

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 291/09  
8 Sa 35/08  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. Juli 2010

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Mar-

quardt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder sowie die ehrenamtlichen Richter Großmann und Züfle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 12. Januar 2009 - 8 Sa 35/08 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung. 1

Der Kläger war vom 15. Juni 2000 bis zum 30. Juni 2007 als Referent für Logistik und allgemeine Verwaltung bei der Beklagten beschäftigt. Seine monatliche Vergütung betrug 3.782,04 Euro brutto. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis im Januar 2007 betriebsbedingt zum 30. Juni 2007. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage wurde mit Urteil vom 19. Juni 2007 abgewiesen, die Berufung des Klägers mit Urteil vom 10. Januar 2008 zurückgewiesen. Seit dem 1. Juli 2007 erhielt der Kläger Arbeitslosengeld iHv. 1.582,50 Euro monatlich. 2

Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 15. Juni 2000 heißt es in § 10 Abs. 4: 3

„Im Hinblick auf sein besonderes Tätigkeits- und Aufgabengebiet in der Firma erklärt sich der Mitarbeiter bereit, nach Ablauf der Probezeit jederzeit auf Verlangen der Firma das als Anlage zu diesem Vertrag beigefügte Wettbewerbsverbot abzuschließen.“

Am Schluss der Vertragsurkunde unter den Unterschriften der Beklagten ist vermerkt: „Anlage Wettbewerbsverbot“. 4

Die Anlage zum Arbeitsvertrag enthält die Überschrift „WETTBE- 5  
WERBSVERBOT“ sowie den Namen und die Anschrift des Klägers. Danach verpflichtet sich der Mitarbeiter, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses jede Betätigung auf dem Gebiet der Kaffeeveredelung und der Koffeinaufbereitung zu unterlassen. Die Beklagte verpflichtet sich, für die Dauer des Verbots eine jährliche Entschädigung iHv. 50 % der vom Mitarbeiter im Jahr vor Beendigung des Vertragsverhältnisses bezogenen vertragsgemäßen Leistungen in monatlichen Teilbeträgen zahlen, wobei eine Anrechnung des anderweitigen Erwerbs gem. § 74c HGB stattfinden soll. Die Anlage schließt mit einer Unterschriftenzeile und dem maschinenschriftlichen Namen des Klägers. Sie wurde nicht unterzeichnet.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2007 erklärte der Kläger gegenüber der Be- 6  
klagten, er werde sich an das Wettbewerbsverbot halten. Aufgrund des Vorvertrags stehe ihm ein Wahlrecht zu. Zugleich verlangte der Kläger Zahlung der Karenzentschädigung.

Der Kläger hat geltend gemacht, dass für die Zeit vom 1. Juli 2007 bis 7  
zum 30. Juni 2009 ein Wettbewerbsverbot zustande gekommen sei. Der Vorvertrag verstoße gegen die §§ 74 ff. HGB, weil die Verpflichtung zum Abschluss eines Wettbewerbsverbots nicht auf den Zeitraum bis zum Ausspruch einer Kündigung beschränkt worden sei. Ein derartiger Vorvertrag habe die gleiche Wirkung wie ein bedingtes Wettbewerbsverbot. Der Arbeitnehmer habe daher ein Wahlrecht, ob er Wettbewerb unterlasse. Für diesen Fall könne er die Karenzentschädigung verlangen. Sie betrage monatlich 1.891,02 Euro brutto, für die Zeit von Juli 2007 bis August 2008 mithin 26.474,28 Euro. Anderweitigen Verdienst habe er abgesehen von dem innerhalb des Rahmens von § 74c HGB liegenden Arbeitslosengeld nicht erzielt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.474,28 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter zeitlicher Staffelung aus jeweils 1.891,02 Euro brutto zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm für die Zeit von September 2008 bis einschließlich Juni 2009 eine monatliche Entschädigung iHv. 1.891,02 Euro brutto unter Anrechnung anderweitigen Erwerbs gem. § 74c HGB zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, zwischen den Parteien sei kein Wettbewerbsverbot zustande gekommen. Es sei lediglich der spätere Abschluss in Aussicht gestellt worden, ohne dass sie hiervon Gebrauch gemacht habe. Der Vorvertrag sei nichtig, da die in Bezug genommene Anlage weder unterschrieben noch mit dem Arbeitsvertrag fest verbunden worden sei. Außerdem habe der Kläger das ihm ggf. zustehende Wahlrecht nicht rechtzeitig ausgeübt. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Wirkung des Vorvertrags nicht zutreffend beurteilt. Der Rechtsstreit ist auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts noch nicht zur Entscheidung reif. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Form des § 74 Abs. 1 HGB iVm. § 126 Abs. 2 BGB gewahrt ist. 11

I. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann sich der Anspruch auf Karenzentschädigung aus der Abrede in § 10 Abs. 4 des Arbeitsvertrags vom 15. Juni 2000 in Verb. mit der Anlage zum Arbeitsvertrag ergeben. Eine weitere Vereinbarung der Parteien über das Wettbewerbsverbot war hierfür nicht erforderlich. 12

1. Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit der von beiden Parteien vertretenen Auslegung zu Recht das Zustandekommen eines Vorvertrags angenommen. Vorverträge sind schuldrechtliche Vereinbarungen, durch die die Verpflichtung begründet wird, demnächst einen anderen schuldrechtlichen Vertrag, den Hauptvertrag zu schließen. Die Verpflichtung kann im Vorvertrag von beiden Teilen oder nur von einem Teil eingegangen werden und entsprechend dem Zweck des Vorvertrags von bestimmten Voraussetzungen abhängen (vgl. *BGH 18. Januar 1989 - VIII ZR 311/87 - NJW 1990, 1233, 1234; 17. Dezember 1987 - VII ZR 307/86 - BGHZ 102, 384, 388 ff.*). Ein Vorvertrag kommt insbesondere dann in Betracht, wenn dem Abschluss des Hauptvertrags Hindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Art entgegenstehen, die Parteien eine zweckentsprechende Bindung aber schon jetzt begründen wollen, um sich die Zweckerreichung für später zu sichern (*BGH 8. Juni 1962 - I ZR 6/61 - NJW 1962, 1812, 1813*). Im Streitfall sollte der Kläger bindend verpflichtet werden, eine Wettbewerbsabrede mit feststehendem Inhalt abzuschließen, wenn die Beklagte dies verlangte. Das Verlangen sollte nach Ablauf der Probezeit des Klägers „jederzeit“ möglich sein. Eine Bindung der Beklagten war nicht vorgesehen.

13

2. Vorverträge sind aufgrund der Vertragsfreiheit auch bei Wettbewerbsverboten im Grundsatz zulässig. Es kann dafür ein berechtigtes Interesse bestehen, wenn bei Abschluss des Arbeitsvertrags die künftige Entwicklung des Mitarbeiters, die Weiterentwicklung der schutzwerten wettbewerblichen Interessen des Arbeitgebers oder dessen finanzielle Belastbarkeit nicht hinreichend absehbar sind (*Buchner Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 2. Aufl. C 215; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 5. Aufl. Rn. 319*). Deshalb wird auch die einseitige Verpflichtung des Arbeitnehmers, auf Verlangen des Arbeitgebers zu einem späteren Zeitpunkt ein Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, nicht von vornherein als unzulässig angesehen (*Bauer/Diller Rn. 318 mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung*). Andererseits ist der Arbeitnehmer einer erheblichen Unsicherheit ausgesetzt, wenn er nicht weiß, ob er im Anschluss an das Arbeitsverhältnis eine Konkurrenztaetigkeit aufnehmen darf. Das Bundesarbeitsgericht hat eine unbillige

14

Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers darin gesehen, dass die Verpflichtungen bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ungewiss bleiben, und deshalb auf Unverbindlichkeit eines entsprechenden Vorvertrags für den Arbeitnehmer erkannt (*BAG 18. April 1969 - 3 AZR 154/68 - zu 2 der Gründe, AP GewO § 133f Nr. 22*). Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird angenommen, dass ein Vorvertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zum Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf Verlangen des Arbeitgebers verpflichtet, jedenfalls dann unzulässig ist, wenn die dem Arbeitgeber eingeräumte Option nicht auf den Zeitraum bis zum Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer oder bis zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags beschränkt wird (*Schaub/Schaub ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 58 Rn. 47; Küttner/Reinecke Personalbuch 2010 Wettbewerbsverbot Rn. 16; Bauer/Diller Rn. 318, 320; Buchner C 214 ff.; derselbe in AR-Blattei-SD Stand Dezember 2007 1830.3 Rn. 187 f.; Grüll/Janert Die Konkurrenzklausele 5. Aufl. S. 19; Hiekel in Tschöpe Arbeitsrecht 6. Aufl. Teil 2 F Rn. 18*). Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine unbillige Erschwerung des Fortkommens auch dann vorliegen kann, wenn die Option des Arbeitgebers bis zu diesem Zeitpunkt beschränkt ist, bedarf keiner Entscheidung.

Die Sach- und Interessenlage stellt sich ohne feste zeitliche Begrenzung der Verpflichtung für den Arbeitnehmer ebenso wie bei einem unzulässig bedingten Wettbewerbsverbot dar. Da die Verpflichtung zur Wettbewerbsenthaltung gegen Zahlung der Entschädigung von einer Entscheidung des Arbeitgebers abhängen soll, diese aber ungewiss ist, könnte der Arbeitnehmer bei der für ihn erforderlichen weiteren Planung weder von einem Wettbewerbsverbot mit Entschädigung noch von der Zulässigkeit eines Wettbewerbs ausgehen (*vgl. BAG 22. Mai 1990 - 3 AZR 647/88 - AP HGB § 74 Nr. 60 = EzA HGB § 74 Nr. 53; 13. Mai 1986 - 3 AZR 85/85 - AP HGB § 74 Nr. 51 = EzA HGB § 74 Nr. 48; 4. Juni 1985 - 3 AZR 265/83 - AP HGB § 74 Nr. 50 = EzA HGB § 74 Nr. 47; ErfK/Oetker 10. Aufl. § 74 HGB Rn. 12; Schaub/Schaub § 58 Rn. 49; Bauer/Diller Rn. 75 und 326 ff.*). Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers für die Wahl dieser Konstruktion besteht nicht. Es liegt gerade anders als bei der Vereinbarung einer festen zeitlichen Grenze für das Inkrafttreten des

15

Wettbewerbsverbots (vgl. Senat 13. Juli 2005 - 10 AZR 532/04 - AP HGB § 74 Nr. 78).

3. Der Vorvertrag der Parteien sollte den Kläger „jederzeit“ binden, ohne dass dieser mit einem Anspruch rechnen konnte. Eine derart weitgehende Verpflichtung erschwert das Fortkommen unbillig und ist deshalb unzulässig. Der Vorvertrag ist für den Kläger entsprechend § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB unverbindlich. 16

4. Die Unverbindlichkeit des Vorvertrags für den Kläger bedeutet nicht lediglich, dass der Kläger die Wettbewerbsabrede nicht eingehen musste, weil die vereinbarte Option unwirksam war und von der Beklagten nicht ausgeübt werden konnte. Vielmehr kommen dem Kläger die Ansprüche zu, als ob die Beklagte die Option ausgeübt hätte. Voraussetzung ist, dass der Kläger seinerseits für das Wettbewerbsverbot optiert hat. 17

a) Die Rechtsfolge des unverbindlichen Vorvertrags ist keine andere als die des unzulässig bedingten Wettbewerbsverbots (*hierzu insbesondere BAG 22. Mai 1990 - 3 AZR 647/88 - AP HGB § 74 Nr. 60 = EzA HGB § 74 Nr. 53; 13. Mai 1986 - 3 AZR 85/85 - AP HGB § 74 Nr. 51 = EzA HGB § 74 Nr. 48; 4. Juni 1985 - 3 AZR 265/83 - AP HGB § 74 Nr. 50 = EzA HGB § 74 Nr. 47*). Die nachträgliche Wettbewerbsbeschränkung und der Anspruch auf die Zahlung einer Karenzentschädigung sollen in beiden Fällen von einer Entscheidung des Arbeitgebers abhängig gemacht werden. Besteht dafür kein anerkanntes Interesse des Arbeitgebers, gebietet es der Schutz des Arbeitnehmers, diesem die Entscheidung zu überlassen. Nur so kann die eintretende Ungewissheit beendet und der Arbeitgeber entsprechend § 74a HGB an der dem Arbeitnehmer auferlegten Bindung seinerseits festgehalten werden. 18

b) Dieser Rechtsfolge steht der Charakter des Vorvertrags, insbesondere das Fehlen des Hauptvertrags mangels Ausübung der Option seitens des Arbeitgebers nicht entgegen. Auch bei einem vom Willen des Arbeitgebers abhängig gemachten und damit unzulässig bedingten Wettbewerbsverbot bleibt unberücksichtigt, dass der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot gerade nicht in 19

Kraft gesetzt hat und es damit an der vorgesehenen Bedingung fehlt. Der Arbeitnehmer kann entscheiden, ob er sich an das Wettbewerbsverbot halten will oder nicht (vgl. BAG 23. November 2004 - 9 AZR 595/03 - BAGE 112, 376, 379; 18. Januar 2000 - 9 AZR 929/98 - zu II a der Gründe; 13. Mai 1986 - 3 AZR 85/85 - AP HGB § 74 Nr. 51 = EzA HGB § 74 Nr. 48; 19. Januar 1978 - 3 AZR 573/77 - BAGE 30, 23; ErfK/Oetker § 74 HGB Rn. 20; MüArbR/Wank 3. Aufl. § 107 Rn. 18; Schaub/Schaub § 58 Rn. 52; Küttner/Reinecke Wettbewerbsverbot Rn. 17). Entscheidet er sich für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots, wird das bis dahin nur unverbindliche Wettbewerbsverbot wirksam.

c) Auf die verwendete vertragliche Konstruktion kommt es dementsprechend nicht an. Das Bundesarbeitsgericht hat bereits entschieden, dass sowohl aufschiebend als auch auflösend bedingte Wettbewerbsverbote zu einer Umgehung der gesetzlichen Schutzvorschriften führen können (13. Mai 1986 - 3 AZR 85/85 - zu 2 b der Gründe, AP HGB § 74 Nr. 51 = EzA HGB § 74 Nr. 48). Nichts anderes gilt, wenn die Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung dadurch umgangen wird, dass die Aufnahme einer Konkurrenz-tätigkeit von der vorherigen Zustimmung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (BAG 4. Juni 1985 - 3 AZR 265/83 - zu 2 der Gründe, AP HGB § 74 Nr. 50 = EzA HGB § 74 Nr. 47; 18. November 1967 - 3 AZR 471/66 - BAGE 20, 162, 168). Das Erfordernis eines Verlangens des Arbeitgebers auf Abschluss des Wettbewerbsverbots ist nicht anders zu bewerten als das Erfordernis einer Erklärung, das Wettbewerbsverbot in Kraft zu setzen. Auch wenn für einen wirksamen Hauptvertrag noch die Annahme seitens des Arbeitnehmers erforderlich ist, kann der Vorvertrag doch bereits Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche auslösen (vgl. BGH 7. März 2007 - XII ZR 40/05 - NJW 2007, 1817, 1818). Der wirksame Vorvertrag begründet einen Anspruch des Arbeitgebers auf Abschluss des Wettbewerbsverbots, so dass sich der Arbeitnehmer in derselben Situation wie im Falle des bedingten Wettbewerbsverbots sehen muss.

20



- II. Einem Anspruch auf Karenzentschädigung steht nicht entgegen, dass der Kläger sein Wahlrecht gegenüber der Beklagten erst Ende Juli 2007 ausgeübt hat. 21
1. Der Anspruch auf Karenzentschädigung bei einem unverbindlichen Wettbewerbsverbot setzt voraus, dass der Arbeitnehmer sich zu Beginn der Karenzzeit für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots entscheidet. Seine Entscheidung muss endgültig sein und den gesamten Karenzzeitraum umfassen (*BAG 22. Mai 1990 - 3 AZR 647/88 - zu I 2 c der Gründe, AP HGB § 74 Nr. 60 = EzA HGB § 74 Nr. 53*). Mit der Wettbewerbsenthaltung entsteht der Anspruch auf die Entschädigung. Das Bundesarbeitsgericht hat die Entbehrlichkeit einer besonderen Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber mit dem Schutz des Arbeitnehmers begründet, der auf die Verbindlichkeit eines in Wahrheit unverbindlichen Wettbewerbsverbots vertraue und sich des Wettbewerbs enthalte. 22
2. Bei einem unverbindlichen Vorvertrag kann der Arbeitnehmer nicht in gleicher Weise auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots vertrauen. Solange der Arbeitgeber den Abschluss des Wettbewerbsverbots nicht verlangt hat, besteht zwar eine Unsicherheit, ob das Verlangen noch gestellt werden wird, ggf. auch, ob es überhaupt noch wirksam gestellt werden kann. Der Arbeitnehmer darf aber ohne jede Erklärung des Arbeitgebers kaum davon ausgehen, er müsse sich bereits jetzt des Wettbewerbs enthalten. Der Arbeitgeber wird anders als in den gesetzlich geregelten Fällen des unverbindlichen Wettbewerbsverbots regelmäßig keine Veranlassung haben, den Arbeitnehmer entsprechend § 264 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Vornahme der Wahl aufzufordern. Das spricht dafür, bei einem unverbindlichen Vorvertrag auf Abschluss des Wettbewerbsverbots eine rechtzeitige Erklärung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber darüber zu verlangen, wie er sich verhalten werde und in welcher Weise er sein Wahlrecht ausüben wolle. 23
3. Es kann dahinstehen, ob der Kläger die getroffene Wahl gegenüber der Beklagten erklären musste. Entgegen der Auffassung der Beklagten konnte eine Erklärung des Klägers nicht bereits nach Ausspruch der Kündigung im 24

Januar 2007 erwartet werden. Vielmehr durfte der Kläger in jedem Falle bis zum Ablauf der Kündigungsfrist abwarten, welche Entscheidung die Beklagte treffen werde. Er brauchte nicht seine Absichten offenzulegen, um damit eventuell eine gegenteilige Entscheidung der Beklagten herauszufordern. Auch wenn ab dem 1. Juli 2007 klar gewesen sein mag, dass die Beklagte kein Wettbewerbsverbot mehr verlangen konnte, stand dem Kläger jetzt eine angemessene Überlegungsfrist zu. Die Mitteilung der Wettbewerbsenthaltung noch vor Fälligkeit der ersten Monatsrate der Karenzentschädigung war unter diesen Umständen noch rechtzeitig.

III. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen keine Entscheidung darüber zu, ob die Form des § 74 Abs. 1 HGB gewahrt ist. 25

1. Die Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bedingungen enthaltenden Urkunde an den Arbeitnehmer ist auch bei einem Vorvertrag erforderlich. Die etwa fehlende Aushändigung an den Kläger stünde dem Anspruch aber nicht entgegen. Sie hätte nicht zur Nichtigkeit des Vorvertrags, sondern nur zu dessen Unverbindlichkeit zugunsten des Klägers geführt (vgl. BAG 23. November 2004 - 9 AZR 595/03 - BAGE 112, 376, 379). 26

2. Das Landesarbeitsgericht muss noch prüfen, ob die gesetzliche Schriftform eingehalten ist. 27

a) Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot bedarf der Schriftform (§ 74 Abs. 1 HGB in Verb. mit § 126 Abs. 2 BGB). Ein unter Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform vereinbartes Wettbewerbsverbot ist gem. § 125 BGB nichtig (BAG 26. September 1957 - 2 AZR 309/56 - AP HGB § 74 Nr. 2; ErfK/Oetker § 74 HGB Rn. 14; MüArbR/Wank § 107 Rn. 10; Oetker/Kotzian-Marggraf HGB § 74 Rn. 25; E/B/J/S/Boecken 2. Aufl. § 74 HGB Rn. 21; Bauer/Diller Rn. 87; Buchner in AR-Blattei-SD Nr. 1830.3 Rn. 131 ff.). Auf eine nichtige Vereinbarung können sich beide Vertragsparteien nicht berufen. 28

- b) Ebenso unterliegt der auf den späteren Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gerichtete Vorvertrag der gesetzlichen Schriftform. Zwar kann ein Vorvertrag auch dann formlos wirksam sein, wenn der Hauptvertrag der Schriftform bedarf. Dies setzt jedoch voraus, dass dem Schriftform-erfordernis keine Warnfunktion, sondern lediglich eine Klarstellungs- und Beweisfunktion zukommt (*BAG 17. Dezember 2009 - 6 AZR 242/09 - Rn. 25, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 623 Nr. 10; MünchKommBGB/Kramer 5. Aufl. vor § 145 Rn. 54 mwN*). Durch die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform für nachvertragliche Wettbewerbsverbote sollen nicht nur Streitigkeiten darüber vermieden werden, ob und mit welchem Inhalt eine Wettbewerbsvereinbarung geschlossen wurde. Vielmehr kommt dem Formzwang vor allem eine Warnfunktion zu. Der Arbeitnehmer soll vor übereilten Entschlüssen im Hinblick auf sein künftiges berufliches Fortkommen möglichst bewahrt werden (*BAG 24. Oktober 1972 - 3 AZR 102/72 - zu I 3 der Gründe, AP HGB § 74 Nr. 31 = EzA HGB § 75d Nr. 5*). Der Vorvertrag, der der gesetzlichen Schriftform nicht entspricht, ist nicht lediglich unverbindlich, sondern nichtig. 29
- c) Ist durch Gesetz Schriftform vorgeschrieben, muss die Urkunde eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB). Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB). Nach § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt es, dass jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet, wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden. Aus dem Vortrag der Parteien und der vorgelegten Vertragsurkunde ergibt sich nicht, dass der den Vorvertrag enthaltende Arbeitsvertrag den genannten Voraussetzungen entspricht. 30
- d) Unabhängig hiervon ist der Vorvertrag formnichtig, falls nicht auch die Anlage zum Arbeitsvertrag von den Unterschriften der Parteien gedeckt ist. Eine Unterschrift hat ua. die Funktion, einen Urkundentext räumlich abzuschließen (*BGH 20. November 1990 - XI ZR 107/89 - BGHZ 113, 48, 51*; 31

*Palandt/Ellenberger BGB 69. Aufl. § 126 Rn. 6; MünchKommBGB/Einsele § 126 Rn. 10).* Für Anlagen können insoweit Besonderheiten gelten (*Staudinger/Hertel [2004] § 126 BGB Rn. 127 ff.*).

aa) § 10 Abs. 4 des Arbeitsvertrags war von den Parteien nicht als isolierte Verpflichtung, sondern in Verbindung mit der Anlage zum Arbeitsvertrag gewollt. Formbedürftig ist der gesamte Vertragsinhalt einschl. der Anlage. Als isolierte Verpflichtung würde § 10 Abs. 4 des Arbeitsvertrags im Übrigen der erforderlichen Bestimmtheit entbehren. Auch wenn der Vorvertrag nicht die gleiche Vollständigkeit aufweisen muss, die für den vorgesehenen Hauptvertrag zu verlangen ist (*so BGH 21. Dezember 2000 - V ZR 254/99 - NJW 2001, 1285, 1286 mwN; kritisch MünchKommBGB/Kramer vor § 145 Rn. 53*), kann § 10 Abs. 4 des Arbeitsvertrags nicht als bestimmte oder wenigstens bestimmbare Verpflichtung angesehen werden. Die Durchsetzung der isolierten Verpflichtung wäre von vornherein ausgeschlossen. Die wesentlichen Bedingungen des Wettbewerbsverbots ergeben sich allein aus der Anlage. Deshalb kommt auch eine teilweise Nichtigkeit gem. den §§ 125, 126, 139 BGB unter Aufrechterhaltung einer wirksamen Grundverpflichtung zum Abschluss eines Wettbewerbsverbots nicht in Betracht.

32

bb) Für die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform ist es ausreichend, wenn sich der wesentliche Inhalt des der Schriftform unterliegenden Rechtsgeschäfts aus einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Gesamturkunde ergibt. Der von beiden Vertragsparteien unterzeichnete Arbeitsvertrag und die dort in Bezug genommene Anlage können eine Gesamturkunde darstellen. In einer Gesamturkunde sind mehrere Blätter einer Urkunde so zusammengefasst, dass sich ihre Zusammengehörigkeit ergibt. Dabei kann die Einheitlichkeit der Urkunde insbesondere durch Zusammenheften, Nummerieren der Blätter, Bezugnahme oder den eindeutigen Sinnzusammenhang des fortlaufenden Textes hergestellt werden (*vgl. BAG 30. Oktober 1984 - 3 AZR 213/82 - BAGE 47, 125, 127*).

33

cc) Eine feste körperliche Verbindung, die nur durch teilweise Substanzzerstörung oder mit Gewalt wieder gelöst werden kann, ist für die Annahme einer aus mehreren Schriftstücken bestehenden Gesamturkunde nicht erforderlich (so aber noch BAG 30. Oktober 1984 - 3 AZR 213/82 - BAGE 47, 125, 127 und die hierauf bezugnehmende Literatur ErfK/Oetker § 74 Rn. 13; Schaub/Schaub § 58 Rn. 27; Bauer/Diller Rn. 95; Oetker/Kotzian-Marggraf § 74 Rn. 25). Die Zusammengehörigkeit einer aus mehreren Blättern bestehenden Urkunde kann vielmehr auch sonst in geeigneter Weise erkennbar gemacht werden (BGH 24. September 1997 - XII ZR 234/95 - BGHZ 136, 357, 359; Palandt/Ellenberger § 126 Rn. 4 mwN). 34

Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Interessenausgleich mit Namensliste, wonach die bloße gedankliche Verbindung (*Bezugnahme*) zweier Urkunden nicht ausreicht, um von einer Einheitlichkeit der Urkunden auszugehen (6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68), folgt nicht zwingend, dass stets eine körperliche Verbindung, zB durch eine Heftklammer erforderlich ist. Der Zweite Senat hat dies ausdrücklich im Hinblick auf die weitreichenden Folgen des § 1 Abs. 5 KSchG entschieden. Diese Interessenlage besteht bei einem Wettbewerbsverbot nicht im selben Maße. 35

dd) Der Bundesgerichtshof hat an dem ursprünglichen Erfordernis einer festen körperlichen Verbindung (13. November 1963 - V ZR 8/62 - BGHZ 40, 255, 263) nicht festgehalten. Vielmehr hat er entschieden, dass eine derartige Verbindung der einzelnen Blätter einer Urkunde nicht erforderlich ist, wenn sich die Einheit der Urkunde bereits aus anderen eindeutigen Merkmalen ergibt (BGH 24. September 1997 - XII ZR 234/95 - BGHZ 136, 357). Es reiche aus, wenn sich die Einheit der Urkunde und der in Bezug genommenen Anlage aus den Unterschriften der Vertragspartner auf jedem Blatt der Anlage zweifelsfrei ergebe (BGH 21. Januar 1999 - VII ZR 93/97 - NJW 1999, 1104; so auch zum Interessenausgleich mit Namensliste BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - zu C III 4 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 112 36

*Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11).* Nichts anderes gelte, wenn die von dem Hauptvertrag in Bezug genommene Anlage durch die Vertragsparteien paraphiert worden sei (*BGH 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NJW 2000, 354*). Darüber hinaus hat es der Bundesgerichtshof für ausreichend erachtet, dass einzelne Regelungen eines formwirksam zustande gekommenen Vertrags durch eine später ebenfalls formwirksam unterzeichnete Nachtragsurkunde abgeändert werden und dabei unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, es solle im Übrigen bei den bisherigen Vereinbarungen verbleiben (*23. Februar 2000 - XII ZR 251/97 - NJW-RR 2000, 744*). Aufgrund der Vielzahl denkbarer Vertragsgestaltungen seien Mindestanforderungen für die Wahrung der Einheitlichkeit einer Urkunde nur schwer zu bestimmen. Die in Bezug genommene Anlage müsse sich aber hinreichend deutlich identifizieren lassen (*BGH 18. Dezember 2002 - XII ZR 253/01 - zu 2 b der Gründe, NJW 2003, 1248*). Entscheidend sei, dass die Zusammengehörigkeit der einzelnen Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich gemacht worden sei (*BGH 4. April 2007 - VIII ZR 223/06 - zu II 2 der Gründe, NJW 2007, 1742*).

ee) Das Landesarbeitsgericht wird unter Beachtung dieser auch vom Senat vertretenen Grundsätze zu beurteilen haben, ob der Arbeitsvertrag und die dort in Bezug genommene Anlage eine dem Schutzzweck der gesetzlichen Schriftform genügende Gesamturkunde darstellen. Der Kläger hat sich gem. § 10 Abs. 4 des Arbeitsvertrags verpflichtet, auf Verlangen der Beklagten das „als Anlage zu diesem Vertrag beigefügte Wettbewerbsverbot abzuschließen“. Durch eine derartige Bezugnahme könnte die Zusammengehörigkeit zwischen dem Arbeitsvertrag und der Anlage hinreichend deutlich kenntlich gemacht worden sein. Die Anlage ist als „WETTBEWERBSVERBOT“ überschrieben und enthält den Namen und die Anschrift des Klägers. Aus den weiteren, vom Landesarbeitsgericht noch aufzuklärenden Umständen des Zustandekommens des Vertrags kann demnach folgen, dass die Parteien den Inhalt der dem Vertrag beigefügten Anlage auch ohne das Vorhandensein einer körperlichen Verbindung zur Kenntnis nehmen konnten. In jedem Falle müssen die Schrift-

37

stücke im Augenblick der Unterzeichnung äußerlich als einheitliche Urkunde erkennbar gewesen sein, also tatsächlich eine Einheit gebildet haben.

IV. Die Höhe einer etwaigen Karenzentschädigung richtet sich nach der vertraglichen Regelung der Parteien. Bei Unverbindlichkeit eines Wettbewerbsverbots kann der Arbeitnehmer, der sich für die Wettbewerbsenthaltung entscheidet, die vertraglich vereinbarte Entschädigung verlangen (*BAG 18. Januar 2000 - 9 AZR 929/98 - zu II a der Gründe; 19. Januar 1978 - 3 AZR 573/77 - BAGE 30, 23, 28 f.*). Folgt die Unverbindlichkeit aus einem unzulässigen Vorvertrag, ergibt sich der Anspruch aus dem, was gelten würde, wenn der Arbeitgeber von seiner Option Gebrauch gemacht hätte. Die Beklagte darf sich hinsichtlich eines anderweitigen Erwerbs des Klägers nicht, wie erstinstanzlich geschehen, auf die Erklärung beschränken, sie bestreite den Vortrag des Klägers (*vgl. BAG 13. Februar 1996 - 9 AZR 931/94 - BAGE 82, 157, 160*). Entgegen ihrer Auffassung liegt in ihrem Schreiben vom 15. August 2007 keine Verzichtserklärung mit der Wirkung des § 75a HGB. Eine solche Erklärung wäre nach § 75a HGB nur vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit spätestens am 30. Juni 2007 möglich gewesen. Dem schriftlichen Verzicht steht es nicht gleich, dass die Beklagte von ihrer Option auf Abschluss eines Wettbewerbsverbots bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Gebrauch gemacht hat. Schon mangels Schriftform ergibt sich daraus nicht mit der von § 75a HGB geforderten Klarheit, auf das Wettbewerbsverbot zu verzichten, dh. von der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots endgültig absehen zu wollen.

38

V. Der Feststellungsantrag ist gem. § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Kläger begehrt die Feststellung der Zahlungspflicht für die restliche Dauer des Wettbewerbsverbots und damit die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses. Das Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Beklagte eine Zahlung ablehnt. Der Kläger kann schon deswegen nicht vorrangig auf die Leistungsklage verwiesen werden, weil die Ansprüche erst nach der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2008 vor dem Landesarbeitsgericht fällig wurden (*vgl. BAG 18. März 1997 - 9 AZR 84/96 - BAGE 85, 306, 308*) und zudem von einem künftigen anderweitigen Erwerb abhängen. Der Feststellungs-

39

antrag ist aus denselben Gründen wie der Zahlungsantrag noch nicht zur Entscheidung reif.

Mikosch

Richterin am Bundes-  
arbeitsgericht Marquardt  
ist aus dem Richter-  
dienst ausgeschieden  
und deshalb verhindert,  
zu unterschreiben.

W. Reinfelder

Mikosch

Züfle

Großmann