

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 8

**Die Behandlung
unzulässiger Wettbewerbsverbote**

Von

Dr. Dietrich Löffl



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DIETRICH LÖFFL

Die Behandlung unzulässiger Wettbewerbsverbote

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 8

Die Behandlung unzulässiger Wettbewerbsverbote

Von

Dr. Dietrich Löffl



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	9
A. Die Wettbewerbsklausel	11
1. Definition und Vertragscharakter	11
2. Der positive Rechtszustand	12
a) Die Bestimmungen des HGB und der GewO	12
b) Die historische Entwicklung	12
3. Die grundsätzlichen Möglichkeiten der Verstöße	14
a) Die Verstöße gegen §§ 74 ff. HGB	14
b) Die Verstöße gegen § 133 f. GewO	17
c) Die analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB	17
aa) Die bejahende Meinung	17
bb) Die herrschende verneinende Meinung (Sonderregeln)	17
d) Die Bedeutung des § 138 BGB für Wettbewerbsverbote mit gewerblichen Arbeitern	18
4. Die Trennung der einzelnen Gruppen	19
a) Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern	19
b) Unterscheidung zwischen Handlungsgehilfen und gewerblichen Angestellten	19
c) Zusammentreffen verschiedener Tätigkeitsarten	20
B. Lösungsversuche bei der Betrachtung unzulässiger Wettbewerbsverbote	22
I. Die grundsätzliche Folge unzulässiger Wettbewerbsverbote	22
1. Ausgehend von Art. 12 GG	22
a) Die absolute Wirkung von Grundrechten, besonders von Art. 12 I GG	22
b) Verstöße gegen Art. 12 I GG	23
c) Das Verhältnis von Art. 12 GG zu § 134 BGB	24
2. Ausgehend von § 138 BGB	25
II. Lösungsmöglichkeiten über § 138 BGB	26
1. Die Meinung von v. Tuhr	26
2. Die Rechtsprechung des RG bezüglich sogenannter Höchstpreise	27
3. Die Meinung von Lehmann	27
4. Die Meinung von Lange	28
5. Die Meinung von Sieg	28

6. Die Meinung von Raiser	29
7. Die Meinung von Eckstein	30
8. Kritik	34
<i>III. Lösungsmöglichkeit über § 139 BGB</i>	<i>34</i>
1. Das Verhältnis von § 139 BGB zu § 138 BGB	34
a) Die Stellung des BGH	34
b) Die Ansicht des RG und des Schrifttums	35
2. Der Gedanke des § 141 II BGB	35
3. Der Inhalt von § 139 BGB	36
a) Teilbarkeit des Rechtsgeschäftes	36
b) Vermutung nach dem Parteiwillen	37
4. Kritik	37
<i>IV. Lösungsmöglichkeit nach § 242 BGB</i>	<i>37</i>
1. Die Entwicklung	37
a) Die Anfänge beim RG	38
aa) Restriktive Auslegung	38
bb) Preisgabe dieser Auffassung	38
b) Der Beitrag Nipperdeys	39
c) Die Bedeutung in der Folgezeit	39
2. Die Brauchbarkeit des bisherigen Ergebnisses für Wettbewerbsverbote	39
3. Meinungen zur Auslegung des § 242 BGB	40
a) Die Ansicht von Wieacker	40
b) Die Ansicht von Raiser	41
c) Die Ansicht von Baur	42
d) Kritische Betrachtungen	42
4. Die Fürsorgepflicht	43
a) Das beiderseitige Treueverhältnis	44
b) Die Zweifel Molitors	45
c) § 242 BGB als Grundlage der beiderseitigen Treuepflicht	45
d) Das Verhältnis von Gratifikations- und Wettbewerbsabreden zu § 242 BGB	45
e) Die Meinung von Trieschmann und Kritik dazu	46
<i>V. Lösungsmöglichkeit nach § 343 BGB</i>	<i>46</i>
1. Die Meinung von Bötticher	46
2. Kritik	47
<i>VI. Lösungsversuch innerhalb §§ 74 ff. HGB</i>	<i>48</i>
1. Die Karenzentschädigung gemäß § 74 II HGB	48
2. Die Bedingungen des § 74 a I Satz 2 HGB	48
3. Das Interesse des Arbeitgebers gemäß § 74 a I Satz 1 HGB	49
4. Die sich ergebenden Möglichkeiten für den Richter	49
<i>VII. Lösungsversuch innerhalb des § 133 f GewO</i>	<i>50</i>
Die Bedeutung der soeben für §§ 74 ff. HGB gewonnenen Ergebnisse	50

VIII. Die „Vermutung“ des 5. Senates BAG	51
1. Die Entwicklung aus § 139 BGB	51
2. Vorbehalte des Schrifttums	52
a) Die Kritik von Molitor	52
b) Die Kritik von Isele	52
3. Zustimmung in Schrifttum und Rechtsprechung	52
IX. Die „verfassungskonforme Auslegung“ des 1. Senates BAG	53
1. Ebenfalls Entwicklung aus § 139 BGB	53
2. Behandlung der „Vermutung“ des § 139 BGB	54
X. Lösungsversuch	55
1. Die Bedeutung des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens für den Arbeitnehmer bei Wettbewerbsabreden	55
2. Die Bedeutung der Anwendung beider Lösungsmöglichkeiten des BAG	56
a) Die gemeinsame ergänzende Anwendung	56
b) Die Notwendigkeit der Teilbarkeit einer Abrede	57
c) Die Grenzen der Anwendung	58
3. Das Verhältnis einer nichtigen Wettbewerbsabrede zum Arbeitsvertrag	59
4. Wertender Rückblick auf die Ergebnisse früher Lösungsgedanken	60
C. Die Bestätigung der entwickelten Lösung	62
I. Bestätigung durch den Vorschlag Söllmers (§ 315 BGB) als Rechtfertigung aus der Entwicklung einer Gegenmeinung	62
II. Bestätigung durch Lösungsvorschläge, die sich unmittelbar oder mittelbar mit Wettbewerbsverboten befassen	65
1. Im Schrifttum	65
2. In der Rechtsprechung	66
3. Auf legislatorischem Gebiet	67
D. Schlußgedanke	69
Literaturverzeichnis	70

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbuR	= Arbeit und Recht
ArchBürgR	= Archiv für Bürgerliches Recht
ARS	= Arbeitsrechtliche Sammlung
Art.	= Artikel
BAG	= Bundesarbeitsgericht und als Zitat die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Der Betriebsberater
Bem.	= Bemerkung
Betr.	= Der Betrieb
BGB-RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (Zitierweise dort empfohlen)
BGH	= Bundesgerichtshof und als Zitat die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	= Bundessozialgericht
BuverfGer	= Bundesverfassungsgericht
BuverfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BuverwGer	= Bundesverwaltungsgericht
BuverwGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DR	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRWiss	= Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DV	= Deutsche Verwaltung
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
GG	= Grundgesetz
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LAG	= Landesarbeitsgericht
L/M	= Lindenmaier-Möhring
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift

OVG	=	Oberverwaltungsgericht
RAG	=	Reichsarbeitsgericht und als Zitat die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RArbBl	=	Reichsarbeitsblatt
RdA	=	Recht der Arbeit
Rdn	=	Randnotiz
Recht	=	Das Recht
RG	=	Reichsgericht und als Zitat die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts
RStWi	=	Recht, Staat, Wirtschaft
RuSt	=	Recht und Staat
SAE	=	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Urt.	=	Urteil
V.	=	Von oder vom
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Warn.Rspr.	=	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAKDR	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
Zit.	=	Zitiert

Die angegebenen Abkürzungen richten sich nach **Kirchner** (Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache), lediglich die Abkürzungen **BuVerfGer** und **BuVerwGer** weichen davon ab.

Amtliche Sammlungen werden nach **Band** und **Seite**, Aufsätze und Beiträge in Zeitschriften nach **Jahrgang** und **Seite** zitiert.

Die hochgestellte Ziffer hinter der Nr. bei **AP**-Zitaten bedeutet die **Seite**, längere Anmerkungen sind mit einer hochgestellten Ziffer in Klammern zitiert.

Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, wie zu erfahren ist, wenn Wettbewerbsverbote in einer Weise ausgestaltet worden sind, die nicht mehr mit unserer Rechtsordnung vereinbar ist. Maßstäbe für diese Wertung sind Art. 12 GG und § 138 BGB.

In einem ersten Abschnitt geht es darum, gesetzliche Bestimmungen zu betrachten, die sich ausdrücklich mit Wettbewerbsklauseln befassen. Es wird festzustellen sein, daß diese Bestimmungen uneinheitlich und nicht für alle Gruppen von Arbeitnehmern gedacht sind.

Ein zweiter Abschnitt setzt sich mit den Folgen eines Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG und § 138 BGB auseinander.

Es wird von dem Ergebnis ausgegangen, daß bereits gegen Art. 12 GG verstoßen ist. Wie es dazu gekommen ist, dies darzulegen würde der Arbeit sowohl räumlich als auch inhaltlich einen anderen Schwerpunkt geben, und es ist deshalb die Darstellung der überaus komplizierten Verhältnisse um und innerhalb des Art. 12 GG unterblieben.

Was das Verhältnis von Art. 12 GG zum Zivilrecht betrifft, wird davon ausgegangen, daß diese Grundrechtsbestimmung eine absolute Wirkung in das Zivilrecht hinein entfaltet. Auch auf eine Entwicklung dieses Punktes wurde verzichtet, zumal es im wesentlichen nur zu einer Aufzählung bereits geäußerter und wohl nahezu erschöpfender Begründungen kommen würde.

Es wird versucht, gegen das Erbe des römischen Rechtes anzugehen, das in der Regel nur ein Ja oder ein Nein kannte, und durch eine dem Einzelfall angepaßte Lösung zu ersetzen.

Das moderne Wirtschaftsleben besteht aus einem Geflecht rechtlicher Verhältnisse, in denen die destruktive Nichtigkeit bei Fehlleistungen die Ausnahme, nicht aber die Regel sein soll.

Ein dritter Abschnitt endlich soll aufzeigen, inwieweit die vorgeschlagene Lösung durch bisherige Vorarbeiten und Vorschläge im Schrifttum und in der Rechtsprechung gerechtfertigt ist.

A. Die Wettbewerbsklausel

1. Definition und Vertragscharakter

Wettbewerbsverbote sind denkbar zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, aber auch zwischen zwei sozial gleichstehenden Partnern, so wenn etwa ein Kaufmann sein Geschäft an einen anderen verkauft oder zwei Ärzte ihre Praxis tauschen¹. Im Gesetz ist nirgends definiert, was Wettbewerbsverbote sind. Wettbewerbsverbote sind in diesem weiten Sinne Vereinbarungen, „durch welche der Verpflichtete für die Zeit nach Erledigung der Rechtsverhältnisse in dessen Folge sie erscheinen, in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird“².

Da Verträge zwischen selbständigen Kaufleuten nicht dem Arbeitsrecht angehören, sondern rein bürgerlich-rechtlicher Natur sind (im Einzelfall evtl. der Kammer für Handelssachen zufallen), eine Verletzung des Art. 12 GG und des § 138 BGB also aus ganz anderen Aspekten in Frage kommt als im Arbeitsverhältnis, ist im folgenden nur die Konkurrenzklausel zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Gegenstand der Betrachtung³. Der Geschäftsverkaufs- oder Pachtvertrag tritt dann an die Stelle des Arbeitsvertrages, wenn es um Probleme des § 139 BGB geht. Es muß dann nicht mehr versucht werden, der Nichtigkeitsfolge deshalb zu entgehen, weil sie im Arbeitsrecht eine Ausnahme sein soll; es gelten vielmehr die Bestimmungen des BGB (§§ 134 und 138 BGB), da es sich um rein schuldrechtliche Tatbestände handelt. § 138 BGB hat somit eine andere Richtung erhalten, da nun die „schwachen Schultern“ des Arbeitnehmers fehlen⁴.

Für das hier eingeschränkte Geltungsgebiet ist ein Wettbewerbsverbot somit jede Absprache, die geeignet ist, einen Arbeitnehmer nach beendetem Anstellungsverhältnis in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit „irgendwie geartet“ zu beschränken⁵.

¹ Ritter, DJZ 1902/349 ff., 352 zählt weiter noch Geschäftsverpachtungs-, Gesellschafts- und Agenturverträge auf.

² Ritter, a.a.O., S. 350.

³ Die hierbei gewonnenen Ergebnisse geben in der Regel auch auf die weit weniger komplizierten Fragen Auskunft, die aus dem Verhältnis zweier selbständiger Berufsausübender zueinander auftauchen können.

⁴ Ritter, a.a.O., S. 352.

⁵ RAG ARS 14/353.

Dabei ist der Begriff der gewerblichen Tätigkeit nicht nur im Sinne einer selbständigen Tätigkeit zu verstehen, sondern § 74 I HGB gilt auch dann, wenn es sich um Beschränkungen der Tätigkeit zu einem anderen Arbeitgeber handelt⁶.

In aller Regel besteht ein Wettbewerbsverbot aus dem Vertragsgegenstand, also der Art und Weise der Tätigkeit, in Beziehung gesetzt zu einem räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich.

Die Wettbewerbsabrede ist rechtlich gesehen ein Vertrag, die Vorschriften über fehlerhafte Willenserklärungen kommen zur Anwendung, die §§ 119, 123, 154, 155 BGB⁷.

2. Der positive Rechtszustand

a) Die Bestimmungen des HGB und der GewO

Für den Handlungsgehilfen regeln die §§ 74 ff. HGB verhältnismäßig eingehend das Wettbewerbsverbot. Für den gewerblichen oder technischen Angestellten kommt § 133 f GewO in Betracht. Für den gewerblichen Arbeiter fehlen Bestimmungen gänzlich. Die Rechtsprechung leidet sehr darunter, daß Vorschriften für alle Arbeitnehmer fehlen.

b) Die historische Entwicklung

Die lückenhafte, unbefriedigende gesetzliche Regelung wird durch die geschichtliche Entwicklung erklärt:

Dem römischen Recht waren Konkurrenzklauseln fremd. Die Hilfskräfte des Gewerbetreibenden waren seine Sklaven oder seine Haus söhne. Solange er sie nicht freiließ (die Sklaven durch *manumissio*, die Haussöhne durch *emancipatio*), konnten sie ihm keinerlei Konkurrenz machen. Waren sie aber einmal frei, so war eine Einschränkung ihrer Tätigkeit im Rahmen der bereits geltenden Handels- und Gewerbefreiheit nicht mehr möglich⁸.

Im Gegensatz zum römischen Recht kannte das deutsche Recht des Mittelalters keine Gewerbefreiheit, da Zünfte und Innungen das Ge-

⁶ AP Nr. 102 zu § 74 HGB; RAG ARS 14/353, 355; RAG ARS 4/262, 264, 265.

⁷ *Grüll*, Konkurrenzklausel, S. 13; *Baum*, Wettbewerbsverbot, S. 54.

⁸ cf. 1.18 Dig. XXX. VII, 14 de jure patronatus: *Quaero, an libertus prohiberi potest a patrono in eadem colonia in qua ipse negotiatur idem genus negotii exercere. Scaevola respondit non posse prohiberi.*

1.2 Dig. XXX. VII 14: *Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent.* (Vgl. *Baum*, Wettbewerbsverbot, S. 9; *Beyer*, Konkurrenz-klausel, S. 8.)