

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 1 Ta 76 c/11

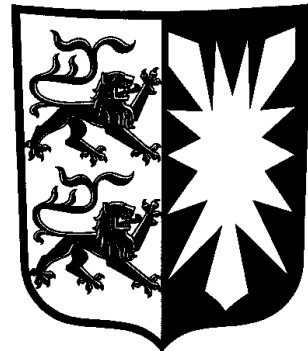
2 Ga 15/11 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 26.05.2011

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



URTEIL

Im Namen des Volkes

Im Beschwerdeverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein in der mündlichen Verhandlung am 26.05.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die sofortige Beschwerde der Arbeitgeberin/Antragstellerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 01.04.2011 - 2 Ga 15/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;

Tatbestand

I.

Die Parteien streiten um die Verpflichtung des Beklagten, sich bis zum 31.08.2011 des Wettbewerbs zu Lasten der Klägerin zu enthalten und nicht für die Wettbewerberin, die Firma L. AG, ab 01.04.2011 tätig zu werden. Streitig ist zwischen den Parteien dabei insbesondere die Frage, mit welcher Frist der Beklagte sein Arbeitsverhältnis kündigen durfte.

Der Beklagte trat aufgrund des schriftlichen Anstellungsvertrages vom 23.07.1992 ab 02.04.1991 als kaufmännischer Angestellter in die Dienste der Klägerin ein. Ausweis-

lich des schriftlichen Arbeitsvertrages obliegen ihm die Aufgaben kaufmännischer/technischer Kundendienst Fachbereich Werkzeuge und Maschinen.

In § 3 des schriftlichen Arbeitsvertrages heißt es zu den Kündigungsfristen:

1.

Für beide Vertragsparteien gilt eine Kündigungsfrist von

a) 8 Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahres

d)

Die Fristen aus dem Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 09.07.1926 gelten auch für eine Kündigung seitens des Angestellten.

Der Beklagte betreute zuletzt den kompletten Außendienstbereich in L. auf dem Gebiet der Schweißtechnik und führte Reparaturen durch. Er kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 03.02.2011 zum 31.03.2011. Die Klägerin widersprach dem mit Schreiben vom 08.02.2011 und wies auf eine Kündigungsfrist bis zum 31.08.2011 hin. Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens vom 08.02.2011 wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 13 d. A.). Der Beklagte blieb bei seiner Auffassung, das Arbeitsverhältnis habe zum 31.03.2011 geendet. In einem mit dem Vorstand der Klägerin am 30.03.2011 geführten Gespräch erklärte der Beklagte, er werde zum 01.04.2011 nicht mehr erscheinen.

Die Firma L. AG, eine Wettbewerberin der Klägerin mit Sitz in S. bei B., eröffnete zum 01.04.2011 eine Niederlassung in L. in unmittelbarer Nachbarschaft zur Klägerin.

Der Beklagte beabsichtigte, zum 01.04.2011 bei der Firma L. AG in L. die Arbeit aufzunehmen. Dies tat er auch. Dem Internetauftritt der Firma L. AG ist zu entnehmen, dass der Beklagte dort als Arbeitnehmer geführt wird.

Die Klägerin begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung vom Beklagten die Unterlassung jedweder Tätigkeit für die Firma L. AG bis zum 31.08.2011.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ende frühestens mit Ablauf des 31.08.2011. Die Regelung im Arbeitsvertrag sei eindeutig. Sie sei transparent. Eine Auslegung ergebe, dass es sich bei der 8-wöchigen Kündigungsfrist um die verlängerte Grundkündigungsfrist handle und die Regelung in § 3 Abs. 1 d) darauf aufbaue mit den verlängerten gesetzlichen Kündigungsfristen. Der Hinweis auf das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 09.07.1926 sei unschädlich. Es handle sich dabei um eine dynamische Verweisung auf die Gesetzeslage, mithin auf den nunmehr geltenden § 622 BGB. Die Formulierung sei auch insoweit eindeutig, als jedem erkennbar sei, dass die Gleichstellung der Kündigungsfristen des Arbeitnehmers mit jenen des Arbeitgebers vereinbart worden sei.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 01.04.2011 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klausel sei nach dem Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Denn sie benachteilige den Beklagten unangemessen und sei intransparent und widersprüchlich. Aufrechtzuerhalten sei nur die Regelung in § 3 Ziff. 1. a) mit der 8-wöchigen Kündigungsfrist, weshalb das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.03.2011 geendet habe.

Die Klägerin hat gegen diesen ihr am 07.04.2011 zugestellten Beschluss am 15.04.2011 sofortige Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, die Regelung sei weder intransparent noch widersprüchlich. Wegen der Beschwerdebegründung im Einzelnen wird Bezug genommen auf Bl. 25 - 27 d. A.

Das Arbeitsgericht hat ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein mit Beschluss vom 18.04.2011 der Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, diese setze sich mit der Begründung des Beschlusses nicht auseinander.

Die Klägerin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom
01.04.2011 - 2 Ga 15/11 - abzuändern und

1. es dem Beklagten aufzugeben, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist - 31.08.2011 - jedwede Tätigkeit für die Firma L. AG zu unterlassen;
2. für den Fall der Zuwiderhandlung ihm ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,-- € (in Worten: Zweihundertfünfzigtausend €) oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, anzudrohen.

Der Beklagte beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und hält die Regelung über die Kündigungsfristen für widersprüchlich und intransparent. Zudem fehle es auch am Verfügungsgrund. Schon nach ihrem eigenen Vortrag lege die Klägerin keinen Wert darauf, dass er noch über den 31.03.2011 tatsächlich bei ihr tätig sei. Es gehe ihr allein darum, ihn für 5 Monate „vom Markt zu nehmen“. Eine Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen sei nicht erkennbar. Hinzuweisen sei auf das Kundenanschreiben der Klägerin vom 29.03.2011 (Bl. 53 d. A.), in dem darauf hingewiesen werde, dass es gelungen sei, „für die beiden Herren, die uns verlassen werden, einen exzellenten Ersatz zu finden“. Wenn dann in diesem Schreiben darauf verwiesen werde, dass spätestens in 8 bis 10 Wochen ein Ersatz zur Verfügung stehe, so sei es jedenfalls nicht gerechtfertigt, ein Verbot über den 31.05.2011 hinaus auszusprechen. Zudem habe die Klägerin einen Herrn R. K. eingestellt, welcher ausweislich des Internetauftritts der Klägerin mit dem Tätigkeitsfeld genannt werde, das er - Beklagter - bisher bearbeitet habe. Einer geordneten Übergabe habe er sich im Übrigen nie verschlossen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Beschwerdeverfahren wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

Das Landesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 02.05.2011 die mündliche Verhandlung angeordnet und die Sache unter Beteiligung der ehrenamtlichen Richter entschieden.

II.

Die sofortige Beschwerde der Klägerin ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt worden. In der Sache ist sie jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat - trotz fehlerhafter verfahrensrechtlicher Behandlung des Antrages - zutreffend den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die Angriffe der sofortigen Beschwerde rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

1. Obwohl dem Arbeitsgericht bei der Behandlung der Sache erhebliche Verfahrensfehler unterlaufen sind, hat das Beschwerdegericht davon abgesehen, den Beschluss des Arbeitsgerichts aufzuheben und die Sache an das Arbeitsgericht wieder zu verweisen. Es hat ausnahmsweise - insbesondere im Interesse der Parteien an einer abschließenden Entscheidung - von der Möglichkeit der Aufhebung und Zurückverweisung abgesehen und in der Sache selbst entschieden. Da das Landesarbeitsgericht keinen gesetzlich begründbaren Anlass für eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung sah, hat es die mündliche Verhandlung angeordnet. Wegen dieser mündlichen Verhandlung war sodann durch Urteil zu entscheiden, obwohl es sich um ein Beschwerdeverfahren handelt. Denn nach mündlicher Verhandlung ist - auch im Beschwerdeverfahren - immer durch Urteil zu entscheiden (Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, S. 115 unter II 1.; Krönig in Düwell/Lipke, ArbGG, 2. Aufl., § 62 Rdnr. 59; Vossen in GK-ArbGG, § 62 Rdnr. 96).

Aufgrund der angeordneten mündlichen Verhandlung war wiederum unter Beteiligung der ehrenamtlichen Richter durch das Beschwerdegericht zu urteilen (Krönig in Düwell/Lipke, ArbGG, § 62 Rdnr. 59; Vossen in GK-ArbGG § 62 Rdnr. 96). Einer Entscheidung durch die Kammer steht § 78 S. 3 ArbGG nicht entgegen. Nach dieser

Vorschrift entscheidet über die sofortige Beschwerde das Landesarbeitsgericht ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter. § 78 S. 3 ArbGG bezieht sich jedoch nur auf die in § 78 S. 1 ArbGG geregelte sofortige Beschwerde als Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Arbeitsgerichts, soweit es sich dabei nicht um Entscheidungen in der Sache selbst handelt (Müller-Glöge in Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 78 Rdnr. 1). Hier wird jedoch über die Berechtigung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und damit in der Sache selbst entschieden, weshalb es bei der Zuständigkeit der Kammer in voller Besetzung bleibt. Zum Verfahrensrecht im Einzelnen:

a) Das Arbeitsgericht hat den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung - eingegangen am 30.03.2011 - mit Beschluss vom 01.04.2011 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein zurückgewiesen. Dies stellt einen erheblichen Verfahrensfehler dar, denn das Arbeitsgericht beachtet damit nicht die Vorschrift des § 62 Abs. 2 S. 2 ArbGG. Danach kann die Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in dringenden Fällen - auch dann, wenn der Antrag zurückzuweisen ist - ohne mündliche Verhandlung ergehen. § 62 Abs. 2 ArbGG ist eine Spezialvorschrift zu § 937 Abs. 2 ZPO. Nach § 937 Abs. 2 ZPO kann die Entscheidung in dringenden Fällen sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen. § 62 Abs. 2 S. 2 ArbGG verlangt folglich als Voraussetzung für die Zurückweisung des Antrages ohne mündliche Verhandlung einen dringenden Fall (vgl. dazu LAG Hamburg, Beschluss vom 18.07.2002 - 3 Ta 18/02 -, zit. n. JURIS Rdnr. 6, 7; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 28.12.1995 - 9 Ta 273/95 - in LAG-E § 62 ArbGG 1979 Nr. 21; LAG Sachsen, Beschluss vom 08.04.1997 - 1 Ta 89/97 - in NZA 1998, S. 233; Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 62 Rdnr. 83; Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, Abschn. D Rdziff. 47; Ostrowicz/Künzl/Scholz, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, Rdnr. 832).

Es ist deshalb deutlich zu betonen, dass grundsätzlich auch bei einer Zurückweisung des Antrages im einstweiligen Verfügungsverfahren eine mündliche Verhandlung geboten ist. Unterbleibt eine solche, obwohl kein dringender Fall vorliegt, so stellt dies einen gewichtigen Verfahrensfehler dar. Ein Gericht, das ohne Vorliegen eines

dringenden Falles dennoch ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein entscheidet, beachtet dabei nicht den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewährleistung des gesetzlichen Richters. Denn es nimmt damit durch den Vorsitzenden allein eine Entscheidungskompetenz in Anspruch, die ihm nicht zusteht, weil die Kammer aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung zur Entscheidung berufen ist. Darüber hinaus verkürzt beziehungsweise beschränkt das Gericht in der Regel bei einer solchen Vorgehensweise auch das Gebot des rechtlichen Gehörs des Antragstellers (vgl. dazu Germelmann in Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 62 Rdnr. 83) und verletzt schließlich den einfachgesetzlichen Grundsatz der Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung, von der nur dann abgesehen werden darf, sofern das Gesetz dies ausdrücklich zulässt, was bei einer einstweiligen Verfügung nur bei Vorliegen eines dringenden Falles anzunehmen ist.

b) Es ist nicht erkennbar, dass das Arbeitsgericht sich bei der hier erfolgten Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein auf das Vorliegen eines solchen dringenden Falles bei der Zurückweisung des Antrages stützen konnte.

aa) Entscheidet ein Arbeitsgericht im einstweiligen Verfügungsverfahren ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein, so ist es verpflichtet, nicht nur das Vorliegen des dringenden Falles zu prüfen, sondern diesen auch im Beschluss zu begründen. Die Feststellung der besonderen Dringlichkeit muss in der Entscheidung dargelegt werden (Germelmann in Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 62 Rdnr. 83; Ostrowicz/Künzl/Scholz, a. a. O., Rdnr. 832; Krönig in Düwell/Lipke, ArbGG, § 62 Rdnr. 53).

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 01.04.2011 enthält keine Ausführungen darüber, warum der Vorsitzende der Kammer ohne mündliche Verhandlung und ohne Beteiligung der ehrenamtlichen Richter entschieden hat. Es lässt sich dem Beschluss nicht entnehmen, aus welchen Gründen der Vorsitzende vom Vorliegen eines dringenden Falles ausgegangen ist. Schon mangels Verletzung der Begründungspflicht vermag das Beschwerdegericht daher keinen gesetzlich nachvollziehba-

ren dringenden Fall zu erkennen, der Anlass hätte sein können für das Arbeitsgericht, ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein zu entscheiden.

bb) Aber unabhängig davon ist ein solcher dringender Fall auch nicht gegeben. Bei der Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung handelt es sich um den gesetzlichen Normalfall. Die erforderliche Dringlichkeit liegt vor, wenn der Antragsteller aufgrund besonderer Umstände dringend auf die Entscheidung angewiesen ist, und sei es eine zurückweisende, weil ihm diese den Weg zu anderen, alternativen Sicherungsmaßnahmen ebnet. Eine besondere, das Alleinentscheidungsrecht des Vorsitzenden begründende Dringlichkeit kommt ferner in Betracht, wenn die Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter zu einer Kammersitzung kurzfristig nicht möglich ist. Von solchen Sonderfällen abgesehen wird aber im arbeitsgerichtlichen Verfahren regelmäßig die Abweisung eines Antrages auf Erlass einer mündlichen Verhandlung nur nach mündlicher Verhandlung durch die Kammer unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter zulässig sein (Ostrowicz/Künzl/Scholz, a. a. O., Rdnr. 832; Germelmann in Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 62 Rdnr. 83; Krönig in Düwell/Lipke, ArbGG, § 62 Rdnr. 53). Gerade im Falle der Zurückweisung des Gesuches wird die Dringlichkeit für die Entscheidung so gut wie nie gegeben sein (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 28.12.1995 – 9 Ta 273/95 -, in LAG-E zu § 62 ArbGG 1979 Nr. 21).

Unter Beachtung dieses strengen Maßstabes ist ein dringender Fall nicht erkennbar. Dass es dem Arbeitsgericht nicht möglich gewesen wäre, kurzfristig eine mündliche Verhandlung unter Beteiligung der ehrenamtlichen Richter anzuordnen, erscheint ausgeschlossen. Darüber hinaus ist auch nicht erkennbar, dass der Antrag auf einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung deshalb zurückzuweisen war, um der Klägerin mit entsprechenden schnellen Hinweisen im ablehnenden Beschluss den Weg einer anderen Vorgehensweise zu ebnet. Dies wäre dann denkbar, wenn es dem Arbeitsgericht durch die Zurückweisung des Antrages darum gegangen wäre, der Klägerin beispielsweise zu ermöglichen, einen neuen, verbesserten Antrag zu stellen. Das war aber erkennbar nicht der Fall. Schließlich lässt sich die besondere Dringlichkeit bezogen auf die Abweisung des Antrages auch nicht damit begründen, dass es möglicherweise - was aber mangels schriftlicher Begründung im Beschluss des Arbeitsgerichts nicht erkennbar ist - dem Arbeitsgericht darum ging, die Sache

möglichst schnell in die Rechtsmittelinstanz zu reichen und dort eine abschließende Klärung der Streitfrage zügig zu ermöglichen. Germelmann (Germelmann u. a., ArbGG, 7. Aufl., § 62 Rdnr. 85) führt dazu aus, es sei denkbar, die Dringlichkeit damit zu begründen, dem Antragsteller beziehungsweise Kläger die Möglichkeit zu eröffnen, die Rechtsmittelinstanz anzurufen. Dies mag in absoluten Ausnahmefällen denkbar sein, muss aber sehr sorgfältig begründet werden unter Beachtung des Grundsatzes, dass die mündliche Verhandlung der Regelfall ist. Denn andernfalls liefe dies auf eine unzulässige Verkürzung des Rechtsschutzes erster Instanz hinaus, (so zutreffend LAG Sachsen, Beschluss vom 08.04.1997 - 1 Ta 89/97 -, in NZA 1998 S. 224) und zudem könnte mit einer solchen Argumentation das Arbeitsgericht jede einstweilige Verfügung zügig in die zweite Instanz durchreichen, weil erst dort eine abschließende Regelung ohne weitere Rechtsmittel möglich ist. Dies hat der Gesetzgeber aber gerade nicht gewollt. Auch für einstweilige Verfügungen bleibt es dabei, dass das Arbeitsgericht die Eingangsinstanz ist, die unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung verfahrensfehlerfrei und in der Sache sorgfältig zu prüfen hat.

Nach alledem litt die Entscheidung des Arbeitsgerichts an erheblichen Verfahrensfehlern, die an sich geeignet wären, den Beschluss aufzuheben und die Sache an das Arbeitsgericht zurückzuverweisen, damit die Verfahrensfehler behoben werden.

c) Das Beschwerdegericht hat von einer solchen Zurückverweisung jedoch ausnahmsweise in diesem Einzelfall abgesehen. Grundsätzlich besteht im Beschwerdeverfahren jedoch die Möglichkeit, bei einem Verfahrensfehler den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Sache an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen. Denn § 68 ArbGG gilt für das sofortige Beschwerdeverfahren nicht (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 28.12.1995 - 9 Ta 273/95 -, in LAG-E § 62 ArbGG 1979, Nr. 21; LAG Nürnberg, Beschluss vom 27.04.1998 - 5 Ta 42/98 -, zit. n. JURIS Rdnr. 16; LAG Hamburg, Beschluss vom 18.07.2002 - 3 Ta 18/02 -, zit. n. JURIS Rdnr. 8).

Im Regelfall sollte eine solche Aufhebung und Zurückverweisung auch erfolgen, denn die Bedeutung der verletzten Verfahrensvorschriften gebietet es, dass das Arbeitsgericht selbst die Verfahrensfehler behebt. Das Beschwerdegericht sieht hier

ausnahmsweise jedoch von einer Zurückverweisung ab, und zwar einzig und allein deshalb, weil eine solche Aufhebung und die damit verbundene Zeitverzögerung den Parteien des Rechtsstreites jetzt zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zugemutet werden kann.

2. In der Sache selbst hat das Arbeitsgericht den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zutreffend abgewiesen. Denn es fehlt jedenfalls am Verfügungsgrund. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund hängen davon ab, wie sicher der Verfügungsanspruch ist. Je rechtlich sicherer vom Vorliegen des Verfügungsanspruches ausgegangen werden darf, umso eher ist auch anzunehmen, dass der Verfügungsgrund gegeben ist. Ist das Vorliegen des Verfügungsanspruches jedoch zweifelhaft, so hat im Rahmen der Prüfung des Verfügungsgrundes eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Aufnahme der in Frage stehenden Tätigkeit mit den Interessen des Arbeitgebers an der Unterlassung derselben stattzufinden. Es ist die Frage zu stellen und zu beantworten, wer jeweils durch eine entsprechende Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren bei späterem Verneinen oder Bejahen des Verfügungsanspruches stärker betroffen wird. Das bedeutet, bei einer zweifelhaften Rechtslage hinsichtlich des Verfügungsanspruches ist zu klären, ob der Arbeitnehmer, wenn ihm im Wege der einstweiligen Verfügung der Wettbewerb untersagt wird, bei einem Obsiegen in der Hauptsache stärker belastet wird als der Arbeitgeber, sofern dieser mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht durchdringt, er aber seinerseits später in der Hauptsache bezüglich der Klärung der Kündigungsfristen obsiegt.

a) Das Vorliegen eines Verfügungsanspruches ist keineswegs sicher, sondern eher zweifelhaft, wenn nicht sogar mit überwiegenden Argumenten zu verneinen. Denn es spricht sehr viel dafür, dass es sich bei der Regelung in § 3 Nr. 1 d des Anstellungsvertrages vom 23.07.1992 um eine intransparente und damit unwirksame Regelung gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB handelt.

aa) Zutreffend hat das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Beschluss die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BAG auf die hier zu beurteilende Regelung aus dem Arbeitsver-

trag des Jahres 1992 bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird ausdrücklich Bezug genommen auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts.

bb) Nach dem damit anzuwendenden Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Vertragsregeln müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel verletzt das Bestimmtheitsgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dann, wenn sie - im Rahmen des rechtlich und tatsächlich zumutbaren - vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält. Dabei ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (BAG, Urteil vom 28.05.2009 - 8 AZR 896/07 -, zit. n. JURIS Rdnr. 19). Im Arbeitsrecht ist bei Formularverträgen die Verständnismöglichkeit des Durchschnittspartners des Verwenders maßgebend, also des sogenannten Durchschnittsarbeitnehmers (KR-Spilger, § 622 BGB Rdnr. 281; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., Rdnr. 446).

cc) Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze bestehen erhebliche Zweifel an der Transparenz der vertraglichen Regelung in § 3 Abs. 1 d.

Abzustellen ist bei der diesbezüglichen Prüfung auf die Frage, ob mit dieser Regelung für den Arbeitnehmer erkennbar ist, welche Kündigungsfrist er bei einer Eigenkündigung einzuhalten hat. Da mit der vertraglichen Regelung - insoweit besteht keine Intransparenz - die Gleichstellung der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers mit jener der Arbeitgeberin gewollt war, hängt die Transparenz der vertraglichen Vereinbarung der vom Arbeitnehmer zu berücksichtigenden Kündigungsfrist davon ab, ob im Arbeitsvertrag transparent geregelt wurde, welche Kündigungsfrist die Arbeitgeberin einzuhalten hat. Dabei ist auf die heutigen Verhältnisse abzustellen.

(1). Die Vertragsparteien vereinbarten im Jahre 1992 die Anwendung der Kündigungsfristen aus dem damaligen Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 09.07.1926. Soweit die Vertragsparteien seinerzeit lediglich auf ein Gesetz Bezug genommen haben, wird diese Regelung dadurch nicht intransparent. Denn das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt nicht, den Gesetzestext in den Vertragstext aufzunehmen oder eine gesetzliche Regelung mit eigenen Worten darzustellen oder zu erläutern (BAG, Urteil vom 28.05.2009 - 8 AZR 896/07 - zit. n. JURIS Rdnr. 22).

(2). Für die Intransparenz der Regelung spricht aber heute, dass nach Ablösung des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 09.07.1926 im Jahre 1993 durch den neugefassten § 622 BGB für den Arbeitnehmer nicht mit der gebotenen Transparenz deutlich ist, welche Regelung nun für die vom Arbeitgeber auszusprechende Kündigung und damit auch für seine eigene Kündigung gilt.

Wollte der Beklagte als „Durchschnittsarbeitnehmer“ anhand der Regelung im Arbeitsvertrag ermitteln, welche Kündigungsfrist er nunmehr einzuhalten hat, so müsste er zunächst erfassen, dass das dort in Bezug genommene Gesetz mittlerweile verfassungswidrig geworden ist. Er müsste dann in einem nächsten Schritt erkennen, dass die vertragliche Regelung, die auf ein verfassungswidriges Gesetz Bezug genommen hat, nunmehr mit der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nicht ersatzlos entfällt, sondern anstelle des in Bezug genommenen Gesetzes nunmehr die neue gesetzliche Regelung gilt, nämlich § 622 BGB. Es mag dabei einen Durchschnittsarbeitnehmer vielleicht noch nicht überfordern zu erkennen, dass bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes dann die spätere Neuregelung gilt. Er müsste sich aber auseinandersetzen mit der Frage, ob die damalige Regelung deklaratorisch oder konstitutiv war. Zwar mag für einen Juristen relativ schnell nachvollziehbar sein, dass es sich bei der Bezugnahme im Arbeitsvertrag um eine deklaratorische Regelung handelte. Für einen Durchschnittsarbeitnehmer ist dies aber nicht ohne Weiteres transparent.

Die Klägerin muss sich entgegenhalten lassen, dass sie es seit 1993, spätestens aber mit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 versäumt hat, die Regelung im Ar-

beitsvertrag klarzustellen mit der Maßgabe, dass die Kündigungsfristen des § 622 BGB auch nach der neuen Rechtslage für beide Parteien gelten sollen. Insoweit bestand auch Klärungsbedarf, denn wenn man annehmen würde, es hätte sich bei der damaligen Regelung um eine konstitutive Inbezugnahme gehandelt, dann hätte der Kläger sogar eine Kündigungsfrist bis zum 30.09.2011 beachten müssen. All dies belegt die Intransparenz der Regelung mit dem weiteren Hinweis, dass diese mit einer klarstellenden Regelung vermeidbar gewesen wäre.

Nur der Vollständigkeit halber soll insoweit auch auf § 3 Nachweisgesetz hingewiesen werden. Dort heißt es in Satz 1, eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen. Dies gilt gemäß Satz 2 des § 3 Nachweisgesetz allerdings nicht bei einer Änderung der gesetzlichen Vorschriften. Vordergründig würde dies bedeuten, dass die Klägerin den Beklagten nach Maßgabe des § 3 eigentlich nicht auf die Gesetzesänderung hätte hinweisen müssen. Da es sich aber bei der Verlängerung der Kündigungsfrist, die der Beklagte einzuhalten hatte, um eine vertragliche Vereinbarung handelte, greift § 3 S. 2 Nachweisgesetz insoweit nicht. Bezogen auf diese vertragliche Vereinbarung hätte die Klägerin dem Beklagten schriftlich mitteilen müssen, dass auch insoweit nunmehr § 622 BGB mit einer gegenüber der vorherigen Regelung etwas kürzeren Kündigungsfrist für die Eigenkündigung des Arbeitnehmers gilt.

Nach alledem ist daher jedenfalls deutlich zweifelhaft, ob die Regelung im Arbeitsvertrag dem Transparenzgebot entspricht.

b) Angesichts dieser zweifelhaften und eher für die Position des Beklagten sprechenden Rechtslage zur einzuhaltenden Kündigungsfrist sind an den Verfügungsgrund besonders hohe Anforderungen zu stellen, die hier nicht vorliegen. Wie bereits oben ausgeführt, ist bei der Prüfung des Verfügungsgrundes eine Interessenabwägung erforderlich (Walker in Schwab/Weth, ArbGG, § 62 Rdnr. 162; Schäfer, Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitsrecht, Rdnr. 117). Der Ausgang der Interessenabwägung hängt in erster Linie davon ab, ob die Rechtslage offensichtlich zu Gunsten einer der Parteien spricht. Bei - wie hier - unklarer Rechtslage kommt es auf die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der Parteien an. Wenn dem Arbeitgeber

durch die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitnehmers kein großer Schaden droht, der Arbeitnehmer andererseits aber auf die Fortsetzung seiner Tätigkeit angewiesen ist, wird ein Verfügungsgrund für eine Unterlassungsverfügung im Zweifel zu verneinen sein (Walker in Schwab/Weth, ArbGG, § 62 Rdnr. 162).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze fehlt es hier am Verfügungsgrund. Die Rechtslage ist sehr zweifelhaft und spricht eher für den Beklagten. Unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien ist er auch schutzbedürftiger und angesichts der von der Klägerin zu verantwortenden möglicherweise fehlenden Transparenz der Regeln in § 3 Abs. 1 d des Arbeitsvertrages auch schutzwürdiger. Denn würde ihm die Tätigkeit für die Firma L. AG bis Ende August 2011 untersagt werden, so würde ihn dies in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, die kaum reparabel wären. Hinzu käme, dass in der Sache der Erlass der einstweiligen Verfügung praktisch die Hauptsache vorwegnehmen würde, obwohl für die Rechtsposition des Beklagten mehr spricht. Auf der anderen Seite ist derzeit überhaupt nicht erkennbar, ob der Klägerin tatsächlich ein wirtschaftlicher großer Schaden droht, wenn der Kläger die Tätigkeit für die Firma L. AG aufnimmt. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Klägerin sich mit der Firma L. AG im Wettbewerb befindet. Es wird auch nicht verkannt, dass der Beklagte aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit spezielle Kenntnisse über den Außendienst auf dem Gebiet der Schweißtechnik im Bereich L. haben dürfte und folglich für die Firma L. AG von besonderem Interesse ist. Dies könnte sich wiederum schädigend für die Klägerin auswirken. Entscheidend bleibt aber im Bereich der vorzunehmenden Interessenabwägung, dass hinsichtlich des Verfügungsanspruches die Rechtslage eher für die Position des Beklagten spricht und folglich der Nachteil für ihn größer wäre, wenn ihm die Tätigkeit für die Firma L. AG untersagt werden würde, obwohl sich später im Hauptsacheverfahren rechtskräftig möglicherweise herausstellen wird, dass der Beklagte rechtmäßig zum 31.03.2011 kündigen durfte. Sollte der Klägerin wiederum durch eine vertragswidrige Tätigkeit des Beklagten für die Firma L. AG ein Schaden entstehen, so bliebe es ihr unbenommen, den Beklagten gegebenenfalls auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, sofern sich herausstellen sollte, dass er nicht vor dem 31.08.2011 hätte kündigen dürfen. Dies natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches überhaupt erfüllt sind.

Nach alledem führt die vorzunehmende Interessenabwägung zur größeren Schutzbedürftigkeit des Beklagten und damit zum Fehlen eines Verfügungsgrundes.

Nach alledem ist die sofortige Beschwerde mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Ein Rechtsmittel gibt es gegen eine zweitinstanzliche Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht.

gez. ...