessen Kosten den Gegenstand des Erinnerungsverfahrens bilden, hier also das Landesarbeitsgericht (§ 4 Abs. 1 GKG). Dem Beklagten bleibt es überlassen, seinen Antrag dort anzubringen.

gez. Dr Stumpf

Hilger

Dr Groninger

Bernard

Lichtenstein



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)