

Deubner Verlag GmbH & Co. KG



# Wissenschaftlich begründetes KURZGUTACHTEN

zur Problematik

Arbeitsrecht

Kündigungsfrist – Wettbewerbsklausel – Vertragsstrafe

erstellt im Auftrag von

Rechtsanwalt [REDACTED]

Köln, [REDACTED]

Oststr. 11 · 50996 Köln · Telefon (0221) 93 70 18 – 0 · Telefax (0221) 93 70 18 99  
Geschäftsführer Ralf Wagner, Werner Pehland · HRA 16268 · Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Deubner Verlag  
Beteiligungs GmbH, HRB 37127 · Dresdner Bank AG Köln · Konto 937 259 300 · BLZ 370 800 40

**Das Gutachten wurde nach bestem Wissen und wissenschaftlichen Maßstäben ausgearbeitet.  
Eine Haftung ist ausgeschlossen. Vorstehendes gilt nicht, soweit die Schadensursache auf Vorsatz oder  
grober Fahrlässigkeit beruht.**

## I. Sachverhalt und Fragestellung

Der Mandant des Fragestellers ist seit dem 02.01.14 in einem Anstellungsverhältnis beschäftigt. Im Rahmen des Arbeitsvertrages ist vereinbart, dass nach Ablauf einer Probezeit (der ersten sechs Monate) eine Kündigung nur unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende zulässig ist.

Ferner haben die Parteien des Arbeitsvertrages in § 8 ein Wettbewerbsverbot vereinbart, wonach der Arbeitnehmer sich im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, für eine Dauer von zwei Jahren keine Kunden der Arbeitgeberin anzusprechen, mit dem Ziel diesen Leistungen selbst oder durch Dritte anzubieten, die bisher von der Arbeitgeberin ausgeführt worden sind.

Für jeden Fall des Verstoßes gegen diese Wettbewerbsklausel soll eine Vertragsstrafe in Höhe des zuletzt von der Arbeitgeberin bezogenen Jahresgehaltes „fällig werden“.

Im Übrigen kann auf den zugrundeliegenden Anstellungsvertrag vom 12.12.13, wie vorgelegt, Bezug genommen werden.

## II. Fragestellungen

1. Ist die Klausel der 6-monatigen Kündigungsfrist zu Lasten des Arbeitnehmers gemäß § 2 des Anstellungsvertrages wirksam?

2. Ist die Wettbewerbsklausel gemäß § 8 des Anstellungsvertrages wirksam vereinbart?

3. Ist die vereinbarte Vertragsstrafe i.H.v. eines Jahresgehaltes ohne genaue Bezeichnung brutto oder netto wirksam vereinbart?

4. Welches Risiko geht der Arbeitnehmer ein, wenn er das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 1 Monat kündigt und einen Anstellungsvertrag mit einem ehemaligen Kunden des Arbeitgebers abschließt, wobei der Kunde einen früheren Wartungsvertrag mit dem Arbeitgeber im November 2015 mitteilend nicht über den 31.12.15 hinaus verlängert hat, für die durchzuführenden Arbeiten Stellenanzeigen geschaltet hat und der Arbeitnehmer aufgrund einer Bewerbung auf eine solche Stellenanzeige als neuer Mitarbeiter des ehemaligen Kunden akzeptiert und einen Anstellungsvertrag erhalten hat?

### III. Gutachterliche Stellungnahme

#### 1. Ist die Klausel der 6-monatigen Kündigungsfrist zu Lasten des Arbeitnehmers gemäß § 2 des Anstellungsvertrages wirksam?

Die Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen richten sich im Grundsatz nach der gesetzlichen Regelung des § 622 BGB. Hiernach kann das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber verlängert sich die Kündigungsfrist je nach Betriebszugehörigkeit, im vorliegenden Fall aufgrund des Bestandes von etwas mehr als zwei Jahren auf einen Monat zum Ende eines Kalendermonats, § 622 Abs. 1, Abs. 2 Ziffer 1 BGB.

Die im Vertrag formulierte Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende weicht von diesem gesetzlichen Leitbild ab, so dass zu überprüfen ist, ob eine Verlängerung der Kündigungsfristen möglich ist und wenn ja, in welchem Rahmen.

Nach dem Gesetz besteht grundsätzlich die Möglichkeit, längere Kündigungsfristen als in den Absätzen 1 bis 3 des § 622 BGB einzelvertraglich zu vereinbaren (so auch das Bundesarbeitsgericht: BAG vom 29.08.01 – 4 AZR 337/00 in NZA 2001, 1346).

Die Grenzen einer solchen Verlängerung von Kündigungsfristen ist erst dort zu sehen, wo gesetzliche Höchstbindungen bestehen, z. Bsp. in § 15 Abs. 4 TzBfG.

Grundsätzlich werden in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit wegen der verbleibenden, unabdingbaren Möglichkeit zur außerordentlichen und fristlosen Kündigung auch lange Kündigungsfristen akzeptiert, beispielsweise ein Jahr zum Ablauf eines 5-Jahres-Vertrages (vgl. BAG vom 19.12.91, Az.: 2 AZR 163/91 in AP Nr. 2 zu § 624 BGB; MüKo BGB/Hesse § 622, Rdnr. 89).

Eine solche Verlängerung ist auch grundsätzlich bei Verwendung von Formulararbeitsverträgen zulässig. Bei der Kontrolle vorformulierter Klauseln (AGB) sind die Besonderheiten des Arbeitsrechtes angemessen zu berücksichtigen, § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist eine solche Verlängerung nicht überraschend, da sie weit verbreitet ist und auch keine ungewöhnliche, den Arbeitnehmer benachteiligende Regelung. Damit liegt weder ein Verstoß gemäß § 305 c BGB vor, noch ein solcher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hierzu kann insbe-

sondere auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 28.05.07, Az.: 8 AZR 896/07 in AP Nr. 6 zu § 306 BGB verwiesen werden.

Eine gegebenenfalls einschränkende oder abweichende Beurteilung aufgrund eines einschlägigen Tarifvertrages ist vom Sachverhalt her nicht vorgegeben.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Kündigungsfrist im Anstellungsvertrag wirksam vereinbart ist, insbesondere, da auch keine Abweichung der Länge der Fristen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorliegt, vgl. § 622 Abs. 6 BGB.

## **2. Ist die Wettbewerbsklausel gemäß § 8 des Anstellungsvertrages wirksam vereinbart?**

Im Bereich des Arbeitsrechtes gilt für Wettbewerbsklauseln generell die gesetzliche Regelung des § 110 der Gewerbeordnung (GewO), der grundsätzlich die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als möglichen Regelungsinhalt eines Arbeitsvertrages normiert und auf die §§ 74 bis 75 f des Handelsgesetzbuches (HGB) verweist. Nach einhelliger Auffassung sind diese Normen entgegen des Wortlautes der gesetzlichen Vorgabe nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar und direkt anwendbar.

Durch den Verweis auf die Regelungen des HGB gilt beispielsweise, dass

- das Wettbewerbsverbot Schriftform sowie die Aushändigung einer im Original un-terzeichneten Urkunde voraussetzt,
- das Wettbewerbsverbot nur verbindlich ist, wenn der Arbeitgeber eine Karenzent-schädigung zusagt,
- das Wettbewerbsverbot unverbindlich ist, wenn es nicht dem Schutz eines berech-tigten geschäftlichen Interesses dient oder unter Berücksichtigung der zu gewäh-renden Entschädigung eine unbillige Erschwerung des Fortkom-mens des Arbeit-nehmers darstellt.

Aus der Verweisung gemäß § 110 GewO auf § 75 d HGB ergibt sich, dass eine Ab-weichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht zulässig ist, die Anwendung der Normen des HGB ist zugunsten des Arbeitnehmers mithin zwingend.

Vorliegend fehlt es an der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes bereits deshalb, da die Klausel eine Karenzentschädigung nicht vorsieht. In einem solchen Fall ist das

Oststr. 11 · 50996 Köln · Telefon (0221) 93 70 18 – 0 · Telefax (0221) 93 70 18 99  
Geschäftsführer Ralf Wagner, Werner Pehland · HRA 16268 · Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Deubner Verlag  
Beteiligungs GmbH, HRB 37127 · Dresdner Bank AG Köln · Konto 937 259 300 · BLZ 370 800 40

**Das Gutachten wurde nach bestem Wissen und wissenschaftlichen Maßstäben ausgearbeitet.  
Eine Haftung ist ausgeschlossen. Vorstehendes gilt nicht, soweit die Schadensursache auf Vorsatz oder  
grober Fahrlässigkeit beruht.**

Wettbewerbsverbot nicht nur unverbindlich, sondern nichtig (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb Arbeitsrechtskommentar, 6. Auflage 2014, § 74 HGB Rdnr. 96; BAG vom 13.09.1979, Az.: 3 AZR 138/68 AP Nr. 24 zu § 611 BGB „Konkurrenzklausele“; BAG vom 18.01.2000, Az.: 9 AZR 929/98 – n.v.).

Selbst eine spätere einseitige Heilung, etwa durch nachträgliche Zusage einer Karenzentschädigung, ist nicht möglich (vgl. Henssler a.a.O., Rdnr. 17).

### **3. Ist die vereinbarte Vertragsstrafe i.H.v. eines Jahresgehaltes ohne genaue Bezeichnung brutto oder netto wirksam vereinbart?**

Üblicherweise werden im Rahmen der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes Vertragsstrafenregelungen getroffen, wobei meist, jedoch nicht stets, die Vertragsstrafe mit einer bestimmten Summe oder auch der Anzahl von Brutto-Monatsgehältern beschrieben wird. Abweichende Bestimmungen der Höhe sind jederzeit möglich und zulässig. Letztlich dient die Bezeichnung auch im Hinblick auf „brutto oder netto“ nur der Bestimmung der Höhe des Betrages, den der Arbeitnehmer im Verstossfalle an den Arbeitgeber zu zahlen hat.

Ob und inwieweit diese Zahlung dann steuerlich beim Arbeitnehmer einerseits und beim Arbeitgeber andererseits zu verwenden ist, ist hiervon unabhängig zu betrachten.

Es kommt also allein darauf an, ob die Vertragsstrafe hinsichtlich ihrer Formulierung der Höhe nach bestimmbar ist. Abgesehen davon, daß der entsprechende Satz im Arbeitsvertrag grammatikalisch unvollständig ist, jedoch auslegungsfähig, bleibt also zu prüfen, ob das „zuletzt bezogene Jahresgehalt“ einer solchen Bestimmung zugänglich ist.

Hierbei spielt die Fragestellung „brutto oder netto“ dann zur Bestimmung der Höhe eine entsprechende Rolle, da zwar üblicherweise von einem Bruttoentgelt gesprochen wird, jedoch auch Nettovereinbarungen zulässig wären. Auch eine Berücksichtigung der Vergütungsregelungen gemäß § 3 des Anstellungsvertrages helfen im Ergebnis nicht weiter. Hier ist bereits der Stundenlohn von € 16,25 nicht nach „brutto oder netto“ bestimmt, des Weiteren sind bestimmte Zulagen unter Widerrufsvorbehalt vorgesehen sowie auch weitere Zahlungen von Sondervergütungen ohne Begründung von Rechtsansprüchen für die Zukunft.

Der Anstellungsvertrag gibt also zur Bestimmung des Jahresentgeltes nichts her.

Oststr. 11 · 50996 Köln · Telefon (0221) 93 70 18 – 0 · Telefax (0221) 93 70 18 99  
Geschäftsführer Ralf Wagner, Werner Pehland · HRA 16268 · Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Deubner Verlag  
Beteiligungs GmbH, HRB 37127 · Dresdner Bank AG Köln · Konto 937 259 300 · BLZ 370 800 40

**Das Gutachten wurde nach bestem Wissen und wissenschaftlichen Maßstäben ausgearbeitet. Eine Haftung ist ausgeschlossen. Vorstehendes gilt nicht, soweit die Schadensursache auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht.**

Die Vertragsstrafenregelung stellt im vorformulierten Arbeitsvertrag eine allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) dar, so dass eine Überprüfung anhand der §§ 305 ff. BGB zu erfolgen hat, wenn auch unter Beachtung der Besonderheiten des Arbeitsrechtes.

Laut Arbeitsvertrag ist das zuletzt bezogene Jahresgehalt nicht ausreichend eindeutig bestimmbar, so dass die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders eingreift.

Hierbei ist auch zu beachten, dass bei der Verwendung von AGB grundsätzlich das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion der Klausel zu beachten ist (ständige Rechtsprechung des BGH; zuletzt BGH vom 29.05.13, Az.: VIII ZR 285/12, BGH in NJW 2006, 996; BGH in NJW 2009, 3506 Rdnr. 21, so auch Roloff in Ermann BGB-Kommentar, 14. Auflage 2014, § 306 Rdnr. 8).

Dies bedeutet, dass im Zweifel die gesamte Klausel als unwirksam zu betrachten ist. Im Übrigen ist im Hinblick auf das Ergebnis zu Frage 2. zu beachten, dass § 344 BGB ein Vertragsstrafeversprechen schon dann für unwirksam erklärt, wenn das zugrundeliegende Wettbewerbsverbot unwirksam oder unverbindlich ist.

Die vereinbarte Vertragsstrafe ist daher nach Auffassung des Unterzeichners nicht wirksam vereinbart worden.

Sollte man das Vertragsstrafeversprechen für sich genommen für wirksam erachten, so wäre eine Regelung in Höhe eines Jahresverdienstes (auch brutto) durchaus möglich und nach der Rechtsprechung zulässig, wobei aufgrund gesetzlicher Vorgaben die Herabsetzungsoption durch gerichtliche Entscheidung nach § 343 BGB zu beachten ist (vgl. hierzu Diller in Henssler/Willemsen/Kalb § 75 c HGB, Rdnr. 6 ff.).

Abschließend sei angemerkt, dass sich die Fragestellung allein auf die Wettbewerbsklausel bezieht. § 8 des Anstellungsvertrages enthält jedoch auch eine Pflicht zur Verschwiegenheit (Geheimhaltungsklausel), die grundsätzlich entschädigungslos, also ohne das Versprechen einer Karenzentschädigung, zulässig ist.

**4. Welches Risiko geht der Arbeitnehmer ein, wenn er das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 1 Monat kündigt und einen Anstellungsvertrag mit einem ehemaligen Kunden des Arbeitgebers abschließt, wobei der Kunde einen früheren Wartungsvertrag mit dem Arbeitgeber im November 2015 mitteilend nicht über den 31.12.15 hinaus verlängert hat, für die durchzuführenden Arbeiten Stellenanzeigen geschaltet hat und der Arbeitnehmer aufgrund einer Bewerbung auf eine solche Stellenanzeige**

**als neuer Mitarbeiter des ehemaligen Kunden akzeptiert und einen Anstellungsvertrag erhalten hat?**

Im Hinblick auf die obigen Ausführungen ist das Wettbewerbsverbot sowie die Vertragsstrafe nicht wirksam vereinbart. Die Arbeitgeberin kann sich auf diese Klausel insoweit nicht berufen.

Aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion ist hiervon auch die Geheimhaltungsklausel umfasst, worauf es im vorliegenden Fall jedoch nicht ankommt.

Der Arbeitnehmer sollte jedoch vorsorglich über betriebliche Angelegenheiten im Hinblick auf den neuen Arbeitgeber sowie sonst im geschäftlichen Umfeld Stillschweigen bewahren.

Die Rechtsprechung des BAG sieht bezüglich des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion bestimmte Ausnahmen vor. Die Kasuistik ist hierbei unüberschaubar. Betrachtet man vorsorglich die Geheimhaltungsklausel als wirksam vereinbart und würde § 8 des Anstellungsvertrages insoweit noch Anwendung finden, ist wiederum zu beachten, dass unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes des Berufsausübung in Artikel 12 GG dem Arbeitgeber die Eingehung einer neuen Stelle nicht zu verwehren ist, selbst dann, wenn es sich nicht vermeiden lässt, dass der Arbeitnehmer die beim alten Arbeitgeber erworbenen betrieblichen Kenntnisse verwertet (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb § 74 HGB, Rdnr. 55).

Die Bewerbung bei einem ehemaligen der jetzigen Arbeitgeberin sowie auch die Eingehung eines dortigen Arbeitsvertrages nach Beendigung des laufenden Arbeitsverhältnisses begegnet daher Bedenken grundsätzlich nicht.

Dies gilt insbesondere, da der betreffende Kunde selbst Stellenanzeigen geschaltet hat.

Kündigt der Arbeitnehmer jedoch mit einer Frist von einem Monat und beachtet die aus hiesiger Sicht wirksam verlängerte Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende nicht, droht die Inanspruchnahme auf Schadensersatz.

Hierbei kann im Rahmen des Kurzgutachtens nicht auf sämtliche mögliche Anspruchsgrundlagen im Einzelnen eingegangen werden. In Betracht kommt die unmittelbare Pflichtverletzung aus dem bestehenden Arbeitsvertrag gemäß § 280, 281 BGB.

Zu beachten ist jedoch auch, dass unabhängig der vertraglichen Regelungen während des Bestandes des Arbeitsvertrages ein gesetzliches Wettbewerbsverbot gilt. Hierbei wird zum Teil § 60 HGB grundsätzlich auf alle Arbeitnehmer angewandt und nicht nur auf „Handlungsgehilfen“, zum Teil, insbesondere in neuerer Rechtsprechung, wird dieses Wettbewerbsverbot während des bestehenden Arbeitsverhältnisses aus § 241 Abs. 2 BGB hergeleitet.

Die dort vorgesehenen Fälle greifen jedoch insoweit nicht, als dass der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall nicht selbst gewerblich in Wettbewerb tritt, wobei die Wettbewerbslage auch vorliegen kann, wenn ein Angestellter als Arbeitnehmer für ein Konkurrenzunternehmen tätig wird (vgl. Henssler § 60 HGB, Rdnr. 20), also für fremde Rechnung Geschäfte gemacht werden.

Die Tätigkeit als Servicetechniker lässt dies eher als fernliegend erscheinen.

Es bleibt jedoch zumindest die Gefahr der Inanspruchnahme auf Schadensersatz wegen Verletzung der vertraglichen Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung wie eingangs dargestellt.

Erbringt der Arbeitnehmer die ihm obliegende Leistung nicht mehr, wird der Arbeitgeber Pflicht zur Lohnzahlung frei. Einen Schaden wird er im Einzelfall darzulegen und zu beweisen haben. Ein solcher Schaden könnte beispielsweise darin bestehen, dass unter Beachtung des Wegfalls der Lohnzahlungspflicht zusätzliche Aufwendungen, Einstellung einer kurzfristigen, teureren Ersatzkraft, Verlust von konkreten Serviceaufträgen durch nicht ausreichende Anzahl nunmehr tätiger Mitarbeiter etc.

Es besteht also durchaus das Risiko, dass Schadensersatzansprüche entstehen und geltend gemacht werden.