

Johannes Lumper

# Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall



Nomos

# Arbeits- und Sozialrecht

## Band 129

Johannes Lumper

# Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall



**Nomos**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hagen, FernUniv., Diss., 2012

ISBN 978-3-8487-0008-0

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der FernUniversität in Hagen als Dissertation angenommen. Frau Prof. Dr. Tillmanns gilt mein größter Dank für die engagierte Betreuung und kritische Begleitung bei der Erstellung dieser Arbeit. Frau Prof. Dr. Völzmann-Stickelbrock danke ich herzlich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Stuttgart im November 2012

Johannes Lumper



# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis   | 15 |
| A. Einführung   | 19 |
| B. Rechtsgeschichtliche Entwicklung der Wettbewerbsverbote  | 21 |
| I. Die Zulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote als Folgeproblematik der Einführung der Gewerbefreiheit  | 21 |
| II. Anerkennung der prinzipiellen Zulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote und der Notwendigkeit ihrer umfangsmäßigen Beschränkung Ende des 19. Jahrhunderts | 24 |
| III. Entwicklung der Gesetzgebung zu den Zulässigkeitsgrenzen von Wettbewerbsverboten bei Arbeitnehmern   | 25 |
| 1. Die Regelungen des HGB und der GewO von 1897   | 26 |
| 2. Die Novellierung der Vorschriften des HGB von 1914   | 27 |
| 3. Reformvorhaben seit 1914   | 27 |
| IV. Entwicklung der Rechtsprechung zu den Zulässigkeitsgrenzen von Wettbewerbsverboten bei Arbeitnehmern  | 29 |
| 1. Umfangsmäßige Beschränkung von Wettbewerbsverboten bereits vor Inkrafttreten spezieller gesetzlicher Regelungen  | 29 |
| 2. Ergänzende Zulässigkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB nach Inkrafttreten der ersten gesetzlichen Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote      | 30 |
| 3. Erste Zweifel in der Rechtsprechung an der gesetzlichen Differenzierung nach dem Beginn des 20. Jahrhunderts   | 31 |
| 4. Entwicklung der Rechtsprechung des BAG hin zur analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmergruppen   | 31 |
| V. Fehlende Diskussion um die Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern  | 33 |
| VI. Geschichte der Zulässigkeitsgrenzen unternehmenskaufvertraglicher Wettbewerbsverbote  | 35 |
| 1. Gleichstellung von Wettbewerbsverboten in Unternehmenskauf- und Gesellschaftsaufhebungsverträgen   | 35 |
| 2. Bewertung unternehmenskaufvertraglicher Wettbewerbsverbote in Rechtsprechung und Literatur bis zur Gründung der Bundesrepublik                                 | 36 |
| 3. Grundzüge der Entwicklung der Kontrolle von Wettbewerbsverboten beim Unternehmenskauf nach 1949  | 39 |

|  |    |
|--|----|
| VII. Zusammenfassung   | 41 |
| C. Zulässiger Umfang nachvertraglicher Wettbewerbsverbote  | 43 |
| I. Zulässigkeitsgrenzen arbeitsvertraglicher Wettbewerbsverbote  | 43 |
| 1. Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen durch die §§ 74 ff. HGB   | 43 |
| 1.1. Unabhängig von den Umständen des Einzelfalls geltende Zulässigkeitsgrenzen  | 43 |
| 1.2. Von den konkreten Einzelfallumständen abhängige Zulässigkeitsgrenzen  | 43 |
| 1.2.1. Örtliche Grenzen  | 46 |
| 1.2.2. Zeitliche Grenzen   | 47 |
| 1.2.3. Sachliche Grenzen   | 47 |
| 1.3. Unbillige Fortkommenserschwerung als Zulässigkeitsgrenze  | 49 |
| 1.4. Rechtsfolgen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsverboten nach den §§ 74 ff. HGB  | 51 |
| 2. Möglichkeiten der Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand des § 138 BGB  | 53 |
| 3. Möglichkeiten der Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand der §§ 305 ff. BGB   | 55 |
| 3.1. Wettbewerbsverbote als Gegenstand einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB  | 55 |
| 3.1.1. Ausschluss der AGB-Inhaltskontrolle durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB   | 55 |
| 3.1.2. Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 74 ff. HGB und den §§ 307 ff. BGB  | 57 |
| 3.2. Weitere Vorschriften der AGB-Kontrolle als Maßstab für die Zulässigkeitsgrenzen von Wettbewerbsverboten                 | 60 |
| 4. Möglichkeiten der Festlegung von kartellrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen  | 60 |
| II. Zulässigkeitsgrenzen von Wettbewerbsverboten in Geschäftsführer-Anstellungsverträgen                                     | 62 |
| 1. Umfang der direkten Anwendbarkeit des Kontrollmaßstabs der §§ 74 ff. HGB  | 62 |
| 1.1. Darstellung der zivil- und arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zum potentiellen Arbeitnehmerstatus von Organmitgliedern | 63 |
| 1.1.1. Das Unvereinbarkeitsdogma des BGH für Organstellung und Arbeitsverhältnis   | 63 |

|   |    |
|---|----|
| 1.1.2. Die am Grad der Weisungsgebundenheit<br>erfolgende Qualifizierung des Organ-<br>Anstellungsverhältnisses durch das BAG                 | 64 |
| 1.1.3. Die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft von<br>Organmitgliedern durch den EuGH   | 66 |
| 1.2. Darstellung der Literaturansichten zur Möglichkeit von<br>Arbeitnehmer-Organen   | 67 |
| 1.2.1. Die dem BGH folgende herrschende Lehre   | 67 |
| 1.2.2. Die die Möglichkeit eines Arbeitsverhältnisses von<br>Organmitgliedern prinzipiell bejahenden<br>Literaturansichten                    | 69 |
| a) Der auf die gesellschaftsrechtliche<br>Weisungsgebundenheit gestützte<br>Begründungsansatz   | 70 |
| b) Der auf die konkrete Ausgestaltung des<br>Anstellungsverhältnisses gestützte<br>Begründungsansatz  | 71 |
| c) Der auf den Arbeitnehmerbegriff Wanks<br>gestützte Begründungsansatz   | 72 |
| 1.3. Eigene Stellungnahme zur Möglichkeit eines<br>Arbeitsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und<br>Gesellschaft                          | 73 |
| 1.3.1. Festlegung des Arbeitnehmerbegriffs als<br>Voraussetzung einer Einordnung der<br>Anstellungsverhältnisse von GmbH-<br>Geschäftsführern | 73 |
| a) Die Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff  | 73 |
| b) Der „klassische“ Arbeitnehmerbegriff als<br>Ausgangspunkt  | 75 |
| 1.3.2. Möglichkeit einer Einstufung des GmbH-<br>Geschäftsführers als Arbeitnehmer  | 77 |
| a) Neutralität der arbeitsgesetzlichen<br>Bereichsausnahmen für die Statusbeurteilung   | 77 |
| b) Unerheblichkeit der organschaftlichen<br>Kompetenzen für die arbeitsrechtliche<br>Bewertung des Anstellungsverhältnisses                   | 77 |
| c) Keine Ausgeschlossenheit eines<br>Arbeitsverhältnisses wegen<br>korporationsrechtlicher<br>Weisungsgebundenheit                            | 79 |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| d)     | Unerheblichkeit einer vertraglich vereinbarten unternehmerischen Weisungsgebundenheit für die arbeitsrechtliche Bewertung des Anstellungsverhältnisses | 80 |
| e)     | Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers bei anstellungsvertraglich vereinbarter zeitlicher und örtlicher Weisungsbindung                     | 81 |
| f)     | Einfluss der Gesellschaftsbeteiligung auf die Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses  | 82 |
| g)     | Grundsätze der rechtlichen Einordnung von Anstellungsverträgen in Drittanstellungsfällen   | 83 |
| 1.4.   | Zusammenfassung zur Möglichkeit eines Arbeitnehmerstatus von GmbH-Geschäftsführern und Konsequenzen für die direkte Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB    | 83 |
| 2.     | Möglichkeiten der Wettbewerbsverbotskontrolle durch eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB   | 84 |
| 2.1.   | Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur (analogen) Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB  | 85 |
| 2.2.   | Darstellung der Literaturansichten zur Analogiefähigkeit der §§ 74 ff. HGB   | 86 |
| 2.2.1. | Die eine analoge Anwendung (teilweise) ausschließenden Literaturansichten  | 86 |
| 2.2.2. | Die eine analoge Anwendung befürwortenden Literaturansichten   | 87 |
| 2.3.   | Eigene Stellungnahme zur analogen Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB  | 89 |
| 2.3.1. | Analogiefähigkeit der die Arbeitnehmerinteressen schützenden Vorschriften  | 90 |
| a)     | Unerheblichkeit des Konkurrenzpotentials für eine Ablehnung der Vergleichbarkeit   | 90 |
| b)     | Unerheblichkeit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit für die Beurteilung der Vergleichbarkeit   | 91 |
| c)     | Irrelevanz des Wettbewerbsverbots zu Grunde liegenden Interessenkonflikts für die Feststellung der Vergleichbarkeit                                    | 92 |
| d)     | Unerheblichkeit des Konkurrenzpotentials für eine Annahme der Vergleichbarkeit   | 93 |

|   |     |
|---|-----|
| e) Die Gründe der gesetzgeberischen<br>Einschränkung der Vertragsfreiheit als<br>entscheidendes Kriterium für die Beurteilung<br>der Vergleichbarkeit | 93  |
| 2.3.2. Analogiefähigkeit der die Unternehmensinteressen<br>schützenden Vorschriften   | 95  |
| 3. Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand des § 138<br>Abs. 1 BGB   | 96  |
| 3.1. Darstellung der nach der herrschenden Meinung<br>anzuwendenden zweistufigen Prüfungsmethode  | 96  |
| 3.2. Sittenwidrigkeitskontrolle ohne Heranziehung der<br>Grundsätze der §§ 74 ff. HGB   | 98  |
| 3.3. Von den konkreten Einzelfallumständen abhängige<br>Zulässigkeitsgrenzen  | 102 |
| 3.3.1. Örtliche Grenzen   | 103 |
| 3.3.2. Zeitliche Grenzen  | 104 |
| a) Die unterschiedlichen Ansichten zur zulässigen<br>Höchstdauer  | 104 |
| b) Eigene Stellungnahme zum zulässigen<br>zeitlichen Umfang   | 106 |
| 3.3.3. Sachliche Grenzen  | 109 |
| 3.4. Notwendigkeit einer Karenzentschädigung  | 111 |
| 3.4.1. Darstellung der Rechtsprechung zur<br>Karenzentschädigungspflicht  | 111 |
| 3.4.2. Überblick über die zur<br>Karenzentschädigungspflicht vertretenen<br>Literaturansichten  | 112 |
| 3.4.3. Eigene Stellungnahme zur<br>Karenzentschädigungspflicht  | 114 |
| 3.5. Rechtsfolgen der Unzulässigkeit von<br>Wettbewerbsverboten nach § 138 Abs. 1 BGB   | 117 |
| 3.5.1. Annahme der Möglichkeit einer Teilnichtigkeit<br>durch die Rechtsprechung  | 117 |
| 3.5.2. Begründungsansätze einer möglichen<br>geltungserhaltenden Reduktion in der Literatur   | 117 |
| 3.5.3. Eigene Stellungnahme zur Zulässigkeit der<br>geltungserhaltenden Reduktion   | 120 |

|        |   |     |
|--------|---|-----|
| 4.     | Möglichkeiten der Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand der §§ 305 ff. BGB   | 124 |
| 4.1.   | Wettbewerbsverbote als Gegenstand einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB  | 124 |
| 4.2.   | Weitere Vorschriften der AGB-Kontrolle als Maßstab für die Zulässigkeitsgrenzen von Wettbewerbsverboten                     | 126 |
| 5.     | Möglichkeiten der Festlegung von kartellrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen  | 126 |
| III.   | Zulässigkeitsgrenzen unternehmenskaufvertraglicher Wettbewerbsverbote   | 127 |
| 1.     | Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB   | 127 |
| 2.     | Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand des § 138 Abs. 1 BGB   | 128 |
| 2.1.   | Darstellung von Prüfungsmethode und Prüfungsergebnissen der herrschenden Meinung  | 128 |
| 2.1.1. | Die Prüfungsmethode der herrschenden Meinung  | 128 |
| 2.1.2. | Die nach herrschender Meinung aus § 138 Abs. 1 BGB resultierenden Zulässigkeitsgrenzen                                      | 129 |
| 2.2.   | Einheitlicher Sittenwidrigkeitsmaßstab für Wettbewerbsverbote in Unternehmenskauf- und Geschäftsführer-Anstellungsverträgen | 131 |
| 3.     | Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand des § 1 GWB  | 132 |
| 3.1.   | Grundsätzliche kartellrechtliche Zulässigkeit der Wettbewerbsverbote nach der Immanenztheorie                               | 132 |
| 3.2.   | Darstellung der zu den aus § 1 GWB resultierenden Zulässigkeitsgrenzen vertretenen Ansichten                                | 134 |
| 3.3.   | Identität der sich aus § 1 GWB und § 138 Abs. 1 BGB ergebenden Zulässigkeitsgrenzen   | 136 |
| 4.     | Möglichkeiten der Festlegung von Zulässigkeitsgrenzen anhand der §§ 305 ff. BGB   | 137 |
| IV.    | Zusammenfassung   | 138 |
| D.     | Zulässigkeitsgrenzen bei kollidierenden Kontrollmaßstäben   | 141 |
| I.     | Zusammentreffen von Arbeitnehmerstatus und Unternehmensverkauf  | 142 |
| 1.     | Unternehmensverkauf durch einen Arbeitnehmer mit Unternehmensbeteiligung  | 142 |
| 1.1.   | Die Entscheidung des BAG vom 18.8.1997  | 143 |
| 1.2.   | Die bisherigen Lösungsvorschläge der Literatur  | 144 |

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 1.3.   | Kritik der vertretenen Lösungsansätze  | 145 |
| 1.3.1. | Unerheblichkeit eines „einheitlichen Lebenssachverhalts“   | 145 |
| 1.3.2. | Ungeeignetheit des wirtschaftlichen Schwerpunkts als Entscheidungskriterium  | 145 |
| 1.3.3. | Unmöglichkeit eines Rückschlusses aus § 75 d HGB   | 146 |
| 1.4.   | Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Kontrollmaßstabes in Kollisionsfällen   | 147 |
| 1.4.1. | Möglichkeit des Zusammentreffens von Arbeitnehmerstatus und Unternehmensbeteiligung  | 147 |
| 1.4.2. | Bestimmung des anwendbaren Kontrollmaßstabs durch das dem Erwerb der „Berufserfahrung“ zu Grunde liegende Rechtsverhältnis | 150 |
| 1.4.3. | Anrechenbarkeit des Anteilskaufpreises auf Mindestkarenzenschädigung   | 153 |
| 2.     | Unternehmensverkauf und Begründung eines Arbeitsverhältnisses  | 154 |
| II.    | Zusammentreffen von Geschäftsführerstellung und Unternehmensverkauf  | 156 |
| 1.     | Die bisherige Diskussion in der Literatur  | 157 |
| 2.     | Fehlende Diskussion der Problematik in der Rechtsprechung  | 158 |
| 3.     | Keine Kollision von Kontrollmaßstäben bei Zusammentreffen von Geschäftsführerstellung und Unternehmensverkauf              | 159 |
| III.   | Zusammentreffen von Geschäftsführerstellung und Arbeitnehmerstatus   | 160 |
| IV.    | Kollidierende Wettbewerbsverbote   | 161 |
| 1.     | Weitgehende Gleichbehandlung der Problematiken in den vorliegenden Stellungnahmen der Literatur                            | 161 |
| 2.     | Kollidierende Wettbewerbsverbote als Änderungsverträge   | 162 |
| V.     | Zusammenfassung  | 164 |
| E.     | Zusammenfassung der Ergebnisse   | 167 |
|        | Literaturverzeichnis   | 169 |



# Abkürzungsverzeichnis

|               |  |
|---------------|--|
| a.A.          | andere Ansicht   |
| ABl.          | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften                                  |
| Abs.          | Absatz   |
| AcP           | Archiv für die civilistische Praxis  |
| ADHGB         | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch                                    |
| AE            | Arbeitsrechtliche Entscheidungen   |
| AEUV          | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union                       |
| a.F.          | alte Fassung   |
| AG            | Aktiengesellschaft   |
| AGB           | Allgemeine Geschäftsbedingung  |
| AktG          | Aktiengesetz   |
| amtl.         | amtlich  |
| Anm.          | Anmerkung  |
| AP            | Arbeitsrechtliche Praxis   |
| ArbGG         | Arbeitsgerichtsgesetz  |
| AR-Blattei SD | Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellungen                           |
| ArbRB         | Arbeits-Rechts-Berater   |
| ARS           | Arbeitsrechts-Sammlung   |
| Art.          | Artikel  |
| Aufl.         | Auflage  |
| BAG           | Bundesarbeitsgericht   |
| BAGE          | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts             |
| BB            | Betriebsberater  |
| Bd.           | Band   |
| Beschl.       | Beschluss  |
| BetrVG        | Betriebsverfassungsgesetz  |
| BGB           | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGH           | Bundesgerichtshof  |
| BGHZ          | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BVerfG        | Bundesverfassungsgericht   |
| BVerfGE       | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts         |
| bzw.          | beziehungsweise  |
| DB            | Der Betrieb  |
| DStR          | Das Steuerrecht  |
| d.h.          | das heißt  |
| DJZ           | Deutsche Juristen Zeitung  |

|        |  |
|--------|--|
| EGV    | Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft   |
| EuGH   | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften  |
| EWiR   | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht  |
| EWS    | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht  |
| f.     | folgende   |
| ff.    | folgende   |
| FKVO   | Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung) |
| Fn.    | Fußnote  |
| FS     | Festschrift  |
| GbR    | Gesellschaft bürgerlichen Rechts   |
| GewO   | Gewerbeordnung   |
| GG     | Grundgesetz  |
| ggf.   | gegebenenfalls   |
| GmbH   | Gesellschaft mit beschränkter Haftung  |
| GmbHG  | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  |
| GmbHR  | GmbH Rundschau   |
| GRUR   | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht   |
| GWB    | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen   |
| GWR    | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht  |
| HGB    | Handelsgesetzbuch  |
| h.L.   | herrschende Lehre  |
| h.M.   | herrschende Meinung  |
| Hrsg.  | Herausgeber  |
| HS     | Halbsatz   |
| JuS    | Juristische Schulung   |
| Kap.   | Kapitel  |
| KG     | Kommanditgesellschaft  |
| KSchG  | Kündigungsschutzgesetz   |
| LAG    | Landesarbeitsgericht   |
| LAGE   | Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte   |
| LG     | Landgericht  |
| MDR    | Monatsschrift für Deutsches Recht  |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen  |
| NJW    | Neue Juristische Wochenschrift   |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport   |
| Nr.    | Nummer   |
| NZA    | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht  |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport  |
| NZG    | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht  |
| OHG    | offene Handelsgesellschaft   |
| OLG    | Oberlandesgericht  |

|           |  |
|-----------|--|
| OLGR      | OLG-Report   |
| RAG       | Reichsarbeitsgericht   |
| RArbBl    | Reichsarbeitsblatt   |
| RdA       | Recht der Arbeit   |
| Recht     | Das Recht: Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung                |
| RG        | Reichsgericht  |
| RGBl.     | Reichsgesetzblatt  |
| RGZ       | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn.       | Randnummer   |
| RNotZ     | Rheinische Notarzeitung  |
| Rs.       | Rechtssache  |
| S.        | Seite  |
| sj        | steuer-journal   |
| Slg.      | Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG                       |
| u.a.      | unter anderem  |
| Unterabs. | Unterabsatz  |
| Urt.      | Urteil   |
| u.U.      | unter Umständen  |
| v.        | vom  |
| vgl.      | vergleiche   |
| WM        | Wertpapiermitteilungen   |
| WRP       | Wettbewerb in Recht und Praxis   |
| z.B.      | zum Beispiel   |
| ZfA       | Zeitschrift für Arbeitsrecht   |
| ZGR       | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht                   |
| ZHR       | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht              |
| ZIP       | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                       |
| ZPO       | Zivilprozessordnung  |

