

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot eines Arbeitsvertrags

Eigener Leitsatz:

Bei einer arbeitsvertraglich vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsvereinbarung handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff BGB, dagegen unterliegt die Unterlassungsverpflichtung des Arbeitnehmers nicht der AGB-Inhaltskontrolle, da diese eine typusgeprägte Hauptleistungspflicht darstellt. Ein Wettbewerbsverbot ist bei der Dauer der Karenz von einem Jahr auch bei bundesweiter Vereinbarung nicht unbillig hinsichtlich des Fortkommens des ausgeschiedenen Arbeitnehmers.

Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

Urteil vom 30.1.2008

Az.: 10 Sa 60/07

Urteil

Tenor

1. Die Berufungen der Klägerin und des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach vom 05.10.2007, Az. 3 Ca 284/07 werden zurückgewiesen.
2. Die Parteien tragen die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte.
3. Die Revision wird für den Beklagten zugelassen. Für die Klägerin wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob es dem Beklagten auf Grund eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes erlaubt ist, bei einem bestimmten, namentlich benannten Arbeitgeber tätig zu werden. Daneben begehrt die Klägerin im Wege einer Teilklage Zahlung einer Vertragsstrafe.

Die Klägerin ist ein großes Handelsunternehmen, das u.a. mit Werkzeugen und Baumaterialien wie Dichtbahnen und Bauchemie und dergleichen handelt. Der Beklagte war bei der Klägerin als Außendienstmitarbeiter tätig. Die Arbeitsbedingungen ergeben sich aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 10.05.2002, auf den Bezug genommen wird (ABI. I/10 – 16). Zuletzt belief sich das Monatseinkommen des Beklagten bei der KIägerin auf durchschnittlich 4.565,75 EUR brutto. Zu Beginn seiner Tätigkeit für die Klägerin wurde der Beklagte insbesondere hinsichtlich der von der KIägerin vertriebenen Produkte geschult, daneben aber auch hinsichtlich Verkaufstechniken und der Administration bei der Klägerin. Diese sogenannte „Neuverkäufererschulung“ umfasst einen Zeitraum von vier Wochen. Nach einer Betriebszugehörigkeit von 6, 12 und 18 Monaten erfolgten weitere Seminare zur Ergänzung und Intensivierung. Der Beklagte erhielt einen Leitfaden für den Außendienst der W...Gruppe“, worin auch in die Computer-Preislisten eingeführt wird. Die Preise der Produkte werden im Laptop, der jedem Außendienstmitarbeiter zur Verfügung gestellt wird, ständig aktualisiert.

Im Sommer 2006 schlossen die Parteien zusätzlich zum Arbeitsvertrag eine "Wettbewerbsvereinbarung", auf die Bezug genommen wird (ABI. I/16 ff.). Hierin heißt es auszugsweise:

„1. Geltungsbereich

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer von einem Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in selbstständiger, unselbstständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit dem Arbeitgeber

in direktem oder indirektem Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist.

Als Wettbewerbsunternehmen gelten insbesondere solche Unternehmen, die Artikel vertreiben, die der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsvertrages in seinem Verkaufsprogramm hatte. In gleicher Weise ist es dem Arbeitnehmer untersagt während der Dauer dieses Verbots ein Wettbewerbsunternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar und mittelbar zu beteiligen.

Diese Wettbewerbsvereinbarung gilt für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

2. Entschädigung

Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer für die Dauer des Wettbewerbsverbots eine Entschädigung in Höhe von 50 % der zuletzt von ihm bezogenen Leistungen. Die Entschädigung wird jeweils am Schluss eines Monats gezahlt.

...

5. Vertragsstrafe

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für jeden Fall der Verletzung des Wettbewerbsverbots an die W. GmbH & Co KG eine Vertragsstrafe in Höhe des sechsfachen durchschnittlichen Bruttomonatsbezuges der letzten sechs Einkommensmonate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen. Bei einer Dauerverletzung des Wettbewerbsverbots ist die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat neu verwirkt. Gleichzeitig entfällt der Anspruch auf die Karenzentschädigung für die Dauer der Verletzung. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vertragsstrafe auch ohne Nachweis eines durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens zu beanspruchen. Die Geltendmachung weiterer Schäden durch den Arbeitgeber bleibt von dieser Vertragsstrafenvereinbarung unberührt.

...“

Der Beklagte kündigte mit Schreiben vom 31.03.2007 das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2007.

Nach Zugang der Kündigung wurde der Beklagte von der Arbeitsleistung freigestellt.

Seit 01.07.2007 war der Beklagte für die Firma K. GmbH (Zukünftig K.) tätig. Die Klägerin ist der Ansicht, diese Firma sei eine ihrer Konkurrentinnen. Ihre Produktsortimente und die der Firma K. würden sich ganz erheblich überschneiden. Etwa 75 bis 80 % der Katalogprodukte, die K. vertreiben, würden auch von ihr gehandelt. Umgekehrt seien etwa 40 % der von ihr gehandelten Produkte auch im Sortiment der Firma K. zu finden. Dabei sei insbesondere der Bereich der Bauchemie betroffen, ein Bereich, in dem sehr gute Gewinnspannen zu erzielen seien, weshalb bereits kleinere Einbrüche in den Kundenkreis zu erheblichem Gewinnausfall führten.

Am 03.07.2007 hat der Beklagte einen seiner ehemaligen Kollegen bei der Klägerin angerufen und nach der Telefonnummer eines bestimmten Kunden (G. in N.) gefragt. Nach Behauptung der Klägerin hat auf Nachfrage der Beklagte erklärt, er wolle diesem Kunden Ware anbieten. Nach Behauptung des Beklagten hat dieser dem ehemaligen Kollegen erklärt, dass er diesem Kunden Gipskartonplatten anbieten wolle und insoweit eine Konkurrenzsituation nicht gegeben sei.

Mit Antragsschrift vom 20.07.2007 beehrte die Klägerin zunächst beim erkennenden Gericht den Erlass einer gegen den Beklagten gerichteten einstweiligen Verfügung auf Wettbewerbsunterlassung (Arbeitsgericht Lörrach – 3 Ga 5/07-). Das Gericht erließ die Verfügung antragsgemäß. Hiergegen legte der Beklagte – dortige Verfügungsbeklagte – Widerspruch ein, über den zeitgleich mit dem vorliegenden Hauptsacheverfahren

mündlich verhandelt wurde. Auf Grund der zunächst erlassenen einstweiligen Verfügung stellte der Beklagte seine Tätigkeit bei K. ein. Nach seinen Angaben ist das Arbeitsverhältnis dort zwischenzeitlich beendet worden. Ihm sei aber eine Wiedereinstellung in Aussicht gestellt worden.

Im vorliegenden Hauptsacheverfahren begehrt die Klägerin nunmehr Unterlassung von Wettbewerbshandlungen sowie die Zahlung der vertraglich geregelten Vertragsstrafe für den Monat Juli 2007.

Die Klägerin hat beantragt:

1. Dem Beklagten wird es bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu EUR 250.000,00 bzw. Zwangshaft für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt, bis zum Ablauf des 30.06.2008 auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die Firma K. GmbH, H. Straße, F., tätig zu werden.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Teilbetrag in Höhe von EUR 27.394,56 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass sich die Klägerin schon aus formalen Gründen nicht auf das Wettbewerbsverbot berufen könne. Ihm sei keine original unterschriebene Vertragsurkunde ausgehändigt worden.

Die getroffene Wettbewerbsabrede sei rechtlich unwirksam, weil sie einer AGB-Inhaltskontrolle nicht Stand halte, da diese ihn unbillig benachteilige. Die generelle Untersagung für ein

Konkurrenzunternehmen, wie in der Wettbewerbsabrede der Parteien definiert, tätig zu werden, stelle sich quasi als Berufsverbot dar. Die Vertragsstrafenregelung sei unwirksam, weil diese eine Übersicherung zu Gunsten der KIägerin enthalte. Aus denselben Gründen sei die getroffene Wettbewerbsabrede jedenfalls sittenwidrig.

Auch inhaltlich sei die Wettbewerbsabrede wirkungslos, weil sie nicht dem Schutz berechtigter geschäftlicher Interessen der KIägerin diene.

Die Firma K. sei zudem keine Konkurrentin der KIägerin. Die Überschneidung des Produktsortiments belaufe sich allenfalls auf etwa 10 %, d. h. die Firma K. vertreibe lediglich ca. 10 % der Produkte, welche auch die KIägerin in ihrem Sortiment habe. Im Kammertermin hat der Beklagte insoweit vorgetragen, dies sei so zu verstehen, dass lediglich 10 % der von K. vertriebenen Produkte sich auch im Sortiment der KIägerin finden würden.

Schließlich stelle sich das Verhalten der KIägerin auch als in erheblichem Maße treuwidrig dar. Die Klägerin habe spätestens seit März 2007 von seiner Absicht gewusst, zu K. zu wechseln. Dies habe er dem Bezirksleiter, dem Regionalleiter sowie dem Geschäftsniederlassungsleiter für die Region Südbaden der KIägerin und zuletzt auch noch dem Vertriebsleiter Deutschland mitgeteilt. Keine dieser Personen habe irgendwelche Einwände hiergegen geäußert und vielmehr erklärt, man bedauere seinen Weggang.

Das Arbeitsgericht hat dem Unterlassungsantrag der Klägerin stattgegeben. Die wirksam getroffene Wettbewerbsabrede unterliege hinsichtlich der Hauptpflichten keiner AGB-Inhaltskontrolle. Die Wettbewerbsabrede sei auch nicht unverbindlich oder sittenwidrig. Mit seiner Tätigkeit für die Firma K. verstoße der Beklagte gegen die Wettbewerbsabrede. Es sei auch nicht treuwidrig, wenn die Klägerin insoweit das

vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot geltend mache. Eine Vertragsstrafe schulde der Beklagte gleichwohl nicht, da das Vertragsstrafeversprechen auf Grund des Übermaßverbotes im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB rechtsunwirksam und somit unanwendbar sei.

Gegen das beiden Parteien am 18.10.2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 05.11.2007 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.12.2007 am 13.12.2007 begründet. Der Beklagte hat gegen das Urteil am 25.10.2007 Berufung eingelegt und diese zugleich begründet.

Der Beklagte vertritt die Auffassung, dass das Arbeitsgericht rechtlich unzutreffend angenommen habe, dass die Unterlassungsverpflichtung einer AGB-Inhaltskontrolle nicht unterliege. Eine Inhaltskontrolle finde auch bei Hauptpflichten nur dann nicht statt, wenn diese individuell ausgehandelt worden seien. Die Wettbewerbsvereinbarung benachteilige ihn unbillig im Sinne von § 307 BGB, da ihm faktisch untersagt sei, in irgendeinem Unternehmen tätig zu werden, welches auch nur mittelbar mit der Bauhandelsbranche zu tun habe.

Fälschlicherweise sei das Arbeitsgericht auch davon ausgegangen, dass es sich bei der Firma K. um ein Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsunternehmen handle. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht eine angebliche 10 %-Quote zugrunde gelegt. Zum einen handle es sich um keine starre Grenze. Wenn er erklärt habe, dass er von einer Überschneidung von etwa 10 % ausgehe, handelt es sich um eine eigene Einschätzung, ohne dass er sicher wisse, dass die Überschneidung ca. 10 % betrage. Das Arbeitsgericht hätte daher eine Beweisaufnahme durchführen müssen.

Im Übrigen sei die Wettbewerbsvereinbarung unverbindlich nach § 74 a Abs. 1 HGB. Die vom Arbeitsgericht herangezogene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 14.04.2003

stelle lediglich eine Momentaufnahme im Instanzenrechtszug dar. Im Revisionsverfahren sei der zuständige 10. Senat in gegenteiliger rechtlicher Auffassung von einer Unverbindlichkeit der Wettbewerbsvereinbarung ausgegangen, sodass die Parteien auf dringenden Vorschlag des Berichterstatters einen Vergleich geschlossen hätten, dem die Klägerin nur zugestimmt habe, um eine Präjudizwirkung zu verhindern. Das Wettbewerbsverbot sei unverbindlich, da dieses zu einem absoluten Beschäftigungsverbot für ihn führen würde. Es könne nicht mit Preiskalkulationen und Preisgestaltung begründet werden. Entsprechendes Wissen veralte in kürzester Zeit. Die Gefahr eines angeblichen Einbruchs in den Kundenkreis sei so gut wie ausgeschlossen. Das Arbeitsgericht könne die unbillige Erschwerung des Fortkommens nicht mit einer Verweisbarkeit auf den allgemeinen Beruf des Verkäufers verneinen.

Es sei auch treuwidrig, wenn sich die Klägerin auf das Wettbewerbsverbot berufe. Nachdem er zum 30.03.2007 sich entschlossen habe, das Angebot der Firma K. anzunehmen, habe er am 31.03.2007 das schriftliche Kündigungsschreiben mit Briefpost abgesandt. Bereits am Sonntag, den 01.04.2007 habe er bei einer Hausmesse den Niederlassungsleiter, Herrn B. und den Bezirksleiter, Herrn F. über die schriftliche Kündigung informiert. Herr B. habe sich enttäuscht gezeigt, Herr F. habe versucht, ihn umzustimmen. Von Herrn F. sei er auf die Wettbewerbsvereinbarung angesprochen worden. Er habe darauf hingewiesen, dass es bei seiner neuen Tätigkeit nur um die Betreuung bereits bestehender reiner „Hochbaukunden“ gehe. Von Herrn F. als auch Herrn B. sei hierauf erklärt worden, dass ja dann keine Wettbewerbssituation bestehe. Auch Herr S., der Regionalleiter habe in einem Gespräch am 12.04.2007 darin keine Probleme gesehen. Gleichfalls habe in einem Gespräch am 02.07.2007 der Vertriebsleiter, Herr S2 keine Bedenken hinsichtlich der neuen Tätigkeit geäußert und ihm die jederzeitige Rückkehr angeboten.

Zu Recht habe das Arbeitsgericht jedoch die Klage hinsichtlich der Vertragsstrafe völlig zu Recht abgewiesen.

Der Beklagte beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach vom 05.10.2007, Az. 3 Ca 284/07, zugestellt am 18.10.2007, wird insoweit aufgehoben und die Klage abgewiesen, als es dem Beklagten gemäß Urteilstenor Ziffer 1 bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu EUR 250.000,00 und ersatzweise – für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann – Ordnungshaft für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt wird, bis zum Ablauf des 30.06.2008 auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die Firma K. GmbH, H. Straße, F., tätig zu werden.

2. Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach vom 05.10.2007, Az. 3 Ca 284/07 wird geändert.

2. Der Beklagte wird über den Unterlassungsantrag hinaus auch zur Zahlung von EUR 27.394,56 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB an die Klägerin verurteilt.

3. Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Zu Recht sei das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Regelung der inhaltlichen Reichweite einer Wettbewerbsabrede einer AGB-Inhaltskontrolle nicht unterliege. Es fehle bereits an der von § 307 Abs. 3 BGB vorausgesetzten Abweichung vom Gesetz. Der Gesetzgeber habe bei der Schaffung der §§ 74 ff. HGB sich bewusst auf ein eigenständiges System der Inhaltskontrolle entschieden, d. h. es finde nicht wie bei §

138 BGB und beim AGB-Recht eine ex-ante-Kontrolle, vielmehr eine ex-post-Kontrolle statt. Es sei eine nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB zu berücksichtigende arbeitsrechtliche Besonderheit, dass bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten eine ex-ante-Inhaltskontrolle keinen Sinn mache. Im Übrigen sei § 74 a HGB lex specialis zu den §§ 305 ff BGB. Das Wettbewerbsverbot sei auch nicht nach § 307 Abs. 3 BGB intransparent. Zu Recht sei das Arbeitsgericht auch davon ausgegangen, dass die Firma K. ein Konkurrenzunternehmen sei. Tatsächlich sei es so, dass rund 75 % der Katalogprodukte, die K. vertreibe, auch von ihr vertrieben würden. Das Wettbewerbsverbot sei auch nicht unverbindlich nach § 74 a HGB. Der Kläger verkenne auch, dass nach § 74 a HGB der Arbeitnehmer hierfür darlegungs- und beweispflichtig sei, da es sich um rechtshindernde Einwendungen handle. Ihr Verhalten sei auch nicht treuwidrig. Abgesehen davon, dass das hinsichtlich des Vortrages vom 17.01.2008 Verspätung gerügt werde, werde bestritten, dass man dem Wechsel zugestimmt habe oder dass man erklärt habe, in der „betreuenden Tätigkeit“ bereits bestehender Kunden im Hochbaubereich sehe man keine Probleme. Letztendlich komme es jedoch hierauf nicht an, da der Beklagte ja bereits erstinstanzlich eingeräumt habe, dass sich die Tätigkeit des Beklagten bei K. keineswegs auf die Betreuung bereits vorhandener Kunden beschränkt habe.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht das Vertragsstrafeversprechen jedoch wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam angesehen, da auch hier gelte, dass § 74 c Abs. 1 Satz 2 HGB lex specialis sei und im Übrigen die Besonderheiten des Arbeitsrechtes zu berücksichtigen seien. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 14.08.2007 zur Intransparenz sei für den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, da es vorliegend um Vertragsverstöße im nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gehe.

Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten

Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungen beider Parteien gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Lörrach sind zulässig, jedoch unbegründet.

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaften Berufungen der Klägerin und des Beklagten sind zulässig. Beide sind insbesondere gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i. V. m. den §§ 517, 519 Abs. 1, 2 ZPO fristgerecht eingelegt und begründet worden.

II.

Die Berufung des Beklagten ist unbegründet, da die Klägerin bis zum Ablauf des vereinbarten nachträglichen Wettbewerbsverbotes verlangen kann, dass dieser nicht auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die Firma K. tätig wird. Zumindest insoweit ist das Wettbewerbsverbot der Beklagten wirksam und nicht unverbindlich.

1. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist nicht wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

a) Bei der Wettbewerbsvereinbarung handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff BGB. Bei der Wettbewerbsvereinbarung handelt es sich um eine bei der Klägerin verwendete formularmäßig verwendete Vereinbarung. Dies ist zwischen den Parteien auch unstreitig. Der gesamte Vertragstext zum Wettbewerbsverbot ist vorformuliert und enthält nur wenige auf das Arbeitsverhältnis des Beklagten konkret bezogene Daten.

b) Der Umfang des Wettbewerbsverbotes ist nach den definierten Geltungsbereichen zu Ziffer 1 der Wettbewerbsvereinbarung

erkennbar, und zwar örtlich (gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland) und inhaltlich. Nach Absatz 1 von Ziffer 1 der Wettbewerbsvereinbarung steht für den Beklagten objektiv fest, welche Handlungen er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu unterlassen hat. In Absatz 2 Satz 1 der Vereinbarung ist weiter der Begriff des Wettbewerbsunternehmens näher definiert. So geht auch das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in einem vergleichbaren Fall (Urt. v. 08.12.2005, 7 Sa 1871/05, NZA-RR 2066 S. 426) von einer ausreichenden Transparenz aus. Die Frage, ob das erkennbar sehr weitreichende Wettbewerbsverbot unwirksam oder unverbindlich ist, ist keine Frage der Transparenz.

2. Das Arbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass das vertragliche Wettbewerbsverbot den Formerfordernissen der §§ 110 GewO, 74 Abs. 1 HGB entspricht, nachdem sich in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer herausgestellt hat, dass der Beklagte eine vom Arbeitgeber unterzeichnete Wettbewerbsvereinbarung erhalten hat. Diese Feststellungen hat der Beklagte im Berufungsverfahren auch nicht angegriffen, so dass ergänzend auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts verwiesen wird.

3. Das Arbeitsgericht ist weiter zu Recht zutreffend davon ausgegangen, dass die von der Klägerin begehrte Unterlassungsverpflichtung einer AGB-Inhaltskontrolle nicht unterliegt, da es sich um eine typusprägende Hauptleistungspflicht handelt.

Nach § 307 Abs. 3 BGB sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz und andere Vorschriften unterliegen, sondern von den Vertragsparteien festgelegt werden. Dies sind Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungen und des dafür zu zahlenden Entgeltes. Der gerichtlichen Kontrolle entzogene Leistungsbeschreibungen sind solche, die Art, Umfang und Höhe der geschuldeten Leistung festlegen, während Klauseln, die das

Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind (vgl. z.B. BAG, Urt. v. 18.01.2006, 7 AZR 191/05, AP Nr. 8 zu § 305 BGB m. w. N.). Zumindest wenn, wie hier, das Wettbewerbsverbot Gegenstand einer eigenständigen Abrede ist, definiert die Festlegung des sachlichen, geografischen und zeitlichen Umstandes des Wettbewerbsverbotes die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers und unterliegt keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (vgl. so z.B. Koch, 2006 S. 28, 29 unter IV 3. c); Diller, NZA 2005 S. 250, 251). Ob dies weitergehend auch dann gilt, wenn das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot Teil eines umfassenden Arbeitsvertrages war, kann dahingestellt bleiben (verneinend für diesen Fall Koch, a.a.O, bejahend Diller a.a.O.). Hierfür spricht, dass auch in diesem Fall erst durch die Wettbewerbsvereinbarung für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Vereinbarung im Sinne eines gegenseitigen Vertrages getroffen wurde, d. h. durch die Vereinbarung erst für die Zeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses Verpflichtungen beider Vertragsparteien begründet werden.

Auf die Frage, ob zwar eine Inhaltskontrolle stattfindet, ein zu weit gehendes Wettbewerbsverbot jedoch nicht zur Unwirksamkeit führt, vielmehr abweichend von dem im AGB-Recht geltenden Verbot der geltungserhaltenden Reduktion § 74 a HGB zur Anwendung kommt (vgl. Diller, NZA 2005 S. 250 unter Hinweis auf § 310 Abs. 4 S. 2 BGB; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht S. 178, der § 74 a Abs. 1 HGB als *lex specialis* zu § 306 versteht; Preis/Stoffels, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage, unter II. W 10. Rz. 32), kommt es daher nicht an.

4. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffenden Gründen dem Beklagten untersagt, bis zum Ablauf des 30.06.2008 auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die Firma K. GmbH tätig zu werden.

a) Die Wettbewerbsvereinbarung ist nicht nach § 74 a Abs. 3 HGB i. V. m. § 138 BGB nichtig. Die vom Beklagten behauptete unbillige Erschwerung beruflichen Fortkommens führt nicht zur Nichtigkeit.

Die Abwägung der berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers einerseits und der unbilligen Erschwerung des Fortkommens für den Angestellten ist bereits in § 74 a Abs. 1 HGB dergestalt geregelt, dass das Überschreiten der gesetzlichen Grenzen nicht die Nichtigkeit des Verbotes im Ganzen, sondern lediglich die Zurückführung auf das erlaubte Maß zur Folge hat. Dies hat zur Folge, dass diejenigen Umstände, die Kraft der ausdrücklichen Sonderregelung des § 74 a Abs. 1 HGB in dessen Rahmen zu prüfen sind, für die Frage der Sittenwidrigkeit des Verbotes im Sinne des § 138 BGB regelmäßig ausscheiden (vgl. grundlegend BAG, Urt. v. 02.02.1968, 3 AZR 462/66, AP Nr. 22 zu § 74 HGB; MK-HGB/ von Hoyningen-Huene, 2. Auflage, § 74 a Rz. 32). Diese Lösung hat für die betroffenen Arbeitnehmer auch den Vorteil, dass im Fall der Unverbindlichkeit einer Wettbewerbsabrede dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen Erfüllung mit Karenzentschädigung verbleibt, was im Falle der Sittenwidrigkeit nicht möglich wäre (vgl. MK-HGB/ von Hoyningen-Huene, a.a.O.). Über die nach § 74 a Abs. 1 gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen hat der Beklagte sonstige Gründe für einen Verstoß gegen die guten Sitten weder behauptet noch dargelegt, so dass die Wettbewerbsvereinbarung bei dem Beklagten als Außendienstmitarbeiter im Vertrieb nicht nichtig nach § 138 BGB ist (so auch LAG Hamm, Urt. v. 14.04.2003, 7 Sa 1881/02, NZA-RR 2003 S. 513).

b) Das Wettbewerbsverbot zwischen den Parteien ist, bezogen auf die Tätigkeit bei der Firma K. für den vereinbarten Zeitraum von einem Jahr nicht gemäß den §§ 74 a Abs. 1 HGB, 110 GewO unverbindlich.

Gemäß diesen Vorschriften ist ein Wettbewerbsverbot insoweit

unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesse des Prinzipals dient. Es ist gemäß § 74 a Abs. 1 Satz 2 HGB ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung („insoweit“ bzw. „soweit“) zeigt, dass ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot seine Wirksamkeit nicht insgesamt, sondern nur partiell einbüßt und in seinem wirksamen Teil aufrecht erhalten bleibt (vgl. BAG, Urt. v. 16.12.1986, 3 AZR 434/67, AP Nr. 21 zu § 133 f GewO; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 4. Auflage, Rz. 219 ff.; ErfKom/Schaub, 8. Auflage, § 74 a HGB Rn. 1). Dabei ist für die Prüfung der berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem sich der Arbeitgeber auf die Wettbewerbsabrede beruft (vgl. bereits BAG, Urt. v. 28.01.1966, 3 AZR 374/65, AP Nr. 18 zu § 74 HGB; MK/HGB/ von Hoyningen-Huene, § 74 a HGB Rz. 4). Da § 74 a HGB rechtshindernde Einwendungen enthält, ist für diese grundsätzlich der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Bauer/Diller a.a.O. Rn. 218), wobei im Rahmen der Erklärungsspflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO der Arbeitgeber, soweit es um Gefährdung berechtigter Interessen geht, zu einem substantiierten Tatsachenvortrag verpflichtet ist (vgl. BAG, Urt. v. 01.08.1995, 9 AZR 884/93, AP Nr. 5 zu § 74 a HGB).

Im Hinblick hierauf gilt Folgendes:

Das Wettbewerbsverbot ist, bezogen auf die Tätigkeit bei der Firma K. nicht wegen der vom Beklagten behaupteten fehlenden Wettbewerbssituation unverbindlich. Bei der Firma K. handelt es sich nicht um ein Unternehmen, welches mit der Klägerin nur in einem unerheblichen Teil der vertriebenen Produkte konkurriert.

In der Wettbewerbsvereinbarung selbst haben die Vertragsparteien den Begriff des Wettbewerbsunternehmens

dahingehend definiert, dass als Wettbewerbsunternehmen die Unternehmen gelten, die Artikel vertreiben, die die Klägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in ihrem Abverkaufsprogramm hatte. Diese weitgehende Definition ist allerdings im Rahmen der Prüfung der Verbindlichkeit daraufhin zu überprüfen, ob die Konkurrenzsituation zumindest in einem nicht ganz unerheblichen Teil besteht (vgl. BAG, Urt. v. 16.12.1968, 3 AZR 434/67, AP Nr. 21 zu § 133 f GewO), wobei im konkreten Fall des Bundesarbeitsgerichtes ein nicht unerheblicher Teil im Einzelfall bereits dann nicht vorlag, wenn ein Produktionsprogramm eines Konkurrenzunternehmens nur zu 10 % mit dem Produktionsprogramm des die Wettbewerbsvereinbarung getroffenen Unternehmens übereinstimmt. Das Arbeitsgericht ist insoweit zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass nach eigenem Vortrag des Beklagten zumindest 10 % der von der Firma K. vertriebenen Produkte sich der Art nach auch im Sortiment der Klägerin wiederfinden. Dies hat der Beklagte erstinstanzlich nicht nur schriftsätzlich, vielmehr auch in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 05.10.2007 erklärt. Für die nunmehr vorgetragene Behauptung, hierbei handele es sich um eine eigene Einschätzung, ändert hieran nichts, und zwar insbesondere auch deswegen nicht, weil die Zahl von 10 % keine feststehende Vorgabe ist. Entscheidend ist, dass, losgelöst von der Anzahl der Produkte, zumindest in den Bereichen Bauhandwerk, Befestigungstechnik und Bauchemie beide Unternehmen auf einem konkurrierenden Markt tätig sind. Dies zeigt sich z. B. gerade auch in dem vom Beklagten erwähnten Bereich Hochbau, in dem dieser bis zum Erlass der einstweiligen Verfügung für die Firma K. tätig war und tätig sein sollte. Insoweit vertreibt die Firma K. nicht nur Gipskartonplatten, vielmehr die dazu gehörenden Profile, Profilzubehör, Befestigungen, Folien und Dichtstoffe sowie Bauchemieprodukte. Im gleichen Segment bietet die Klägerin zwar keine Gipskartonplatten an, jedoch gleichfalls Produkte der Bauchemie, der Befestigung sowie Profilbefestiger. Auf weitere Überschneidungen in den Bereichen Abdichtung von

Fenstern und Fugen sowie im Bereich Arbeitsschutz- und Werkzeugprogramm hat die Klägerin bereits in der Klagschrift hingewiesen.

Die Überschneidungen gerade auch im Tätigkeitsbereich des Beklagten bei der Firma K. machen auch die Einlassungen des Beklagten in der Berufungsverhandlung deutlich. Der Beklagte hat in der Berufungsverhandlung ausgeführt, er habe den ehemaligen Mitarbeiter angerufen, weil er an einer Zusammenarbeit dergestalt gedacht habe, dass er Kunden, die die Klägerin mit Befestigungsmaterialien beliefere, Gipskartonplatten anbiete. Dies mag der Beklagte so gedacht haben. Da die Firma K. jedoch ihrerseits selbst alle für die Montage von Gipskartonplatten erforderlichen Zubehörteile und auch Schrauben in ihrem Produktprogramm hat, überschneiden sich beide Produktpaletten.

Zu Recht ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Wettbewerbsvereinbarung auch ansonsten dem Schutz berechtigter und geschäftlicher Interessen der Klägerin dient, da der Beklagte durch die Schulungen und die Preisinformationen, die er während seiner Tätigkeit bei der Klägerin erhalten hat, die Möglichkeiten der Verkäufer der Klägerin kennt. Auch wenn wegen veränderter Preise die tagesaktuellen Kalkulationen nicht bekannt sind, sind es zumindest die Grundsätze der Kalkulation, die es ggf. möglich machen, Produkte des Wettbewerbers dem selben Kundenkreis unter Verwendung des von der Klägerin eingebrachten Wissens günstiger anzubieten. Die Klägerin weist in der Berufungserwiderung zutreffend darauf hin, dass es nicht darum geht, ob der Beklagte hinsichtlich der einzelnen Produkte die jeweiligen Preise und geheimhaltungsbedürftige Kalkulationen kennt, sondern vielmehr darum, dass der Beklagte Kenntnis davon hat, mit welchen Artikeln bzw. Artikelgruppen geringe oder hohe Umsätze mit geringen oder hohen Gewinnspannen erzielt werden und diese vom Beklagten nicht bestrittene Mischkalkulation berechtigterweise geschützt werden darf.

Zu Recht ist das Arbeitsgericht weiter davon ausgegangen, dass das Wettbewerbsverbot bei der Dauer der Karenz von einem Jahr, mit dem der gesetzliche Rahmen von 2 Jahren nicht ausgeschöpft worden ist, zu keiner unbilligen Erklärung des Fortkommens des Beklagten führt. Dies gilt auch, soweit das Wettbewerbsverbot bundesweit vereinbart wurde. Die Klägerin ist bundesweit tätig. Kalkulation, Gewinnspannen und Umsätze sind bundesweit von Bedeutung. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bei einem Vertriebsmitarbeiter ein Wettbewerbsverbot nur auf den vom entsprechenden Vertriebsmitarbeiter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis und auf diejenigen Gegenstände erstreckt werden darf, hinsichtlich derer der Vertriebsmitarbeiter beauftragt war (vgl. Bauer/Diller, a.a.O. Rn. 199). Dies kann dazu führen, dass insoweit die zu weitgehende Wettbewerbsvereinbarung nur verbindlich ist, soweit sie sich auf den zugewiesenen Bezirk, Kundenkreis oder die Gegenstände erstreckt, hinsichtlich derer der Beklagte beauftragt war. Abgesehen davon, dass der Beklagte selbst nicht behauptet, dass bezogen auf die frühere und bisherige Tätigkeit bei der Klägerin und der Tätigkeit bei der Firma K. vom Bezirk oder Kundenkreis keine Überschneidungen bestehen würden und feststeht, dass bei der vom Beklagten ausgeübten Tätigkeit Überschneidungen beim Gegenstand der Tätigkeit bestehen, bedarf dies keiner näheren Aufklärung, weil gerade auch Vertriebsstrukturen das bundesweite Beschäftigungsverbot zu begründen vermögen (vgl. Bauer/Diller, a.a.O. Rn. 199). Mit einer teilweisen Unverbindlichkeit ist dem Beklagten im Übrigen dann nicht gedient, wenn hinsichtlich des Kundenkreises und der Gegenstände die erforderliche Überschneidung vorliegt.

Zutreffend ist das Arbeitsgericht weiter davon ausgegangen, dass bei Abwägung der beiderseitig grundrechtlich geschützten Rechte und widerstreitenden Interesse das branchenspezifische Verbot für ein Jahr bei Zahlung der gesetzlich vorgesehenen und vertraglich geregelten Karenzentschädigung das

Wettbewerbsverbot zwar eine Erschwerung des Fortkommens des Beklagten bedeutet, diese jedoch nicht unbillig ist. Bei Vertriebsmitarbeitern steht neben Spezialkenntnissen in der jeweiligen Branche das verkäuferische Geschick im Vordergrund und es daher zumutbar ist, ggf. auf eine andere Branche auszuweichen, abgesehen davon, dass ein Verkäufer und Vertriebsmitarbeiter innerhalb eines Jahres seine verkäuferischen Fähigkeiten nicht verliert, wie das Arbeitsgericht zutreffend betont hat.

5. Es ist nicht treuwidrig, wenn die Klägerin die Einhaltung des vereinbarten Wettbewerbsverbotes geltend macht. Richtig ist, dass eine unzulässige Rechtsausübung denkbar ist, wenn ein Verhalten im Widerspruch zu früherem Verhalten beruht, sofern durch das frühere Verhalten für den anderen Teil ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand geschaffen wurde und die Treuwidrigkeit durch sonstige besondere Umstände begründet wird. Ein solcher Sachverhalt liegt nicht vor. Zum einen hat der Beklagte gekündigt, bevor er Vorgesetzte der Klägerin über die geplante neue Tätigkeit bei der Firma K. informiert hat. Auf die Frage, ob, was streitig ist, dem Beklagten erklärt worden ist, man sehe kein Problem in der neuen Tätigkeit, kommt es bereits deswegen nicht an, weil nach eigenem Vortrag in den Gesprächen der Beklagten erklärt hat, es gehe nur um die Betreuung bestehender Kunden. Diese Angaben waren offensichtlich falsch. In diesem Fall hätte der Beklagte am 03.07.2007 keine ehemaligen Kollegen bei der Klägerin anrufen müssen, um nach der Telefonnummer eines bestimmten Kunden zu fragen, d. h. die Tätigkeit des Beklagten beschränkte sich nicht auf die Betreuung bestehender Kunden. Dies belegt auch die erstmals in der Berufungsverhandlung vom Beklagten abgegebene Erklärung, es sei ihm darum gegangen, dass er bei den Kunden im Baubereich, die die Klägerin mit Schrauben bediene, er selbst ergänzend Gipskartonplatten anbiete. Nach eigenem Vortrag des Beklagten war damit der Klägerin vor dem 03.07.2007 nicht bekannt, dass dieser auch auf Kunden der Klägerin zugehen will, die bisher nicht von der Firma K.

betreut waren.

Ohne Bedeutung ist letztendlich, ob die Klägerin mit dem Beklagten zufrieden war und ihm die Rückkehr angeboten wurde. Damit wird gerade zum Ausdruck gebracht, dass der Beklagte ein guter Verkäufer war, was, wenn der Beklagte bei einem Wettbewerber tätig ist, sich nachteilig für die Klägerin auswirken kann.

Im Übrigen zeigt die Tatsache der Freistellung unter Vergütungsfortzahlung durch die Klägerin nach der Kündigung des Beklagten, dass die Klägerin Wert darauf gelegt hat, dass der Beklagte nicht die Möglichkeit haben soll, Kunden über sein Ausscheiden und möglicherweise seine Tätigkeit bei einem Wettbewerbsunternehmen zu informieren.

III.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Der Klägerin steht die geltend gemachte Vertragsstrafe nicht zu, da diese unwirksam ist.

Die Vertragsstrafenabrede, bei der es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (siehe II 1. a) der Entscheidungsgründe), ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, da sie den Beklagten unangemessen im Sinne der § 307 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 14.08.2007 (8 AZR 973/06) eine Vertragsstrafenvereinbarung bei Verletzungshandlungen gegen ein Wettbewerbsverbot als intransparent angesehen, wenn nicht klar ist, wann ein Einzel- und wann ein Dauerverstoß vorliegt. Die Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht an die Bestimmtheit der auslösenden Pflichtverletzung bei Wettbewerbsverstößen in bestehenden Arbeitsverhältnissen stellt, gelten gleichermaßen für

Vertragsstrafenvereinbarungen in einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, da eine Klausel dem Bestimmtheitsgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann genügt, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlichen Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich beschreibt (vgl. BAG, Urt. v. 31.08.2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006 Seite 324). Daher muss bei einer Vertragsstrafenvereinbarung die auslösende Pflichtverletzung so klar bestimmt sein, dass auch die zu leistende Strafe ihrer Höhe nach klar und bestimmt ist.

Nach Ziffer 5 Satz 1 des Arbeitsvertrages hat der Beklagte für jeden Fall der Verletzung des Wettbewerbsverbotes eine Vertragsstrafe in Höhe des 6fachen durchschnittlichen Bruttomonatsbezuges zu zahlen. Nach Ziffer 5 Satz 2 ist bei einer Dauerverletzung die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat neu verwirkt.

Es wird der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt, dass bei einer solchen Vertragsgestaltung nicht erkennbar ist, wann eine sogenannte „Dauerverletzung“ vertraglich vorliegt und wann ein einmaliger Vertragsverstoß gegeben sein soll, für den nur eine einmalige Vertragsstrafe verwirkt sein soll. Ob dann, wenn der Arbeitnehmer für ein Konkurrenzunternehmen tätig wird oder diesem Kunden vermittelt, für jeden Einzelfall des Verstoßes eine Vertragsstrafe in Höhe von durchschnittlich 6 Bruttomonatsbezügen verwirkt sein soll oder ob sich dies als „Dauerverletzung“ darstellt, ist genauso wenig deutlich wie der Fall einer „Beteiligung“ eines Arbeitnehmers an einem Konkurrenzunternehmen, die sich typischerweise über einen längeren Zeitraum erstreckt. Der Klägerin ist zuzugeben, dass es im Gegensatz zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bei Wettbewerbsverboten im bestehenden Arbeitsverhältnis typischerweise nicht um das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses bei einem Konkurrenzunternehmen geht, an der Unklarheit der Regelung ändert sich hieran jedoch nichts, da Unklarheiten der Abgrenzung auch hier verbleiben. Die

Wertungen sind die gleichen (vgl. so inzwischen auch Diller, Anmerkung zu BAG v. 14.08.2007 in Beck-Fachdienst Arbeitsrecht 03-2008 v. 31.01.2008). Auch dass, worauf die Klägerin in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, die Formulierung den Formulierungen in arbeitsrechtlichen Formularbüchern entspricht, ändert hieran nichts, da dies bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 14.08.2007 so war. Den Versuch einer Konkretisierung hatte zumindest Stoffels (in Preis, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage, II W 10 Rz. 94) unternommen mit der Definition des Dauerverstoßes als Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen von länger als einem Monat. Da weder Anhaltspunkte dafür vorliegen noch behauptet wird, dass die Parteien ein übereinstimmendes Verständnis von den Begriffen „für jeden Fall der Verletzung“ und „Dauerverletzung“ hatten, ist die Regelung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Da eine geltungserhaltende Reduktion nach § 306 Abs. 2 BGB ausscheidet (vgl. BAG, Urt. v. 14.08.2007, 8 AZR 973/06), besteht kein Anspruch der Klägerin auf die als Teilbetrag geltend gemachte Vertragsstrafe.

IV.

Da die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen wurden, haben diese nach § 92 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens anteilig zu tragen.

Für den Beklagten wurde die Revision nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

Ein Anlass, für die Klägerin die Revision zuzulassen besteht angesichts der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14.08.2007 nicht.