
Datum: 14.07.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 131/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0714.8U131.12.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 5 O 137/12

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 18. September 2012 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert und die Klage abgewiesen.

Dem Kläger werden die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger nimmt die Beklagte als deren ehemaliger Geschäftsführer auf Erfüllung einer für die Dauer eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes versprochenen Karenzentschädigung für die Zeit von Februar 2012 bis einschließlich August 2012 in Höhe von insgesamt 53.546,64 € brutto (= 7 Monate x 7.649,52 €/Monat) nebst Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 661,16 € in Anspruch. Weitergehende Ansprüche auf Zahlung einer Karenzentschädigung für die Zeit ab September 2012 bis einschließlich Dezember 2012 in Höhe von insgesamt 30.598,08 € brutto sind Gegenstand eines weiteren Rechtsstreits (5 O 332/12 LG Dortmund), der inzwischen ebenfalls beim Senat anhängig ist (8 U 11/14).

3

Der Bruder des Klägers, BZ, war ursprünglich Gesellschafter diverser auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Gesellschaften der C2?Gruppe, zu der auch die C2 GmbH gehörte. Diese und die weiteren Gesellschaften veräußerte er im Juli 2007 zu einem Kaufpreis von insgesamt 27 Mio. € an eine zum E gehörende Gesellschaft in F, die später die Umfirmierung der Beklagten vornahm. 4

Der mit dem Kläger am 08.10/14.10.2008 noch unter der alten Firma der Beklagten, der C2 GmbH G, abgeschlossene Dienstvertrag als Geschäftsführer, auf den Bezug genommen wird (Anlage 1 – Bl. 6 GA), begann rückwirkend zum 01.10.2008 und enthielt u.a. folgende Regelungen: 5

„9. Wettbewerbsverbot 6

9.1 *Dem Geschäftsführer ist es während der Dauer dieses Vertrages untersagt, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit der Gesellschaft in direktem oder indirektem Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. In gleicher Weise ist es dem Geschäftsführer untersagt, während der Dauer dieses Vertrages ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen oder vergleichbare Aktivitäten zu entfalten. Das Wettbewerbsverbot gilt auch zugunsten der mit Gesellschaft verbundenen Unternehmen.* 7

9.2 *Ausgenommen von vorstehendem Verbot (...)* 8

10. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot 9

10.1 *Dem Geschäftsführer ist es untersagt, für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages, gleich aus welchem Grund, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit der Gesellschaft im direkten oder indirekten Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. In gleicher Weise ist es dem Geschäftsführer untersagt, für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages, gleich aus welchem Grund, ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar zu beteiligen oder vergleichbare Aktivitäten zu entfalten. Das Wettbewerbsverbot gilt auch zugunsten der mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen (soweit diese im gleichen Geschäftsfeld tätig sind).* 10

10.2 *Ausgenommen von vorstehendem Verbot (...)* 11

10.3 *Dem Geschäftsführer ist es für die Dauer von einem Jahr(..) nach Beendigung dieses Vertrages untersagt, direkt oder indirekt für eigene oder fremde Rechnung, allein oder zusammen mit Dritten Kunden des Unternehmens zu veranlassen, Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft aufzugeben oder einzuschränken.* 12

10.4 *Der Geschäftsführer verpflichtet sich, für die Dauer des Wettbewerbsverbots weder für sich selbst noch für Dritte, Arbeitnehmer der Gesellschaft abzuwerben, und an entsprechenden Versuchen Dritter nicht teilzunehmen.* 13

10.5 *Während der Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erhält der Geschäftsführer eine Entschädigung, die für jedes Jahr des Verbots die Hälfte der von dem Geschäftsführer zuletzt bezogenen vertraglichen Vergütung [inkl. variabler Vergütung] beträgt. Die Entschädigung wird in zwölf gleichen Raten zum Ende eines jeden Monats* 14

ausgezahlt.

10.6 *Der Geschäftsführer muss sich auf die fällige Entschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung des anderweitigen tatsächlichen oder hypothetischen Erwerbseinkommens den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen übersteigen würde. Der Geschäftsführer hat jeweils zu Beginn eines jeden Quartals der Gesellschaft unaufgefordert mitzuteilen, ob und in welcher Höhe er anderweitige Einkünfte (...) Solange diese Auskunft nicht vorliegt, hat die Gesellschaft ein Zurückbehaltungsrecht an der Karenzentschädigung. Auf Verlangen muss der Geschäftsführer die Angaben belegen.* 15

10.7 *Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot wird die monatliche Entschädigung nicht ausbezahlt und der Geschäftsführer hat eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Zwölftel des Bruttojahresgrundgehalts zu zahlen. Diese Vertragsstrafe ist für jeden Bruch der zuvor genannten Vorschriften zu zahlen. Im Fall eines Dauerverstoßes wird die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat neu verwirkt. Die Geltendmachung eines darüber hinaus gehenden Schadens durch die Gesellschafter bleibt vorbehalten.* 16

10.8 *Die Gesellschaft kann vor der Beendigung dieses Vertrages durch schriftliche Erklärung auf dieses Wettbewerbsverbot mit der Wirkung verzichten, dass sie nach Ablauf eines Jahres nach dem Zugang der Verzichtserklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung frei wird, während der Geschäftsführer bereits mit Beendigung dieses Vertrages nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden ist.* 17

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 27.06.2011 wurde der Kläger mit sofortiger Wirkung als deren Geschäftsführer abberufen. Mit Schreiben vom 29.06.2011, mit dem dem Kläger seine Abberufung mitgeteilt wurde, wurde ihm zugleich die Kündigung seines Dienstvertrages zum 31.12.2011 erklärt. Gleichzeitig wurde er mit sofortiger Wirkung von seiner Tätigkeit bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses entbunden. 18

Die Prozessbevollmächtigten des Klägers, der die Kündigung akzeptierte, wandten sich mit Schreiben vom 05.08.2011 an die Beklagte, in dem es u.a. wie folgt heißt: 19

„(...) nachdem sämtliche Einzelmandate und auch das Beratungsmandat zwischen unserer Kanzlei und der Firma HGmbH einvernehmlich beendet worden sind, hat uns Ihr ehemaliger Geschäftsführer, Herr AZ (...), gebeten, das in seinem Dienstvertrag vorgesehene nachvertragliche Wettbewerbsverbot auf seine Wirksamkeit zu überprüfen. 20

Nach entsprechender Überprüfung kommen wir zu dem Ergebnis, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unwirksam ist. 21

(...) 22

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen legt Herr Z Wert auf eine kurzfristige Bestätigung, dass seitens der Firma HGmbH sowie aller nach der Wettbewerbsregelung durch die Wettbewerbsvereinbarung begünstigten Unternehmen keinerlei Ansprüche aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot geltend gemacht werden. Für den Eingang der entsprechenden Erklärung [haben] wir eine Frist von 2 Wochen vorgemerkt.“ 23

Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten erwiderten darauf mit Schreiben vom 12.08.2010 (Bl. 22 – Anlage 4). Dort heißt es u.a.:

„(...) Sie vertreten (...) die Auffassung, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in Bezug auf Ihren Mandanten unwirksam sei. Diese Auffassung wird demgegenüber weder durch unsere Mandantin noch durch uns geteilt. 25

Entgegen der von Ihnen vertretenen Auffassung ist das mit Ihrem Mandanten begründete nachvertragliche Verkehrsverbot vollumfänglich wirksam. Seitens unserer Mandantin wird daher ausdrücklich Wert auf die Einhaltung der Bestimmungen zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot durch ihren Mandanten gelegt. 26

Namens und in Vollmacht unserer Mandantin fordern wir Ihrem Mandanten daher bereits zum jetzigen Zeitpunkt auf, sich für die Zeit nach Beendigung des zwischen den Parteien begründeten Dienstvertrages jeglicher wettbewerbswidriger Betätigung zu enthalten. 27

(...) 28

Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Einhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbotes für den Zeitraum bis zur Beendigung des Dienstvertrages am 31.12.2011. (...)“ 29

In einem weiteren Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 28.12.2011, teilten sie den Prozessbevollmächtigten des Klägers u.a. Folgendes mit: 30

(...) Ungeachtet der wechselseitig vertretenen Auffassungen über die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (...) weisen wir ausdrücklich auf die Bestimmung in Ziffer 10.3 des Geschäftsführeranstellungsvertrages hin. (...) 31

Wir fordern Ihren Mandanten hiermit namens und in Vollmacht unserer Mandantin auf, uns gegenüber unverzüglich, spätestens jedoch bis zum 06.01.2012 rechtsverbindlich zu bestätigen, dass dieser sich an die vorgenannte Kundenschutzklausel halten wird. Selbstverständlich erhält Ihr Mandant für die Dauer des Wettbewerbsverbotes gemäß Ziffer 10.5 des Geschäftsführeranstellungsvertrages die dort vereinbarte Karenzentschädigung. 32

Um die Höhe der Karenzentschädigung berechnen zu können, fordern wir ihren Mandanten zugleich auf, unserer Mandantin die erforderlichen Angaben gem. Ziffer 10.6 des Geschäftsführeranstellungsvertrages fristgerecht zu übermitteln.“ 33

Für den Monat Januar 2012 zahlte die Beklagte dem Kläger eine Karenzentschädigung in Höhe von 7.649,52 € brutto (= 5.086,93 € netto), wobei zwischen den Parteien kein Streit darüber besteht, dass es sich dabei der Höhe nach um die Hälfte der vertraglichen Vergütung im Sinne von Ziffer 10.5 des Dienstvertrages handelt. 34

Nachdem die Zahlung der Karenzentschädigung für Februar 2012 ausblieb, ließ der Kläger die Beklagte durch seine Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 13.03.2012 zur Zahlung des von der Beklagten ermittelten Betrages in Höhe von 7.649,52 € unter Hinzusetzung einer Kostennote seiner Bevollmächtigten in Höhe von 661,16 € auffordern. 35

Unmittelbar nach seiner Freistellung Ende Juni 2011 veranlasste der Kläger, dass der auf die Beklagte lautende Mobilfunkvertrag mit dem Telekommunikationsanbieter bezüglich des ihm zur Nutzung überlassenen Mobiltelefons (0172-2370091) auf ihn umgeschrieben wurde. 36

Gleichermaßen veranlasste er die Umschreibung des Mobilfunkvertrages bezüglich des Mobiltelefons (0172-2370092) auf sich, das zuvor dem ebenfalls aus den Diensten der Beklagten ausgeschiedenen Mitarbeiter I zur Nutzung überlassen worden war. Ende August 2011 erwirkte die Beklagte gegen den Kläger den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch das Landgericht Dortmund (7 O 277/11), in der dem Kläger zur Sicherung des Anspruchs der Beklagten auf Rückgabe aufgegeben wurde, die beiden SIM-Karten zu den genannten Mobilfunknummern an einen Sequester herauszugeben, und es ihm untersagt wurde, die SIM-Karten oder Mobilfunknummern bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu nutzen. In der nach Widerspruch des Klägers vor dem Landgericht Dortmund am 07.11.2011 durchgeführten mündlichen Verhandlung erklärten die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt, nachdem der Kläger zuvor die Erklärung abgegeben hatte, die SIM-Karten über seinen Rechtsanwalt an die Klägerin herauszugeben, sobald bei diesem die ihm für diese Mobilfunknummern bis November 2011 angefallenen Grundgebühren eingegangen seien. Die Rückgabe der beiden SIM-Karten erfolgte jedenfalls nicht in einem nahen zeitlichen Zusammenhang zum Gerichtstermin.

Der Bruder des Klägers, BZ, ist Mehrheitsgesellschafter einer Gesellschaft, die ursprünglich einen 38 %igen Anteil an der ebenfalls auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Z X GmbH L hielt. Weitere Anteile werden u.a. von Frau M (geb. Z) gehalten, bei der es sich um die Tochter des Bruders des Klägers handelt, die auch zur Geschäftsführerin der Z X GmbH bestellt worden war. 37

Am 13.10.2011 verpfändete der Kläger sein Sparguthaben als Sicherheit für ein durch die O zugunsten der Z X GmbH ausgereichtes Darlehen über 286.400 € sowie für ein Mietaval über 13.518,70 €. Bereits zu diesem Zeitpunkt beabsichtigte der Kläger nach eigenem Bekunden, nach Ablauf der vereinbarten Karenzzeit am 31.12.2012 einen Geschäftsanteil in Höhe von 37 % an der Z X GmbH zu erwerben. 38

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der Z X GmbH vom 08.01.2013 ist der Kläger zum einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer bestellt worden. Darüber hinaus ist der Kläger seit Anfang 2013 – wie schon seit Ende 2011 beabsichtigt – an der Z X GmbH L als Gesellschafter mit Anteilen zu einem Nennwert von insgesamt 37.000 € (37 %) beteiligt. 39

Der Kläger hat vorgetragen: Er habe weder während der Laufzeit des Vertrages noch nach Beendigung des Dienstvertrages irgendwelche Wettbewerbshandlungen vorgenommen. Vielmehr habe er sich jeglichen Wettbewerbs enthalten. Abwerbeversuche bei der P GmbH in Q habe es durch ihn am 16.11.2011 nicht gegeben. Nach Erlass der einstweiligen Verfügung durch das Landgericht Dortmund (Ende August 2011) habe er die beiden auf ihn umgeschriebenen Mobilfunknummern nicht mehr benutzt. Am 05.11.2011 sei er auch nicht unter der Mobilfunknummer #### Gesprächsteilnehmer der Detektivin R gewesen; es handle sich vielmehr um das Mobiltelefon seines Bruders, das er – der Kläger – nie genutzt habe. Die von der Beklagten vorgelegte SMS-Korrespondenz mit S sei ihm nicht mehr Erinnerung; da er sich aber mit Herrn S duze, dürften sich die an ihn gerichteten Kurznachrichten nicht auf ihn, sondern seinen Bruder bezogen haben. Die von der Beklagten behaupteten Wettbewerbshandlungen bezögen sich jedenfalls nicht auf ein nachvertragliches Verhalten. Er sei nach seinem Ausscheiden aus den Diensten der Beklagten nicht für die Z X GmbH tätig gewesen; sein Bruder sei auch nicht Gesellschafter dieses Unternehmens. Sollte sich die Regelung über die Karenzentschädigung als unwirksam erweisen, ergebe sich der von ihm geltend gemachte Anspruch jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. 40

Der Kläger hat beantragt,	41
die Beklagte zu verurteilen, an ihn	42
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.02.2012,	43
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2012,	44
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2012,	45
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2012,	46
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2012,	47
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2012,	48
- 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2012	49
sowie	50
weitere 661,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.04.2012	51
zu zahlen.	52
Die Beklagte hat beantragt,	53
die Klage abzuweisen.	54
Sie hat vorgetragen, dass der Kläger während der Zeit seiner Freistellung – also zwischen dem 29.06.2011 und dem 31.12.2011 – mehrfach gegen das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Am 16.11.2011 habe er Mitarbeiter der P GmbH in Q davon zu überzeugen versucht, die Vertragsverhältnisse mit der Beklagten aufzulösen und zur Z X GmbH zu wechseln. Zugleich habe er eine Visitenkarte zurückgelassen, die auf die Z X GmbH gelaute habe. Der SMS-Korrespondenz des Klägers lasse sich entnehmen, dass er bereits während der Zeit seiner Freistellung begonnen habe, das Wettbewerbsunternehmen Z X GmbH aufzubauen. Die Umschreibung der beiden Firmenmobildfunknummern auf den Kläger sei allein deswegen erfolgt, um mit diesen (bekannten) Telefonnummern im geschäftlichen Verkehr für Mitarbeiter und Kunden zu Gunsten der Z X GmbH agieren zu können. Bezeichnend sei auch, dass ein durch die Detektivin R am 05.11.2011 vorgenommener Anruf bei einer der Z X GmbH zuzuordnenden Mobildfunknummer (###) durch den Kläger entgegengenommen worden sei. Darüber hinaus spreche auch die Verpfändung des Sparguthabens durch den Kläger zur Besicherung eines Darlehens und eines Mietavals in Höhe von insgesamt rund 300.000 € zugunsten der Z X GmbH für sich. Der Kläger verhalte sich mit der vorliegenden Klage auch treuwidrig, da er sich außergerichtlich auf die Unwirksamkeit dieser Regelung berufen habe. Die	55

Karenzentschädigung sei zumindest verwirkt, da der Kläger die Z X GmbH gemeinsam mit weiteren Personen aufgebaut habe. Die Zahlung der Karenzentschädigung für Januar 2012 sei irrtümlich durch die Finanzbuchhaltung in T angewiesen worden.

Das Landgericht hat die Beklagte mit der angefochtenen Entscheidung, auf die Bezug genommen wird, antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch aus Ziffer 10.5 seines Anstellungsvertrages ergebe. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot sei wirksam und verstoße weder gegen § 74 Abs. 2 HGB noch gegen § 138 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 12 GG oder § 307 Abs. 1 BGB. Die von der Beklagten vorgebrachten Einwendungen seien nicht durchgreifend. Der Kläger habe nicht auf die Geltendmachung des Karenzanspruchs verzichtet und seine Geltendmachung sei auch nicht treuwidrig. Schließlich sei die Karenzentschädigung auch nicht wegen Zuwiderhandlungen gegen die in Ziffer 10.7 des Anstellungsvertrages enthaltene Vertragsstrafenregelung ausgeschlossen. Diese Regelung sei dahin auszulegen, dass sie Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot nur insoweit sanktioniere, als diese nach Beendigung des Anstellungsvertrages lägen. Die von der Beklagten allein geltend gemachten Verstöße des Beklagten während des Zeitraums seiner Freistellung würden davon nicht erfasst, sondern unterfielen der Regelung in Ziffer 9 des Anstellungsvertrages. 56

Die Beklagte rügt mit der Berufung, das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Parteien durch ein wirksames Wettbewerbsverbot miteinander verbunden seien, und dass der Kläger dieses zudem nicht verletzt habe. Sie habe ausdrücklich vorgetragen, dass aufgrund der vom Kläger noch während der Vertragslaufzeit vorgenommenen Wettbewerbshandlungen das Wettbewerbsverbot aufgekündigt worden sei. Die Anweisung der Karenzentschädigung für den Monat Januar 2012 sei – worauf auch hingewiesen worden sei – durch die zentrale Finanzbuchhaltung irrtümlich erfolgt und lasse nicht den vom Landgericht gezogenen Schluss zu, sie habe an dem Wettbewerbsverbot festhalten wollen. Zudem lege die Gründung eines eigenen Unternehmens durch den Kläger und seinen Bruder (BZ) nahe, dass er nicht nur während der Laufzeit des Anstellungsvertrages im Wettbewerb zu ihr gestanden habe, sondern insbesondere auch danach. Die vom Landgericht vorgenommene Differenzierung zwischen Verstößen gegen das vertragsimmanente und gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot sei nicht nachvollziehbar. Wenn der Kläger bereits während der Dauer seines Anstellungsvertrages Wettbewerbshandlungen durch das von ihm gegründete Unternehmen vorgenommen habe, so begründe dies zumindest den Anschein dafür, dass er entsprechende Handlungen auch nach dessen Beendigung vorgenommen habe. 57

Sie beantragt, 58

die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen. 59

Der Kläger beantragt, 60

die Berufung zurückzuweisen. 61

Er ist dem Berufungsvorbringen entgegengetreten und verteidigt die angefochtene Entscheidung unter weitgehender Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend. Er bestreitet, mit seinem Bruder ein eigenes Unternehmen gegründet zu haben, um der Beklagten dauerhaft Wettbewerb zu machen. Unzutreffend sei auch der Vortrag der Beklagten, sie habe ihm nach seiner vor Ablauf des Anstellungsvertrages erfolgten Mitteilung, er halte das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für unwirksam, ihrerseits mitgeteilt, dass sie eine Karenzentschädigung nicht zahlen werde, 62

worin eine Aufkündigung des Wettbewerbsverbotes zu sehen sei. Die Behauptung der Beklagten, die Auszahlung der Karenzentschädigung sei irrtümlich erfolgt, stelle sich vor dem Hintergrund des (dargelegten) Schriftwechsels als bloße Schutzbehauptung dar und werde zudem erstmals mit der Berufung erhoben. Er bestreitet erneut, sich nach Erhalt der Kündigung durch die Beklagte für eine gemeinsam mit seinem Bruder betriebene Wettbewerbsfirma finanziell verpflichtet zu haben.

II. 63

1. 64

Der Antrag der Beklagten, das Verfahren gem. § 149 ZPO auszusetzen, war zurückzuweisen, da die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen. Dabei reicht jedoch die bloße Erwartung eines weiteren Erkenntnisgewinns durch ein Strafverfahren nicht aus, wenn schon nicht ersichtlich ist, ob und inwieweit die Ermittlungen auf die Entscheidung von Einfluss sein sollen. 65

2. 66

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg und führt in Abänderung der angefochtenen Entscheidung zur Abweisung der Klage. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung zu. 67

a) 68

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung gem. Ziffer 10.5 S. 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Anstellungsvertrages vom 08.10/14.10.2008 nicht in Betracht. Dort ist zwar bestimmt, dass der Geschäftsführer während der Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots eine Entschädigung erhält, die für jedes Jahr des Verbots die Hälfte der von dem Geschäftsführer zuletzt bezogenen vertraglichen Vergütung beträgt, jedoch ist diese Regelung wegen der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes ebenfalls unwirksam. 69

Das vereinbarte Wettbewerbsverbot, für dessen Einhaltung die Karenzentschädigung gewährt werden sollte, verstößt gegen § 138 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 04.03.2002 – II ZR 77/00, NJW 2002, 1875 (1876)), der der Senat folgt, hält die vorzunehmende Kontrolle der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbot diesem Maßstab nur stand, wenn das mit einem Geschäftsführer vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot in zeitlicher, örtlicher und gegenständlicher Hinsicht auf das notwendige Maß beschränkt bleibt. Wettbewerbsverbote sind nur gerechtfertigt, soweit und solange sie erforderlich sind, um die Partner des aus einer Gesellschaft Ausgeschiedenen vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge der gemeinsamen Arbeit oder vor einem Missbrauch der Ausübung der Berufsfreiheit zu schützen (BGH, Urteil vom 29.09.2003 – II ZR 59/02, WM 2003, 2334 - juris Rz. 7). Soweit dieses Interesse nicht betroffen ist, beschränken derartige Abreden die Freiheit der Berufsausübung unangemessen und sind sittenwidrig (BGH, Urteil vom 14.07.1997 – II ZR 238/96, NJW 1997, 3089 –juris Rz. 5 m.w.N.). 70

aa) 71

Das vorliegend in Ziffer 10.1 des Anstellungsvertrages vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot wird dem nicht gerecht. Jedenfalls in gegenständlicher Hinsicht geht die Umgrenzung dessen, was dem Kläger während der Karenzzeit verboten ist, deutlich über die berechtigten Interessen der Beklagten hinaus, sich davor zu bewahren, dass der Geschäftsführer die in dem Unternehmen erlangten Kenntnisse und Verbindungen zu ihrem Schaden ausnutzt (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.2002 – II ZR 77/00, NJW 2002, 1875 (1876)).	72
(1)	73
Nach Ziffer 10.1 S. 1 des Anstellungsvertrages darf der Kläger in keiner Weise für ein Wettbewerbsunternehmen tätig werden, da ihm ein Tätigwerden „gleich aus welchem Grund, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise“ untersagt ist. Das ist zu weitgehend, da kein schutzwürdiges Interesse der Beklagten daran besteht, dass der Kläger nicht für ein Wettbewerbsunternehmen in einer Weise tätig wird, das keinen Bezug zu dem Tätigkeitsbereich des Klägers bei der Beklagten, seiner dort relevanten Fachkompetenz oder zu ihren Kunden aufweist.	74
(2)	75
Ebenso ist es dem Kläger nach der vertraglichen Regelung untersagt, für ein Unternehmen tätig zu werden, das „mit einem Wettbewerbsunternehmen“ verbunden ist. Auch diese Beschränkung ist unangemessen. Denn die Beklagte ist nicht von einer illegitimen Ausnutzung der Kenntnisse, die der Kläger bei ihr erworben hat, bedroht, wenn er bei einem nicht im Wettbewerb zur Beklagten stehenden Unternehmen tätig werden möchte, das einem Konzern angehört, zu dem auch ein im Wettbewerb mit der Beklagten stehendes Zeitarbeits-Unternehmen gehört.	76
(3)	77
Schließlich ist es auch zu weitgehend, wenn dem Kläger nach Ziffer 10 S. 2 des Anstellungsvertrages untersagt wird, ein im Wettbewerb zur Beklagten stehendes Unternehmen „zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen“. Denn damit wird selbst eine rein kapitalistische Beteiligung an einem Wettbewerbsunternehmen erfasst, die ohne die Möglichkeit und Absicht einer unternehmerischen Einflussnahme eingegangen werden soll.	78
bb)	79
Eine geltungserhaltende Reduktion eines in gegenständlicher Hinsicht über das notwendige Maß hinausgehenden Wettbewerbsverbotes kommt wegen der Notwendigkeit der Sanktionierung der übermäßigen Beschränkung anders als bei einem lediglich in zeitlicher Hinsicht überschießenden Verbot nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2000 – II ZR 308/98, NZG 2000, 831 – juris Rz. 13 m.w.N.). Der Nichtigkeit steht auch nicht entgegen, dass als Gegenleistung für die Beachtung des Wettbewerbsverbotes eine Karenzentschädigung versprochen worden ist, da sich damit das Fehlen eines berechtigten Gesellschaftsinteresses nicht kompensieren lässt (vgl. Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Auflage 2012, § 6 Rdn. 87 m.w.N.).	80
b)	81
Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Zahlung der Klageforderung gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zu. Auch wenn eine vertraglich auferlegte Unterlassung – bei der es sich	82

ebenfalls um eine Leistung i.S.v. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB handelt (vgl. Köhler, AcP 190 (1990), 496 (532) – im Falle der Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Vertragsklausel als Kondiktionsgegenstand anzusehen ist, wozu insbesondere ein vertraglich vereinbartes, aber nichtiges Wettbewerbsverbot gehört (vgl. Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearbeitung 2007, § 812 Rdn. 65), hat sich der Senat nicht die Überzeugung bilden können, dass sich der Kläger in dem Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum 31.12.2012 im Verhältnis zur Beklagten jedes wettbewerbswidrigen Handelns enthalten hat, da insoweit Zweifel verbleiben, die zu seinen Lasten gehen.

Grundsätzlich trägt für die Voraussetzungen des § 812 BGB – und damit auch für das Unterlassen von Wettbewerb als das erlangte Etwas – der Kläger als Bereicherungsgläubiger die Darlegungs- und Beweislast (Palandt/Sprau, BGB, 73. Auflage 2014, § 812 Rdn. 103). Allerdings trifft nach der ständigen Rechtsprechung des BGH den Prozessgegner der für eine negative Tatsache beweisbelasteten Partei eine sogenannte sekundäre Darlegungslast, wodurch eine unbillige Belastung der beweispflichtigen Partei vermieden werden soll (BGH, Urteil vom 24.03.2010 – XII ZR 175/08, NJW 2010, 1813 (1814) – Rz. 20 m.w.N.). Der Behauptung des Klägers, sich im Jahr 2012 gegenüber der Beklagten jeglicher Wettbewerbstätigkeit enthalten zu haben, ist die Beklagte mit entsprechendem Vortrag entgegengetreten, der selbst bei Wahrunterstellung der Behauptung des Klägers, dass die von der Beklagten im Übrigen dargelegten Wettbewerbshandlungen (Versuch der Abwerbung der P GmbH durch den Kläger am 16.11.2011 in Q, Korrespondenz des Klägers per SMS über betriebliche Belange der Z X GmbH in der zweiten Hälfte des Jahres 2011, Meldung des Klägers am 05.11.2011 unter einer der Z X GmbH zuzuordnenden Mobilfunknummer) unrichtig seien, Zweifel daran begründet, dass er – wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 12.05.2014 erklärt hat – im Jahr 2012 „die Füße still gehalten“ habe.

aa) 84

Zwischen den Parteien ist jedenfalls in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 12.05.2014 unstreitig geworden, dass der Kläger unter dem 13.10.2011 ein näher bezeichnetes Sparguthaben zugunsten der Deutschen Bank als Sicherheit für ein der Z X GmbH ausgereichtes Darlehen über 286.400 € sowie für ein Mietaval über 13.518,70 € verpfändet hat. Soweit der Kläger zuletzt mit nicht mehr nachgelassenem Schriftsatz vom 09.07.2014 mit Nichtwissen bestritten hat, dass das verpfändete Sparguthaben der Sicherung eines Darlehens und eines Mietavals dient, ist dies allein schon deswegen unzulässig und unbeachtlich, weil der Sicherungszweck Gegenstand der von ihm am 13.10.2011 unterzeichneten Verpfändungsurkunde und damit Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist (Anlage B29 zum SS Beklagte vom 19.08.2013).

Die Bestellung einer solchen dauerhaft auch bis in das Jahr 2012 fortbestehenden Sicherheit zugunsten der im Wettbewerb zur Beklagten stehenden Z X GmbH zur Erlangung von Kreditmitteln begünstigt diese objektiv in ihren Möglichkeiten unternehmerischen Handelns und stellt damit ein wettbewerbswidriges Verhalten des Klägers dar, das für sich genommen schon geeignet ist, die Beachtung des Wettbewerbsverbotes im Jahr 2012 in Zweifel zu ziehen.

Der ergänzende Vortrag des Klägers in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 27.05.2014 gibt keinen Anlass, von dieser Beurteilung abzuweichen. Dass eine finanzielle Unterstützung der Z X GmbH gar nicht beabsichtigt gewesen sei, sondern er gegenüber seinem Bruder noch im Jahr 2011 die Ernsthaftigkeit des von ihm nach Ablauf der Karenzzeit beabsichtigten Anteilserwerbs an dieser Gesellschaft habe dokumentieren sollen und wollen, betrifft allein das Motiv der Bereitschaft zur Sicherheitsleistung. Auch wenn der Kläger dies nicht primär

gewollt haben will, ändert dies nichts daran, dass es sich faktisch um eine wettbewerbswidrige Unterstützungshandlung durch den Kläger gehandelt hat.

bb) 88

Hinzu kommt, dass zwischen den Parteien ebenfalls unstreitig ist, dass der Kläger die ihm und dem ebenfalls freigestellten Mitarbeiter Ivon der Beklagten in erster Linie zur dienstlichen Nutzung überlassenen Mobiltelefone, über die sie in der Vergangenheit für die Kunden der Beklagten erreichbar waren, in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Abberufung und Freistellung als Geschäftsführer am 29.06.2011 auf sich hat umschreiben lassen und er nach eigenem Bekunden diese Nummern jedenfalls bis zum Erlass der ihm dies untersagenden einstweiligen Verfügung durch das Landgericht Dortmund Ende August 2011 genutzt hat. 89

Dem nachvollziehbaren – vom Kläger bestrittenen – Argwohn der Beklagten, der Kläger habe diese Rufnummern allein deswegen „mitgenommen“, da sie den Kunden der Beklagten als „direkter Draht“ zu ihrer Geschäftsleitung bekannt gewesen seien und ihm deshalb die Möglichkeit zur Abwerbung ihrer Kunden eröffne, ist der Kläger nur unzureichend entgegengetreten. Seine Darstellung, die Umschreibung sei allein deswegen erfolgt, da er das ihm überlassene Mobiltelefon auch für private Zwecke habe nutzen dürfen und alle seine privaten Kontakte über diese Nummer mit ihm in Kontakt gestanden hätten, gibt schon für sich genommen zu Zweifeln Anlass, zumal dies keine Rechtfertigung dafür ist, auch die Mobilfunknummer des ebenfalls ausgeschiedenen Mitarbeiters lauf sich umzuschreiben. Entscheidend ist allerdings, dass der Kläger für diese innere Tatsache auch in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 27.05.2014 keinen Beweis angetreten hat, durch den auf die private Erreichbarkeit als alleinigem Beweggrund für die Mitnahme der Mobilfunknummer geschlossen und damit die Unrichtigkeit der daher zugrunde zu legenden Darstellung der Beklagten festgestellt werden kann. 90

Auch wenn die erfolgte Umschreibung der Mobilfunknummern außerhalb des vom Kläger zu beachtenden Karenzzeitraumes lag und der Kläger eine Nutzung der Mobilfunknummern jenseits des Erlasses der einstweiligen Verfügung durch das Landgericht Dortmund Ende August 2011 in Abrede stellt, stellt die Mitnahme der Mobilfunknummern – unabhängig davon, dass der Kläger die entsprechenden SIM-Karten nach eigenem Bekunden in dem nicht mehr nachgelassenen Schriftsatz vom 09.07.2014 ohnehin erst im Mai 2012 herausgegeben haben will – bereits für sich genommen einen Umstand dar, der Anlass gibt, an der Einhaltung des Wettbewerbsverbots durch den Kläger im Jahr 2012 zu zweifeln. Denn wenn nach dem nicht widerlegten Vortag der Beklagten davon auszugehen ist, dass die Mitnahme der Mobilfunknummern zur Kontaktpflege mit den Kunden der Beklagten erfolgt ist und weiter der – ebenfalls unstreitige – Umstand berücksichtigt wird, dass der Kläger am 08.01.2013, also unmittelbar nach Ablauf der am 31.12.2012 endenden Karenzzeit zum Geschäftsführer der Z X GmbH L bestellt worden ist und er sich zudem noch in einem namhaften Umfang (37 %) – wie es von ihm bereits vor Beginn der Karenzzeit beabsichtigt war – an der Wettbewerberin beteiligt hat, vermag sich der Senat nicht die Überzeugung zu bilden, dass sich der Kläger lediglich vor und unmittelbar nach der Karenzzeit – abgesehen von der ohnehin dauerhaft gewährten Sicherheit durch Verpfändung eines Sparguthabens – im Verhältnis zur Beklagten Wettbewerbshandlungen vorgenommen hat, nicht jedoch während der Karenzzeit selbst. 91

c) 92

Schließlich ergibt sich ein für den Kläger auch kein Zahlungsanspruch aus dem Inhalt des Schreibens der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 28.12.2011, dessen Inhalt und 93

Authentizität zwischen den Parteien unstreitig ist. Dort heißt es nach der an den Kläger gerichteten Aufforderung, sich an das Wettbewerbsverbot zu halten, dass der Kläger selbstverständlich die in Ziffer 10.5 des Anstellungsvertrages vereinbarte Karenzentschädigung erhalte. Damit gibt die Beklagte nur die aus ihrer Sicht bestehende – aber unzutreffende – Rechtslage wieder. Wollte man darin eine erneute Abrede der Zahlung einer Karenzentschädigung bei Beachtung des Wettbewerbsverbotes mit dem ursprünglich vereinbarten Inhalt sehen, wäre diese jedoch ebenfalls aus den genannten Gründen gem. § 138 BGB nichtig.

3.	94
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	95
Veranlassung, die Revision zuzulassen bestand nicht, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	96