

Volltext zu: MIR 2014, Dok. 099
Veröffentlicht in: MIR 09/2014
Gericht: BGH
Aktenzeichen: I ZR 245/12 - Abwerbeverbot
Entscheidungsdatum: 30.04.2014
Vorinstanz(en): LG Hamburg, 307 O 365/09; OLG Hamburg, 5 U 143/10
Bearbeiter: RA Thomas Gramespacher
Permanenter Link zum Dokument: http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2633

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2014 durch ...

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 5. Zivilsenat - vom 31. Oktober 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 7, vom 29. Juni 2010 wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die im Nutzfahrzeuggeschäft tätigen Parteien gehörten ursprünglich zu derselben Firmengruppe, bis ein Drittunternehmen im Jahr 2004 die Geschäftsanteile an der Beklagten erwarb. Um den gemeinsamen Vertrieb ihrer Fahrzeuge fortzusetzen, schlossen die in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander ansässigen Parteien am 19. August 2005 einen Kooperationsvertrag. Dessen § 12 Abs. 1 lautet:

"Jede Partei verpflichtet sich, während sowie bis drei Jahre nach Beendigung dieses Vertrages keine Mitarbeiter der anderen Partei direkt oder indirekt abzuwerben. Für jeden Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung in Satz 1 zahlt die verstoßende Partei an die andere Partei eine Vertragsstrafe in Höhe von zwei Bruttojahresgehältern (einschl. Prämien, Tantiemen) des betreffenden Mitarbeiters, der unter Verstoß gegen die Verpflichtung gemäß Satz 1 von der betreffenden Partei abgeworben wird, wobei zur Berechnung der Vertragsstrafe das Bruttojahresgehalt des betreffenden Mitarbeiters maßgeblich ist, das er im Jahr vor Verwirkung der Vertragsstrafe bezogen hat."

2 Die Beklagte kündigte den Kooperationsvertrag zum 31. Dezember 2006.

3 Im August 2009 erklärten zwei bei der Klägerin beschäftigte Vertriebsmitarbeiter die ordentliche Kündigung ihrer Anstellungsverträge zum 30. September 2009 und nahmen ab dem 1. Oktober 2009 eine Beschäftigung bei der Beklagten auf.

4 Die Klägerin hat behauptet, der damalige Geschäftsführer der Beklagten habe die beiden Mitarbeiter durch Abwerbemaßnahmen zum Wechsel ihrer Anstellungsverhältnisse veranlasst. Sie hat von der Beklagten wegen der Verwirkung zweier Vertragsstrafen die Zahlung von 383.770,52 € nebst Zinsen verlangt.

5 Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, das vertragliche Abwerbverbot sei unverbindlich, so dass die möglicherweise verwirkten Vertragsstrafen nicht einklagbar seien.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte bis auf einen Teil der Zinsforderung antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des die Klage abweisenden erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe wegen der Abwerbung der beiden Mitarbeiter der Klägerin jeweils Vertragsstrafen in Höhe des zweifachen zuletzt gezahlten Bruttojahresgehalts verwirkt. Hierzu hat es ausgeführt:

8 Die Klägerin könne die Vertragsstrafen gerichtlich durchsetzen, weil das zwischen den Parteien vereinbarte Abwerbverbot nach dem Wortlaut des § 75f HGB keine Sperrabrede im Sinne dieser Regelung sei. Der mit der Vorschrift bezweckte Schutz des Arbeitnehmers vor unzumutbaren Nachteilen im beruflichen Fortkommen gebiete nicht deren entsprechende Anwendung auf die in Rede stehende Klausel des Kooperationsvertrags der Parteien. Als vertragswidrige Abwerbung im Sinne der vertraglichen Vereinbarung sei nicht schon jedes Verhalten eines Vertragspartners anzusehen, das in irgendeiner Weise kausal dafür werde, dass ein Mitarbeiter einer Partei ein neues Arbeitsverhältnis bei der anderen Partei begründe. Die Abrede sei vielmehr dahingehend zu verstehen, dass mindestens ein gezieltes, initiatives Einwirken auf den Arbeitnehmer mit dem Ziel erforderlich sei, diesen zum Wechsel seines Arbeitsplatzes zu veranlassen. Darum stehe es einem wechselwilligen Arbeitnehmer frei, sich bei einem Arbeitgeber, der einem Abwerbverbot unterliege, selbst zu bewerben. Das vertragliche Abwerbverbot sei nicht nach § 138 BGB sittenwidrig. Die Parteien seien wechselseitige Verpflichtungen eingegangen, die im Interesse beider Parteien gelegen hätten. Eine zeitliche Verkürzung des Abwerbverbots auf einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des Kooperationsvertrags sei nicht geboten.

9 Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass die beiden damaligen Mitarbeiter der Klägerin von dem Geschäftsführer der Beklagten abgeworben worden seien. Gegen die Höhe der verwirkten Vertragsstrafen habe die Beklagte keine Einwendungen erhoben; für deren Angemessenheit spreche im Übrigen, dass auch die Klägerin an das vertragsstrafebewehrte Abwerbverbot gebunden sei.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur vollständigen Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen die Entscheidung des Landgerichts.

11 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte wegen der Abwerbung von zwei Mitarbeitern nach § 339 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 12 Satz 1 des Kooperationsvertrags der Parteien ein Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vertragsstrafen zusteht. Der Einklagbarkeit des Anspruchs wegen Verletzung des von den Parteien vereinbarten Abwerbverbots steht zwar § 75f Satz 2 HGB nicht von vornherein entgegen, weil die an sich auf Abwerbverbote anwendbare Vorschrift (dazu unter II 2) in der vorliegenden Konstellation die Klagbarkeit des in Rede stehenden Anspruchs nicht ausschließt (dazu unter II 3). Gleichwohl kann die Verurteilung der Beklagten durch das Berufungsge-

richt keinen Bestand haben; das fragliche Abwerbeverbot ist auf einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des Kooperationsvertrags zu begrenzen und erfasst deshalb die vorliegenden Abwerbungen nicht mehr (dazu unter II 4).

12 2. Allerdings fallen Abwerbeverbote grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 75f HGB.

13 a) Nach dieser Bestimmung findet aus einer Vereinbarung, durch die sich ein Prinzipal gegenüber einem anderen Prinzipal verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem in Dienst ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, keine Klage statt. Die fehlende gerichtliche Durchsetzbarkeit erfasst - wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist - Vertragsstrafeversprechen, die der Sicherung einer unter § 75f HGB fallenden Vereinbarung dienen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1972 - I ZR 88/71, BB 1973, 427; Urteil vom 30. April 1974 - VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282). Anwendbar ist die Vorschrift nicht nur auf Verbandsabsprachen, sondern auch auf eine Vereinbarung zwischen einzelnen Arbeitgebern (vgl. BGH, BB 1973, 427), wie sie vorliegend in Rede steht.

14 Ohne Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 75f HGB ist weiter, ob die zwei Mitarbeiter der Klägerin Handlungsgehilfen gemäß § 59 HGB gewesen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts unterfallen dem Anwendungsbereich des § 75f HGB alle Arbeitnehmer (vgl. BGH, NJW 1974, 1282, 1283; BAGE 22, 125, 134). Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit der am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Vorschrift des § 110 Satz 2 GewO nachvollzogen.

15 b) Umstritten ist allerdings die Frage, ob § 75f HGB nicht nur die Klagbarkeit von Einstellungsverboten, sondern auch von Vereinbarungen zwischen Unternehmern ausschließt, keine Arbeitskräfte des Vertragspartners abzuwerben.

16 aa) Nach einer Auffassung versagt § 75f HGB nicht nur zwischen Arbeitgebern vereinbarten Einstellungsverboten, sondern generell auch Abwerbeverboten die Durchsetzbarkeit (Wedemeyer in Festschrift Traub, 1994, S. 437, 446; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1041; Schloßer, BB 2003, 1382, 1383; Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 75f Rn. 2 a; Küttner/ Rölller, Personalhandbuch, 20. Aufl., Stichwort Abwerbung Rn. 11; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 4 Rn. 10.103).

17 bb) Nach anderer Auffassung fallen Abwerbeverbote nicht in den Anwendungsbereich des § 75f Satz 1 HGB, wenn sie nur die gezielte Abwerbung auf Initiative des Arbeitgebers verbieten (Bauer/Diller in Festschrift Helm, 2002, S. 3, 6 f.; Salger/Breitfeld, BB 2004, 2574, 2578; Wolf, NZG 2004, 366, 367 f.; Hurek, Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag, 2005, S. 111; von Werder/Kost, BB 2010, 2903, 2910; Heymann/Henssler, HGB, 2. Aufl., § 75f Rn. 4; Weber in Großkomm.HGB, 5. Aufl., § 75f Rn. 3, 6; Boecken in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 75f Rn. 9; MünchKomm.HGB/ von Hoyningen-Huene, 3. Aufl., § 75f Rn. 5; Diller in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 5. Aufl., § 75f HGB Rn.5; Kotzian-Marggraf in Oetker, HGB, 3. Aufl., § 75f Rn. 2; Hagen in BeckOK HGB, § 75f Rn. 6 (Stand 1. Dezember 2013); Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl., § 75f HGB Rn. 1).

18 cc) Nach einer weiteren Ansicht sollen Abwerbeverbote mit Vertragsstrafen in bestimmten Fällen durchsetzbar sein. Dies soll dann gelten, wenn die Vereinbarung Sachverhalte betrifft, in denen ein Verstoß gegen Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorliegt, etwa indem ein Unternehmer einen Mitbewerber durch Abwerbung von Mitarbeitern gezielt im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG behindert (vgl. zu § 1 UWG aF Eggert, Sperrabreden unter Arbeitgebern, 2001, S. 78 ff.) oder in denen zwischen den beteiligten Unternehmern ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (Weiland, BB 1976, 1179, 1180; Wagner in Röhrich/von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 75f Rn. 7).

19 c) Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob § 75f HGB auf vertragliche Abwerbeverbote zwischen Arbeitgebern Anwendung findet, bislang nicht entschieden. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. April 1974 - VI ZR 132/72 (NJW 1974, 1330). Dieser Entscheidung lag kein Abwerbeverbot, sondern ein Einstellungsverbot zugrunde.

20 d) Nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Norm fallen zwischen Unternehmen vereinbarte Abwerbeverbote im Grundsatz in den Anwendungsbereich des § 75f HGB.

21 aa) Hierfür spricht zunächst der Wortlaut der Norm. Ein vertragliches Abwerbeverbot lässt sich zwanglos als Vereinbarung auffassen, einen Arbeitnehmer des Vertragspartners im Sinne von § 75f HGB nur unter bestimmten Voraussetzungen einzustellen.

22 Unter einer Abwerbung von Arbeitnehmern wird das Einwirken auf einen arbeitsvertraglich gebundenen Arbeitnehmer mit dem Ziel, diesen zum Arbeitsplatzwechsel zu bewegen, verstanden (Schloßer, BB 2003,

1382). Es kann daher von einer Abwerbung von Arbeitskräften nur dann gesprochen werden, wenn der abgeworbene Arbeitnehmer sein bisheriges Arbeitsverhältnis beendet und von einem neuen Arbeitgeber eingestellt wird. Unter § 75f HGB fällt danach eine Klausel, nach der sich Unternehmen wechselseitig verpflichten, nur Arbeitnehmer einzustellen, die sich von sich aus an den potentiellen Arbeitgeber gewandt haben. Der Sache nach ist das vorliegend zu beurteilende Abwerbeverbot nichts anderes. Von dem konkreten Formulierungsgeschick der vertragschließenden Unternehmen kann aber der Anwendungsbereich des § 75f HGB nicht abhängen.

23 bb) Auch die Entstehungsgeschichte von § 75f HGB und der mit der Schaffung dieser Norm verfolgte Gesetzeszweck sprechen für ihre Anwendung auf Abwerbeverbote (vgl. zur Entstehungsgeschichte BGH, BB 1973, 427, 428; Eggert, Sperrabreden unter Arbeitgebern aaO S. 27-31; Ramrath, Festgabe Sandrock, 1995, S. 255, 269 f.).

24 (1) Ausschlaggebend für das Verständnis der Norm ist ihr Zusammenhang mit der Regelung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Handlungsgehilfen in den §§ 74 bis 75d HGB. Zwar sahen bereits die §§ 74 und 75 HGB in der Fassung des Gesetzes vom 10. Mai 1897 vor, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote unwirksam sind, soweit sie die Handlungsgehilfen in ihrem beruflichen Fortkommen unbillig beschränkten (RGBl. 1897, S. 235). Diese Regelungen ermöglichten es den Prinzipalen jedoch, ohne Risiken weit gefasste nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu vereinbaren. Verbände der Handlungsgehilfen forderten deshalb vom Reichstag eine Neuregelung des Rechts der Konkurrenzklauseln. Dies führte zu einem Gesetzesentwurf, der als wesentliche Neuerung gegenüber der alten Regelung den Grundsatz der bezahlten Karenz enthielt. Die Möglichkeit von Sperrabreden unter Arbeitgebern war in dem Gesetzesentwurf jedoch zunächst nicht berücksichtigt worden. Da es sich für Prinzipale aufgedrängt hätte, die künftig für nachvertragliche Wettbewerbsverbote vorgesehene Entschädigungspflicht mittels Sperrabreden zu umgehen, wurden Stimmen laut, dem durch eine Regelung von Sperrabreden zu begegnen (vgl. hierzu Bericht der 12. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs, RT-Drucks. 1914, Anlage zu den stenographischen Berichten Band 303 Nr. 1387, S. 2803, 2847 ff.). Dies führte zur Einführung der Regelung des § 75f HGB durch das Gesetz vom 10. Juni 1914 (RGBl. 1914, S. 209), die in der Folgezeit zwar redaktionell angepasst wurde, inhaltlich aber bis heute unverändert fortgilt.

25 Durch die §§ 74 ff. HGB soll den Interessen des Arbeitnehmers an seinem beruflichen Fortkommen nach dem Ende des Anstellungsverhältnisses gegenüber dem Interesse des Unternehmers, sich durch Wettbewerbsverbote vor einer Abwanderung seines Personals zu Konkurrenzunternehmen zu schützen, grundsätzlich der Vorrang eingeräumt werden (BGH, NJW 1974, 1282). Der Arbeitgeber, der ein Abwandern seiner Mitarbeiter verhindern will, soll mit ihnen ein Wettbewerbsverbot vereinbaren und dafür eine Karenzentschädigung zahlen. Eine Behinderung der Abwanderung der Mitarbeiter ohne Entschädigungszahlungen an die Betroffenen durch Arbeitgeberabsprachen soll demgegenüber verhindert werden. Der Arbeitnehmer soll seinen Arbeitsplatz grundsätzlich frei wählen dürfen. In diesem Zusammenhang kommt § 75f HGB die Funktion zu, eine Umgehung dieser Zielsetzung zu verhindern. Die gesetzlich normierte Unverbindlichkeit einer Sperrabrede dient damit der Verwirklichung des durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Rechts des Einzelnen auf berufliche Selbstbestimmung (BGH, NJW 1974, 1282, 1283; BGH, Urteil vom 27. September 1983 - VI ZR 294/81, BGHZ 88, 260, 265).

26 (2) Dieser durch § 75f HGB bezweckte Schutz des Arbeitnehmers wird auch durch die Vereinbarung eines Abwerbeverbots zwischen Unternehmern im Allgemeinen in einem Ausmaß beeinträchtigt, dass es gerechtfertigt ist, eine derartige Vereinbarung dem Anwendungsbereich des § 75f HGB zu unterstellen.

27 Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Vereinbarung des Verbots von aktiven Abwerbemaßnahmen eines Unternehmers hinderten einen Arbeitnehmer nicht daran, sich aus eigenem Antrieb auf eine derartige Stelle zu bewerben und seinen Arbeitsplatz zu wechseln (so aber Bauer/Diller in Festschrift Helm aaO S. 3, 6 f.; Wolf, NZG 2004, 366, 368; Salger/Breitfeld, BB 2004, 2574, 2578; Hurek, Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag aaO S. 111; Sahavi, Die Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen im englischen und deutschen Recht, 2005, S. 157; Diller in Henssler/Willemsen/Kalb aaO § 75f HGB Rn. 5).

28 Neben der Möglichkeit eines Arbeitnehmers, sich aus eigenem Antrieb auf eine freie Stelle zu bewerben, gehört es zur gängigen Praxis von Unternehmern bei der Besetzung offener Stellen, Arbeitnehmer von sich aus oder unter Einschaltung von Personalberatern auf Stellenangebote anzusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2004 - I ZR 221/01, BGHZ 158, 174 - Direktansprache am Arbeitsplatz I; Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 73/02, GRUR 2006, 426 = WRP 2006, 577 - Direktansprache am Arbeitsplatz II, Beschluss vom 13. Dezember 2007 - I ZR 137/07, juris; Ernst, GRUR 2010, 963). Eine solche Abwerbung fremder Mitarbeiter ist grundsätzlich erlaubt. Arbeitgeber haben keinen Anspruch darauf, dass der Bestand ihrer Mitarbeiter vor

Konkurrenz geschützt wird. Als Folge des freien Wettbewerbs müssen es Arbeitgeber hinnehmen, dass Mitarbeiter abgeworben werden. Hierzu kann auch eine erste Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz des Mitarbeiters zulässig sein. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Mitarbeiter ein Interesse daran hat, von Möglichkeiten zu erfahren, wie er seine berufliche Situation durch einen Arbeitsplatzwechsel verbessern oder verändern kann. Seine Freiheit, über sein berufliches Fortkommen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses selbst zu bestimmen, vor allem den Arbeitsplatz frei zu wählen, wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 97, 169, 175).

29 Ein einfaches und wichtiges Informationsmittel dazu ist die für den Arbeitnehmer bestehende Chance, von einem möglichen neuen Arbeitgeber oder in dessen Auftrag durch einen Personalberater angesprochen werden zu können (vgl. BGHZ 158, 174, 182 - Direktansprache am Arbeitsplatz I). Ein Arbeitnehmer, der bei einem Arbeitgeber beschäftigt ist, der mit anderen Unternehmen ein Abwerbverbot vereinbart hat, verliert die Möglichkeit, von dem konkreten Anstellungsinteresse eines dieser anderen Unternehmen Kenntnis zu erlangen und sich durch eine gezielte Ansprache eines interessierten Arbeitgebers beruflich zu verbessern, ohne dass der Arbeitnehmer hierfür eine Entschädigung erhält. Das widerspricht dem Zweck des § 75f HGB.

30 3. Allerdings gibt es besondere Fallkonstellationen, in denen ein die Belange der betroffenen Arbeitnehmer überwiegendes Interesse der Arbeitgeberseite an einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Abwerbverbots besteht. Auch der Unternehmer als Arbeitgeber hat ein durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Recht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Das schließt das Recht des Unternehmers ein, in seinem Markterfolg nicht unverhältnismäßig eingeschränkt oder behindert zu werden (vgl. BVerfGE 97, 228, 253; BVerfG, NJW-RR 2004, 1710, 1711). Insofern ist § 75f HGB verfassungskonform einschränkend ausulegen. In bestimmten Fällen sind Abwerbverbote von dem nach dem Wortlaut weiten Anwendungsbereich des § 75f HGB daher auszunehmen und als einklagbar zu behandeln.

31 a) Dies gilt zunächst für alle die Fälle, in denen das Verhalten des abwerbenden Arbeitgebers eine unlautere geschäftliche Handlung darstellt, deren Verbot nach den Vorschriften des UWG beansprucht werden kann. Gibt in einem derartigen Fall der Verpflichtete eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, würde es zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, wenn der aus einem derartigen Vertragsstrafeversprechen Berechtigte Ansprüche hieraus wegen § 75f Satz 2 HGB gerichtlich nicht durchsetzen könnte.

32 b) Nicht in den Anwendungsbereich des § 75f HGB fallen außerdem solche Vereinbarungen, bei denen das Abwerbverbot nicht Hauptzweck ist, sondern bei denen es nur eine Nebenbestimmung darstellt, die einem besonderen Vertrauensverhältnis der Parteien oder einer besonderen Schutzbedürftigkeit einer der beiden vertragschließenden Seiten Rechnung trägt. Dient ein Abwerbverbot dem Schutz vor illoyaler Ausnutzung von Erkenntnissen, die im Rahmen solcher Vertragsverhältnisse und ihrer Abwicklung gewonnen worden sind, besteht kein Grund, die gerichtliche Durchsetzbarkeit zu versagen.

33 Zu dieser Fallgruppe gehören etwa Abwerbverbote, die bei Risikoprüfungen vor dem Kauf von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen vereinbart werden (sog. Due-Diligence-Prüfungen) und die vom Anwendungsbereich des § 75f HGB ausgenommen sind. Eine vergleichbare Situation kann bei einer Abspaltung von Unternehmensteilen oder Konzerngesellschaften oder bei Vertriebsvereinbarungen zwischen selbständigen Unternehmen bestehen. Auch in diesen Fallkonstellationen kann die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Abwerbverböten für eine reibungslose Vertragsabwicklung notwendig und eine einschränkende Auslegung des § 75f HGB geboten sein.

34 c) Damit stünde § 75f HGB der Durchsetzbarkeit der hier in Rede stehenden Vereinbarung nicht von vornherein entgegen, weil die Feststellungen des Berufungsgerichts die Annahme rechtfertigen, dass zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis im vorstehenden Sinne bestanden hat. Auch nach Herauslösung der Beklagten aus der Firmengruppe der Klägerin vertrieben die Parteien ihre Produkte auf der Grundlage des Kooperationsvertrags zunächst gemeinsam, so dass beide Seiten die Einzelheiten des Mitarbeiterstamms des jeweils anderen Unternehmens kannten.

35 4. Die Abwerbung der zwei Mitarbeiter der Klägerin, die im Jahr 2009 erfolgt sein soll, fällt indes nicht mehr in den Zeitraum, für den ein Abwerbverbot vorliegend längstens zulässig ist. Die Parteien haben sich zwar in § 12 Abs. 1 des Kooperationsvertrags verpflichtet, bis drei Jahre nach Beendigung der vertraglichen Zusammenarbeit keine Mitarbeiter des Vertragspartners abzuwerben. Ein solches Abwerbverbot überschreitet aber den für derartige Abreden zulässigen Zeitraum, der grundsätzlich zwei Jahre nach Beendigung der Zusammenarbeit nicht übersteigen darf.

36 a) Ein trotz der Regelung des § 75f HGB gerichtlich durchsetzbares Abwerbverbot kann die Mitarbeiter in ihrem beruflichen Fortkommen behindern. Eine solche Abrede findet ihre Rechtfertigung in dem besonderen Interesse der Vertragspartner, sich vor einer vertragswidrigen Ausnutzung der den Geschäftsbetrieb der

anderen Partei betreffenden, aus der Vertragsbeziehung resultierenden Kenntnisse zu schützen. Dieses Interesse besteht auch über das Ende der Vertragsbeziehung hinaus, wird jedoch typischerweise mit zunehmendem Zeitablauf schwächer.

37 b) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für vergleichbare Konstellationen anerkannt, dass ein Wettbewerbsverbot nicht länger als zwei Jahre nach Vertragsende wirksam sein kann.

38 So verstößt ein über zwei Jahre hinausgehendes nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen aus einer Sozietät von Angehörigen freier Berufe ausgeschiedenen Gesellschafter in zeitlicher Hinsicht gegen § 138 BGB, weil sich nach einem Zeitraum von zwei Jahren die während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft geknüpften Mandantenverbindungen typischerweise so gelöst haben, dass der ausgeschiedene Gesellschafter wie jeder andere Wettbewerber behandelt werden kann (BGH, Urteil vom 8. Mai 2000 - II ZR 308/98, NJW 2000, 2584, 2585; Urteil vom 29. September 2003 - II ZR 59/02, NJW 2004, 66; Urteil vom 18. Juli 2005 - II ZR 159/03, NJW 2005, 3061, 3062). Die Frist von zwei Jahren ist auch für Wettbewerbsverbote in Form von Mandantenschutzklauseln als zeitliche Grenze anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1996 - II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742).

39 c) Für eine zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit von Abwerbeverböten auf maximal zwei Jahre sprechen auch die gesetzlichen Regelungen in § 74a Abs. 1 Satz 3 HGB und § 90a Abs. 1 Satz 2 HGB. Diese Vorschriften versagen einem zwischen einem Unternehmer und einem Handlungsgehilfen oder Handelsvertreter vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot die Wirksamkeit, das über einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des jeweiligen Vertragsverhältnisses hinausgeht. Sie bringen die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass die in einem Wettbewerbsverbot liegende Einschränkung der Berufsfreiheit der hierdurch gebundenen Arbeitnehmer längstens für einen solchen Zeitraum gerechtfertigt ist. Gleiches muss auch für Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern in Form von Abwerbeverböten gelten, die für die hiervon betroffenen Arbeitnehmer vergleichbare Auswirkungen haben können.

40 d) Ob in Ausnahmefällen ein schutzwürdiges Interesse eines Unternehmers an einem länger als zwei Jahre andauernden Abwerbeverbot bestehen kann, braucht nicht entschieden zu werden. Vorliegend ist ein solcher Ausnahmefall jedenfalls nicht gegeben. Er folgt auch nicht daraus, dass sich die Klägerin ebenfalls einer gleichen Beschränkung zugunsten der Beklagten unterworfen hat. Nach einem Zeitablauf von zwei Jahren nach Ende der vertraglichen Zusammenarbeit kann hier keine Seite mehr ein berechtigtes Interesse an einer fortdauernden Beschränkung der Abwerbemöglichkeiten haben (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 741, 742).

41 Die in Streit stehenden Abwerbungen sollen 2009 erfolgt sein, mithin im dritten Jahr nach dem Wirksamwerden der Kündigung des Kooperationsvertrags der Parteien durch die Beklagte zum 31. Dezember 2006. Bei einer zulässigen Maximaldauer des Abwerbeverböts von zwei Jahren war die Beklagte im Jahr 2009 nicht mehr zur Unterlassung von Abwerbungen verpflichtet. Sie hat aus diesem Grund auch nicht die mit der Klage geltend gemachten Vertragsstrafen verwirkt.

42 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.