



## Wettbewerbsverbot

*Während* der Laufzeit eines Anstellungsverhältnisses ist der Arbeitgeber vor Wettbewerbstätigkeit der bei ihm angestellten Arbeitnehmer durch ein **gesetzliches** Wettbewerbsverbot geschützt (dazu sogleich unter I.).

Treffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine entsprechende **vertragliche** Vereinbarung, so ist der Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum auch *nach Beendigung* des Anstellungsverhältnisses verpflichtet, Wettbewerb zu Lasten des ehemaligen Arbeitgebers zu unterlassen (II.)

### I.

#### *Gesetzliches Wettbewerbsverbot während der Laufzeit eines Anstellungsverhältnisses*

#### Konkurrenztätigkeit

Nach § 60 Abs. 1 1. Alternative Handelsgesetzbuch (HGB) besteht für *kaufmännische* Angestellte während der Dauer des Vertrages ein gesetzliches Wettbewerbsverbot.

Für *andere* Arbeitnehmer fehlt eine derartige eigene gesetzliche Regelung; die eben erwähnte Vorschrift enthält jedoch einen allgemeinen Rechtsgedanken, der nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) für alle Anstellungsverhältnisse gilt: **jedem Arbeitnehmer** ist eine Betätigung untersagt, durch die **die unternehmerische Interessen des Arbeitgebers unmittelbar beeinträchtigt** werden.

Die Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen oder das Betreiben eines Konkurrenzunternehmens sind bereits ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot; ob es tatsächlich zu einer Konkurrenz zu dem Arbeitgeber-Unternehmen kommt, ist unerheblich. Ausreichend ist das Vorliegen einer **Konkurrenzsituation**.

Verboten sind dem Angestellten gewerbliche Tätigkeiten auf derselben Handelsstufe, die der Arbeitgeber betreibt. Keine verbotene Wettbewerbstätigkeit ist gegeben, wenn die Tätigkeit des Angestellten auf anderer Stufe stattfindet, z. B. statt Dienstleistungsunternehmen Produktionsunternehmen.

Vom Verbot erfasst sind alle Geschäfte, die ihrer Art oder ihrem Gegenstand nach im Unternehmen des Arbeitgebers vorkommen oder **vorkommen können**. Entscheidend ist das tatsächliche Geschäftsverhalten des Arbeitgebers. Auf diesem Hintergrund ist zum Beispiel dem Angestellten einer Versicherungsgesellschaft, die ein bestimmtes Risiko nicht mehr versichert, dennoch



untersagt, dieses Risiko heimlich anderweitig bei einem Konkurrenzunternehmen unterzubringen. Verboten ist also **jede Tätigkeit**, die für den Arbeitgeber Konkurrenz bedeutet.

Verboten ist auf diesem Hintergrund auch eine **gesellschaftsrechtliche Beteiligung** an einem Gewerbebetrieb eines Konkurrenten des Arbeitgebers, sofern diese Beteiligung dazu führt, dass der Arbeitnehmer beim Konkurrenten nachhaltigen Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt oder der Konkurrent durch diese Beteiligung finanziell nachhaltig gestärkt wird. Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer ein beträchtliches Darlehen an einen Konkurrenten seines Arbeitgebers gibt.

Unerhebliche kleine Beteiligungen (ein Angestellter bei Daimler hat einige Aktien von VW) spielen bei diesen Betrachtungen keine Rolle.

Der Arbeitnehmer darf seine Dienste im Marktbereich seines Arbeitgebers selbst dann nicht anbieten, wenn er sicher ist, dass der Arbeitgeber diesen vom Arbeitnehmer betreuten Sektor oder betreuten Kunden nicht erreichen wird.

### **Dauer des gesetzlichen Wettbewerbsverbots:**

Das Verbot aufgrund dieses allgemeinen Grundsatzes gilt nur **während** des rechtlichen **Bestandes** des Arbeitsverhältnisses, aber **auch während der Suspendierung** dieses Arbeitsverhältnisses (also auch dann, wenn der Arbeitnehmer von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung zeitweise – z. B. bis zur Beendigung durch Ablauf der Kündigungsfrist - freigestellt ist).

Das Wettbewerbsverbot gilt **auch**, nachdem eine der Vertragsparteien eine Kündigung ausgesprochen hat, **solange die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen** ist.

Ist der Arbeitnehmer berechtigt fristlos entlassen worden, so ist die Verpflichtung zur Unterlassung von Wettbewerb beendet.

Hat der Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis ohne Grund gekündigt, so kann der Arbeitnehmer nach vorzeitiger tatsächlicher Beendigung bei Inanspruchnahme aus dem Verbot die Einrede der Arglist erheben. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Arbeitnehmer selbst am Arbeitsverhältnis festhält, also z. B. Kündigungsschutzklage erhebt. Der Arbeitnehmer, der sich gegen die Kündigung mit der Kündigungsschutzklage zur Wehr setzt, zeigt damit, dass er am Arbeitsverhältnis festhält und **muss deswegen konsequenterweise weiterhin das gesetzliche Wettbewerbsverbot beachten**.



## Vorbereitungshandlungen für spätere eigene Selbstständigkeit des Arbeitnehmers:

Während des bestehenden Anstellungsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer gestattet, eine eigene gewerbliche Tätigkeit vorzubereiten, soweit diese Vorbereitung nicht schon den Betrieb eines eigenen Gewerbes darstellt.

### **Zulässige** Vorbereitungshandlungen:

zulässig sind Vorbereitungshandlungen die nur auf die Schaffung der formalen und organisatorischen **Voraussetzungen** für das geplante eigene Unternehmen gerichtet sind; konkret also:

Mieten von Geschäftsräumen, Erwerb von Waren, Einstellung von Arbeitnehmern, Gründung, Anmeldung und Bekanntmachung einer Handelsgesellschaft; Abschluss eines Gesellschaftsvertrages; Informationen bei Lieferanten einholen; Beantragung einer notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigung; Abschluss eines Franchise-Vertrages.

### **Nicht zulässig:**

unzulässig sind **alle** Tätigkeiten, die unmittelbar in die Interessen des Arbeitgebers eingreifen, also geeignet sind, **die Geschäftsverbindungen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen**, konkret also:

Anbieten von Leistungen im Marktbereich des Arbeitgebers;

Werbung von Kunden; **Werbemaßnahmen jeglicher Art**, insbesondere bei Kunden des Arbeitgebers – bereits ein "vorfühlen" bei potenziellen Kunden ist **unzulässig!** -, sogar, wenn sich der Arbeitnehmer nur darauf beschränkt, Kontakt herzustellen und noch davon absieht, Geschäfte abzuschließen;

Beteiligung des Arbeitnehmers an einer Ausschreibung, die der Tätigkeit des Arbeitgebers den Boden entziehen würde, falls der Arbeitnehmer den Zuschlag erhielte;

Aufbauhilfe für ein zukünftiges Konkurrenzunternehmen;

Erwerb eines Warenzeichens;

Abwerbung der bisherigen Arbeitnehmer des früheren Arbeitgebers (zulässig allerdings: der Arbeitnehmer darf den Kollegen seinen Willen, sich selbstständig zu machen, offenbaren, sofern er sie nicht beeinflusst, Verträge mit ihm abzuschließen).

Weiterhin **nicht** zulässig: Unterstützung vertragsbrüchiger Personen (= anderer, vertragsbrüchiger Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers); Vorbereitungshandlungen, durch die es zu einer Gefährdung der Interessen des Unternehmens des Arbeitgebers kommt.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es noch **nicht** einmal zulässig, dass ein Beschäftigter vor seinem Ausscheiden aus einem Arbeitsverhältnis unter Verwendung des Adressenmaterials seines Arbeitgebers ein **Verabschiedungsschreiben** an die Kunden richtet, wenn er darin direkt oder indirekt (z. B. durch Angabe seiner privaten Adresse und Telefonnummer) auf seine zukünftige Tätigkeit als Wettbewerber hinweist.



### Gestattung:

Durch **Einwilligung** des Arbeitgebers kann das gesetzliche Wettbewerbsverbot aufgehoben werden.

Die Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen und kann insbesondere in der Duldung der dem Arbeitgeber bekannten Betätigungen des Angestellten liegen.

### Rechtsfolge verbotener Wettbewerbstätigkeit:

1.

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis fristgemäß oder bei Vorliegen besonderer Gründe außerordentlich **fristlos kündigen**.

Ob eine vorherige Abmahnung erforderlich ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Bei besonders gravierenden Verstößen ist eine Abmahnung entbehrlich.

2.

Daneben hat der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer auch einen **Anspruch auf Schadensersatz**, soweit der Arbeitnehmer verbotenen Wettbewerb betreibt. Nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes besteht insoweit ein Herausgabeanspruch nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Arbeitnehmer hat nach diesen Regeln alles herauszugeben, was er aus der Tätigkeit erlangt hat, mit anderen Worten: die **Vergütung**, die er anderweitig erzielte.

3.

Der Arbeitgeber kann **Unterlassung** verlangen, wenn weitere Verstöße des Arbeitnehmers zu erwarten sind.

4.

Der Arbeitgeber kann in die Geschäfte **eintreten** gem. § 61 Abs. 1 Satz 2 HGB.

5.

Zur Vorbereitung seiner vorbezeichneten Ansprüche ist der Arbeitgeber berechtigt, **Auskunft** zu verlangen.



### **Darlegungs- und Beweislast:**

Soweit streitig ist, ob oder in welchem Umfang der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Konkurrenzfähigkeit **gestattet** hat, trägt **der Arbeitgeber** die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen und den Umfang der Gestattung.

Auch die Beweislast für das Vorliegen einer unberechtigten **Konkurrenzfähigkeit** trägt der **Arbeitgeber**.

## **II.**

### ***Vertragliches Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses***

Wie oben dargelegt, endet das gesetzliche Wettbewerbsverbot mit dem Ende des Anstellungsverhältnisses. Wenn einem Arbeitgeber daran gelegen ist, über die **Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** hinaus sicherzustellen, dass der Angestellte nicht als Konkurrent tätig wird, kann der Arbeitgeber dies **nur** durch eine entsprechende **vertragliche** Regelung absichern.

Die Vereinbarung kann bereits im Anstellungsvertrag oder auch in einer Ergänzung zum Anstellungsvertrag abgeschlossen werden.

### **Wirksamkeitsvoraussetzungen:**

Die vertragliche Regelung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot muss wirksam sein, um Rechtsfolgen zu entfalten; die Regelung darf also **nicht nichtig** sein.

Eine gesetzliche Regelung betreffend den Inhalt von vertraglichen Vereinbarungen betreffend nachvertragliche Wettbewerbsverbote besteht zur Zeit nur für kaufmännische Angestellte, und zwar in den §§ 74 ff HGB. Das Bundesarbeitsgericht wendet diese Grundsätze entsprechend auch auf Arbeitnehmer an, die nicht kaufmännische Angestellte sind.

**Nichtig** sind danach folgende nachvertragliche Wettbewerbsverbote:

- **Schriftform nicht eingehalten**; nach § 74 Abs. 1 HGB bedarf das Wettbewerbsverbot der Schriftform, muss also von beiden Vertragsparteien auf derselben Urkunde oder bei Erstellung mehrerer Urkunden von jeder Partei auf der für die Gegenseite bestimmten Urkunde unterzeichnet werden; ein



Bestätigungsschreiben ist nicht ausreichend.

- In die Urkunde müssen alle vertraglichen Vereinbarungen aufgenommen werden, insbesondere auch die Höhe der Karenzentschädigung; diese muss gem. § 74 Abs. 2 HGB für jedes Jahr des Verbots mindestens 50% der vom Angestellten zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreichen; **fehlt** in der Vereinbarung die **Höhe der Karenzentschädigung vollständig**, so ist das Wettbewerbsverbot nichtig.
- Ein Wettbewerbsverbot zu Lasten von **Minderjährigen**, § 74 a Abs. 2 Satz 1 HGB;
- Ein Wettbewerbsverbot mit einem Arbeitnehmer, der in einem **Berufsausbildungsverhältnis** steht, § 5 Abs. 1 Satz 1 BBiG;
- Eine Zusage eines Dritten (Ehefrau usw.), er/sie garantiere, auf den Arbeitnehmer **einzuwirken**, dass dieser keinen Wettbewerb betreiben werde, § 74 a Abs. 2 Satz 2 HGB;
- Ein Wettbewerbsverbot, das **gegen die guten Sitten** verstößt, § 74 a Abs. 3 HGB, § 138 BGB.

Ein Wettbewerbsverbot kann auch unter anderen, weniger schwerwiegenden Mängeln leiden, mit der Folge, dass es dann nur „**unverbindlich**“ ist (vgl. z. B. § 74 a Abs. 1 HGB).

Ist ein Wettbewerbsverbot unverbindlich, kann der Arbeitnehmer sich entscheiden:

Der Arbeitnehmer kann sich durch entsprechende Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber vom Wettbewerbsverbot lösen, verliert dann aber natürlich zugleich den Anspruch auf die Zahlung des Arbeitgebers, auf die Karenzentschädigung.

Der Arbeitnehmer kann aber auch ein unverbindliches Wettbewerbsverbot einhalten; der Arbeitgeber muss in diesem Falle die vereinbarte Karenzentschädigung zahlen.

Diese Entscheidung muss der Arbeitnehmer grundsätzlich zu Beginn des Verbotszeitraums treffen.

**Unverbindlich** sind die folgenden nachvertraglichen Wettbewerbsverbote:

- **Karenzentschädigung** beträgt **weniger als 50 Prozent** des letzten Gehalts; entscheidet sich der Arbeitnehmer, dennoch die Vereinbarung einzuhalten, so erhält er nur die vereinbarte, geringere Karenzentschädigung.
- **Wettbewerbsverbot** soll **länger** dauern **als** die zulässigen **zwei Jahre**, § 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB; in diesem Falle gilt das Verbot nur für den gesetzlich definierten maximalen Zeitraum.
- Wettbewerbsverbot dient **nicht** dem Schutz eines **berechtigten legitimen**



**geschäftlichen Interesse** des Arbeitgebers, § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB. Ein derartiges berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn der Arbeitgeber Anlass hat, die Konkurrenz des Arbeitnehmers zu fürchten oder das Verbot die Weitergabe geschäftlicher Geheimnisse oder der Kundendaten verhindern soll. Kein berechtigtes Interesse, wenn der Arbeitnehmer z. B. auf einen Bereich beschränkt wird, in dem er bei seinem früheren Arbeitgeber nicht gearbeitet hat.

- Wettbewerbsverbot führt zu einer unbilligen **Erschwerung des Fortkommens** des Arbeitnehmers, § 74 a Abs. 1 Satz 2 HGB.

### Anrechnung anderweitigen Erwerbs:

So weit der Arbeitnehmer durch seine spätere Tätigkeit bei anderen Arbeitgebern Verdienst erzielt, muss er sich diese Einkünfte nach dem Gesetz anrechnen lassen, so weit die Summe aus der Karenzentschädigung plus anderweitigem Verdienst insgesamt mehr als 110% des letzten Gehaltes ausmacht (§ 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB).

Der Arbeitgeber hat hinsichtlich der anderweitigen Verdienste einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer, § 74 c Abs. 2 HGB.

### Beendigung des Wettbewerbsverbots:

#### 1. Aufhebungsvereinbarung

Die Vertragsparteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) können **jederzeit vereinbaren**, dass das Wettbewerbsverbot nicht mehr gelten soll. Die Vereinbarung ist formfrei, muss also nicht schriftlich erfolgen. Wird eine derartige Aufhebung nur mündlich vereinbart, entstehen aber erhebliche Probleme hinsichtlich der Beweisbarkeit.

#### 2. Verzicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann vor Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf dessen Erwerbsverbot **einseitig verzichten**.

Rechtsfolge: nach Ablauf eines Jahres nach Zugang dieses Verzichts ist der Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei, § 75 a HGB.

Der Arbeitnehmer andererseits ist von den Beschränkungen des Wettbewerbs **sofort** befreit.

Endet das Arbeitsverhältnis in der Zwischenzeit, kann der Arbeitnehmer also Wettbewerb betreiben, erhält aber vom Arbeitgeber dennoch bis zum Ablauf des vorbezeichneten Jahreszeitraumes die Karenzentschädigung.



### 3. Kündigung durch den Arbeitnehmer

#### 3.1. Außerordentliche (fristlose) Kündigung durch den Arbeitnehmer

Wenn der Arbeitnehmer berechtigtermaßen das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich kündigt, ist er berechtigt, vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung schriftlich zu erklären, dass er sich an die Vereinbarung über das Wettbewerbsverbot nicht gebunden erachtet, § 75 Abs. 1 HGB.

Das Problem des Arbeitnehmers liegt hier – wie bei jeder außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers – häufig darin, den wichtigen Grund für die Kündigung zu beweisen.

Liegen die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nicht vor, ist sowohl die außerordentliche Kündigung unwirksam als auch die Erklärung, der Arbeitnehmer wolle sich an das Wettbewerbsverbot nicht halten. Der Arbeitnehmer bleibt gem. § 60 HGB verpflichtet, das Wettbewerbsverbot zu beachten.

#### 3.2. Ordentliche (fristgemäße) Kündigung durch den Arbeitnehmer

Kündigt der Arbeitnehmer ordentlich, so tritt das Wettbewerbsverbot in Kraft. Gerade für diesen Fall wurde es vereinbart.

### 4. Kündigung durch den Arbeitgeber

#### 4.1. Außerordentliche (fristlose) Kündigung durch den Arbeitgeber

Die gesetzliche Regelung für diesen Fall (§ 75 Abs. 3 HGB) ist nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wegen Verstoßes gegen Art. 3 Grundgesetz verfassungswidrig. Dadurch entsteht eine gesetzliche Regelungslücke, die von der Rechtsprechung des BAG in entsprechender Anwendung der Regelung von § 75 Abs. 1 HGB geschlossen wird:

Kündigt der Arbeitgeber berechtigtermaßen außerordentlich aus wichtigem Grund unter Einhaltung der Voraussetzungen von § 626 BGB, erhält der **Arbeitgeber ein Wahlrecht**, ob er den Arbeitnehmer am Wettbewerbsverbot festhalten will oder nicht. Hält der Arbeitgeber den Arbeitnehmer am vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbot fest, bleibt der Arbeitgeber zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet.



## 4.2. Ordentliche (fristgemäße) Kündigung durch den Arbeitgeber

§ 75 Abs. 2 HGB regelt den *Grundsatz*: danach wird bei einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers das **Wettbewerbsverbot unwirksam**. Der Arbeitnehmer hat in diesem Falle also ein Lossagungsrecht.

*Ausnahmsweise* **bleibt** nach der vorgenannten Vorschrift das **Wettbewerbsverbot bestehen**, wenn

- der Arbeitgeber für die Kündigung einen wichtigen Anlass in der Person des Arbeitnehmers hatte oder
- der Arbeitgeber sich bei der Kündigung bereit erklärt, während der Dauer des Erwerbsverbots dem Arbeitnehmer **die vollen** zuletzt gezahlten **Bezüge weiterhin** zu gewähren.