

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 331

Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Eine systematisierende Erörterung
unter besonderer Berücksichtigung
der gesetzlichen Wettbewerbsverbote
gewerblicher Absatzmittler

Von

Gabriel Jakob



Duncker & Humblot · Berlin

GABRIEL JAKOB

Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 331

Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Eine systematisierende Erörterung unter besonderer
Berücksichtigung der gesetzlichen Wettbewerbsverbote
gewerblicher Absatzmittler

Von

Gabriel Jakob



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18431-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58431-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von März 2021.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Hanno Merkt. Seine Anregungen sowie der Freiraum, den er mir gewährte, haben diese Arbeit erst möglich gemacht. Für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens bin ich zudem Herrn Professor Dr. Jan Lieder sehr verbunden.

Herzlich danken möchte ich zudem Frau Lucie Schultz für ihre vielseitige Unterstützung, insbesondere in der Endphase der Erstellung der Arbeit. Auch Herrn Ulli Schultz sei an dieser Stelle besonders gedankt.

Mein größter Dank gebührt schließlich meinen Eltern Jutta und Stefan Jakob. Nur durch ihre bedingungslose Unterstützung und fortwährende Großzügigkeit konnte die Arbeit verwirklicht werden. Ihnen sei diese Arbeit daher gewidmet.

Freiburg, im Juni 2021

Gabriel Jakob

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung und Grundlagen	23
§ 1 Einführung	23
§ 2 Forschungsstand und Forschungsziel	25
A. Forschungsstand	25
B. Forschungsziel	27
§ 3 Gang der Untersuchung	28
§ 4 Grundlagen zu Wettbewerbsverboten	29
A. Begriff	29
B. Differenzierungen	29
I. Differenzierung nach der Rechtsgrundlage	29
II. Differenzierung nach der Wirkungszeit	30
C. Wettbewerbsverbote im Handels- und Gesellschaftsrecht	30

2. Teil

Wettbewerbsverbote des Handelsrechts	33
§ 5 Das Wettbewerbsverbot des Handlungsgehilfen	33
A. Das Handlungsgehilfengeschäft	33
I. Die Parteien	34
1. Die Person des Handlungsgehilfen	34
a) Anstellung einer Person	34
b) Anstellung im Handelsgewerbe	34
c) Leistung kaufmännischer Dienste	35
d) Handeln in fremdem Namen und für fremde Rechnung	35
e) Entgeltlichkeit der Dienstleistung	35
2. Der Prinzipal	36
II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	36

III. Wechselseitige Pflichten	37
1. Pflichten des Handlungsgehilfen	37
a) Dienstleistungspflicht	37
b) Nebenpflichten	38
2. Pflichten des Prinzipals	38
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	39
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	39
I. Geltungsgrund und Schutzrichtung	40
1. Interessenkonflikt als Ausgangspunkt	40
2. Rechtsgrundlage	41
II. Geltungsbereich	42
1. Persönlicher Geltungsbereich	42
a) Sonstige Arbeitnehmer	43
aa) Meinungsstand	43
bb) Stellungnahme	43
(1) Möglichkeit der Erstreckung auf alle Arbeitnehmer	44
(2) Notwendigkeit der Erstreckung	44
(3) Rechtsgrundlage	45
b) Arbeitnehmerähnliche Person	46
c) Zwischenergebnis	47
2. Zeitlicher Geltungsbereich	47
3. Räumlicher Geltungsbereich	47
III. Verbotsumfang	49
1. Verbot des Betriebs eines Handelsgewerbes (§ 60 Abs. 1 Var. 1 HGB) ..	49
a) Historische Einordnung	49
b) Verfassungskonformität des § 60 Abs. 1 Var. 1 HGB	50
c) Verfassungskonforme Auslegung des § 60 Abs. 1 Var. 1 HGB	51
2. Verbot von Geschäften (§ 60 Abs. 1 Var. 2 HGB)	52
3. Einwilligung des Prinzipals	53
IV. Rechtsfolgen bei Verletzung	53
1. Kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB	53
2. Schadensersatzanspruch, § 61 Abs. 1 Var. 1 HGB	54
3. Abschöpfungsrecht, § 61 Abs. 1 Var. 2 HGB	54
4. Kündigung	55
5. Unterlassungsanspruch	55
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	55
I. Geltungsgrund und Schutzrichtung	56
II. Geltungsbereich	56
III. Wirksamkeitsvoraussetzungen	57
1. Schriftformgebot und Aushändigungsverpflichtung	57

2. Grundsatz der bezahlten Karentz	58
3. Unverbindlichkeit und Nichtigkeit des Verbotes	58
a) Unverbindlichkeit des Verbots	58
aa) Berechtigtes geschäftliches Interesse des Prinzipals	59
bb) Erschwerung des beruflichen Fortkommens	60
b) Nichtigkeit des Verbotes	60
IV. Rechtsfolgen bei Verletzung	60
1. Rechtsfolgen bei Verletzung durch den Gehilfen	61
2. Rechtsfolgen bei Verletzung durch den Prinzipal	61
D. Kartellrechtliche Überprüfung	62
E. Zusammenfassende Ergebnisse zum Handlungsgehilfen	62
 § 6 Das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters	63
A. Das Handelsvertretergeschäft	64
I. Die Parteien	64
1. Die Person des Handelsvertreters	64
a) Die rechtlichen Merkmale des Handelsvertreters	65
aa) Gewerbetreibender	65
bb) Selbständigkeit	65
cc) Abschluss und Vermittlung von Geschäften	66
dd) Ständige Betrauung	66
ee) Handeln in fremdem Namen und für fremde Rechnung	67
b) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	67
2. Die Person des Unternehmers	67
3. Die Person des Dritten	68
II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	68
1. Innenverhältnis: Handelsvertretervertrag	68
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	69
III. Wechselseitige Pflichten	69
1. Pflichten des Handelsvertreters	69
a) Vermittlungs-/Abschlusspflicht, § 84 Abs. 1 S. 1 HGB	70
b) Interessenwahrungspflicht, § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB	71
c) Informationspflicht, § 86 Abs. 2 HGB	72
d) Sonstige Pflichten	73
2. Pflichten des Unternehmers	73
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	74
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	75
I. Streitstand	75

II. Stellungnahme	77
1. Interessenlage	78
a) Interessen des Geschäftsherrn	78
aa) Einzelne Interessen	78
bb) Verfassungsrechtliche Einordnung der Interessen	80
(1) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	81
(2) Zwischenergebnis	82
b) Interessen des Handelsvertreters	82
c) Zwischenergebnis	83
2. Interessenkonflikte	83
a) Interessenkonflikte beim Vertrieb von Konkurrenzprodukten	84
aa) Parallel- und Doppeltätigkeit	84
bb) Anfängliche und nachträgliche Interessenkonflikte	86
cc) Verschuldete und unverschuldete Interessenkonflikte	86
dd) Interessenkonflikte beim Handel für fremde und für eigene Rechnung	87
(1) Konflikt beim Handel für fremde Rechnung	87
(2) Konflikt beim Handel für eigene Rechnung	88
b) Interessenkonflikte beim Vertrieb sonstiger Produkte	89
c) Zwischenergebnis	90
3. Interessenkonfliktlösung	90
a) Rechtsgrundlage	90
aa) Analoge Anwendung des § 60 Abs. 1 HGB/§ 88 Abs. 1 S. 1 AktG	91
(1) Planwidrige Regelungslücke	91
(a) Unbewusste Nichtregelung	91
(b) Nachträgliche Regelungslücke	92
(2) Vergleichbare rechtliche Interessenlage	93
(a) Vergleichbarkeit mit § 60 Abs. 1 HGB	93
(b) Vergleichbarkeit mit § 88 Abs. 1 S. 1 AktG	94
bb) § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB	95
cc) § 241 Abs. 2 BGB	97
dd) Zwischenergebnis	97
b) Konfliktlösung	98
aa) Geeignetheit	98
bb) Erforderlichkeit	98
(1) Offenlegungspflicht	99
(2) Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	101
(3) Weiterer gesetzlicher Wettbewerbsschutz	103
(a) Spezialgesetzlicher Schutz	103
(b) Recht des unlauteren Wettbewerbs	103

(4) Geschäftschancenlehre	104
cc) Zwischenergebnis	106
c) Verfassungsmäßigkeit	106
aa) Grundrechtsbeeinträchtigung	107
bb) Rechtfertigung der Beeinträchtigung	107
(1) Gesetzesvorbehalt	107
(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	108
(a) Legitimer Zweck	108
(aa) Die Drei-Stufen-Theorie	108
(bb) Zuordnung zu einer Stufe	109
(cc) Vernünftiger Zweck des Allgemeinwohls	110
(dd) Ausreichen des Individualinteresses?	113
(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	115
(c) Angemessenheit	115
cc) Zwischenergebnis	116
d) Umfang	116
aa) Sachlicher Geltungsbereich	116
bb) Räumlicher Geltungsbereich	117
cc) Zeitlicher Geltungsbereich	117
e) Rechtsfolgen bei Verstoß	118
aa) Ansprüche des Unternehmers	118
(1) Kündigung	118
(2) Unterlassungsanspruch	118
(3) Auskunftsanspruch	118
(4) Schadensersatzanspruch	119
bb) Verjährung	119
III. Ergebnis	119
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	120
I. Geltungsgrund und Schutzrichtung	120
II. Verfassungsmäßigkeit	121
III. Wirksamkeitsvoraussetzungen	122
IV. Rechtsfolgen	123
1. Rechtsfolgen bei Verletzung durch den Handelsvertreter	123
2. Rechtsfolgen bei Verletzung durch den Unternehmer	123
V. Ergebnis	123
D. Kartellrechtliche Überprüfung	123
I. Anwendbarkeit des Kartellverbots	124
II. Ergebnis	126
E. Gesamtergebnis zum Handelsvertreter	127

§ 7 Das Wettbewerbsverbot des Vertragshändlers	128
A. Das Vertragshändlergeschäft	129
I. Die Parteien	129
1. Die Person des Vertragshändlers	129
a) Die rechtlichen Merkmale des Vertragshändlers	129
aa) Selbständiger Gewerbetreibender	129
bb) Vertrieb von Waren und Produkten	130
cc) Ständige Betrauung	130
dd) Handeln im eigenen Namen und für eigene Rechnung	130
b) Abgrenzungen	131
aa) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	131
bb) Abgrenzung zum Handelsvertreter	131
cc) Abgrenzung zum echten Eigenhändler	132
2. Die Person des Unternehmers	132
3. Die Person des Dritten	133
II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	133
1. Innenverhältnis: Vertragshändlervertrag	133
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	134
III. Wechselseitige Pflichten	134
1. Pflichten des Vertragshändlers	134
a) Absatzförderpflicht	134
b) Interessenwahrungspflicht	135
c) Informationspflicht	136
d) Sonstige Pflichten	136
2. Pflichten des Unternehmers	137
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	137
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	138
I. Streitstand	138
II. Stellungnahme	140
1. Interessenlage	140
a) Interessen des Unternehmers	140
b) Interessen des Vertragshändlers	143
2. Interessenkonflikte	143
a) Interessenkonflikte beim Handel für fremde Rechnung	144
b) Interessenkonflikte beim Handel für eigene Rechnung	145
3. Interessenkonfliktlösung	145
a) Rechtsgrundlage	146
aa) Analoge Anwendung normierter Wettbewerbsverbote	146
(1) § 60 Abs. 1 HGB/§ 88 Abs. 1 S. 1 AktG	146
(2) § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB	146

bb) Herleitung aus dem Alleinvertriebsrecht	147
cc) § 241 Abs. 2 BGB	147
dd) Zwischenergebnis	148
b) Konfliktlösung	148
c) Verfassungsmäßigkeit	149
d) Rechtsfolgen bei Verstoß	150
III. Ergebnis	151
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	151
D. Kartellrechtliche Überprüfung	153
I. Anwendbarkeit des Kartellverbotes	153
1. Unternehmenseigenschaft	153
2. Vereinbarung	154
3. Spürbarkeit	155
II. Vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	155
III. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	156
IV. Ergebnis	157
E. Gesamtergebnis zum Vertragshändler	158
§ 8 Das Wettbewerbsverbot des Franchisenehmers	158
A. Das Franchisegeschäft	159
I. Die Parteien	159
1. Die Person des Franchisenehmers	159
a) Die rechtlichen Merkmale des Franchisenehmers	160
aa) Selbständiger Gewerbetreibender	160
bb) Vertrieb von Produkten	160
cc) Ständige Betrauung	161
dd) Handeln im eigenen Namen und für eigene Rechnung	161
ee) Nutzung des Franchisekonzepts gegen Zahlung einer Gebühr	161
b) Abgrenzungen	161
aa) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	161
bb) Abgrenzung zum Handelsvertreter	162
cc) Abgrenzung zum Vertragshändler	163
2. Die Person des Franchisegebers	163
3. Die Person des Dritten	163
II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	164
1. Innenverhältnis: Franchisevertrag	164
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	164
III. Wechselseitige Pflichten	165
1. Pflichten des Franchisenehmers	165
a) Absatzförderpflicht	165

b) Pflicht zur Verwendung des Franchisekonzepts	165
c) Interessenwahrungspflicht	166
d) Pflicht zur Zahlung der Franchisegebühren, § 581 Abs. 1 S. 2 BGB ..	166
2. Pflichten des Franchisegebers	167
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	167
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	168
I. Streitstand	168
II. Stellungnahme	169
1. Interessenlage	169
a) Interessen des Franchisegebers	169
b) Interessen des Franchisenehmers	171
c) Zwischenergebnis	172
2. Interessenkonflikte	172
3. Interessenkonfliktlösung	173
a) Rechtsgrundlage	174
b) Sonstige Übertragung	175
c) Rechtsfolgen bei Verstoß	176
III. Ergebnis	177
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	177
D. Kartellrechtliche Überprüfung	178
E. Gesamtergebnis zum Franchisenehmer	179
§ 9 Das Wettbewerbsverbot des Handelsmaklers	180
A. Das Handelsmaklergeschäft	181
I. Die Parteien	181
1. Die Person des Handelsmaklers	181
a) Die rechtlichen Merkmale des Handelsmaklers	181
aa) Selbständiger Gewerbetreibender	181
bb) Vermittlung von Verträgen	182
cc) Vermittlung von Gegenständen des Handelsverkehrs	182
dd) Keine ständige Betrauung	183
ee) Handeln im fremdem Namen und für fremde Rechnung	183
b) Abgrenzungen	184
aa) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	184
bb) Abgrenzung zum Handelsvertreter	184
cc) Abgrenzung zum Vertragshändler und Franchisenehmer	184
dd) Abgrenzung zum Zivilmakler	184
2. Die Person des Auftraggebers	185
3. Die Person des Dritten	185

II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	185
1. Innenverhältnis: Handelsmaklervertrag	186
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	186
III. Wechselseitige Pflichten	187
1. Pflichten des Handelsmaklers	187
a) Keine Pflicht zum Tätigwerden	187
b) Interessenwahrungspflicht	187
c) Sonstige Pflichten	188
2. Pflichten des Auftraggebers	188
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	189
B. Vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	189
I. Streitstand	189
II. Stellungnahme	190
1. Interessenlage	191
a) Interessen des Auftraggebers	191
b) Interessen des Handelsmaklers	192
2. Interessenkonflikte	192
a) Parallel- und Doppeltätigkeit	193
b) Interessenkonflikt beim Handel für fremde Rechnung	194
c) Interessenkonflikte beim Handel für eigene Rechnung	195
d) Zwischenergebnis	195
3. Interessenkonfliktlösung	196
a) Rechtsgrundlage	196
aa) Gesetzliche Rechtsgrundlage	196
(1) Analoge Anwendung des § 60 Abs. 1 HGB/§ 88 Abs. 1 S. 1 AktG	196
(2) § 241 Abs. 2 BGB	197
bb) Vertragliche Rechtsgrundlage	198
b) Zwischenergebnis	199
III. Ergebnis	200
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	200
D. Gesamtergebnis zum Handelsmakler	201
§ 10 Das Wettbewerbsverbot des Kommissionärs	202
A. Das Kommissionsgeschäft	203
I. Die Parteien	203
1. Die Person des Kommissionärs	203
a) Die rechtlichen Merkmale des Kommissionärs	203
aa) Selbständiger Gewerbetreibender	203
bb) Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren	203
cc) Keine ständige Betrauung	204

dd) Handeln im eigenen Namen und für fremde Rechnung	204
b) Abgrenzungen	205
aa) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	205
bb) Abgrenzung zum Handelsvertreter	205
cc) Abgrenzung zum Vertragshändler und zum Franchisenehmer	206
dd) Abgrenzung zum Handelsmakler	206
2. Die Person des Kommittenten	206
3. Die Person des Dritten	206
II. Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien	207
1. Innenverhältnis: Kommissionsvertrag	207
a) Dienst- oder Werkvertragscharakter der Kommission?	207
aa) Meinungsstand	207
bb) Stellungnahme	208
(1) Auslegung nach dem Wortlaut	208
(2) Auslegung nach der Systematik	209
(3) Auslegung nach der Historie	209
(4) Auslegung nach dem Sinn und Zweck	210
b) Zwischenergebnis	210
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	210
III. Wechselseitige Pflichten	211
1. Pflichten des Kommissionärs	211
a) Die Ausführungspflicht, § 384 Abs. 1 Hs. 1 HGB	211
b) Die Interessenwahrungspflicht, § 384 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 HGB	211
c) Die Weisungsbefolgungspflicht, § 384 Abs. 1 Hs. 2 Var. 2 HGB	212
d) Offenlegungs- und Rechenschaftspflicht, § 384 Abs. 2 HGB	213
2. Pflichten des Kommittenten	213
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	213
B. Vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	215
I. Streitstand	215
II. Stellungnahme	216
1. Interessenlage	216
a) Interessen des Kommittenten	216
b) Interessen des Kommissionärs	218
2. Interessenkonflikte	219
a) Interessenkonflikt beim Handel für fremde Rechnung	219
b) Interessenkonflikt beim Handel für eigene Rechnung	220
3. Interessenkonfliktlösung	220
a) Rechtsgrundlage	220
aa) Gesetzliche Rechtsgrundlage	221
bb) Vertragliche Rechtsgrundlage	222

b) Konfliktlösung	222
aa) Geeignetheit	223
bb) Erforderlichkeit	223
(1) Offenlegungspflicht	224
(2) Prioritätsprinzip	225
(3) Verbot des front running	226
(4) Grundsätzliches Verbot der Doppeltätigkeit	227
(5) Zwischenergebnis	228
c) Vorgaben an ein vertragliches Wettbewerbsverbot	228
III. Ergebnis	230
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	231
D. Kartellrechtliche Überprüfung	232
E. Gesamtergebnis zum Kommissionär	233
 § 11 Das Wettbewerbsverbot des Kommissionsagenten	234
A. Das Kommissionsagentengeschäft	235
I. Die Parteien	235
1. Die Person des Kommissionsagenten	235
a) Die rechtlichen Merkmale des Kommissionsagenten	235
aa) Selbständiger Gewerbetreibender	235
bb) Abschluss von Geschäften	235
cc) Ständige Betrauung	236
dd) Handeln im eigenen Namen und für fremde Rechnung	236
b) Abgrenzungen	237
aa) Abgrenzung zum Handlungsgehilfen	237
bb) Abgrenzung zum Handelsvertreter	237
cc) Abgrenzung zum Vertragshändler und zum Franchisenehmer	237
dd) Abgrenzung zum Handelsmakler	237
ee) Abgrenzung zum Kommissionär	238
2. Die Person des Geschäftsherrn	238
3. Die Person des Dritten	238
II. Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	238
1. Innenverhältnis: Kommissionsagentenvertrag	238
2. Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis	239
III. Wechselseitige Pflichten	239
1. Pflichten des Kommissionsagenten	240
a) Die Abschlusspflicht, § 84 Abs. 1 S. 1 HGB analog	240
b) Die Interessenwahrungspflicht, § 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB analog	240
c) Die Weisungsbefolgungspflicht, § 384 Abs. 1 Hs. 2 Var. 2 HGB analog	241
d) Die Informationspflicht, § 86 Abs. 2 HGB analog	241

2. Pflichten des Geschäftsherrn	241
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	242
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot	243
I. Streitstand	243
II. Stellungnahme	243
1. Interessenlage	244
a) Interessen des Geschäftsherrn	244
b) Interessen des Kommissionsagenten	245
2. Interessenkonflikte	246
3. Interessenkonfliktlösung	247
a) Rechtsgrundlage	247
b) Konfliktlösung	247
c) Verfassungsmäßigkeit	248
d) Rechtsfolgen bei Verstoß	250
III. Ergebnis	250
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	251
D. Kartellrechtliche Überprüfung	252
E. Gesamtergebnis zum Kommissionsagenten	253
<i>3. Teil</i>	
Gesamtergebnis	254
§ 12 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	254
A. Vertragszeitige Wettbewerbsverbote im Handelsrecht	254
I. Ausgangslage	254
II. Interessenlage	255
III. Interessenkonflikte	255
IV. Interessenkonfliktlösung	256
B. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Handelsrecht	257
I. Ausgangslage	257
II. Entsprechende Anwendbarkeit des § 90a HGB	258
C. Kartellrechtliche Überprüfung	258
Anhang	260
Literaturverzeichnis	263
Stichwortverzeichnis	277

Abkürzungsverzeichnis

...G	...gesetz
...O	...ordnung
Abb.	Abbildung
Abl.EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbR	Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ErfK	Erfurter Kommentar
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GewArch	Gewerbe Archiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GRUR Int.	Journal of European and International IP Law
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar
HR	Handelsrecht
HStR	Handbuch des Staatsrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHdB	Münchener Handbuch
MMVO/MAR	Marktmissbrauchsverordnung
MüKo	Münchener Kommentar
NachwG	Nachweisgesetz
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NK	NomosKommentar
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖffR	Öffentliches Recht
oHG	Offene Handelsgesellschaft
PatG	Patentgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJA E-I/II	Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB für das Deutsche Reich
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
UWG	Unlauterer Wettbewerb-Gesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb-Entscheidungssammlung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Zivilrecht

Im Übrigen werden die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet; dazu Kirchner/Böttcher, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

I. Teil

Einleitung und Grundlagen

§ 1 Einführung

Für Unternehmen, die Waren und Produkte herstellen oder Dienstleistungen anbieten, stellt sich zu Beginn der Tätigkeit die Frage, wie sie den Absatz der hergestellten oder angebotenen Güter an (End-)Kunden organisieren wollen. Juristisch betrachtet sind hier zwei Möglichkeiten denkbar¹: Zum einen kann ein produzierendes Unternehmen den Absatz seiner Güter selbst durch Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes übernehmen; zum anderen besteht die Möglichkeit der Auslagerung des Vertriebs an ein anderes Unternehmen, welches sich auf den Absatz von Gütern spezialisiert hat (sog. gewerbliche Absatzmittler²).³ Für welches Absatzsystem sich ein produzierendes Unternehmen entscheidet, hängt von betriebswirtschaftlichen Erwägungen ab.

Entscheidet sich ein produzierendes Unternehmen dafür, den Vertrieb selbst zu organisieren, geht dies mit dem Aufbau und dem Betrieb eines eigenen Vertriebsnetzes einher. Charakteristisch hierbei ist, dass der Aufbau sowie der Betrieb durch eigenes Personal, also Arbeitnehmer des produzierenden Unternehmens übernommen wird. Rechtlich handelt es sich hierbei häufig um sog. Handlungsgehilfen, eine Sonderform von Arbeitnehmern.⁴ Für diese enthält das HGB eine Reihe von Sondervorschriften, die die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses betreffen.⁵ Zentrale Norm ist hierbei § 60 Abs. 1 HGB, der es dem Handlungsgehilfen untersagt, für die Zeit während der Anstellung beim Prinzipal (= Arbeitgeber/= produzierenden Unternehmen) mit diesem in Wettbewerb zu treten. Für den Handlungsgehilfen existiert damit ein gesetzliches Wettbewerbsverbot, welches den Arbeitsvertrag

¹ Eine Übersicht findet sich mit Abb. 1 im Anhang. Dem entspricht im Wesentlichen die betriebswirtschaftliche Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Absatz. Hierzu etwa *Jung, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, S. 649 ff.

² An vielen Stellen verwendet das Gesetz das generische Maskulinum (z. B. §§ 1, 59 S. 1 HGB, § 611a Abs. 1 BGB). Zur Vereinfachung und Einheitlichkeit wird daher auch im Übrigen lediglich die männliche Form verwendet; es sind jeweils alle Geschlechter gemeint.

³ Zum Begriff des Absatzmittlers siehe *Ebenroth/Obermann*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsvorhältnis von Kartell- und Zivilrecht, S. 22

⁴ Das liegt in dem Umstand begründet, dass Handlungsgehilfen sich nach der Rechtsprechung des BAG mit dem Warenumsatz befassen, vgl. hierzu unter § 5 A. I. 1. c), S. 35.

⁵ Vgl. die §§ 59 ff. HGB.

begleitet (= vertragszeitiges/vertragsbegleitendes Wettbewerbsverbot). Dieses Verbot wird von den §§ 74 ff. HGB flankiert, welche es den Parteien ermöglichen, das vertragsbegleitende Wettbewerbsverbot durch Vereinbarung auch auf die Zeit nach Ende der Anstellung zu erstrecken (nachvertragliches Wettbewerbsverbot).

Ein produzierendes Unternehmen kann sich aber auch dafür entscheiden, ein anderes Unternehmen mit dem Absatz zu betrauen. Vorteilhaft kann dies etwa sein, da das produzierende Unternehmen sich so die Kosten für Aufbau und Unterhalt eines eigenen Vertriebsnetzes erspart.⁶ Stattdessen kann es sich auf seine Kernkompetenz, die Herstellung von Waren und Gütern, fokussieren. Auch für diese Art der Absatzorganisation enthält das HGB einige Sondervorschriften. Als Absatzformen (= gewerbliche Absatzmittler)⁷ kennt das HGB den Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB), den Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB) sowie den Kommissionär (§§ 383 ff. HGB). Neben diesen gesetzlich normierten Absatzmittlern sind weitere Erscheinungsformen wie der Vertragshändler, der Franchisenehmer sowie der Kommissionsagent rechtlich anerkannt.⁸ Allen Erscheinungsformen ist gleich, dass sie dem Absatz von Produkten und Dienstleistungen anderer Unternehmen dienen; sie unterscheiden sich aber in ihrer konkreten rechtlichen Ausgestaltung.⁹ Durch diese rechtliche Struktur hat sich für jede Erscheinungsform ein eigenständiger Anwendungsbereich entwickelt.

Absatzmittler sind regelmäßig selbst Gewerbetreibende, die nicht exklusiv für ein Unternehmen (im Folgenden auch: Geschäftsherr) tätig werden. Nicht selten vermitteln sie Waren und Dienstleistungen für eine Vielzahl von Unternehmen. Solange in einer solchen Situation der Absatzmittler Produkte von verschiedenen Unternehmen vertreibt, welche zueinander in keinem Konkurrenzverhältnis stehen, stellen sich nur wenig rechtliche Fragen. Vertreibt der Absatzmittler aber für mehrere Unternehmen Produkte, die miteinander in Wettbewerb stehen, also aus Verbrauchersicht nach Funktionalität, Qualität und Preis vergleichbar sind (sog. „Substitutionsprodukte“),¹⁰ stellen sich aus juristischer Perspektive unterschiedliche Fragen: Aufgrund der gesetzlichen Konzeption und der vertraglichen Ausgestaltung sind jedenfalls Handelsvertreter (§ 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB) und Kommissionär (§ 384 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 HGB) Interessenwahrer des sie beauftragenden Unternehmens. Für den Handelsmakler findet sich eine vergleichbare Regelung nicht. Wie kann aber

⁶ Stöber, in: Heymann, HGB, § 84 Rn. 15.

⁷ Typischerweise ist ein Absatzmittler mit dem Verkauf von Waren, Produkte oder dem Anbieten von Dienstleistungen betraut. Ein solcher kann aber auch mit dem Einkauf betraut sein. Zum Begriff des Absatzmittlers siehe auch Wank, in: Martinek/Semler/Flohr, HdB-VertriebsR, § 13 Rn. 1 f.

⁸ Insgesamt spricht man auch vom Vertriebsrecht. Vgl. hierzu Martinek, ZVertriebsR, 2012, S. 2 ff.

⁹ Unerheblich ist, wie die Parteien den Absatzmittler bezeichnen. Ob ein Absatzmittler etwa als Handelsvertreter oder als Vertragshändler einzuordnen ist, ergibt sich alleine aus der Auslegung des Vertragstextes, vgl. Stöber, in: Heymann, HGB, § 84 Rn. 15.

¹⁰ Maier, BB, 1979, S. 500 f.

der Absatzmittler mehreren Unternehmen gegenüber seiner Verpflichtung zur Interessenwahrung gerecht werden, wenn er etwa zwei verschiedene, miteinander in Wettbewerb stehende Produkte dem Kunden gegenüber anpreisen muss? Kann sich der Absatzmittler in einer solchen Situation für ein Produkt und damit ein Unternehmen entscheiden, welches er anpreist? Oder ist er verpflichtet, sich jeglicher Werbung zu enthalten, um beide Produkte möglichst neutral verkaufen zu können? Letztlich drängt sich die Frage auf, ob dem Absatzmittler eine solche Konkurrenztaigkeit – sowohl vertragsbegleitend als auch darüber hinaus – überhaupt gestattet ist oder ob er sich einer solchen – wie der Handlungsgehilfe – enthalten muss. Im Gegensatz zum Recht des Handlungsgehilfen findet sich weder im Recht des Handelsvertreters noch in dem des Handelsmaklers oder dem des Kommissionärs eine Vorschrift, die vergleichbar ist zum vertragsbegleitenden Wettbewerbsverbot des § 60 Abs. 1 HGB. Für den nachvertraglichen Bereich findet sich jedenfalls für den Handelsvertreter mit § 90a HGB eine Norm, die es den Parteien ermöglicht, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Eine vergleichbare Norm im Recht des Handelsmaklers oder des Kommissionärs fehlt indes. Für die Absatzformen, die keine eigenständige Normierung erfahren haben (Vertragshändler, Franchisenehmer, Kommissionsagent), ist gesetzlich völlig unklar, ob diesen eine solche Konkurrenztaigkeit (vertragsbegleitend als auch nachvertraglich) gestattet sein soll.

§ 2 Forschungsstand und Forschungsziel

A. Forschungsstand

Ob zum Schutz der Interessen des Geschäftsherrn gewerbliche Absatzmittler mit einem Wettbewerbsverbot (vertragsbegleitend sowie nachvertraglich) zu belasten sind, wird für die einzelnen Absatzformen unterschiedlich beurteilt.

Eingehend wird die Thematik bis jetzt nur für den Handelsvertreter erörtert. Dieser soll nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung einem vertragszeitigen Wettbewerbsverbot unterliegen, auch wenn eine solche Vereinbarung nicht im Handelsvertretervertrag getroffen wurde.¹¹ Dass es den Parteien freisteht, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, ergibt sich bereits aus § 90a HGB. Da sowohl Vertragshändler¹², Franchisenehmer¹³ als auch Kommissionsagent¹⁴ als vergleichbar zum Handelsvertreter angesehen werden, soll für diese

¹¹ Vgl. zur Diskussion unter § 6 B. I, S. 75.

¹² Vgl. zur Diskussion bzgl. des vertragszeitigen Wettbewerbsverbots unter § 7 B. I, S. 138; hinsichtlich des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots § 7 C, S. 151.

¹³ Vgl. zur Diskussion bzgl. des vertragszeitigen Wettbewerbsverbots unter § 8 B. I, S. 168; hinsichtlich des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots § 8 C, S. 177.

¹⁴ Vgl. zur Diskussion bzgl. des vertragszeitigen Wettbewerbsverbots unter § 11 B. I, S. 243; hinsichtlich des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots § 11 C, S. 251.