



Tübingen, 19. Mai 2015

Wettbewerbsschutz bei fristloser Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Praxisbeitrag
von Rechtsanwalt Dr. Stefan Rein, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
im Rahmen des Kolloquiums „Praxis des Unternehmensrechts“
von Prof. Dr. Hermann Reichold
im Sommersemester 2015



Einleitung

Das vertragsimmanente **Wettbewerbsverbot** während des bestehenden **Arbeitsverhältnisses** einerseits und das gesondert zu vereinbarende – und tatsächlich nicht vereinbarte – **Wettbewerbsverbot** nach **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** andererseits führen zu einem **Interessenkonflikt beim Arbeitgeber**, wenn vom Arbeitnehmer ein die fristlose **außerordentliche Kündigung** des Arbeitsverhältnisses (an sich) rechtfertigender Wettbewerbsverstoß begangen worden ist.

1. Was hielt den Arbeitgeber von der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots möglicherweise ab?
2. Wie kann gleichwohl – ohne nachvertragliches Wettbewerbsverbot – ein **Wettbewerbsschutz bei einer fristlosen Kündigung** des Arbeitsverhältnisses begründet werden?
3. Wie verhält es sich mit dem **Wettbewerbsschutz während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses**?



*Erster Abschnitt:
Wettbewerbsschutz im (beendeten) Arbeitsverhältnis*



Das „vertragliche“ Wettbewerbsverbot

Während des rechtlichen Bestands eines Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer jede Konkurrenz­­tätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt, **auch wenn der Arbeitsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen hierzu enthält** (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG 25.04.1991 – 2 AZR 624/90; 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08).

Für Handlungsgehilfen (§ 59 HGB: kaufmännische Angestellte) ist dies in **§ 60 HGB** ausdrücklich geregelt. Diese Vorschrift **konkretisiert einen allgemeinen Rechtsgedanken**, der seine Grundlage in der **Treupflicht des Arbeitnehmers** hat: **Der Arbeitgeber soll vor Wettbewerbshandlungen seines Arbeitnehmers geschützt sein**. Deshalb schließt der **Arbeitsvertrag** für die Dauer seines Bestehens über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des § 60 HGB hinaus ein Wettbewerbsverbot ein (BAG 17.10.1969 – 3 AZR 442/68).



Der Inhalt des Wettbewerbsverbots

- Der Arbeitnehmer darf **im Marktbereich („Handelszweige“)** seines **Arbeitgebers** Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten. Der Arbeitnehmer ist dabei nicht nur **eine Konkurrentätigkeit im eigenen Namen und Interesse** untersagt. Ihm ist ebenso wenig gestattet, **einen Wettbewerber des Arbeitgebers** zu unterstützen.
- Er **darf** indes schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen **vorbereiten**, solange er **nicht** eine **werbende** Tätigkeit bereits aufnimmt.



Das „nachvertragliche“ Wettbewerbsverbot

1. Die **Vereinbarung** einer Wettbewerbsabrede nach Maßgabe der **§§ 74 ff. HGB i.V.m. § 110 GewO** stellt die einzige prozessual durchsetzbare Möglichkeit für Arbeitgeber dar, eine Konkurrenztaetigkeit des ausgeschiedenen Mitarbeiters zu untersagen.
2. Schriftform und Aushaendigung der Urkunde an den Arbeitnehmer (§ 74 Abs. 1 HGB)
3. Berechtigtes geschaeftliches Interesse des Arbeitgebers (§ 74a Abs. 1 Satz 1 HGB)
4. Keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers (§ 74a Abs. 1 Satz 2 HGB)
5. Hoehstdauer: zwei Jahre (§ 74a Abs. 1 Satz 3 HGB)
6. Bedingungslose und ausreichende **EntschaeDIGungszusage** (§ 74 Abs. 2 HGB)



Zweiter Abschnitt:

*Verlust des Wettbewerbsschutzes nach fristloser
Kündigung des Arbeitsverhältnisses?*



Der Verlust des Wettbewerbsschutzes als Schadensposition

1. Keine unmittelbare Geltung des („vertraglichen“) Wettbewerbsverbots nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch dessen fristlose außerordentliche Kündigung und mithin **kein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers**
2. **Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers**, wenn die von ihm ausgesprochene Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers veranlasst wurde: Pflicht des Arbeitnehmers zum **Ersatz des sog. Auflösungschadens** (§ 628 Abs. 2 BGB)
3. Durch **§ 628 Abs. 2 BGB** soll verhindert werden, dass der wegen eines Vertragsbruchs zur fristlosen Kündigung veranlasste Vertragsteil die Ausübung seines Kündigungsrechts mit **Vermögenseinbußen** bezahlen muss, **die darauf beruhen, dass infolge der Kündigung das Arbeitsverhältnis endet**. § 628 Abs. 2 BGB soll mithin gewährleisten, dass der Kündigende so gestellt wird, als wäre das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß durch eine fristgerechte Kündigung beendet worden.



Der Verlust des Wettbewerbsschutzes als Schadensposition (II)

4. Nicht nur die Hauptpflichten, sondern **auch** die **Nebenpflichten** müssen bei dem erforderlichen Vermögensvergleich berücksichtigt werden (BAG 09.05.1975 – 3 AZR 352/74). Auch der **Wegfall** der **Pflicht zur Konkurrenzunterlassung** muss mithin nach § 628 Abs. 2 BGB im Wege des Schadensersatzes **ausgeglichen** werden (BAG 09.05.1975 – 3 AZR 352/74; 23.02.1977 – 3 AZR 620/75; ablehnend wohl nur *Benecke/Pils*, NZA-RR 2005, 561, 565, mit der Begründung, dass die Rechtsprechung ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot fingiere, das aber „nicht automatisch von den Parteien gewollt“ sei).
5. Die Form des geschuldeten Schadensersatzes: **Naturalrestitution oder Geldersatz?**



Die Form des geschuldeten Schadensersatzes

1. Darf der Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB zu einer entschädigungslosen Wettbewerbsunterlassungspflicht führen?
2. Bejahend BAG (23.02.1977 – 3 AZR 620/75):
„Sollte [...] der Beklagte zum Schadensersatz nach § 628 Abs. 2 BGB verpflichtet [sein], so würde sich das auch auf seinen Anspruch auf Karenzentschädigung auswirken. Er könnte dann nämlich für die Zeit bis zum nächstzulässigen Kündigungstermin keine Vergütung für seine Wettbewerbsunterlassung verlangen, weil er insoweit ohnehin aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzanspruches zur Wettbewerbsunterlassung verpflichtet wäre [...].“
3. Verneinend *Beitzke* (Anm. zu BAG 23.02.1977 – 3 AZR 620/75 in AP Nr. 6 zu § 75 HGB):
„Die Schadensersatzansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB sind Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, die als Vereitelung des Vertragszwecks zu kennzeichnen ist. Solche Ansprüche sind im gegenseitigen Vertrag den Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung [...] gleichzustellen [...]. Für diese ist es aber anerkannt, dass sie nicht auf Naturalersatz gehen können, sondern nur auf Geldentschädigung; denn ein Anspruch auf Naturalersatz liefe auf Erfüllung hinaus – nicht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung [...]. Ein Erfüllungsanspruch ist insbesondere nach Kündigung des Vertrages ausgeschlossen [...]. Der Wettbewerbsschutz des § 60 HGB entfällt mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses. Es könnte nur noch Ersatz des aus [dem] Wegfall des Wettbewerbsschutzes entstehenden Vermögensschadens verlangt werden.“



Die Form des geschuldeten Schadensersatzes (II)

4. Das heutige Schrifttum:

- a) ErfK-Müller-Glöge (2015), § 628 BGB Rn. 35: „Bei Unmöglich der Naturalrestitution ist der Anspruch gemäß § 251 Abs. 1 BGB auf Geldersatz gerichtet [...].“
- b) A/P/S-Rolfs (2012), § 628 BGB Rn. 55: -
- c) H/B/D-Marquardt (2010), § 628 BGB Rn. 41, 45: „Der Schadensersatz richtet sich auf das Erfüllungsinteresse. [...] Es gilt § 249 Satz 1 BGB, sodass grundsätzlich Naturalrestitution zu leisten ist. [...] Im Fall des gesetzlichen Wettbewerbsverbots hat der Arbeitnehmer nach dem Grundsatz der Naturalrestitution die Konkurrenz bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu unterlassen.“
- d) MünchArbR-Reichold (2009), § 39 Rn. 41: ...

5. Ihre Rechtsansicht?

- 6. Reichold (a.a.O.): „Zu ersetzen ist nur der Schaden, der dem Arbeitgeber aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung entstanden ist, in diesem Rahmen aber das volle Erfüllungsinteresse [...].“



Die Form des geschuldeten Schadensersatzes (III)

7. Der Arbeitgeber kann mithin – mittelbar (i.V.m. § 628 Abs. 2 BGB) – **weiterhin**
- a) **Unterlassung** verlangen, wenn weitere Wettbewerbsverstöße zu befürchten sind,
 - b) **Schadensersatz** verlangen (§ 61 Abs. 1 Halbs. 1 HGB; BAG 16.06.1976 – 3 AZR 73/75),
 - c) (alternativ zum Schadensersatz) verlangen, dass der Arbeitnehmer die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Arbeitgebers eingegangen gelten lässt (**Eintrittsrecht**) und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt (§ 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB); daher besteht zudem ein **Auskunftsrecht** des Arbeitgebers, um eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, ob er sein Eintrittsrecht ausübt oder Schadensersatz verlangt (BAG 21.10.1970 – 3 AZR 479/69).



Die Form des geschuldeten Schadensersatzes (IV)

8. Die **kurze Verjährungsfrist** des § 61 Abs. 2 HGB **von drei Monaten** gilt für Ansprüche gegenüber jeglichen Arbeitnehmern (BAG 11.04.2000 – 9 AZR 131/09; a.A. noch BAG 16.01.1975 – 3 AZR 72/74 für „technische Arbeitnehmer“)! Sie gilt im Übrigen **für alle Ansprüche des Arbeitgebers, die dieser aus Wettbewerbsverstößen des Arbeitnehmers nach § 60 HGB herleitet** (BAG 11.04.2000 – 9 AZR 131/09).

9. Ihre Empfehlung?



*Dritter Abschnitt:
Wettbewerbsschutz während eines
Kündigungsschutzprozesses*



Die Auswirkungen eines Kündigungsschutzprozesses

1. Da das Arbeitsverhältnis **im Falle einer unwirksamen Kündigung** rechtlich fortbesteht, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich gehalten, die ihm obliegenden Pflichten weiter zu erfüllen und dem Arbeitgeber bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Konkurrenz in dessen Handelszweig zu machen.
2. **Bis zur Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der streitigen Kündigung** des Arbeitgebers sind beide Parteien im Ungewissen darüber, wie die materielle Rechtslage beurteilt werden wird. Dadurch entsteht insbesondere für den Arbeitnehmer „eine nicht zu übersehende **Zwangslage**“ (BAG 25.04.1991 – 2 AZR 624/90).
3. Ein Arbeitnehmer wird **nicht** schon dann von dem für die rechtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses geltenden Wettbewerbsverbot **befreit**, wenn der Arbeitgeber eine **außerordentliche Kündigung** ausspricht, **die der Arbeitnehmer für unwirksam hält und deswegen gerichtlich angreift** (BAG 25.04.1991 – 2 AZR 624/90; 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08).



Die Auswirkungen eines Kündigungsschutzprozesses (II)

4. Eine **Rechtfertigung** dafür, in der Zeit bis zur Klärung der Wirksamkeit der Kündigung bereits ein eigenes konkurrierendes Unternehmen aufzubauen oder ein bestehendes zu unterstützen, ergibt sich auch nicht aus **§ 615 Satz 2 BGB**, nach dem sich der Arbeitnehmer auf die fortzuzahlende Vergütung auch Einkünfte anrechnen lassen muss, die er böswillig nicht erworben hat. Böswillig handelt ein Arbeitnehmer aber nur dann, wenn ihm vorgeworfen werden kann, trotz Kenntnis aller objektiven Umstände, die sich insbesondere auch auf die Nachteilsfolgen für den Arbeitnehmer zu erstrecken hat, untätig geblieben ist.

Da die **Nachteile einer Wettbewerbshandlung** für den Arbeitgeber regelmäßig größer sein werden als der **Vorteil, für nicht geleistete Dienste keine Vergütung nach § 615 BGB zahlen zu müssen**, wird dem Arbeitnehmer das Unterlassen einer Wettbewerbstätigkeit nur in den Fällen als böswillig anzulasten sein, in denen **der Arbeitgeber** nach der Entlassung ausdrücklich oder konkludent **zu erkennen gibt, mit Wettbewerbshandlungen** nach der faktischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses **einverstanden zu sein** (BAG 25.04.1991 – 2 AZR 624/90).

5. Ihre Empfehlung?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Kroll & Partner Rechtsanwälte mbB
Rechtsanwalt Dr. Stefan Rein
Konrad-Adenauer-Straße 11
72072 Tübingen

Telefon: 07071/94356-760
Telefax: 07071/94356-799

E-Mail: s.rein@kp-recht.de