

Europäische Hochschulschriften

Rechtswissenschaft



Martin David Gerigk

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand und Praxisrelevanz

Wesentliche Grundlage der Wettbewerbsfähigkeit – und damit auch der Überlebensfähigkeit – eines Unternehmens ist die Geheimhaltung und Wahrung kaufmännischen und technischen Know-hows.¹ In der heutigen Wirtschaftswelt ist individuelles und kollektives Wissen wesentliche Grundlage des sozialen und ökonomischen Zusammenlebens, während die Bedeutung materieller Produktionsbedingungen stärker in den Hintergrund tritt.² Wissensvorsprung bedeutet Wettbewerbsvorsprung. In Unternehmen kostspielig angesammeltes, wettbewerbsrelevantes Wissen mag dem Unternehmen als Rechtsträger zugeordnet sein. Es befindet es sich aber substantiell in den Köpfen der Mitarbeiter. Unternehmerisches Know-how ist also in weitem Maße personenbezogen. Insbesondere Mitarbeiter in Führungspositionen haben aufgrund ihrer in der Unternehmenshierarchie gehobenen Position und ihrer koordinierenden Tätigkeit weitreichende Einblicke in die Unternehmensinterna. Hinzu tritt, dass der Erfolg eines Unternehmens stark von der Qualifikation und der Motivation der Mitarbeiter abhängt. Die Steigerung dieser Faktoren liegt im ureigenen Interesse eines jeden Unternehmens. Durch kostenintensive Investitionen – wie z.B. Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen und monetäre Anreize – steigen die Qualifikation und die Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter. Das Know-how des Unternehmens erhöht sich dementsprechend. Wettbewerbsvorteile können begründet und ausgebaut werden.

Es ist jedoch auch die soeben genannte Bündelung an im Unternehmen gewonnenen Kenntnissen und Fähigkeiten, welche den Mitarbeiter zugleich interessant für die Konkurrenz erscheinen lässt oder dem Mitarbeiter die realistische Möglichkeit eröffnet, sich erfolgreich selbstständig unternehmerisch zu betätigen.

1 Vgl. den lesenswerten Artikel „Geheimnisse sind schützenswert“, *Ann/Kalbfus*, FAZ v. 15.6.2009, S. 12; *Bornkamm/Köhler* in: Köhler/Bornkamm, Vor § 17 UWG, Rn. 1. Der Terminus des Know-hows stellt keinen Rechtsbegriff dar. Dennoch werden die Begriffe Know-how und vor allem der des Betriebsgeheimnisses vielfach synonym verwendet, vgl. zur genauen Begriffsbestimmung des Know-hows Köhler in: Köhler/Bornkamm, § 17 UWG, Rn. 4b.

2 Mitunter wird eine derartige Gesellschaftsformation auch als „Wissensgesellschaft“ bezeichnet.

gen.³ Für das Unternehmen kann die Abwanderung von hochqualifizierten Mitarbeitern zur Konkurrenz oder der Weg in die konkurrierende Selbständigkeit den unwiederbringlichen Verlust elementarer – selbst aufgebauter – Wettbewerbsvorteile darstellen. Die getätigten Investitionen amortisieren sich nicht, es kommt sogar zu erheblichen Nachteilen. Der selbstfinanzierte Wettbewerbsvorteil tritt nämlich ohne weiteres bei der Konkurrenz ein. Das Ziel verkehrt sich ins Gegenteil.

Zum Schutz wettbewerbsrelevanter Unternehmensinterna stellt das deutsche Recht unterschiedliche Schutzmechanismen – welche durch eine Verknüpfung von straf-, wettbewerbs-, patent-, arbeits- und allgemein zivilrechtlichen Regelungen gekennzeichnet sind – zur Verfügung. Auch können sog. Geheimhaltungsklauseln vereinbart werden.⁴ Entscheidendes und für Unternehmen oft einzige probates Mittel, um die Abwanderung qualifizierter Mitarbeiter zu verhindern und *gleichzeitig* das in ihrer Person redlich angesammelte Wissen an sich zu binden, ist aber die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann dem Verpflichteten untersagt werden, innerhalb eines bestimmten Zeitraums und innerhalb eines räumlich begrenzten Gebiets nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen konkurrierend tätig zu werden.⁵ Derartige Verbote vermögen es, die freie Arbeitsplatzwahl des Verpflichteten gewichtig zu behindern und tief in die berufliche Entwicklung des Betroffenen einzugreifen. Die Interessen des durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot Verpflichteten sind exakt gegenläufig zu denjenigen des Unternehmens: Er möchte seine verfassungsmäßig garantierte Berufsfreiheit ausüben und es besteht das Streben nach möglichst ungehinderter Verwertung der in dem Unternehmen gesammelten Fähigkeiten und Kenntnisse.

Für Arbeitnehmer⁶ hält der Regelungskomplex der §§ 74 ff. HGB grundlegende und sehr detaillierte gesetzliche Vorgaben für die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote bereit. Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Organmitgliedern und Gesellschaftern fehlen ausdrückliche gesetzliche Vorgaben. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zieht – mit vereinzelt gebliebenen Ausnahmen und Schwankungen in der Begründung – seit jeher § 138 BGB als Wirksamkeitsgrenze heran, wobei in weitem Umfang auf Wer-

3 Zu der grundsätzlichen Entscheidung, die eigene Arbeitskraft zur Eigen- oder Fremdverwertung einzusetzen siehe *Watrin* in: Wandel der Arbeitswelt, S. 27.

4 Zur Abgrenzung siehe 2. Teil F.

5 Zur Definition im Einzelnen siehe 1. Teil B. I.

6 Das Bundesarbeitsgericht wendet seit Urteil v. 13.9.1969, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel, die Vorschriften der §§ 74 HGB ff. nicht nur auf Handlungsgehilfen, sondern auf alle Arbeitnehmergruppen an. In § 110 GewO ist die Rechtsprechung per 1.1.2003 durch Gesetz v. 28.8.2002 (BGBI. I, S. 3412) nachvollzogen worden.

tungen der §§ 74 ff. HGB zurückgegriffen wird. Im arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Schrifttum besteht seit langer Zeit Uneinigkeit darüber, welche gesetzlichen Anforderungen als Maßstab dienen können. Vielfach ranken sich die Überlegungen um die Frage, ob eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit wie bei Arbeitnehmer angenommen werden kann.

Die Unsicherheiten führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Insbesondere die als uneinheitlich empfundene Rechtsprechung⁷ stellt die Vertragsparteien und die Kautelarpraxis vor erhebliche Probleme. Dies ist besonders problematisch, weil die praktische Bedeutung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gerade mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern erheblich ist, was, betrachtet man die enormen Risiken einer Abwanderung qualifizierter Mitarbeiter zur Konkurrenz, nicht verwundert. Finden sich nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern recht häufig, vor allem bei Vertriebsmitarbeitern sowie Führungskräften,⁸ sind sie bei geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern noch stärker verbreitet.⁹ Insbesondere mit geschäftsführenden Organmitgliedern und in erster Linie mit GmbH-Geschäftsführern werden sehr häufig nachvertragliche Wettbewerbsverbote vereinbart. Bei *Bauer/Diller* wird eine Studie der *Kienbaum*-Vergütungsberatung aus dem Jahr 1995 zitiert, nach der bei 35 Prozent der Geschäftsführer kleinerer GmbHs ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ermittelt wurde.¹⁰ Ein Indiz für das häufige Vorkommen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote kann auch die Tatsache sein, dass sich die Rechtsprechung in vergleichsweise vielen Fällen mit der Thematik zu beschäftigen hatte und hat,¹¹ obwohl dies wohl auch mit der beruflich existenziellen Bedeutung eines Verbots für den Betroffenen in Zusammenhang stehen mag. Insbesondere bei evidenten Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben und bei stark übermäßig empfundenen Bindungen drängt sich der Weg zu den Gerichten nämlich nahezu auf.¹² Es verwundert deshalb auch nicht, dass das

7 Siehe nur *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037; *Heidenhain*, NZG 2002, 605: „rechtsgestaltende Phantasie des Bundesgerichtshofs“.

8 Vgl. die Angaben bei *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 5; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 22 zitiert eine Umfrage des Verbandes angestellter Führungskräfte (VAF) aus dem Jahr 1990, nach welcher etwa jeder sechste Arbeitnehmer mit einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot belastet ist.

9 *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 5; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 33.

10 Kienbaum Vergütungsreport 1995, S. 76, zitiert nach *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 5; über das Vorkommen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote liegen ansonsten nahezu keine allgemeinzugänglichen Informationsquellen vor, aus denen zuverlässiges empirisches Material ersichtlich wäre.

11 Ausführliche Darstellung und Nachweise unter 3. Teil A. und B.

12 *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 20.

nachvertragliche Wettbewerbsverbot in der arbeitsrechtlichen Literatur mitunter als „Dauerbrenner der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung“¹³ bezeichnet wird. Die (Neu-)Regelung gesetzlicher Vorgaben für nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern ist durchgehend Thema und Diskussionsgegenstand innerhalb der Bestrebungen zur Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes.¹⁴

Stellen sich bereits bei Arbeitnehmern vielfältige Rechtsprobleme bei der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote, ist dies bei Verboten mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern nicht minder, sondern aufgrund fehlender ausdrücklicher Regelungen in weitaus größerem Umfang der Fall. Die Problematik kann und wird in der Praxis dadurch entschärft werden, dass die Geltung der §§ 74 ff. HGB – bzw. einzelne Regelungen davon – ver einbart wird.¹⁵ Sehr häufig ist etwa die Zusage einer Karenzentschädigung. Auch kann durch salvatorische Klauseln versucht werden, eine geltungserhaltende Reduktion zu vereinbaren. Bereits die hinreichend konkrete Bezugnahme auf die §§ 74 ff. HGB und die Formulierung salvatorischer Klauseln bereitet jedoch erhebliche Probleme.¹⁶ Die praktische Ausgestaltung von Anstellungsverträgen lässt zudem vermuten, dass nachteilige Änderungen keine Seltenheit sind: Oft müssen sich Organmitglieder etwa anderweitigen Verdienst über die 110-Prozent Grenze des § 74c HGB anrechnen lassen und es ergeben sich Nachteile bei einem Lösungsrecht des Unternehmens vom Wettbewerbsverbot. Verbreitet fehlt die Notwendigkeit einer Ankündigungsfrist und eine eventuell zugesagte Karenzentschädigung entfällt bei vertraglicher Vereinbarung nicht selten mit Ausübung des Lösungsrechts abweichend von § 75a HGB sofort.¹⁷

Gerade aufgrund des Fehlens spezieller Regelungen für den praktisch sehr relevanten Bereich nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern erscheint es daher unumgänglich, vorhandene Schutzmechanismen zu betrachten, voneinander abzugrenzen und verbindliche Vorgaben festzulegen. Sind die auf den ersten Blick als „reine“ Arbeitnehmerschutzvorschriften ausgestalteten, eine hohe Regelungsdichte aufweisenden §§ 74 ff. HGB auf diese Personengruppen anwendbar? Können dem Re-

13 Grunsky, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 45.

14 Neuestens von Hessler/Preis, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), § 81 ff., Stand Oktober 2007, abrufbar im Internet unter http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbc/SID-4A97F1FF-4965D03E/bst/xcms_bst_dms_23218_2.pdf (zuletzt abgerufen am 15.12.2013).

15 Dies ist nach einhelliger Auffassung grundsätzlich möglich, statt vieler Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, Rn. 1032.

16 Zu letzteren Gehle, DB 2010, 1981 (1982 f.).

17 Vgl. die Auswertung von Anstellungsverträgen bei Wertheimer, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 33 f.

gelungskomplex nicht etwa allgemeingültige Kriterien entnommen werden, welche es vermögen, bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten unabhängig von den beteiligten Personengruppen die widerstreitenden Interessenpole angemessen aufzulösen? Sollte dies der Fall sein, bedürfte es in weiten Teilen überhaupt nicht der Beantwortung der Frage, ob bestimmte geschäftsführende Organmitglieder oder Gesellschafter eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit wie Arbeitnehmer aufweisen. Ansonsten ist auf eine speziell am Schutzzweck der §§ 74 ff. HGB zu ermittelnde Schutzbedürftigkeit der Personengruppen einzugehen.

Entscheidende Bedeutung kommt auch der Einordnung des Verhältnisses eventuell nebeneinander anwendbarer gesetzlicher Vorgaben zu. Welche Rolle kann – v.a. im Hinblick auf den Kontrollmaßstab und die Rechtsfolgen – die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle neben der eventuell anwendbaren Vorschrift des § 74a HGB spielen? Nach bisherigem Verständnis fristet die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle neben § 74a Abs. 1 HGB ein Schattendasein.¹⁸ Gefundene Ergebnisse könnten in diesem Bereich auch bei Wettbewerbsverboten mit Arbeitnehmern fruchtbar gemacht werden. Welche Bedeutung kommt dann noch § 138 BGB zu?

Damit ist insgesamt der Kern der vorliegenden Arbeit umrissen. Es handelt sich um das in vielen Nuancen aufzulösende Spannungsverhältnis von effektivem Konkurrenzschutz einerseits und ungehinderter beruflicher Fortentwicklung verpflichteter geschäftsführender Organmitglieder und Gesellschafter andererseits. Es soll versucht werden, dieses Spannungsverhältnis interessengerecht aufzulösen, indem maßgebliche gesetzliche Vorgaben gefunden werden und deren Konkurrenzverhältnis geklärt wird.

B. Terminologie

I. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote werden nur in wenigen gesetzlichen Regelungen angesprochen. Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Organmitgliedern und Gesellschaftern fehlt sogar jegliche gesetzliche Regelung. Selbst die wenigen Vorschriften, die sich mit nachvertraglichen Wettbewerbs-

18 Der Grund liegt darin, dass eine AGB-rechtliche Inhaltkontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsklauseln entweder mit § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB abgelehnt oder § 74a Abs. 1 HGB als lex specialis verstanden wird.

verboten befassen, enthalten keine einheitliche Begriffsbestimmung. Auch in Rechtsprechung und Literatur herrscht keine einheitliche Terminologie. So werden neben oder statt des Begriffs des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots etwa die Termini nachvertragliche „Wettbewerbsabreden“, „Wettbewerbsklauseln“, „Konkurrenzklauseln“ oder „Konkurrenzverbote“ verwendet. Ein allzu unbekümmerner Umgang mit derartigen Umschreibungen kann bestenfalls zu Missverständnissen führen. Um dies zu verhindern, bedürfen die – auch in dieser Arbeit verwendeten – Begrifflichkeiten einer Präzisierung.

Es bietet sich aufgrund der inhaltlichen Nähe an, von den für andere Personengruppen vorhandenen gesetzlichen Regelungen auszugehen. Hinsichtlich des neutralen Begriffs des „nachvertraglichen Wettbewerbsverbots“ können keine Unterschiede bestehen. § 74 Abs. 1 HGB definiert eine Vereinbarung, die den Handlungsgehilfen in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt, als Wettbewerbsverbot. § 90 a Abs. 1 Satz 1 HGB bezeichnet hingegen eine entsprechende Beschränkung für Handelsvertreter als Wettbewerbsabrede. Die Vorschrift des § 110 GewO wiederum, welche den Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmer erstreckt, spricht vom Wettbewerbsverbot als Beschränkung der beruflichen Tätigkeit. An den Begriffsbestimmungen ist auffällig, dass diese, weil lediglich von Beschränkungen der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit die Rede ist, keinen direkten Bezug zu den Begriffen „Wettbewerb“ oder „Konkurrenz“ aufweisen. Zum anderen stehen sich die Begriffe der „gewerblichen“ sowie der „beruflichen“ Tätigkeit gegenüber. Schließlich zeigen sich Unterschiede bei der Beschreibung als „Verbot“ oder „Abrede“.

Dass in den genannten Legaldefinitionen keine direkter Bezug zu den Begriffen „Wettbewerb“ oder „Konkurrenz“ besteht, wird häufig nicht als zwingender Grund dafür gesehen, von den gesetzlichen Begriffsbestimmungen abzuweichen.¹⁹ Da die entsprechenden Vorschriften noch weitere Anforderungen an die Wettbewerbsverbote stellen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der jeweiligen Legaldefinition zu sehen seien und die den notwendigen Konkurrenzbezug herstellten, könnten auf diese Weise Fälle mit evident fehlendem Wettbewerbsbezug ausgeschieden werden.²⁰ Ferner sei ein Festhalten an den gesetzlichen Formulierungen besser als der Versuch einer näheren Umschreibung der Pflichten.²¹

Ein zwingender Grund für eine abweichende Begriffsbestimmung besteht nach dem Gesagten tatsächlich nicht. Vor allem im Bereich der ohnehin gesetzlich nicht geregelten nachvertraglichen Wettbewerbsverbote mit Organmitglie-

19 *Reinfeld*, Wettbewerbsverbot, S. 7; *Gamillscheg*, RdA 1975, 13 (14).

20 *Reinfeld*, Wettbewerbsverbot, S. 7.

21 *Gamillscheg*, RdA 1975, 13 (14).

dern und Gesellschaftern bietet sich aber eine Aufnahme eines Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsbezugs in die Definition jedenfalls an. Zudem soll eine Begriffsbestimmung Voraussetzungen determinieren und nicht umgekehrt aus aufzustellenden Voraussetzungen bestimmt werden. Es ist schließlich problemlos möglich, einen allgemeinen Konkurrenzbezug in die Begriffsbestimmung aufzunehmen, ohne dabei im Einzelnen bereits auf einen Pflichtenkanon des Ausgeschiedenen eingehen zu müssen. Die Aufnahme eines Konkurrenzbezuges in die Begriffsbestimmung dürfte zudem dem natürlichen Wortverständnis eher gerecht werden. Denkbar ist etwa ein Zusatz in dem Sinne, dass es sich um eine Beschränkung der beruflichen Tätigkeit handelt, und der Ausgeschiedene „dadurch generell oder in einem begrenzten Waren- oder Leistungsbereich gegenüber dem Verpflichtenden keinen Wettbewerb betreiben darf“.²² Im Ergebnis können damit bereits per definitionem Fälle ausgesondert werden, in denen evident kein Konkurrenzbezug besteht.

Von den gesetzlich genannten Beschränkungen der „gewerblichen“ oder der „beruflichen“ Tätigkeit ist das Definitionselement der „beruflichen“ Beschränkung vorzuziehen. Zum einen ist die Beschreibung als Beschränkung der „gewerblichen“ Tätigkeit irreführend, weil mit dem Betrieb eines Gewerbes regelmäßig eine selbständige Tätigkeit assoziiert wird. Zweifelsfrei sollen aber auch, sogar hauptsächlich, nicht selbständige Tätigkeiten umfasst werden. Hinzu kommt, dass vor allem auch die freien Berufe – bei welchen unter den weiteren Voraussetzungen stets die §§ 74 ff. HGB Anwendung gefunden haben –²³ nicht ausgeschlossen werden sollen, obwohl diese kein Gewerbe darstellen. Dementsprechend stellt auch § 110 GewO, welcher allein auf die Beschränkung der beruflichen Tätigkeit abstellt und auf §§ 74 ff. HGB verweist, endgültig klar, dass die §§ 74 ff. HGB jede Vereinbarung erfassen, die geeignet ist, den Arbeitnehmer in seiner *beruflichen* Betätigung und in seinem Fortkommen zu behindern. Dieses Definitionselement sollte für eine allgemeine Begriffsbestimmung übernommen werden.²⁴

Keine Einordnungsprobleme zeigen sich schließlich im Rahmen der Verwendung der Begriffe „Verbot“ oder „Klausel“ bzw. „Abrede“. Während mit der Umschreibung als Klausel oder Abrede ersichtlich nur eine Vereinbarung gemeint sein kann, stellt die Beschreibung als Verbot den allgemeineren Termi-

22 In Anlehnung an die Inhaltsbestimmung von Wettbewerbsverboten bei Mayer/Karl in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewerbsR, § 19, Rn. 48.

23 BAG, Urt. v. 16.7.1971, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklause.

24 In § 81 Abs. 1 ArbVG des Diskussionsentwurfs von Hessler/Preis wird hingegen die Beschränkung der *Erwerbstätigkeit* präferiert. Es dürften im Vergleich zu der Beschränkung der *beruflichen* Betätigung keine praktisch nennenswerten Unterschiede bestehen.

nus dar, umfasst also auch eventuell aus anderen Gründen entstandene Wettbewerbsverbote.

Weil Wettbewerbsverbote auch während eines Vertragsverhältnisses bestehen können,²⁵ ist im Folgenden – der allgemein verwendeten Begrifflichkeit folgend – von „nachvertraglichen“ Wettbewerbsverboten die Rede. Die zeitliche Einordnung des Wettbewerbsverbots nach Vertragsende soll dabei nicht zu der Annahme verleiten, das Wettbewerbsverbot falle in einen vertragsfreien Raum.²⁶ In der Regel stellt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nämlich selbst einen gegenseitigen Vertrag dar²⁷ und ist dementsprechend nach der bereits festgelegten Terminologie meist als Wettbewerbsabrede – oder Wettbewerbsklausel einzuordnen. Regelmäßig sind also auch – und in erster Linie – nachvertragliche Wettbewerbsverbote vertragliche Wettbewerbsverbote. Entscheidend soll bei der Verwendung des Begriffs „nachvertragliches“ Wettbewerbsverbot allein sein, dass die zu behandelnden Wettbewerbsverbote erst für einen bestimmten Zeitraum ab Beendigung des sie notwendig machenden Vertrags- oder Organverhältnisses Geltung beanspruchen.

Im Hinblick auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern ist in diesem Sinne jede Form der Beendigung des Vertrags- und Organverhältnisses²⁸ mit der Gesellschaft gemeint. Erfasst wird etwa der Ablauf oder die Kündigung des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses des AG-Vorstandsmitglieds oder des GmbH-Geschäftsführers und die entsprechende Amtsniederlegung oder die Beendigung der GmbH-Mitgliedschaft durch Veräußerung des Geschäftsanteils.²⁹ Zu denken ist ferner an den Austritt bzw. die Kündigung eines OHG- oder GbR-Gesellschafters.

II. Beteiligte Rechtssubjekte

Bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten stehen sich entsprechend der Einordnung als gegenseitiger Vertrag aus dem Verbot berechtigte und verpflichtete Rechtssubjekte gegenüber. Die im Folgenden gewählten Bezeichnungen des Rechtssubjekts, zu dessen Gunsten das Verbot gilt bzw. auf dessen Initiative es

25 Etwa das gesetzliche Wettbewerbsverbot für das Vorstandsmitglied nach § 88 AktG.

26 *Reinfeld*, Wettbewerbsverbot, S. 8.

27 Statt aller *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 51.

28 Zu Grenzfällen, z.B. Weiterbestehen des Anstellungsverhältnisses bei Beendigung der Bestellung zum Organmitglied ausführlich 1. Teil B. I.

29 Zu einem solchen Fall siehe OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.11.1989, NJW-RR 1990, 482 f; *Reinfeld*, Wettbewerbsverbot, S. 8.

installiert wird, etwa als „Unternehmen“ „Gesellschaft“ oder „Alt-Gesellschaft“, sollen – unabhängig von ihrer spezifischen rechtlichen Bedeutung – in der Sache lediglich das durch das Verbot begünstigte Rechtssubjekt umschreiben.

Die in dieser Arbeit zu untersuchenden Personen auf Verpflichtetenseite sind geschäftsführende Organmitglieder. Dies sind die Mitglieder der Vertretungsorgane von Handelsgesellschaften, insbesondere GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften. Die aufzustellenden Regeln können auch auf Geschäftsleiter der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG) sowie der eingetragenen Genossenschaft (eG) übertragen werden. Zu denken wäre auch an Geschäftsleiter von Anstalten des öffentlichen Rechts, vor allem Sparkassenvorstände, wenn sie aufgrund eines zivilrechtlichen Arbeitsvertrages tätig werden.³⁰ Zu den Personengruppen der zu betrachtenden Gesellschafter zählen geschäftsführende Gesellschafter von offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften oder Gesellschaften Bürgerlichen Rechts. Die Arbeit beschränkt sich auf geschäftsführende Organmitglieder und Gesellschafter, weil diesen im Regelfall weitgehende Einblicke in Unternehmensinterna offenstehen und sie daher relevante Adressaten nachvertraglicher Wettbewerbsabreden sind.³¹

C. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Arbeit befasst sich mit den Grundlagen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote. Durch eine Präzisierung des Interessenspektrums wird zunächst der Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen sich jegliche Rechtsanwendung bei der Beurteilung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote einpendeln muss. Nachdem auf die Begründung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote durch Vereinbarung eingegangen wird, folgen Erörterungen zu möglicherweise anwendbaren gesetzlichen Vorgaben. Im Mittelpunkt der Darstellung stehen die Erörterung des Regelungsmodells der §§ 74 ff. HGB und Grundsätzliches zu einer möglichen AGB-Kontrolle. Erörtert werden aber auch periphere gesetzliche Vorgaben, um deren Bedeutung klarzustellen und einzuordnen. Schließlich werden typische Inhalte nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und Grundsätze der Auslegung erläutert.

Der zweite Teil widmet sich Abgrenzungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zu verwandten Schutzmechanismen. Neben nachvertraglichen

30 Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, Rn. 1026.

31 Siehe z.B. Weller, ZHR 2011, 110 (114): Gefahr droht vornehmlich von geschäftsführenden Gesellschaftern und bei Kapitalgesellschaften von (Fremd-) Geschäftsleitern.

bzw. nachorganschaftlichen Treue- und Verschwiegenheitspflichten wird die Reichweite gesetzlicher Geheimnisschutzvorschriften und gewerblicher Schutzrechte näher beleuchtet. Gerade weil für Organmitglieder und Gesellschafter ausdrückliche gesetzliche Vorgaben fehlen, erscheint es von gehobener Bedeutung, den Blick dafür zu schärfen, dass im Grundsatz entschädigungslos und auch zeitlich unbegrenzt zulässige Geheimhaltungsklauseln von die Berufsfreiheit stark belastenden Wettbewerbsverböten exakt abzugrenzen sind. Dieser Abgrenzung wird daher besondere Beachtung beigemessen.

Der dritte Teil stellt eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung und des Schrifttums zur Beurteilung der Wirksamkeitsanforderungen an nachvertragliche Wettbewerbsverböte mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern dar. Im Vordergrund steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeitsgrenze des § 138 BGB und die Bedeutung, welche den §§ 74 ff. HGB in diesem Rahmen beigemessen wird. Die vorhandenen Ansichten im Schrifttum sind vielfältig und reichen von der Ablehnung einer entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB bis zu der Annahme einer Gesamtanalogie.

Im vierten Teil der Arbeit findet sich eine eigene Bewertung des für nachvertragliche Wettbewerbsverböte mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern anzusetzenden Prüfungsmaßstabs. Ausgehend vom Telos der Vorschriften der §§ 74 ff. HGB wird versucht, für nachvertragliche Wettbewerbsabreden ubiquitär geltende – also unabhängig von einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit mit Arbeitnehmern – entsprechend anwendbare Regelungsinhalte zu extrahieren. Die generelle Möglichkeit einer Teilanalogie soll begründet werden. Eine Untersuchung der vergleichbaren Interessenlage auch der – im Regelungskomplex der §§ 74 ff. HGB zweifelsohne vorhandenen – rein arbeitnehmerschützenden Vorschriften ist sodann unumgänglich. Erforderlich ist ein am konkreten Schutzzweck der einzelnen Vorschriften ansetzender Vergleich, wobei die gesetzliche und tatsächlich zu vermutende Vergleichbarkeit der einzelnen Personengruppen erforderlich ist. In einem weiteren Schritt wird das Verhältnis einer Kontrolle nach § 74a Abs. 1 HGB zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle geklärt.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer thesenartigen Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse und einem kurzen Ausblick, in welchem de lege ferenda wünschenswerte gesetzliche Regelungen dargestellt werden.