Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 339

Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

Analyse der Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen mit einem Fokus auf Karenzentschädigungen und Maximaldauer

Von

Isabella Stocks

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ISABELLA STOCKS

Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 339

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

Analyse der Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen mit einem Fokus auf Karenzentschädigungen und Maximaldauer

Von

Isabella Stocks

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
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
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18491-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58491-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

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

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für Jakob und Joachim

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg, als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 8. Juni 2021 statt. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Sommer 2020 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt danke ich für die Anregung des Themas, die Ratschläge beim Verfassen der Arbeit und die Begutachtung. Prof. Dr. Matthias Jacobs danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt meinen Eltern, Friederike und Peter Stocks, die mich bei diesem Vorhaben stets vorbehaltslos unterstützt haben. Dr. Maximilian Lasson danke ich für die konstante Inspiration und Motivation sowie Rafael Pricoco für seine große Geduld und Unterstützung.

München, im Juli 2022 *Isabella Stocks*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsübersicht

Einführung 17

A. Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH – eine Bestandsaufnahme 20

I. Praktische Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote 20

II. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote als Form des Interessenausgleichs 21

III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands 26

IV. Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen im GmbH-Recht 35

V. Forschungsdefizite und Gang der Untersuchungen 82

B. Hintergründe 87

I. In §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck kommende Rechtsgrundsätze 87

II. Wirtschaftlich-gesellschaftlicher Hintergrund: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zwischen Privatautonomie, funktionierendem Wettbewerb und dem Schutz des Schwächeren durch den Staat 105

III. Verfassungsrechtlicher Hintergrund 118

IV. Synthese 144

C. Anwendung der Grundsätze auf den Untersuchungsgegenstand 152

I. Generalklauseln als Prüfungsnormen 152

II. Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB 154

III. Prüfungsmaßstab des § 1 GWB 167

IV. Konkrete Zulässigkeitsgrenzen 171

Literaturverzeichnis 193

Sachverzeichnis 204

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

Einführung 17

A. Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH – eine Bestandsaufnahme 20
I. Praktische Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote 20
II. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote als Form des Interessenausgleichs 21
1. Involvierte Interessen 21
a) Interessen der Vertragsparteien 21
aa) Gesellschaft und Gesellschafter 21
bb) Ausscheidende 22
b) Weitere betroffene Individualinteressen 23
c) Gesamtwirtschaftliche Relevanz 23
2. Möglichkeiten des Interessensausgleichs 25
a) Interessenausgleich auf der Ebene des Umfangs des Wettbewerbsverbots 25
b) Interessenausgleich über die Zahlung einer Karenzentschädigung 25
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands 26
1. Notwendigkeit der Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes 26
2. Fokus auf individualvertragliche Vereinbarung 27
a) Kein gesetzliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH 27
b) Treuepflicht und Geschäftschancenlehre keine Quelle eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots 29
c) Vertragliche Vereinbarung als einzige Möglichkeit 31
3. Fokus auf die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH 32
4. Fokus auf die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung und die Maximaldauer 34
IV. Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen im GmbH-Recht 35
1. Schutz der Arbeitnehmer durch §§ 74 ff. HGB, 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO . . . 35
2. Prüfungsnorm, Prüfungsmaßstäbe und konkrete Zulässigkeitsgrenzen für dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern 40
a) Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB auf GmbH-Geschäftsführer 40
aa) Direkte Anwendbarkeit von §§ 74 ff. HGB, 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO? 40

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB analog? 43
(1) Rechtsprechung des BGH zur Prüfungsnorm, zu Prüfungsmaßstäben und konkreten Zulässigkeitsgrenzen 43
(a) Grundsatzentscheidung vom 26. 03. 1984 – II ZR 229/83 43
(b) Weitere Entwicklung der Rechtsprechung 49
(c) Obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur 54
b) Rolle des Kartellrechts: § 1 GWB und Art. 101 AEUV 58
c) Rolle des AGB-Rechts 62
d) Zwischenfazit 64
aa) BGH-Rechtsprechung als Basis 64
bb) BGH: Differenzierung zwischen Arbeitnehmerinteressen und Arbeitgeberinteressen schützenden Normen 64
(1) Keine Analogie bei Arbeitnehmerinteressen schützenden Normen 64
(2) Unklare Haltung zu Arbeitgeberinteressen schützenden Normen 65
cc) Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung 65
(1) Kunden- und Mandantenschutzklausel 65
(2) Umfassendes Tätigkeitsverbot 66
dd) Zwei Jahre als Richtwert 67
ee) Allgemeine zivilrechtliche Grundsätze und Grundrechte als Ansatzpunkte für die weitere Untersuchung 67
ff) Rolle des Kartellrechts sowie des AGB-Rechts 68
3. Rechtslage bei unternehmenskauf- und gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Gesellschafter 68
a) Beurteilung der Zulässigkeit anhand von § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG 68
aa) § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG als Prüfungsnorm 68
bb) Aus § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteter Prüfungsmaßstab 70
b) Rolle des § 1 GWB 71
aa) Anwendbarkeit und Tatbestandsausnahme für funktionsnotwendige nachvertragliche Wettbewerbsverbote 71
bb) Unterschiede im Vergleich zum zivilrechtlichen Prüfungsmaßstab . . . 73
c) Art. 101 AEUV und §§ 305 ff. BGB 74
d) Konkrete Zulässigkeitsgrenzen für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote 74
aa) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter in der Regel unzulässig 74
bb) Zulässiger Umfang abhängig von den Umständen des Einzelfalls 76
cc) Zwei Jahre als Richtwert 76
(1) Rechtsprechung 76
(2) Literatur 77
dd) Keine Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung 78

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Zusammenfassung 80
a) Zivilrechtliche und kartellrechtliche Prüfungsnormen und Prüfungsmaßstäbe 80
b) Konkrete Zulässigkeitsgrenzen 81
aa) Maximaldauer von zwei Jahren als Richtwert 81
bb) Unklare Lage bei Karenzentschädigungen 82
V. Forschungsdefizite und Gang der Untersuchungen 82
1. Forschungsdefizite 82
a) Ungenaue dogmatische Begründung der Prüfungsmaßstäbe und der konkreten Zulässigkeitsgrenzen 82
aa) §§ 74 ff. HGB als Ausdruck verallgemeinerungsfähiger Rechtsgrundsätze? 83
bb) Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit 83
cc) Spannungsfeld zwischen zivilrechtlicher Privatautonomie, Wettbewerbsfreiheit und dem Schutz schwächerer Vertragsparteien 84
dd) Verfassungsrechtlicher Hintergrund 84
b) Überwiegend getrennte Betrachtung von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH 85
2. Weiterer Gang der Untersuchungen 85

B. Hintergründe 87
I. In §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck kommende Rechtsgrundsätze 87
1. Voraussetzungen für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes . . . 87
2. Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit 88
a) Zusammenhang zwischen der Vertragskontrolle und der Gewährleistung von Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit sowie ausgleichender Gerechtigkeit 88
b) Kriterien zur Feststellung von Austauschgerechtigkeit 91
c) Gesamtgesellschaftliche Umverteilung durch zivilrechtliche Normen 93
3. Privatautonomie 94
4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 95
5. In §§ 74 ff. HGB enthaltene allgemeine Rechtsgrundsätze 96
a) Historische Entwicklung des Prüfungsmaßstabes für nachvertragliche Wettbewerbsverbote 96
b) Rechtsprechung des BAG als Erkenntnisquelle 98
c) Entwicklung für GmbH-Geschäftsführer und Gesellschafter 100
d) Schlussfolgerungen für die untersuchungsrelevanten Faktoren 102
aa) Beurteilung der Unbilligkeit nach dem zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfang des Wettbewerbsverbots als Kern des zivilrechtlichen Prüfungsmaßstabes 102
bb) Berechtigtes geschäftliches Interesse als eigenständiger Zulässigkeitsfaktor und als Teil der Interessenabwägung 103

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) § 74 Abs. 1 S. 3 HGB: Maximaldauer kein allgemeiner Grundsatz . . . 103
dd) § 74 Abs. 2 HGB: kein allgemeiner Grundsatz der bezahlten Karenz 104
II. Wirtschaftlich-gesellschaftlicher Hintergrund: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zwischen Privatautonomie, funktionierendem Wettbewerb und dem Schutz des Schwächeren durch den Staat 105
1. Vertragsfreiheit als Teil der das Zivilrecht prägenden Privatautonomie 105
2. Idealbild des gerechten Interessenausgleichs zwischen selbstbestimmt und freiwillig handelnden Vertragsparteien 106
3. Zusammenhang zwischen Funktionsbedingungen des Marktmechanismus, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit 107
4. Bedrohung der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit durch ein Kräfteungleichgewicht zwischen Vertragsparteien 109
5. Funktionierender Wettbewerb als Ausgleichsfaktor für Kräfteungleichgewichte 111
6. Individualautonome Selbstbestimmung und soziale Gerechtigkeit als essenzielle Faktoren für das Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle 113
7. Marktkonstitutive und marktkompensatorische Funktion der Vertragskontrolle 114
III. Verfassungsrechtlicher Hintergrund 118
1. Beschränkung des vertraglichen Gestaltungsspielraums durch die Grundrechte 118
2. Zusammenspiel der objektiven Wirkung der Grundrechte und der grundrechtlichen Schutzpflicht- sowie Abwehrrechtsdimension in Drittwirkungskonstellationen 121
a) Eingriffsabwehrrechtsdimension und Übermaßverbot 121
b) Grundrechtliche Schutzpflichten und das Untermaßverbot 122
aa) Grundrechtliche Schutzpflichten als Teil der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension 122
bb) Konkretisierung der Schutzpflicht durch das Untermaßverbot 124
(1) Voraussetzungen für die Annahme einer Schutzpflicht 124
(2) Anforderungen an die Schutzmaßnahme 125
c) Drittwirkungskonstellationen: Widerstreit der grundrechtlichen Abwehr- und Schutzfunktion im Verhältnis Bürger – Bürger – Staat 126
d) Aufgabenverteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative 128
3. Grundrechtschutz im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes 132
a) Vom Untersuchungsgegenstand berührte Grundrechte 132
b) Besonderheiten des Grundrechtsschutzes im Rahmen vertraglicher Selbstbindung 133
aa) Umsetzung des staatlichen Schutzgebots durch Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung und Zusammenhang mit der grundrechtlichen Abwehrfunktion 133
bb) Eingriffsrechtfertigung durch Selbstbestimmungsdefizite 134

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Staatliche Schutzpflichten im Rahmen der Vertragsfreiheit 135
(1) Aktivierung staatlicher Schutzpflichten durch Selbstbestimmungsdefizite 135
(2) Rechtsprechung des BVerfG zu Kräfteungleichgewichten und Fremdbestimmung 136
(3) Bewertung der Rechtsprechung des BVerfG 137
dd) Schutzpflichten bei individuellem Versagen des Vertragsmechanismus 140
c) Berufsfreiheit 140
aa) Maßgaben des Übermaßverbots 140
bb) Maßgaben des Untermaßverbots 142
d) Eigentumsfreiheit 143
IV. Synthese 144

C. Anwendung der Grundsätze auf den Untersuchungsgegenstand 152
I. Generalklauseln als Prüfungsnormen 152
II. Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB 154
1. Analyse des Prüfungsmaßstabs 154
a) Strukturierende Funktion des Prüfungsmaßstabs für die umfassende Interessenabwägung 154
b) Einfluss der Berufsfreiheit 155
c) Einfluss der Eigentumsfreiheit 157
d) Einfluss der Vertragsfreiheit 158
e) Zusammenfassung des grundrechtlichen Einflusses 160
f) Einfluss der zivilrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Privatautonomie 162
g) Einfluss der Konzepte der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit 162
2. Keine Übernahme der Zulässigkeitsgrenzen der §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 S. 3 HGB 164
III. Prüfungsmaßstab des § 1 GWB 167
1. Analyse des Prüfungsmaßstabes 167
2. Verhältnis zwischen § 1 GWB und § 138 BGB 169
IV. Konkrete Zulässigkeitsgrenzen 171
1. Unterschiedliche Zulässigkeitsgrenzen möglich 171
2. Zeitlicher Umfang 172
a) Dienstvertragliche Wettbewerbsverbote 172
b) Gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote 173
c) Analyse der Unterschiede 174
3. Karenzentschädigung 175
a) Gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote 175
b) Dienstvertragliche Wettbewerbsverbote 177
aa) Uneinheitliche Meinungslage 177

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Kunden- und Mandantenschutzklauseln 177
cc) Umfassende Tätigkeitsverbote 180
(1) Analyse 180
(2) Bedeutung der Analyse für die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung 182
(a) Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer 182
(b) Fremdgeschäftsführer 183
(c) Sonderfall der marginalen Beteiligung des GmbH-Geschäftsführers 185
c) Analyse der Unterschiede 187
4. Zusammenfassung und Konsequenzen für die Praxis 190

Literaturverzeichnis 193

Sachverzeichnis 204

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einführung

Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Organmitglieder einer GmbH entspricht der gängigen Praxis. Allerdings herrscht Unsicherheit darüber, bis zu welchem Umfang in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für Organmitglieder einer GmbH rechtlich zulässig ist. Ebenfalls unklar ist, ob ein solches nachvertragliches Wettbewerbsverbot auch ohne Karenzentschädigung wirksam vereinbart werden kann. Diese Unsicherheit basiert unter anderem darauf, dass für Organmitglieder einer GmbH keine Regelungen im GmbHG existieren, die als Richtlinien dienen könnten. Zwar widmen sich einige gerichtliche Entscheidungen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH, allerdings beseitigt die sich fortbildende Kasuistik die bestehende Unsicherheit nicht. Dies liegt zum einen daran, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote verschiedene Interessen und Parteien berühren, die von Fall zu Fall unterschiedlich sind. Die in dem einen Einzelfall geltenden Grenzen können also nur eingeschränkt auf einen anderen Einzelfall übertragen werden. Viel schwerer wiegt jedoch, dass die Rechtsprechung für die Festlegung der Zulässigkeitsgrenzen vor allem auf vage Abwägungsentscheidungen zurückgreift, ohne die hinter diesen Entscheidungen stehenden verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Grundlagen herauszuarbeiten.[1] Die Literatur hat diesen Missstand bisher auch nicht behoben. Vielmehr konzentrieren sich die juristische Diskussion auf die Darstellung der Rechtsprechung des BGH zur analogen Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB bzw. zu den konkret aus den jeweiligen Prüfungsnormen abzuleitenden Zulässigkeitsgrenzen und auf die Rezeption dieser Rechtsprechung.[2] Resultat der Vorgehensweise der Rechtsprechung ist, dass die Entscheidungen der Rechtsprechung für die Praxis nur schwer vorhersehbar sind, da verallgemeinerungsfähige Grundlagen fehlen, die als Leitlinien für die Vertragsgestaltung im Einzelfall dienen könnten. Dies gilt sowohl für dienst- als auch für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote und insbesondere für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, für die neben den beiden genannten

[1] *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 41.

[2] Eine Ausnahme stellen *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, und *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, dar, die sich in unterschiedlichem Ausmaß mit den verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Hintergründen der Zulässigkeitsgrenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote befassen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gestaltungsoptionen zudem die Möglichkeit eines unternehmenskaufvertraglichen[3] Wettbewerbsverbots offensteht.

Hier soll die vorliegende Arbeit ansetzen. Ziel der Untersuchung ist es, dazu beizutragen, die in der Praxis bestehenden Unklarheiten im Hinblick auf die zulässige Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für Organmitglieder einer GmbH zu verringern. Um das Thema sinnvoll einzugrenzen sowie vor dem Hintergrund der dogmatisch und für die Rechtsgestaltung interessanten Doppelstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers wird sich die Arbeit zum einen auf die Person des Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH und die daher möglichen dienst- und gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsoptionen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots konzentrieren. Aufgrund der Nähe zum Untersuchungsgegenstand wird auch das unternehmenskaufvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbot in die Untersuchung einbezogen. Ein zweiter Fokus liegt in der Beschränkung auf die Fragen nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung sowie der zulässigen Maximaldauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Wird das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nämlich mit einem Arbeitnehmer abgeschlossen, so ist es nur wirksam, wenn es eine Karenzentschädigung enthält. Ob dies in dieser Rigorosität auch für Gesellschafter-Geschäftsführer gilt, ist aufgrund der sonst entstehenden hohen Kosten für die Unternehmensseite relevant. Auch die Maximaldauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist für Arbeitnehmer genau festgelegt und – anders als der zulässige sachliche und räumliche Umfang – nicht von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Dies sorgt für Rechtssicherheit. Offen ist jedoch, ob diese Grenze ebenfalls bei nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH gilt. Aufgrund des engen Zusammenhangs der einzelnen Bestandteile eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots werden bei der Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung und der Maximaldauer jedoch auch andere Elemente eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Organmitglieder einer GmbH angesprochen werden.

Um die bei der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH bestehenden Unklarheiten zu verringern, müssen die Antworten, die die Dissertation geben möchte, auf einem dogmatisch tragfähigen Fundament basieren. Ein Zwischenziel der Untersuchung ist deshalb, die dogmatischen Hintergründe der jeweiligen Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und konkret abgeleiteten Zulässigkeitsgrenzen herauszuarbeiten. Die vorhandene Kasuistik soll dabei nicht außer Acht gelassen werden. Sie soll vielmehr durch die Anwendung der zuvor herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben und zivilrechtlichen Grundsätze auf ihre Tragfähigkeit überprüft werden. Auf die

[3] Wie *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 35 (Fn. 103) m. w. N. betont, wird unter dem Begriff „Unternehmenskauf" oft sowohl der dingliche als auch der schuldrechtliche Teil als ein wirtschaftlicher Vorgang bezeichnet. In der Folge wird im Anschluss hieran nicht zwischen dem Unternehmensveräußerungsvertrag und dem Unternehmenskaufvertrag unterschieden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gleiche Weise sollen bestehende Unklarheiten in der Kasuistik dort, wo dies möglich ist, beseitigt werden.

Diese Ziele geben die die Untersuchung strukturierenden Untersuchungsfragen vor. Abschnitt A wird zur Vorbereitung der folgenden Untersuchungen knapp die Praxisrelevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sowie die hinter ihnen steckende Interessenlage behandeln und im Anschluss zwecks Eingrenzung und Einordnung der Thematik den Untersuchungsgegenstand herausarbeiten. Auf dieser Basis wird die Dissertation eine Bestandsaufnahme durchführen, um zu untersuchen, welche Standpunkte die Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die auf dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote anzuwendenden Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen einnehmen, sowie um gegebenenfalls bestehende Untersuchungsdefizite ausfindig zu machen.

Vor diesem Hintergrund wird Abschnitt B insbesondere die zivilrechtlichen und verfassungsrechtlichen Hintergründe der Ergebnisse der Bestandsaufnahme beleuchten. Aufgrund der Natur des Untersuchungsgegenstandes wird sich die Untersuchung im Ansatz jedoch auch mit den ökonomischen Hintergründen des Untersuchungsgegenstandes befassen. Im Anschluss hieran wird Abschnitt C wiederum die im Rahmen der Bestandsaufnahme herausgearbeiteten Befunde unter Anwendung der zuvor herausgearbeiteten Grundsätze analysieren und für die Praxis verwertbare Schlüsse ziehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH – eine Bestandsaufnahme

I. Praktische Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote

Die praktische Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote steht in einem direkten Zusammenhang mit dem Prinzip des freien Wettbewerbs, das die Wirtschaftsverfassung Deutschlands prägt.[1]

Im Fall eines Arbeitsplatzwechsels bedeutet das Prinzip des freien Wettbewerbs, dass ein Mitarbeiter, der seinen ursprünglichen Arbeitsplatz verlässt, grundsätzlich frei darüber entscheiden kann, wie und wo er zukünftig seine Arbeitskraft einsetzen möchte. Dabei ist es gerade auch für Konkurrenten seines ehemaligen Arbeitgebers interessant, ihn aufgrund der bereits in dem Geschäftskreis gewonnenen Expertise einzustellen.[2] Für den ursprünglichen Arbeitgeber stellt dies eine Gefahr dar. Dies gilt gerade auch, wenn ein Geschäftsführer oder ein Gesellschafter aus dem Unternehmen ausscheidet, da beide mit Kunden bzw. Mandanten und entscheidendem Know-how in Berührung kommen.[3] Sofern der Gesellschafter-Geschäftsführer im Anschluss direkt zu einem Konkurrenzunternehmen wechselt oder selbst zu Konkurrenz wird, ist es wahrscheinlich, dass er zumindest im Rahmen des gesetzlich Zulässigen[4] die ihm aus der vorherigen Gesellschaft bekannten Interna verwendet, dem Konkurrenzunternehmen bzw. ihm selbst einen Wettbewerbsvorteil verschafft und dadurch seinem vorherigen Arbeitgeber bzw. dem Unternehmenskäufer schadet.[5]

Vor dieser Gefahr kann sich die Gesellschaft durch ein zwischen ihr bzw. den übrigen Gesellschaftern und dem Ausscheidenden vereinbartes nachvertragliches

[1] Zum Zusammengang zwischen der Einführung der Gewerbefreiheit und der Geburt von Wettbewerbsklauseln *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 21 f. Zum freien Wettbewerbs s. u. B.II.3., 107 ff. und B.II.5., 111 ff.

[2] Zu der Thematik von Wissen als Wirtschaftsfaktor *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 15 ff.

[3] Vgl. *Bauer*, in: FS Schwerdtner, S. 441, 441; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 17.

[4] Zu den geltenden gesetzlichen Beschränkungen s. u. A.III.2.a), 27 f. und A.III.2.b), 29 ff.

[5] MüKoHGB/*Langhein*, § 112 Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wettbewerbsverbot schützen. Verstößt der Ausscheidende gegen das Wettbewerbsverbot, so kann die Gesellschaft bzw. können die übrigen Gesellschafter gegen ihn einen Unterlassungsanspruch und gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch geltend machen.[6] Auch der Unternehmenskäufer kann sich durch ein Wettbewerbsverbot für den aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter absichern.

Allerdings kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht schrankenlos rechtlich zulässig sein. Sowohl für den Ausscheidenden als auch für die Konkurrenzunternehmen würde ein dauerhaftes und schrankenloses Wettbewerbsverbot nicht nur zu gravierenden Nachteilen führen, sondern auch das Prinzip des freien Wettbewerbs konterkarieren.

II. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote als Form des Interessenausgleichs

1. Involvierte Interessen

a) Interessen der Vertragsparteien

aa) Gesellschaft und Gesellschafter

Für das Verständnis der mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten verbundenen rechtlichen Fragen ist es hilfreich zu analysieren, welche Interessen eine Rolle spielen und im Idealfall durch die Klausel zum Wettbewerbsverbot einem Ausgleich zugeführt werden. Das Spektrum der durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote berührten Interessen ist komplex. Aus Sicht der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter dient die Vereinbarung der Absicherung des Unternehmensgewinns und der Erhaltung von Arbeitsplätzen und damit der Existenzsicherung.[7] Eine Variante dieses Interesses ist das Interesse des Unternehmenserwerbers im Fall des Unternehmenskaufs.Dem Erwerber geht es darum, den vollen Gegenwert zu erhalten, der vertraglich vereinbart worden ist und für den er gezahlt hat.[8] Dem Interesse des Unternehmensschutzes können nachvertragliche Wettbewerbsverbote jedoch nur dann dienen, wenn sie nicht mit zu hohen Kosten verbunden sind.[9] Diese können insbesondere durch Zahlungen an den Ausscheidenden als Ausgleich für den unterlassenen Wettbewerb entstehen.

---

[6] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 70 m. w. N.

[7] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 2.

[8] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 446.

[9] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 26 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Ausscheidende

Einen gegensätzlichen Pol zu den Interessen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter bilden die Interessen des Ausscheidenden, der durch das Verbot zur Wettbewerbsunterlassung verpflichtet und somit unter Umständen immens in seiner Freiheit eingeschränkt wird. Dieser strebt insbesondere danach, die sich ihm durch den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern bietenden beruflichen Chancen wahrzunehmen.[10] Hierfür muss er sein erworbenes Fachwissen und seine persönliche Fähigkeiten möglichst unbeschränkt nutzen können.[11] Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot hingegen bedeutet, dass die auf seinen im Unternehmen erworbenen Kenntnissen und persönlichen Fähigkeiten basierende Chance auf eine berufliche, wirtschaftliche und soziale Weiterentwicklung zumindest zeitweise merklich eingeschränkt wird.[12] Der Ausscheidende kann so sein Potential und damit seine Chancen am Arbeitsmarkt nicht optimal ausnutzen.

Auf den ersten Blick erscheint es widersinnig, sich auf einen solchen Stolperstein für die persönliche Entwicklung einzulassen. Im Moment der Vereinbarung können jedoch andere Faktoren dafür sprechen, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot und die daraus resultierenden Beschränkungen hinzunehmen.[13] So ist es zum Beispiel vorstellbar, dass sich der später Ausscheidende auf die Beschränkung im Rahmen der Vertragsverhandlungen vor Beginn der Tätigkeit einlassen musste, um überhaupt Gesellschafter-Geschäftsführer des Unternehmens werden zu können. Gerade wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zeitgleich mit dem das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien begründenden Vertrag vereinbart wird, steht zunächst einmal dieses Verhältnis im Vordergrund und nicht das die Zeit danach betreffende nachvertragliche Wettbewerbsverbot, sodass letzteres als das notwendige Übel erscheinen mag, das hinzunehmen ist und das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht besonders relevant erscheinen mag.[14] Weitere mögliche Szenarien schließen die Situation ein, dass ein Dritter das für den Ausscheidenden geltende nachvertragliche Wettbewerbsverbot zur Bedingung dafür macht, dass er Unternehmensanteile vom Ausscheidenden erwirbt. Im Fall einer Unternehmensgründung kann es zudem Sinn machen, sich auf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für jeden ausscheidenden Gesellschafter zu einigen, um so die Zukunft des gemeinsamen Unternehmens zu sichern.

---

[10] *Gamillscheg*, RdA 1975, 13, 15.

[11] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 29.

[12] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 2.

[13] So auch *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 36.

[14] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 35 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Weitere betroffene Individualinteressen

Neben den Interessen der am nachvertraglichen Wettbewerbsverbot direkt beteiligten Parteien können noch weitere Interessen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots relevant werden.

So profitieren die übrigen Mitarbeiter des Unternehmens von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, da es zur Sicherung des Fortbestands des Unternehmens beiträgt und damit ihre eigenen Arbeitsplätze absichert.[15] Aber auch die Interessen anderer potenzieller späterer Vertragspartner des Ausscheidenden werden berührt, da das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ihnen die Möglichkeit nimmt, mit den Personen zu kontrahieren, die aufgrund ihrer vorherigen Erfahrungen die Wunschkandidaten für die zu besetzende Position oder Gesellschafterstellung sind.[16]

c) Gesamtwirtschaftliche Relevanz

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind zudem auch gesamtwirtschaftlich relevant und berühren so öffentliche Interessen.[17] Unsere Wirtschaftsordnung basiert auf dem Prinzip des freien Marktes und des Leistungswettbewerbs.[18] Außerdem findet die These, dass eine Volkswirtschaft, deren soziales Ordnungs- und Handlungsprinzip der freie Wettbewerb ist, im Vergleich mit einer staatlich gelenkten Zentralverwaltungswirtschaft deutlich effektiver ist, breite Unterstützung.[19] Nachvertragliche Wettbewerbsverbote stehen somit auf den ersten Blick in einem direkten Widerspruch zu Grundprinzipien unserer Marktwirtschaft.

Konkret zeigt sich die gesamtwirtschaftliche Relevanz, wenn der Fokus von dem einzelnen durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot direkt beeinflusste Unternehmen, auf die anderen Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftszweiges erweitert wird. Gerade in Zeiten von Fachkräftemangel stehen die Unternehmen in

[15] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 28. *Gamillscheg*, RdA 1975, 13, 16 verweist zudem auf die direkten Mitarbeiter des Ausscheidenden, die nicht um den Ertrag ihrer gemeinsamen Arbeit gebracht werden dürften. Dabei verweist er auf eine Forschergruppe, die zusammen mit dem Ausscheidenden an der Entwicklung eines Endprodukts gearbeitet haben und deren jahrelanges Arbeiten dann umsonst gewesen sein könnte, falls der Ausscheidende in einem anderen Umfeld einfach auf sein erworbenes Know-how zurückgreifen könnte. Allerdings erscheint dieses Beispiel im Zusammenhang mit Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH wenig relevant.

[16] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 28 f.

[17] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 26.

[18] Vgl. statt aller Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 116.

[19] *Voet van Vormizeele*, NZKart 2013, 386; statt aller zur Bedeutung einer funktionierenden Marktwirtschaft für Wohlstand, individuelle Freiheit und Gerechtigkeit sowie die Zusammenhänge zwischen diesen Komponenten sowie Risiken des Marktversagens und der Notwendigkeit korrigierender staatlicher Eingriffe *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 23 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einem Wettbewerb um potenzielle Mitarbeiter.[20] Dies gilt auch für die Mitglieder der Unternehmensführung. Aufgrund eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wird der Kreis der für den jeweiligen Wirtschaftszweig verfügbaren Fachkräfte verengt und das auf dem Markt verfügbare Fachwissen des Ausscheidenden für einen gewissen Zeitraum reduziert, was ebenfalls gesamtwirtschaftliche von Nachteil ist.[21] Insgesamt stärkt ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zumindest kurzzeitig die Position des Unternehmens im Wettbewerb und schwächt mithin den Marktwettbewerb. Allerdings ist ein funktionierender Marktwettbewerb zur Förderung von Innovationen grundsätzlich notwendig – unter anderem indem er verhindert, dass sich Unternehmen auf den bereits vorhandenen Technologien und Prozessen ausruhen.[22] Somit kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot in diesem Zusammenhang innovationshemmend wirken.

Gleichzeitig kann die Einschränkung nachvertraglichen Wettbewerbs aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch auch sinnvoll sein. Für einzelne Unternehmen ist es zum Beispiel so gut wie unmöglich, die interne Informationspolitik so zu gestalten, dass für die Unternehmensentwicklung existenzielle Informationen nur an Personen weitergegeben werden, die nicht potenziell zu Wettbewerbern werden oder zum Wettbewerb wechseln könnten.[23] Stünde dem Unternehmen nicht die Option eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots offen, so könnte dies ebenfalls die innerbetriebliche Innovation ausbremsen.[24] Immerhin bestünde dann konstant die Befürchtung, dass der durch die Investitionen erarbeitete Vorsprung aufgrund des Wechsels eines eingeweihten Mitarbeiters zur Konkurrenz revidiert werden könnten. Dies wiederum würde bedeuten, dass sich das Unternehmen zweimal überlegt, ob es in Forschung und Entwicklung investiert. Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist demnach eine Möglichkeit, den Informationsabfluss zum Konkurrenten zumindest zeitweise zu unterbinden und somit die Hemmschwelle gegenüber Investitionen zu verringern.

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote haben somit das Potential, die Innovationskraft einer Volkswirtschaft sowohl positiv als auch negativ zu beeinflussen.[25]

[20] *Eichholz*, BC 2018, 231, 231.

[21] *Dorndorf*, Freie Arbeitsplatzwahl und Recht am Arbeitsergebnis, S. 201 f., 206 f., der auch weitere negative Effekte nachvertraglicher Wettbewerbsverbote anspricht.

[22] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 293 m. w. N.; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 30 m. w. N.

[23] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 30.

[24] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 30.

[25] *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht, S. 31 ff. m. w. N. spricht außerdem die ökonomische Analyse des Rechts an und verweist auch das sog. *Pareto-Kriterium* und das *Kalder-Hicks-Kriterium*, um eine Kosten-Nutzen-Analyse nachvertraglicher Wettbewerbsverbote aus volkswirtschaftlicher Perspektive durchzuführen. Die rechtliche Beurteilung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote auch unter diesem Aspekt vorzunehmen würde jedoch den Rahmen dieses Buches sprengen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vereinfacht kann von einem Spannungsfeld zwischen dem Interesse der Gesellschaft am Wettbewerbsverbot und dem Interesse des Marktes am Wettbewerb gesprochen werden.[26]

2. Möglichkeiten des Interessensausgleichs

a) Interessenausgleich auf der Ebene des Umfangs des Wettbewerbsverbots

Wie die obigen Ausführungen verdeutlichen, ist das durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote beeinflusste Interessenspektrum groß. Dabei stehen sich insbesondere die Interessen der durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebundenen Parteien diametral gegenüber, aber auch die übrigen Interessenkonflikte sind nicht einfach aufzulösen. Die Regelungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sollten jedoch – zumindest im Idealfall – all diese widerstreitenden Interessen ausgleichen.

Der Interessenausgleich kann dabei auf mehreren Ebenen stattfinden. Zum einen bietet sich hierfür der sachliche, zeitliche und örtliche Umfang des Wettbewerbsverbots an. Durch ein Austarieren dieser unterschiedlichen Parameter kann sichergestellt werden, dass zum einem dem Sicherungsinteresse des Unternehmens so weit wie möglich entsprochen wird und zum anderen dem Ausscheidenden die Möglichkeit, sein berufliches Fortkommen voranzutreiben, nicht vollends genommen wird. Gleichzeitig ist der Umfang des Wettbewerbsverbots entscheidend für das Ausmaß, in dem das Fachwissen des Ausscheidenden den übrigen Marktteilnehmern vorenthalten wird.

b) Interessenausgleich über die Zahlung einer Karenzentschädigung

Des Weiteren kann auch die Zahlung einer Karenzentschädigung die finanziellen Nachteile ausgleichen, die dem Ausscheidenden durch das Wettbewerbsverbot entstehen,[27] und den Lebensstandard absichern, den der Ausscheidende durch das für die vorangegangene Tätigkeit gezahlte Entgelt hatte.[28] Falls vereinbart, ist die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung als mit der Unterlassungspflicht des Ausscheidenden synallagmatisch verbundene Leistungspflicht der Gesellschaft zu sehen.[29] Somit ist sie der Preis dafür, dass der Ausscheidende seine Kenntnisse und Fähigkeiten nicht dem Wettbewerb zugute kommen lässt.[30] Dies bedeutet auch, dass

[26] MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 235.

[27] MüKoHGB/*von Heuningen-Huene*, § 74 Rn. 41.

[28] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 41.

[29] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 41 m. w. N.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 56 m. w. N.

[30] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 132, der § 74 Abs. 2 HGB als Ausdruck des Schutzes von

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Höhe der Karenzentschädigung in einer Wechselwirkung zueinander stehen.[31]

Je nach der Lebenssituation kann die Karenzentschädigung zudem unterschiedlich relevant für die Existenzsicherung des Ausscheidenden sein. Gerade wenn es zur Existenzsicherung auf die Karenzentschädigung ankommt, dient sie auch als eine Art Absicherung des Unternehmens gegen monetäre Anreize von Seiten Dritter, die den Ausgeschiedenen dazu verleiten könnten, gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu verstoßen.

Entscheidend dafür, ob die betroffenen Interessen einem Ausgleich zugeführt werden können, sind somit zwei Komponenten des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots: zum einen der Umfang des Wettbewerbsverbots und zum anderen die Zahlung einer angemessenen Karenzentschädigung. Sie sind somit auch von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit der Regelung. Unter Umständen kann sich die Regelung auf die Interessen einer Partei oder anderer Marktteilnehmer so nachteilig auswirken, dass dies die rechtliche Zulässigkeit des Verbots in Frage stellt.

III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

1. Notwendigkeit der Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes

Die Darstellung der praktischen Relevanz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sowie der involvierten Interessen lässt erahnen, dass eine Vorgehensweise, die sich dem Thema der Zulässigkeitsgrenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von Organmitgliedern einer GmbH widmen würde mit dem Ziel, der Praxis einen umfassenden Gestaltungsleitfaden zu jeder sich stellenden Rechtsfrage an die Hand zu geben, den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Stattdessen wird sich die Arbeit mit den Zulässigkeitsgrenzen dienst- und gesellschaftsvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH beschäftigen, wobei der Fokus auf den Faktoren der Notwendigkeit der Karenzentschädigung und der Maximaldauer in beiden Gestaltungsvarianten liegen wird. Für die Konzentration auf diesen Untersuchungsgegenstand existieren dezidierte, im Folgenden dargelegte Gründe.

Arbeitnehmern vor einer „unangemessenen Ausgestaltung des Preis-Leistungs-Verhältnisses“ sieht.

[31] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 114.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Fokus auf individualvertragliche Vereinbarung

a) Kein gesetzliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

Rechtsquelle des zu untersuchenden Wettbewerbsverbots ist eine (individual-) vertragliche Vereinbarung. Der Abgrenzung wegen und für ein besseres Verständnis der mit dem Untersuchungsgegenstand verbundenen Rechtsfragen bietet es sich zunächst an, vertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote im System der übrigen nachvertraglichen Wettbewerbsverbote anhand der potenziellen Rechtsquelle einzuordnen. Aus dieser Zusammenschau ergibt sich auch, dass im Fall der GmbH nachvertragliche Wettbewerbsverbote letztendlich nur aus individualvertraglichen Vereinbarungen resultieren können.

Weder für Gesellschafter[32] noch für Geschäftsführer[33] einer GmbH existieren gesetzliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Ausdrückliche gesetzliche Wettbewerbsverbote enthalten im Umfeld des GmbH-Rechts nur § 88 AktG für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft und §§ 60, 112, 113 HGB für Arbeitnehmer bzw. für Gesellschafter der Gesellschaft. Diese gelten dann allerdings nur für die Dauer der jeweiligen Tätigkeit bzw. Stellung. Mangels einer einschlägigen Regelung im GmbHG wird für den GmbH-Geschäftsführer entsprechend der Wertungen der § 88 AktG und § 112 HGB aus der ihm aufgrund seiner Organstellung obliegenden Treuepflicht[34] sowie mittels eines erst Recht-Schluss zu § 60 HGB[35] ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot abgeleitet, dies allerdings ebenfalls nur für die Dauer seiner Tätigkeit.[36] Ähnliche Erwägungen gelten für GmbH-Gesellschafter während der Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft.[37]

---

[32] *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 516 m. w. N.; *von der Osten*, GmbHR 1989, 450, 450.

[33] Vgl. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1032 m. w. N.; Scholz/*Schneider*, 11. Aufl., § 43 Rn. 173 m. w. N.; *von der Osten*, GmbHR 1989, 450, 450.

[34] BH/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 41; zur Treuepflicht des Geschäftsführers und des Gesellschafters s. u. A.III.2.b), 29.

[35] § 60 HGB gilt nur für Arbeitnehmer, wird jedoch für die Ableitung eines Wettbewerbsverbots aus der Treuepflicht während der Dauer des Amtes als GmbH-Geschäftsführer herangezogen, da diesem im Vergleich zum Arbeitnehmer strengere Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gegenüber der Gesellschaft obliegen und die Lage im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot nicht nachsichtiger sein dürfe MüKoGmbHG/*Jaeger*, § 35 Rn. 360.

[36] S. a. *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185, 185 m. w. N., die darauf hinweisen, dass das Wettbewerbsverbot sowohl für Gesellschafter-Geschäftsführer als auch für Fremdgeschäftsführer gilt.

[37] *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 515 m. w. N. Handelt es sich um eine personalistische GmbH, so ist der von den Gesellschaftern der GmbH gebildete Personenverband Anknüpfungspunkt für die Treuepflicht, MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 131 m. w. N. Eine Ausnahmestellung kommt dem nur kapitalistisch beteiligten Gesellschafter einer kapitalistischen GmbH zu, für den kein Wettbewerbsverbot vereinbart werden darf, vgl. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 238. Grund hierfür ist, dass er nicht auf die Geschäftsführung und damit auch nicht auf das Geschick der GmbH und die Interessen der Gesellschafter Einfluss nehmen kann, vgl. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 138.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hiervon unterscheiden sich § 85 GmbHG, § 404 AktG, die die Zeit nach dem Ausscheiden regeln. Sie verbieten die unbefugte Offenbarung von Gesellschafts-, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, stellen diese unter Strafe und entfalten über § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Gesellschaft auch im Zivilrecht Wirkung.[38] Allerdings ist die Reichweite dieser Vorschriften nicht einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gleichzusetzen, weil nicht alle Fertigkeiten und Kenntnisse direkt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu bewerten sind.[39] Selbst wenn es sich dann um ein Gesellschaftsgeheimnis im Sinne der Vorschrift handelt, muss die Offenbarung bzw. Verwertung desselben auch als unbefugt im Sinne der Vorschrift anzusehen sein. Im Rahmen einer Interessen- und Güterabwägung kann jedoch nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB eine Offenbarung bzw. Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aufgrund überragender persönlicher Interessen gerechtfertigt sein.[40] Dabei kann sich der Ausgeschiedene insbesondere dann auf seine durch Art. 12 GG geschützten beruflichen Interessen berufen, wenn er seine Kenntnisse im Rahmen seiner nachfolgenden Tätigkeit verwertet.[41] In diesem Zusammenhang kann dann auch eine Offenbarung des Geheimnisses gerechtfertigt sein.[42] Letztendlich darf ein nachvertragliches Anstellungsverhältnis bei einem Konkurrenten nur im Ausnahmefall unter § 85 GmbHG fallen.[43] Im Rahmen eines Unternehmenskaufs ist der Geheimnisschutz durch § 85 GmbHG noch komplexer.[44] Eine individualvertragliche Regelung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wird durch § 85 GmbHG also nicht entbehrlich.

Unabhängig davon, ob die §§ 74 ff. HGB auf Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH anwendbar sind,[45] lässt sich jedenfalls aus diesen Normen auch kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ableiten, da sie ausschließlich Zulässigkeitsgrenzen für ein ausdrücklich vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbots enthalten.[46]

---

[38] Statt aller BH/*Haas*, § 85 Rn. 1.

[39] *Scholz/Tiedemann/Rönnau*, § 85 Rn. 44; zu den genauen Voraussetzungen eines Gesellschaftsgeheimnisses s. Michalski/*Dannecker*, § 85 Rn. 7 ff.; zu dem Einfluss des zum 29.04.2019 in Kraft getretenen „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen" *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583, 583 ff.

[40] Statt aller Michalski/*Dannecker*, § 85 Rn. 75 ff. m.w.N.

[41] Statt aller *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1030 m.w.N.

[42] *Scholz/Tiedemann/Rönnau*, § 85 Rn. 44 m.w.N.

[43] Zusammenfassend zu diesem Thema *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1030 m.w.N.

[44] *Scholz/Tiedemann/Rönnau*, § 85 Rn. 45 m.w.N.

[45] Dazu s.u. A.IV.2.a), 40 ff.

[46] Zu dieser Funktion MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74 Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Treuepflicht und Geschäftschancenlehre keine Quelle eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

Sowohl Geschäftsführer[47] als auch Gesellschafter einer GmbH[48] sind während ihrer Tätigkeit bzw. der Zeit, in der sie Anteile an der Gesellschaft halten, zur Treue gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern verpflichtet. Der praktische Hintergrund dieser Treuepflicht ist in beiden Fällen gleich: sowohl Gesellschafter als auch Organmitglieder können durch ihre jeweiligen Tätigkeiten Einfluss. Auf das Geschick der GmbH und die Interessen der (übrigen) Gesellschafter nehmen.[49] Die Treuepflicht dient dazu, die jeweilige Machtposition des Geschäftsführers bzw. des Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafters zu beschränken.[50]Anders als der Geschäftsführer darf der Gesellschafter, der als Anteilseigner stets auch persönlich vom wirtschaftlichen Geschick der Gesellschaft beeinflusst wird, bei der Wahrnehmung seiner mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten jedoch auch eigene Interessen neben denen der GmbH verfolgen.[51]

Die sich aus der Treuepflicht ergebenen Förderungs- und Rücksichtnahmepflichten[52] führen dazu, dass Geschäftsführer einer GmbH während ihrer Tätigkeit einem Wettbewerbsverbot unterliegen.[53] Anderes gilt für den Gesellschafter einer GmbH, der nach allgemeiner Auffassung selbst während seiner Gesellschafterstel-

[47] BH/*Zöller/Noack*, § 35 Rn. 38 f. m. w. N.; *Sedlmaier/Rüppell*, BB 2017, 1923 m. w. N.

[48] Statt aller BH/*Fastrich*, § 13 Rn. 20 m. w. N.

[49] MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 137 m. w. N., der dort auch auf die Unterschiede zwischen beiden Treuepflichten hinweist: die mitgliedschaftliche Treuepflicht sei nicht so intensiv wie die organschaftliche, da Geschäftsführern ihre organschaftlichen Rechte ausschließlich hätten, um diese im besten fremden Interesse der Gesellschaft dienend einzusetzen. Sofern es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer handele, sei für den im Einzelfall geltenden Maßstab der Treuepflicht entscheidend, in welcher Eigenschaft gehandelt werde. Auf die Treuhandstellung des Geschäftsführers gehen auch *Sedlmaier/Rüppel*, BB 2017, 1923, 1923 f. ein. Weiterführend zu den Unterschieden *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290 m. w. N., der dort den Unterschied zwischen mitgliedschaftlicher und organschaftlicher Treuepflicht wie folgt beschreibt: „Jene gebietet den Geschäftsführern, die ihnen übertragenen Aufgaben nach besten Kräften zu erfüllen und ihre Tätigkeit ausschließlich am Gesellschaftsinteresse auszurichten; diese verlangt von den Gesellschaftern, ihre Mitgliedschaftsrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen ihrer Mitgesellschafter auszuüben."

[50] MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 138.

[51] Zur dogmatischen Grundlage der Treuepflichten s. *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290 m. w. N., die für die mitgliedschaftliche Treuepflicht auf mehrere mögliche Begründungsansätze hinweisen, u. a. auf den in § 242 BGB niedergeschriebenen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und auf die Förderungspflicht aus § 705 BGB, und die organschaftliche Treuepflicht vor allem auf die Einwirkungsmacht des Geschäftsführers zurückführen.

[52] Zum Inhalt dieser Pflichten für Organmitglieder s. zusammenfassend Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, GmbHG § 43 Rn. 26 ff., für Gesellschafter statt aller MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 264 ff.

[53] St. Rspr., vgl. u. a. BGH, Urteil v. 26. 10. 1964 – II ZR 127/62, WM 1964, 1320, 1321; BH/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 41 ff. m. w. N.; *Sedlmaier/Rüppell*, BB 2017, 1923, 1924; *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lung nur ausnahmsweise einem sich aus der Treuepflicht ergebenen Wettbewerbsverbot unterliegt, und zwar nur dann, wenn er eine beherrschende Stellung in der Gesellschafterversammlung innehat und dadurch die Geschäftsführung in ausreichendem Maße beeinflussen kann.[54] Anders gestaltet sich die Rechtslage bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer, der auch als Minderheitsgesellschafter schon aufgrund seiner Geschäftsführerstellung einem Wettbewerbsverbot unterliegt.[55]

Nach Ausscheiden als Geschäftsführer beziehungsweise als Gesellschafter führt die soeben angesprochene Treuepflicht jedoch nach allgemeiner Auffassung nicht zu einem ungeschriebenen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.[56] Die das Wettbewerbsverbot vormals rechtfertigende Einflussmacht besteht nicht mehr und damit auch nicht das Risiko, dass der Geschäftsführer seine Organstellung ausnutzt.[57] Zudem ist der Geschäftsführer nicht mehr an die aus der Treuepflicht resultierende Förderungspflicht gebunden und ist ebenfalls nicht mehr generell daran gehalten, wirtschaftliche Nachteile der GmbH zu vermeiden, indem er sich selbst geschäftlich zurückhält.[58] Da die Treuepflicht des Geschäftsführers intensiver ist als die des Gesellschafters,[59] kann sie für letzteren erst Recht nicht zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot führen.

Allerdings ergeben sich aus der sog. Geschäftschancenlehre[60] Beschränkungen der Handlungsfreiheit des Geschäftsführers auch nach seinem Ausscheiden, da er Verträge, die von der GmbH während seiner Amtszeit abgeschlossen wurden, nicht an sich ziehen darf.[61] Das gleiche gilt für Geschäftschancen, die er während seiner Funktion als Geschäftsführer noch hätte nutzen müssen.[62] Die Geschäftsführerpflicht wirkt in diesem Fall also nach, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsführer von den Verträgen bzw. Geschäftschancen bereits vor seinem Aus-

[54] MüKoGmbH/*Merk*, GmbHG § 13 Rn. 216 f.; *Sedlmaier/Rüppell*, BB 2017, 1923, 1924 m. w. N.

[55] *Sedlmaier/Rüppell*, BB 2017, 1923, 1925 m. w. N.

[56] Zusammenfassend hierzu MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 237 f. m. w. N.

[57] MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 238.

[58] St. Rspr., u. a. BGH, Urt. v. 11. 10. 1976 – II ZR 104/75, MDR 1977, 292, 293; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1031 m. w. N., die darauf hinweisen, dass es keine Rolle spiele, auf welche Weise das Anstellungsverhältnis geendet habe.

[59] Vgl. *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290.

[60] Zur Geschäftschancenlehre statt aller BH/*Zöller/Noack*, § 35 Rn. 41 f. m. w. N., der dort zu den aus der Geschäftschancenlehre folgenden Beschränkungen feststellt, dass der Geschäftsleiter die Kenntnis von sich bietenden in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallenden Geschäftschancen nicht für sich selbst nutzen dürfe, insbesondere auch nicht um sich selbstständig zu machen. Dies gelte auch für die private Kenntnis. Zum Verhältnis der Geschäftschancenlehre zum Wettbewerbsverbot MüKoGmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 176.

[61] St. Rspr., u. a. BGH, Urt. v. 11. 10. 1976 – II ZR 104/75, MDR 1977, 292, 293; *Sedlmaier/Rüppell*, BB 2017, 1923, 1924.

[62] MHLS/*Lenz*, § 35 Rn. 41.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheiden Kenntnis hatte.[63] Den Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erreichen diese Beschränkungen jedoch nicht.[64]

Letztlich kann der Geschäftsführer einer GmbH also nach seinem Ausscheiden als Konkurrent bzw. für die Konkurrenz tätig werden, er darf jedoch nicht die während seiner Geschäftstätigkeit eröffneten Geschäftschancen mit der neuen Gesellschaft ausnutzen.[65] Dies muss auch für Gesellschafter gelten, zumindest sofern sie gleichzeitig als Geschäftsführer Kenntnis von Geschäftschancen erlangen konnten.[66]

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt das Wettbewerbsverbot des Unternehmensverkäufers dar. Der Wert des Unternehmens hängt zumeist in einem beachtlichen Maße von Kundenstamm des Unternehmens ab, sodass dessen Übertragung Teil der sich aus dem Kaufvertrag ergebenen Pflichten ist.[67] Da der Kundenstamm jedoch nur dann problemlos auf den Erwerber übertragen werden kann, wenn der Veräußerer für eine gewisse Zeit nicht auf dem Markt tätig wird oder zumindest keinen Kontakt zu den Kunden hat, ist allgemein anerkannt, dass eben dieses Verhalten für den Veräußerer eine Nebenpflicht darstellt.[68] Welchen Umfang und welche Ausgestaltung das hieraus abzuleitende Wettbewerbsverbot hat, ist jedoch von den Umständen des Einzelfalles abhängig, sodass es sich empfiehlt, das Wettbewerbsverbot auch für diesen Fall aus Gründen der Rechtssicherheit vertraglich zu vereinbaren.[69]

c) Vertragliche Vereinbarung als einzige Möglichkeit

Da sich für den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH also weder aus dem Gesetz noch aus der Treuepflicht der Gesellschaft und den Gesellschaftern gegenüber bzw. aus der Geschäftschancenlehre ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot

---

[63] MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 267.

[64] Vgl. MüKoGmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 197 f.

[65] BGH, Urt. v. 23. 9. 1985 – II ZR 246/84, NJW 1986, 585, 586; MHLS/*Lenz*, GmbHG § 35 Rn. 135. Neben dieser Nachwirkung können Treuepflichten von Gesellschaftern und Geschäftsführern sowie die Geschäftschancenlehre zudem zur ergänzenden Vertragsauslegung herangezogen werden, vgl. BGH, Urt. v. 16. 10. 1989 – II ZR 2/89, MittRhNotK 1990, 54, 55.

[66] Eine vergleichbare Diskussion wird in der Literatur im Hinblick auf Arbeitnehmer geführt. Auch hier geht es darum, ob sich aus der Treuepflicht gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ergibt, vgl. statt aller die umfassenden Ausführungen bei *Beer*, Die Grundlagen des vertragsbegleitenden Wettbewerbsverbots im deutschen Arbeitsrecht, S. 105 ff. m. w. N. Ergebnis der Diskussion ist, dass für nicht-kaufmännische Arbeitnehmer insgesamt kein gesetzliches Wettbewerbsverbot existiert (*Beer*, Die Grundlagen des vertragsbegleitenden Wettbewerbsverbots im deutschen Arbeitsrecht, S. 297).

[67] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 444.

[68] Vgl. bereits BGH, Urt. 18. 12. 1954 – II ZR 76/54, NJW 1955, 337, 337 f.; *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 444. Zu dem Zusammenhang zwischen dem Unterlassen von Wettbewerb als Nebenpflicht und der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung bei Unternehmenskaufverträgen s. u. A.IV.3.d)dd), 78 f.

[69] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 444.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ergibt, müssen die betroffenen Parteien ein solches individualvertraglich vereinbaren. Üblich sind insbesondere nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers, in der Satzung der Gesellschaft und solche in einem Unternehmenskaufvertrag.

Je nach der Art der individualvertraglichen Vereinbarung differieren dabei auch die Vertragspartner und damit auch die involvierten Interessen. So wird ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter geschlossen. In der Satzung hingegen sind die Vertragsparteien die einzelnen Gesellschafter, wohingegen bei der Vereinbarung im Rahmen eines Unternehmenskaufes neben dem verkaufenden Gesellschafter der Erwerber des Unternehmensanteils Vertragspartei ist. Diese Vielzahl an möglichen Vertragspartnern birgt das Risiko konfligierender bzw. nicht miteinander übereinstimmender Klauseln ins sich.[70] Hierzu gesellt sich zudem das Risiko, dass das vertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbot gegen geltende Zulässigkeitsgrenzen verstößt[71] – vor allem, wenn eben jene Zulässigkeitsgrenzen weder gesetzlich festgelegt sind noch durch die Rechtsprechung unmissverständlich festgelegt sind.

3. Fokus auf die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH

Die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH hat eine Doppelrolle inne.[72] Ein Gesellschafter-Geschäftsführer befindet sich gleichzeitig in einem Anstellungsverhältnis und ist Gesellschafter des ihn beschäftigenden Unternehmens. Somit bestehen zwischen ihm und dem Unternehmen Rechtsbeziehungen auf zwei Ebenen: zum einen ein Anstellungsvertrag zwischen ihm und der Gesellschaft, der seinen Geschäftsführerstatus begründet, und zum anderen der Gesellschaftsvertrag zwischen den übrigen Gesellschaftern und ihm, auf dem die Existenz der Gesellschaft sowie seine Stellung als Gesellschafter derselben beruht.[73]

---

[70] Hierzu *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 141 ff.

[71] Vgl. *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 444 f.

[72] Auch im Zusammenhang mit Fremdgeschäftsführern wird von einer Doppelrolle gesprochen, da diese aufgrund des körperschaftlichen Akts der Bestellung auch ohne Beteiligung an der Gesellschaft ebenfalls Organmitglieder sind. Hierauf verweist auch *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 62 f. Zum körperschaftlichen Akt der Bestellung s. MüKoGmbHG/*Stephan/Tieves*, § 35 Rn. 46 ff. Zwar kann die Bestellung auch im Rahmen des Gesellschaftsvertrages erfolgen, allerdings kann zusätzlicher Inhalt der Bestellung nur eine auflösende oder aufschiebende Bedingung oder Befristung sein, vgl. MüKoGmbHG/*Stephan/Tieves*, § 35 Rn. 46, 51 f. Für ein gesellschaftsvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist hier kein Raum, sodass es keine mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer vergleichbare Gestaltungsvielfalt gibt.

[73] Durch diese Doppelrolle unterscheiden sich Gesellschafter-Geschäftsführer von Fremdgeschäftsführern und von reinen Gesellschaftern einer GmbH. Fremdgeschäftsführer sind mangels einer Beteiligung an der Gesellschaft nie Vertragspartei eines Gesellschaftsver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ein für ihn geltendes Wettbewerbsverbot kann deswegen auch sowohl im Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft, im Gesellschaftsvertrag mit den anderen Gesellschaftern oder im Unternehmenskaufvertrag im Zusammenhang mit der Übertragung der Gesellschaftsanteile vereinbart werden. All diese möglichen Vertragspartner haben auch ein wirtschaftliches Interesse daran, dass der Ausscheidende nachvertraglichen Wettbewerb zu Lasten des Unternehmens unterlässt.[74] Aus der Bandbreite der daraus folgenden Gestaltungsmöglichkeiten sowie Konfliktmöglichkeiten folgt zudem den Fokus der Arbeit auf das Verhältnis zwischen dienst- und gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten.

Auch im Vergleich mit Führungsorganen anderer juristischer Personen, die ebenfalls Anteile an der sie beschäftigenden Gesellschaft besitzen, nimmt der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH eine Sonderrolle ein. Naheliegend ist zunächst der Vergleich mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer Personengesellschaft. Allerdings steht dort die persönliche Bindung zwischen den Gesellschaftern im Vordergrund.[75] Dies führt zu einer graduell anderen Interessenverteilung, da die Treuepflicht stärker wird, je enger die personalistische Bindung ist.[76] Vor diesem Hintergrund sowie in Anbetracht der Tatsache, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft grundsätzlich persönlich haften[77] und somit unternehmerisches Risiko auf sich nehmen, erscheint die Frage nach der Anwendbarkeit von für Arbeitnehmer geltenden Schutzregelungen fernliegender als bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH. Die persönliche Beziehung der Gesellschafter untereinander kann unter Umständen außerdem teilweise den Faktor des Umfangs der Beteiligung an der Gesellschaft ausgleichen. Auch dies ist bei einer GmbH nicht möglich. Gleichzeitig ist das GmbH-Recht in einem deutlich größeren Umfang als das Aktienrecht dispositiv und bietet demnach eine gesteigerte Gestaltungsfreiheit.[78]

---

trags bzw. eines Unternehmenskaufvertrags. In ihrem Fall steht also nur die Option offen, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis zu vereinbaren. Die Option, ein gesellschaftsvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, steht nicht offen: zwar sind sie aufgrund des Berufungsakts auch vertretungsberechtigte Organe der Gesellschaft, jedoch kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht Teil des Bestellungsakts sein, da durch diesen nur die Übertragung des Amts geregelt werde, vgl. zum Inhalt der Bestellung MüKoGmbHG/*W. Goette*, § 6 Rn. 57.

[74] Näheres zum Interessenspektrum s. o. A.II.1., 21 ff.

[75] Zu Personengesellschaften als Gesellschaften im engeren Sinn, bei denen es „auf die einzelnen *Gesellschafter*, als vertragliche verbundene und in der Regel auch gesamthänderisch beteiligte, nicht beliebig auswechselbare Mitglieder ankommt", MüKoBGB/*Schäfer*, Vor § 705 Rn. 2.

[76] Oetker/*Lieder*, § 109 Rn. 26.

[77] Zur persönlichen Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft Baumbach/Hopt/*Roth*, § 128 Rn. 1 ff.

[78] BH/*Fastrich*, Einl. Rn. 4. Gerade im mittelständischen Bereich führt dies oftmals dazu, dass die GmbH aufgrund der Regelungen im Gesellschaftsvertrag zwar im Ansatz kapitalistisch ist, jedoch eine mehr oder weniger personalistische Ausgestaltung erhält und so eine Zwischenstellung zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Personenhandelsgesellschaft einnimmt, BH/*Fastrich*, Einl. Rn. 4, § 3 Rn. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Da der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH also aus unterschiedlichen Gründen eine Sonderrolle innehat, bietet es sich an, die Frage nach dem rechtmäßigen Umfang eines dienst- bzw. gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots exemplarisch an ihm zu untersuchen.

4. Fokus auf die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung und die Maximaldauer

Der zulässige Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist gerade hinsichtlich der sachlichen und räumlichen Komponente äußerst abhängig von den Umständen des Einzelfalles. So kann zum Beispiel die im Einzelfall vorherrschende Marktstruktur dazu führen, dass der Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots dem Ausscheidenden den Einsatz seiner Arbeitskraft erheblich erschwert, wohingegen ein wortgleiches Wettbewerbsverbot in einem anderen Fall für den Ausscheidende keine besonders tiefgreifende Beeinträchtigung verursachen würde. Aufgrund der vielen unterschiedlichen Faktoren, die das Ergebnis beeinflussen, ist es so gut wie unmöglich, hier generell gültige Antworten zu finden.

Anders ist die Lage bei der Frage, ob bzw. unter welchen Umständen und in welchen Grenzen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH eine Karenzentschädigung vorsehen muss, um zulässig zu sein, die um Zentrum des Erkenntnisinteresses stehen soll. Der Frage, ob dem Organmitglied im Fall des Ausscheidens eine Karenzentschädigung gezahlt werden soll, kommt beim Ringen um einen Interessensausgleich eine große Bedeutung zu. Die wirtschaftliche Relevanz der Frage erschließt sich bereits aus der hohen Vergütung für die Tätigkeit als Geschäftsführer, die zumeist Berechnungsgrundlage für die Karenzentschädigung ist. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann dann für die Gesellschaft sehr kostspielig werden. Teilweise würden diese Kosten einem Vergleich mit dem wirtschaftlichen Nutzen des Wettbewerbsverbots nicht Stand halten. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Einhaltung des Wettbewerbsverbots oft schwer zu überwachen ist, also möglicherweise viel Geld ohne sichere positive Konsequenzen ausgegeben wird.[79] Auch kann sich ein zu Beginn der Rechtsbeziehung vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Nachhinein als unnötig erweisen,[80] was finanziell ein größeres Risiko bedeutet, wenn eine Karenzentschädigung notwendig für die Wirksamkeit der Vereinbarung ist.

Allerdings kann diese Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung nicht vollständig von der nach dem zulässigen Umfang eines Wettbewerbsverbots getrennt werden, da auch die zu letzterem gehörenden Parameter Teil des Interessenausgleichs sind. Hier liegt der Schwerpunkt der Diskussion jedoch oft bei De-

[79] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 6.

[80] Oetker/*Kotzian-Marggraf*, § 74 Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tailfragen, die extrem von den Umständen des Einzelfalls abhängig sind.[81] Da diese Arbeit sich jedoch nicht allen möglichen Ausgestaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots widmen kann, soll vielmehr versucht werden, dort wo dies möglich erscheint, allgemeingültige Grenzen und Grundsätze herauszuarbeiten.[82] Aufgrund der eindimensionalen Beschaffenheit des Faktors der zeitlichen Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots besteht auch hier die Möglichkeit, dass die Untersuchung dazu führt, dass allgemeine Grenzen aufgedeckt werden. Aus diesem Grund wird auch dieser Faktor in die Untersuchung einbezogen werden. Die übrigen den Umfang des Wettbewerbsverbots bestimmenden Parameter werden in die Untersuchung in dem Umfang einbezogen, der für das Erkenntnisinteresse notwendig ist. Geklärt werden muss dabei, ob eine Korrelation zwischen dem Umfang einer Wettbewerbsverbots und der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung besteht. In eine vergleichbare Richtung zeigt die Frage, ob der Karenzentschädigung – zusätzlich oder ausschließlich – eine eigenständige und vom Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots unabhängige Funktion zukommt. Im Kern geht es bei dieser Frage darum, ob eine sonst zulässige Wettbewerbsklausel allein durch das Fehlen einer Karenzentschädigung unzulässig werden kann.

IV. Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen im GmbH-Recht

1. Schutz der Arbeitnehmer durch §§ 74 ff. HGB, 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO

Die Grenzen eines einzelvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Arbeitnehmer werden durch §§ 74 ff. HGB, 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO vorgegeben.[83] Die §§ 74 ff. HGB galten ursprünglich nur für kaufmännische Angestellte und sind seit 1914 größtenteils nicht durch den Gesetzgeber verändert worden.[84] Über § 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO finden die §§ 74 ff. HGB seit 2003[85] auf alle Arbeitnehmer

[81] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 51; vgl. auch die bereits knapp gehaltenen Ausführungen bei *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1050 ff. m. w. N.

[82] Detailfragen, und dazu gehören neben denen zu allen möglichen räumlichen, zeitlichen und sachlichen Ausgestaltungen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auch die nach der genauen Zusammensetzung einer Karenzentschädigung, bleiben anderen Schriften vorbehalten.

[83] Für Überblicke zu den Anforderungen, die die Rechtsprechung auf der Basis der §§ 74 ff. HGB an nachvertragliche Wettbewerbsverbote stellt s. *Hunold*, NZA-RR 2007, 617 ff.; *Winterstein*, NJW 1989, 1463 ff. sowie ergänzend zu letzterem *Gamerschlag*, NJW 1989, 2870.

[84] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 171. Zur Gesetzgebungsgeschichte s. u. B.I.5.a), 96 ff.

[85] Drittes Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften v. 24. 08. 2002 (BGBl. I S. 3412).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anwendung.[86] Hintergrund der Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 74 ff. HGB ist, dass nach der Konzeption des Gesetzgebers unabhängig von den Umständen der Vereinbarung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots alle Arbeitnehmer ein gleiches Bedürfnis auf Schutz vor einer übermäßigen Beschränkung ihrer Berufsausübungsfreiheit haben.[87]

Neben Vorschriften über die Entstehung und den Inhalt von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten in § 74 f. HGB finden sich in den §§ 74 ff. HGB auch Regelungen zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorgaben (z. B. § 75d HGB) sowie Regelungen zur Beendigung der Bindung aus einem Wettbewerbsverbot (§ 75 f. HGB),[88] zu Vertragsstrafen (§ 75c HGB) und zu sog. Sperrabreden (§ 75 f HGB).[89] Relevant für den Untersuchungsgegenstand sind § 74 Abs. 2 und § 74a HGB, die sich mit der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung beschäftigen und mit dem zulässigen Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. § 74 Abs. 2 HGB wiederum schreibt vor, dass dem Arbeitnehmer als Entschädigung „für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der […] zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen" gezahlt werden muss. Dieses Erfordernis gilt lückenlos und wird auch als *Grundsatz der bezahlten Karenz* bezeichnet.[90] Durch die Entschädigungspflicht soll sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer dafür einen finanziellen Ausgleich erhält, dass er im vereinbarten Umfang Wettbewerbshandlungen unterlässt.[91]

§ 74a Abs. 1 HGB wiederum enthält drei Vorgaben für nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Satz 1 schreibt zunächst vor, dass das Wettbewerbsverbot zum Schutze eines „berechtigten gesellschaftlichen Interesses" des Arbeitgebers dient. Besteht ein solches, so darf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zudem gemäß Satz 2 „unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand" keine „unbillige Erschwerung des Fortkommens" des Arbeitnehmers darstellen. Für die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

[86] Die Gesetzesänderung folgte der Rechtsprechung, die den Geltungsbereich der §§ 74 ff. HGB schrittweise auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt hat. Hierzu zusammenfassend *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 66 ff. m. w. N.

[87] Vgl. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 69 m. w. N.; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74 Rn. 8.

[88] Hierzu zusammenfassend Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 14 m. w. N.; Staub/*Weber*, § 75 Rn. 1 ff. m. w. N.; Staub/*Weber*, § 75a Rn. 1 ff. m. w. N.

[89] Vertiefend hierzu statt aller Staub/*Weber*, § 75 f. Rn. 1 ff. m. w. N.

[90] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 371.

[91] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 41; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74 Rn. 41; Staub/*Weber*, § 74 Rn. 33; die Pflicht zur Unterlassung des Wettbewerbs und die zur Zahlung der Karenzentschädigung stehen zueinander im Gegenseitigkeitsverhältnis, vgl. BAG, Urt. v. 07. 07. 2015 – 10 AZR 260/14, BAGE 152, 99 = NZA 2015, 1253, 1256; EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 41; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74 Rn. 43; Staub/*Weber*, § 74 Rn. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kommt es hier also nur auf die Interessen der beiden Vertragsparteien an.[92] Des Weiteren schreibt S. 3 eine maximale Dauer von 2 Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für das Wettbewerbsverbot vor.

Auffällig ist, dass außerhalb der Maximaldauer von 2 Jahren und der vorgeschriebenen Entschädigungszahlung aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe keine klar definierten Grenzen für den Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots aus dem Gesetz zu entnehmen sind. Diese Regelungstechnik sorgt zwar zu einem gewissen Maß für Unsicherheit in der Praxis, jedoch auch dazu, dass den Vertragsparteien Gestaltungsfreiheit und damit Raum zur Ausübung ihrer Vertragsfreiheit und zum Eingehen auf die Umstände des Einzelfalles belassen wird.[93] Dass der durch die Gerichte anzuwendende Prüfungsmaßstab durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt ist, bedeutet zudem nicht, dass sie ihr Urteil über die Zulässigkeit des Wettbewerbsverbots völlig frei fällen können. Vielmehr gibt § 74a Abs. 1 HGB eine zweiteilige Prüfungssystematik vor und enthält Aussagen darüber, welche Interessen im Rahmen der Abwägung relevant sind. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des berechtigten geschäftlichen Interesses sowie für das Erschwernis des Fortkommens ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer die Konkurrenztätigkeit aufnehmen möchte bzw. in dem die Wettbewerbsenthaltung eintreten soll, also meist der des Ausscheidens aus dem Unternehmen.[94]

Die bereits angesprochene zweistufige Prüfungssystematik ergibt sich aus dem Wortlaut des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB. Begonnen wird laut § 74a Abs. 1 S. 1 HGB mit der Untersuchung, ob und in welchem Umfang das nachvertragliche Wettbewerbsverbot sowohl sachlich als auch örtlich und zeitlich von einem geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers gedeckt wird. Der Arbeitgeber darf sich durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur vor spezifischen Gefahren schützen, die im Zusammenhang mit der bisherigen Funktion des Arbeitnehmers stehen und aus ihr resultieren können und an deren Ausbleiben der Arbeitgeber ein geschäftliches Interesse hat.[95] Dazu gehört der drohende Verrat von Betriebsgeheimnissen oder der Einbruch eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers in den Kunden- oder Lieferantenkreis durch Einsatz der erworbenen besonderen Kenntnisse oder persönlicher

---

[92] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 299, der dies eine „bipolare Systematik" nennt und darauf hinweist, dass in anderen Rechtsordnungen in die Bewertung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote auch noch das Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb als dritte Dimension einfließe. Diese Rolle übernimmt im deutschen System jedoch grundsätzlich das Kartellrecht, s. u. C.III.2., 169 ff.

[93] Zu den §§ 74a ff. HGB als Beschränkungen der Vertragsfreiheit sowie zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage zusammenfassend Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 2 f. m. w. N.

[94] BAG, Urt. v. 21. 04. 2010 – 10 AZR 288/09, BAGE 134, 147 = NZA 2010, 1175, 176; vertiefend zum für die Beurteilung relevanten Zeitpunkt und zum dynamischen Charakter von Wettbewerbsverboten *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 328 ff., 350 m. w. N.; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74a Rn. 4, 13.

[95] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 5 ff. m. w. N.; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74 Rn. 5; Staub/*Weber*, § 74a Rn. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontakte[96] und damit Faktoren, die bereits im Rahmen der Darstellung der durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote berührten Interessen angesprochen wurden.[97] Andere Interessen, wie zum Beispiel das allgemeine und dem Gebot des freien Wettbewerbs widersprechende Ziel, Konkurrenz einzuschränken, zählen hingegen nicht als berechtigtes Interesse des Arbeitgebers.[98] Allerdings ist es unschädlich, wenn der Arbeitgeber neben dem vorhandenen und ausreichenden berechtigten Interesse im Sinne des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB noch andere Interessen verfolgt.[99]

Steht nach diesem ersten Prüfungsschritt fest, welcher Teil des Wettbewerbsverbots einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers entspricht, so wird ausschließlich dieser nun in einem zweiten Prüfungsschritt an den Vorgaben des § 74 Abs. 1 S. 2 HGB gemessen.[100] Das vom berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckte Wettbewerbsverbot darf also keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitgebers bewirken. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall im Rahmen einer Abwägung ermittelt werden, bei der einerseits die Dauer und Höhe der durch den Arbeitgeber gewährten Entschädigung und andererseits der räumliche, zeitliche und gegenständliche Umfang des Verbots in den Abwägungsvorgang einbezogen werden.[101] Die Beschränkung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers durch das Wettbewerbsverbot muss in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer und Höhe der Entschädigung stehen.[102] Zwischen den einzelnen Parametern der Abwägung besteht also eine Wechselwirkung.[103] Ob in der abschließenden Abwägung zudem auch die Interessen des Arbeitgebers mit einzubeziehen sind, ist bisher ungeklärt.[104]

Überschreitet das vereinbarte Wettbewerbsverbots den durch §§ 74 ff. HGB vorgegebenen Regelungsrahmen, so kann dies je nach Verstoß zur Nichtigkeit, zu beiderseitiger Unverbindlichkeit mit einem dem Arbeitnehmer zustehenden Wahl-

---

[96] BAG, Urt. v. 01.08.1995 – 9 AZR 884/93, BAGE 80, 303 = NJW 1996, 1364, 1365 m.w.N.; BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 200/09, BAGE 134, 147 = NZA 2010, 1175, 1176; BAG, Urt. v. 07.07.2015 – 10 AZR 260/14, BAGE 152, 99 = NZA 2015, 1253, 1255.

[97] S. o. A.II.1.a)aa), 21 f.

[98] BAG, Urt. v. 01.08.1995 – 9 AZR 884/93, BAGE 80, 303 = NJW 1996, 1364, 1365 m.w.N.; BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 200/09, BAGE 134, 147 = NZA 2010, 1175, 1176; BAG, Urt. v. 07.07.2015 – 10 AZR 260/14, BAGE 152, 99 = NZA 2015, 1253, 1255; vgl. MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74a Rn. 7 m.w.N.

[99] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 302 m.w.N.

[100] BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 200/09, BAGE 134, 147 = NZA 2010, 1175, 1176; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 348.

[101] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 11; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, HGB § 74a Rn. 11 m.w.N.; Oetker/*Kotzian-Marggraf*, HGB § 74a Rn. 6.

[102] EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 11; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74a Rn. 11 m.w.N.; Oetker/*Kotzian-Marggraf*, § 74a Rn. 6.

[103] BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 200/09, BAGE 134, 147 = NZA 2010, 1175, 1176.

[104] Für eine Einbeziehung *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 341 f. m.w.N.; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74a Rn. 10 m.w.N.; Oetker/*Kotzian-Marggraf*, § 74a Rn. 6; a. A. EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

recht, oder zu teilweiser Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots führen.[105] Das System dieser Rechtsfolgen ist komplex und insbesondere im Hinblick auf das Wahlrecht nicht unumstritten,[106] für den Untersuchungsgegenstand hat es jedoch keine unmittelbare Bedeutung.[107]

Aufgrund des Wortlauts und des Telos des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB liegt die Frage nach dem Verhältnis zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle des § 307 BGB nahe. Im Ergebnis besteht trotz verschiedener Begründungsansätze Einigkeit, dass eine zusätzliche Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 307 BGB nicht stattfindet.[108] Entgegen des Wortlauts des § 74a Abs. 3 HGB tritt auch die Sittenwidrigkeitsprüfung gem. § 138 BGB hinter der Prüfung gem. §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1, 2 HGB zurück, da letztere die schärferen Kontrollmaßstäbe sowie die mit einem Wahlrecht für den Arbeitnehmer verbundenen spezielle Rechtsfolge der Unverbindlichkeit enthalten und somit leges speciales sind.[109] Sofern sich die Sittenwidrigkeit jedoch nicht aus dem Inhalt des Wettbewerbsverbots sondern aus der Art seines Zustandekommens ergibt, bleibt ein Anwendungsbereich für § 138 BGB.[110]

Sofern das Wettbewerbsverbot eine spätere selbstständige Tätigkeit des Arbeitnehmers erfasst,[111] können arbeitsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote auch an der kartellrechtlichen Zulässigkeitsgrenze des § 1 GWB gemessen werden.[112]

---

[105] Überblick bei Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 8 ff. m. w. N.; vertiefend *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 148 ff. m. w. N.

[106] S. beispielshaft *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 157 ff. m. w. N. zur Diskussion um die Ausübung des Wahlrechts des Arbeitnehmers.

[107] Zu den Rechtsfolgen der unzulässigen Gestaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 21, 49 ff., sowie EBJS/ *Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 15 ff., 29 f.

[108] Zusammenfassend zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen statt aller *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 261 f. m. w. N.

[109] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 365; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, § 74a Rn. 31 f. m. w. N.; Staub/*Weber*, § 74a Rn. 35.

[110] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 365 m. w. N.

[111] Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 Rn. 39, 45 m. w. N.

[112] § 1 GWB wird in diesem Zusammenhang jedoch neben den §§ 74 ff. HGB keine eigenständige Bedeutung beigemessen, statt aller *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 60 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Prüfungsnorm, Prüfungsmaßstäbe und konkrete Zulässigkeitsgrenzen für dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern

a) Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB auf GmbH-Geschäftsführer

Als einfachgesetzliche Prüfungsnormen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die im Rahmen eines Dienstvertrags[113] vereinbart werden, kommen die § 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO, §§ 74 ff. HGB direkt oder analog, die Generalklausel des § 138 BGB, AGB-Recht und § 1 GWB in Betracht.

aa) Direkte Anwendbarkeit von §§ 74 ff. HGB, 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO?

Entscheidend ist, ob die §§ 110 Abs. 2, 6 S. 2 GewO, §§ 74 ff. HGB, die direkt nur für Arbeitsverhältnisse gelten, auf das zwischen Geschäftsführer und der Gesellschaft bestehende Anstellungsverhältnis anwendbar sind.

Da Geschäftsführer einer GmbH nach deutschem Recht – unabhängig von einer gleichzeitig bestehenden Gesellschafterstellung – durch ihre Bestellung immer auch gem. § 35 Abs. 1 GmbHG vertretungsberechtigte Organe der GmbH sind,[114] muss zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis und dem dieses begleitende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis unterschieden werden.[115] Ob im Anstellungsverhältnis der Dienstvertrag zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer zwingend ein freier Dienstvertrag ist oder auch als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann, hängt davon ab, ob Geschäftsführer als Arbeitnehmer qualifiziert werden können. Die wissenschaftliche Diskussion um diese Frage ist noch immer nicht beigelegt und vielschichtig.[116] Eine eingehende Beschäftigung mit diesem Rechtsproblem würde die Grenzen der Untersuchung sprängen. Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand kann die Diskussion jedoch bereits durch eine Differenzierung zwischen dem nationalen und dem europäischen Arbeitnehmerbe-

[113] Ein Anstellungsvertrag des Vertreters einer juristischen Person ist dann als Dienstvertrag zu qualifizieren, wenn im Rahmen der Ausgestaltung des Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien eine Entlohnung für das Tätigwerden vereinbart wird, statt aller MüKoBGB/*Spinner*, § 611, Rn. 39 m. w. N.

[114] BH/*Fastrich*, § 35 Rn. 2; MüKoGmbHG/*Stephan/Tieves*, § 35 Rn. 91.

[115] St. Rspr. des BGH und des BAG, stellvertretend hierzu BGH, Urt. v. 28. 10. 2002 – II ZR 146/02, NJW 2003, 351; BAG, Urt. v. 25. 10. 2007 – 6 AZR 1045/06, NZA 2008, 168, 169; näher zum sog. Prinzip der Trennungstheorie MüKoGmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 248 m. w. N.

[116] Für einen Überblick über den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung s. *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 ff.; umfassend auch *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 63 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

griff[117] entschärft werden. Da weder die §§ 74 ff. HGB noch die §§ 110 S. 2, 6 Abs. 2 GewO eine europäische Richtlinie umsetzen,[118] kommt es vorliegend nur darauf an, ob Geschäftsführer einer GmbH Arbeitnehmer im Sinne des deutschen Arbeitnehmerbegriffs[119] sind.

In der hierzu geführten Diskussion steht einer arbeitsrechtlich orientierten und die Möglichkeit eines Arbeitsverhältnisses von Organmitgliedern grundsätzlich bejahende Meinung eine herrschende gesellschaftsrechtlich orientierte Meinung gegenüber.[120] Letztere führt für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als freies Dienstverhältnis insbesondere die Ausübung der obersten Weisungsbefugnis in der GmbH durch den Geschäftsführer, seine in § 35 Abs. 1 GmbHG verankerte Repräsentationsaufgabe sowie sein Auftreten als sozialer Gegenspieler der Arbeitnehmer an.[121] Auch der BGH geht in ständiger Rechtsprechung[122] von der grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Organstellung und Arbeitnehmerstatus aus[123] und

[117] Zum europäischen Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des EuGH MüKo-GmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 280 m. w. N.; s. a. *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 32 ff. m. w. N. mit einem Fokus auf das Danosa-Urteil des EuGH.

[118] Zur Rechtsetzungsgeschichte der §§ 74 ff. HGB s. u. B.I.5.a), 96 ff. Zum Hintergrund der Einführung des § 110 GewO *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 183.

[119] Zur Legaldefinition des Arbeitsvertrags s. § 611a Abs. 1 BGB.

[120] Statt aller zu beiden Meinungen *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 69 ff. m. w. N.

[121] Zusammenfassend *Boemcke*, RdA 2018, 1, 2 m. w. N.; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 27 f.

[122] St. Rspr. seit BGH, Urteil v. 11. 07. 1953 – II ZR 126/52, BGHZ 10, 187 = NJW 1953, 1465, 1465; BGH, Urt. v. 16. 12. 1953 – II ZR 41/53, BGHZ 12, 1 = NJW 1954, 505, 508; BGH, Urt. v. 09. 11. 1967, BGHZ 49, 30 = NJW 1968, 396, 396; BGH, Urt. v. 09. 02. 1978 – II ZR 189/76, NJW 1978, 1435, 1436; BGH, Urt. v. 29. 01. 1981 – II ZR 92/80, BGHZ 79, 291 = NJW 1981, 1270, 1271; BGH, Urt. v. 10. 01. 2000 – II ZR 251/98, NJW 2000, 1864, 1865; BGH, Urt. 10. 05. 2010 – II ZR 70/09, NZG 2010, 827, 828.

[123] Das BAG hingegen geht in den seltenen Einzelfällen, in denen es sich trotz seiner sich aus § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG ergebenden Unzuständigkeit mit einer Rechtsstreitigkeit zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter beschäftigt, teilweise davon aus, dass auch ein Geschäftsführer ausnahmsweise Arbeitnehmer sein kann. So zuerst in BAG, Urt. v. 26. 05. 1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, 988 ff., in der es auf den Grad der Weisungsgebundenheit abstellt, vgl. hierzu auch FS Schwerdtner/*Bauer*, S. 441. In diesem Zusammenhang hält das BAG daran fest, dass die Qualifizierung eines Anstellungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis allein von dessen rechtlicher und tatsächlicher Ausgestaltung abhinge, und stellt entscheidend darauf ab, ob neben einer eventuellen gesellschaftsrechtlichen auch eine eigenständige, die Arbeit begleitende Weisungsgebundenheit des Organs festzustellen sei. Grundlegend hierzu BAG, Urt. v. 26. 05. 1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, 988 f. Allerdings basiere die Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis vor allem auf dem gesellschaftsrechtlichen Weisungsrecht gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG, weshalb eine den Arbeitnehmerstatur begründende Weisungsgebundenheit nur „in extremen Ausnahmefällen" vorliege, so BAG, Urt. v. 24. 11. 2005 – 2 AZR 614/04, NZA 2006, 366, 367, das Bezug nimmt auf das Urteil vom 26. 05. 1999 (s. Fn. 124) und sich mit dem Arbeitnehmerstatus des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH beschäftigt. Auch das BAG hält Fremdgeschäftsführer mithin grundsätzlich nicht für Arbeitnehmer. Unabhängig von diesen materiellrechtlichen Erwägungen sind prozessrechtlich nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG bei Rechtsstreitigkeiten von vertretungsberechtigten Organmit-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begründet dies vor allem mit der Weisungsbefugnis, die Geschäftsführer als Gesellschaftsorgan innehaben und die sie Arbeitgeberfunktionen ausüben lasse.[124] Dies bedeutet jedoch nicht, dass der GmbH-Geschäftsführer nach der herrschenden Meinung schutzlos gestellt wird. Vielmehr werden anstatt einer generellen Anwendung aller Arbeitnehmer schützenden Normen vereinzelt arbeitsrechtliche Schutzregelungen analog angewendet.[125]

Selbst wenn man der Meinung folgen würde, dass auch GmbH-Geschäftsführer abhängig von den Umständen des Einzelfalles als Arbeitnehmer qualifiziert werden könnten, so würde dies nur für an der Gesellschaft nicht oder ohne Sperrminorität beteiligte Geschäftsführer gelten, die wiederum bei der Erbringung der Dienstleistungen einem zeitlich und örtlich umfassenden Weisungsrecht der Gesellschaft unterliegen muss.[126] Aufgrund des Untersuchungsgegenstandes ist von diesen beiden Alternativen nur die des Gesellschafters relevant, der ohne Sperrminorität beteiligt ist. Da für diese Alternative nur im Ausnahmefall die Umstände des Einzelfalles dann auch ein Weisungsrecht ergeben werden,[127] kann für die weiteren Ausführungen davon ausgegangen werden, dass die §§ 74 ff. HGB grundsätzlich nicht direkt auf Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH anwendbar sind.

---

gliedern stets die ordentlichen Gerichte zuständig, sodass es auf die Rechtsprechung des BGH ankommt, vgl. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1033; *Bauer*, in: FS Schwerdtner, S. 441, 441.

[124] BGH, Urteil v. 11. 07. 1953 – II ZR 126/52, BGHZ 10, 187 = NJW 1953, 1465, 1465 f.; BGH, Urt. v. 16. 12. 1953 – II ZR 41/53, BGHZ 12, 1 = NJW 1954, 505, 507; BGH, Urt. v. 10. 01. 2000 – II ZR 251/98, NJW 2000, 1864, 1865. Ausdrücklich auf die Arbeitgeberfunktion bezieht sich BGH, Urt. v. 09. 02. 1978 – II 189/76, NJW 1978, 1435, 1437; BGH, Urt. v. 10. 09. 2001 – II ZR 14/00, NJW-RR 2002, 173, 173. Auf die geringere soziale Schutzbedürftigkeit wurde nur in frühen Urteilen und vereinzelt hingewiesen, BGH, Urt. v. 11. 07. 1953 – II ZR 126/52, BGHZ 10, 187 = NJW 1953, 1465, 1465; BGH, Urt. v. 16. 12. 1953 – II ZR 41/53, BGHZ 12, 1 = NJW 1954, 505, 508. Ferner wird in der Rechtsprechung teilweise auf Bereichsausnahmen, die wie zum Beispiel § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG die Anwendbarkeit des jeweiligen arbeitsrechtlichen Gesetzes für Vertreter juristischer Personen ausschließen, verwiesen, um die Unvereinbarkeit von Organstellung und Arbeitnehmerstatus zu begründen, BGH, Urt. v. 16. 12. 1953 BGHZ 12, 1 = NJW 1954, 505, 508.

[125] Für eine Zusammenfassung der Voraussetzungen, unter denen der BGH arbeitsrechtliche Schutzvorschriften entsprechend auf Geschäftsführer einer GmbH anwenden, *Boemke*, RdA 2018, 1, 2 m. w. N.

[126] Überzeugend *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 77 ff. m. w. N.

[127] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 83 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB analog?

(1) Rechtsprechung des BGH zur Prüfungsnorm, zu Prüfungsmaßstäben und konkreten Zulässigkeitsgrenzen

(a) Grundsatzentscheidung[128] vom 26. 03. 1984 – II ZR 229/83

Dieser Logik folgend schließt sich also die Frage nach einer analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf GmbH-Geschäftsführer an, die meist schwerpunktmäßig am Beispiel des Fremdgeschäftsführers diskutiert wird. Neben zahlreichen Stellungnahmen in der Literatur[129] existieren auch Urteile des BGH zu diesem Thema, der in – auf den ersten Blick[130] konstanter und ständiger Rechtsprechung – die analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer einer GmbH ablehnt.[131] In ihren Ursprüngen war die Rechtsprechung des BGH diesbezüglich sehr deutlich.[132]

[128] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverträgen, S. 127.

[129] Hierzu s. u. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.

[130] Hierzu s. u. A.IV.2.a)bb)(1)(b), 49 ff.

[131] Grundsatzentscheidung zu Ablehnung der Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 74 ff. HGB auf Fremdgeschäftsführer BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366. Für eine chronologische Übersicht zur Entwicklung der Rechtsprechung des BGH *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 126 ff. m. w. N.; sehr differenziert *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 74 ff.

[132] Als Ursprung wird hier die Grundsatzentscheidung des BGH vom 26. 3. 1984 (BGHZ 91, 1 = BGH NJW 1984, 2366) begriffen. Zwar gab es bereits im Jahr 1965 und 1968 zwei Entscheidungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, allerdings befassten sich diese nicht mit der Frage nach der analogen Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB. Der Vollständigkeit halber seien die Entscheidungen jedoch im Folgenden zusammengefasst, da sich BGHZ 91, 1 in ihrer Tradition befindet: Der BGH hat in seinem Urteil vom 07. 01. 1965 (BGH, Urt. v. 07. 01. 1965 – II ZR 187/63, WM 1965, 310) die Auffassung der Revision bestätigt, dass aufgrund der Organstellung des Geschäftsführers die §§ 74 ff. HGB nicht anwendbar seien und stattdessen § 138 Abs. 1 BGB als Prüfungsmaßstab diene. Ein nachverträgliches Wettbewerbsverbot sei gem. § 138 Abs. 1 BGB dann nichtig, wenn der Art und Umfang sowie die zeitliche und räumliche Gestaltung der Abrede für den Ausscheidenden eine untragbare und unbillige Belastung darstelle. Neben der Bestätigung dieses Prüfungsmaßstabes betont der BGH zudem, dass an die Zulässigkeit einer Vereinbarung, die den Geschäftsführer einer GmbH für die Zeit nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränke, strenge Anforderungen zu stellen seien, da durch das nachverträgliche Wettbewerbsverbot das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) nicht beeinträchtigt werden dürfe. Ähnlich entscheidet er auch in seiner nächsten Entscheidung zu dem Thema (BGH, Urteil v. 09. 05. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717): Als Prüfungsmaßstab für das streitgegenständliche nachvertragliche Wettbewerbsverbot für einen Wirtschaftsprüfer wendet er § 138 BGB an. Auffällig ist, dass er die §§ 74 ff. HGB als alternativen Prüfungsmaßstab in seiner Entscheidung überhaupt nicht erwähnt. Auf die Bedeutung von Art. 2 GG geht der BGH ebenfalls nicht ein, stattdessen erwähnt er jedoch den Grundsatz der freien Berufsausübung des Einzelnen sowie das öffentliche Interesse an der Freiheit der Berufsausübung. Zudem unterscheidet er zwischen Mandatsschutzklauseln und reinen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Verpflichtung zur Abführung von künftigen Honoraren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Richtungsweisend ist die Grundsatzentscheidung des BGH vom 26. 03. 1984 – II ZR 229/83,[133] die sich in der Sache mit dem Geschäftsführer einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auseinandersetzt. In dieser Entscheidung befasst sich der BGH zum ersten Mal mit der Entwicklung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, vom Gesetzgeber für Arbeitnehmer erlassene soziale Schutzvorschriften unter Umständen auf Organmitglieder juristischer Personen und vor allem auf Geschäftsführer einer GmbH anzuwenden.[134] Dies lehnt der BGH für die §§ 74 ff. HGB ab, und zwar zunächst im Hinblick auf die allgemeine Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB[135] und im Anschluss angesichts der §§ 74 ff. HGB insgesamt, und zwar sogar für den Fall wirtschaftlicher Abhängigkeit.[136] Er begründet seine Meinung hauptsächlich damit, dass die §§ 74 ff. HGB das Ergebnis einer Abwägung darstellten, deren Ziel der Ausgleich der in der spezifischen Interessenlage unterschiedlichen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sei.[137] Anders als beim Arbeitnehmer sei aufgrund der Repräsentationsfunktion des Geschäftsführers das sich aus seinem Ausscheiden für die Gesellschaft ergebenden Gefahrenpotential erhöht, weshalb das Ergebnis der Abwägung nicht mehr allgemein übertragbar sei, auch nicht auf den wirtschaftlich abhängigen Fremdgeschäftsführer.[138]

---

[133] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366.

[134] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366.

[135] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[136] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[137] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2366 f.; dieses Argument nutzt der BGH zunächst in Bezug auf § 74 Abs. 2 HGB, weitet die Argumentation aber im Anschluss auf den gesamten Regelungskomplex der §§ 74 ff. HGB aus.

[138] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2366 ff. Der BGH begründet dies damit, dass Organmitglieder im Geschäftsverkehr in weit stärkerem Maß mit denen von ihnen geleiteten Unternehmen gleichgesetzt würden. Dies gelte auch im Vergleich mit leitenden Angestellten. Organmitgliedern seien auch die Tätigkeiten und Leistungen des Unternehmens im Wesentlichen zuzuschreiben. Trotz des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers zur Gesellschaft, das den Geschäftsführer genauso wie sonst einen Arbeitnehmer dazu verpflichte, seine Arbeitskraft hauptberuflich der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, repräsentiere der Geschäftsführer das Gesellschaftsunternehmen weit mehr als der Angestellte dies tue. Auch konzentrierten sich die geschäftlichen Beziehungen auf seine Person. Aus diesen Gründen verursache eine durch dem Geschäftsführer nach seinem Ausscheiden aus dem Amt aufgenommene Konkurrenztätigkeit auch in einem viel stärkerem Maße als bei einem Arbeitnehmer die Gefahr, dass das Unternehmen Schaden erleide. Der Geschäftsführer sei allgemein leichter in der Lage sowohl in den Kundenkreis des Unternehmens einzubrechen und dessen Geschäftspartner an sich zu binden als auch Bezugsquellen des Unternehmens auszunutzen. Demnach gingen auch seine nachvertraglichen Treuepflichten weiter. In Anschauung dieser Gründe verbiete es sich, auf Vereinbarungen über nachvertragliche Wettbewerbsverbote zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer allgemein die Vorschrift des § 74 Abs. 2 HGB anzuwenden, wonach jede Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als unzulässig anzusehen ist, sofern dem keine Verpflichtung zu Zahlung einer Entschädigung gegenüberstehe. Es sei zwar nicht zu verkennen, dass Organmitglieder in gleicher Weise wie beispielsweise leitende Angestellte wirtschaftliche abhängig sein könnten; dies gelte insbesondere für den Fremdgeschäftsführer, um den es im dem BGH vorliegenden Fall ginge. Daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass auch ihm ge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anstelle einer typisierenden Betrachtung und Einordnung im Rahmen der §§ 74 ff. HGB[139] wendet der BGH § 138 BGB i. V. m. Art. 2 und 12 GG als Prüfungsnorm sowie zur Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes die zu diesen Grundrechten ergangenen Rechtsprechung an,[140] wobei der BGH betont, dass an die Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots strenge Anforderungen gestellt werden müssten.[141] Vor diesem Hintergrund sei ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot – unter Heranziehung der in den §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsätze – nur zulässig, wenn es dem Schutz eines berechtigten Interesses des Gesellschaftsunternehmens diene und es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers nicht unbillig erschwere.[142]

Auf der Basis dieses Prüfungsmaßstabs[143] entscheidet der BGH, dass eine entschädigungslose Mandantenschutzklausel[144] wirksam sei, die einem aus der GmbH ausgeschiedenen Wirtschaftsprüfer verbietet, für die Dauer von zwei Jahren nach

---

genüber die Interessen des Arbeitgebers grundsätzlich zurückzutreten hätten und den mit der Stellung eines Organmitglieds verbundenen Besonderheiten jede Bedeutung abzusprechen sei. Bei der Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB komme es nämlich nicht allein auf die wirtschaftliche Abhängigkeit an, von wesentlicher Bedeutung sei die Stellung und Bedeutung in der Gesellschaft selbst. Die gebotene Interessenabwägung führe dementsprechend zur Ablehnung der Auffassung, dass in den Fällen der wirtschaftlichen Abhängigkeit die Grundsätze der §§ 74 ff. HGB auch auf Organmitglieder anzuwenden seien. Diese Unterscheidung zwischen Organmitgliedern und normalen Angestellten begründet der BGH im Folgenden mit der durch die GmbH-Novelle 1980 ins GmbHG eingefügten Geheimhaltungsvorschrift des § 85 GmbHG, mit der der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht habe, dass zwischen beiden ein erheblicher Unterschied bestehe, wenn es um die Verwertung von Kenntnissen und Beziehungen gehe.

[139] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[140] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[141] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367 unter Rückgriff auf BGH, Urt. v. 07. 01. 1965 – II ZR 187/63, WM 1965, 310, wobei der erkennende Senat in letzterem Urteil die strengen Anforderungen damit begründet, dass das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht beeinträchtigt werden dürfe.

[142] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367, unter Rückgriff auf BGH, Urt. v. 09. 05. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717 sowie BGH, Urt. v. 19. 11. 1973 – II ZR 52/72, WM 1974, 74. In diesen Urteilen befasst sich der BGH ebenfalls mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, allerdings behandelt er nicht die Frage der analogen Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB und der aus § 138 BGB abgeleitete Prüfungsmaßstab ist nicht wortgleich mit dem von BGHZ 91,1.

[143] Zuvor zieht der BGH noch die Einführung des § 85 GmbHG als Beweis dafür heran, dass der Gesetzgeber einen wesentlichen Unterschied zwischen „normalen" Angestellten und Organmitgliedern sehe, sofern es um die Verwertung von im Unternehmen gewonnenen Kenntnissen und Beziehungen gehe, BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[144] Als Kunden- oder Mandantenschutzklausel wird eine Klausel bezeichnet, die dem Geschäftsführer untersagt, nachvertraglich bestimmte Kunden oder Mandanten zu betreuen, *Menke*, NJW 2009, 636; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 240 m. w. N. Zwischen Mandantenschutzklausel und umfassenden Tätigkeitsverboten differenzierte erstmalig BGH, Urt. v. 09. 05. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beendigung des Dienstverhältnisses Mandate von solchen Auftraggebern zu übernehmen, die während der letzten drei Jahr vor seinem Ausscheiden zur Klientel seines Arbeitgebers gehörten.[145]

Anders verfährt der BGH mit der über die Mandantenschutzklausel hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung, die dem Ausscheidenden verbietet, in der Region, in der sich die Gesellschaft befand, für die Dauer von zwei Jahren in jeglicher Art und Weise auf Gebieten tätig zu werden, die zum Aufgabenbereich der Gesellschaft gehörten.[146] Diese Klausel hält er für nichtig, da für sie ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft fehle und die Regelung außerdem mit dem öffentlichen Interesse an der Freiheit der Berufsausübung im Berufsstand des Wirtschaftsprüfers unvereinbar sei.[147]

Des Weiteren prüft der BGH das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch an § 1 GWB. Diesbezüglich führt er aus, dass eine Wettbewerbsklausel insoweit auch gem. § 1 GWB wirksam sein müsse, als sie unter dem Blickpunkt des § 74 Abs. 2 HGB und § 138 BGB als wirksam anzusehen sei.[148]

Letztendlich lässt sich das Urteil auf die folgenden Feststellungen zusammenfassen: Der BGH lehnt klar die analoge Anwendung von §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer einer GmbH ab und wendet stattdessen § 138 BGB an. Er betont zum einen den Zusammenhang mit Art. 12 und Art. 2 GG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung und zum anderen, dass bei der Anwendung von § 138 BGB strenge Anforderungen an das jeweilige nachvertragliche Wettbewerbsverbot gestellt werden müssten. Zur Konkretisierung dieser strengen Anforderungen rekurriert er auf die in den §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsätze. Auf der Basis dieser Ausführungen entscheidet der BGH, dass auch eine entschädigungslose Kunden- und Mandantenschutzklausel wirksam sein kann. Vor dem Hintergrund des zu entscheidenden Falles gilt dies jedenfalls dann, wenn sie wie in dem zu ent-

[145] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[146] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[147] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367. Nähere Ausführungen zum öffentlichen Interesse an der Freiheit der Berufsausübung von Wirtschaftsprüfern finden sich in BGH, Urt. v. 09. 05. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717, auf das sich der BGH auch ausdrücklich bezieht.

[148] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367. Hierzu BGH, Urt. v. 09. 05. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717, 1718, der vertiefend ausführt: „Soweit die Mandantenschutzklausel unter dem Blickpunkt des § 74 II HGB und des § 138 BGB als wirksam anzusehen ist, dient sie allein dem anzuerkennenden Interesse des Kl. vor illoyaler Verwertung der Kenntnisse und geschäftlichen Beziehungen geschützt zu werden, die der Bekl. als Organmitglied während seiner Tätigkeit in dem Gesellschaftsunternehmen erlangt hat. Eine Abwägung der durch § 1 GWB geschützten Wettbewerbsfreiheit und der Güter und Interessen, denen die Mandantenschutzklausel dient, muß dazu führen, das eng begrenzte Wettbewerbsverbot anzuerkennen."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheidenden Fall zeitlich auf zwei Jahre befristet ist und sich auf die Auftraggeber begrenzt, die während der letzten Jahre zum Kundenkreis der GmbH gehörten.[149]

Basierend auf einer klaren und nachvollziehbaren Argumentation[150] gibt der BGH der Praxis also einen an § 74 a Abs. 1 S. 1, 2 HGB angelehnten Prüfungsmaßstab an die Hand sowie – zumindest grobe – Grundsätze, die bei der Anwendung des Prüfungsmaßstabs zu beachten sind. Der vom BGH aufgestellte Prüfungsmaßstab ist dabei beinahe identisch mit dem Wortlaut des § 74 a Abs. 1 S. 1, 2 HGB. Den zusätzlichen Prüfungsmaßstab des § 1 GWB erwähnt der BGH zwar, scheint ihm jedoch keine eigenständige Bedeutung beizumessen.

Allerdings wirft das Urteil auch einige Fragen auf. Zum einen betreffen diese die Schlüssigkeit der Argumentation des BGH. So scheint der Schluss des BGH, auf das an der besonderen Stellung des Geschäftsführers anknüpfende erhöhte Schutzbedürfnis der GmbH durch einen Abbau des Sozialschutzes des Geschäftsführers zu reagieren, mangels eines logischen Konnexes nicht zielführend.[151] Stringenter wäre zum Beispiel, an dem die Gesellschaft betreffenden Kriterium des berechtigten Interesses aus § 74 Abs. 1 S. 1 HGB anzusetzen und hier das erhöhte Schutzbedürfnis einzubringen[152] und die Ablehnung einer allgemeinen Karenzentschädigungspflicht bei Kundenschutzklauseln auf andere Argumenten zu stützen.[153]

Auch hinsichtlich des im Rahmen von § 138 BGB anzuwendenden Prüfungsmaßstab und die konkret aus diesem Prüfungsmaßstab abgeleiteten Zulässigkeitsgrenzen bleiben einige Aspekte unklar. Dies betrifft zum einen zwei vom BGH betonte und zur Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes herangezogene Aspekte. So wirken die Verweise auf die Art. 12, 2 GG und auf die zu diesen Grundrechten ergangene verfassungsrechtliche Rechtsprechung sowie zum anderen auf die in den §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsätze zunächst dogmatisch fundiert und gewichtig. Allerdings füllt der BGH diese Verweise nicht mit Inhalt. Welchen konkreten Einfluss die Art. 12, 2 GG sowie die angesprochenen Rechtsgrundsätze auf den Prüfungsmaßstab und eventuell auf die konkreten Zulässigkeitsgrenzen haben, bleibt somit völlig offen. Zwar ist der letztendlich angewendete Prüfungsmaßstab beinahe identisch mit dem des § 74a Abs. 1 S. 2 HGB, wie der Begründung hierzu bleibt der BGH jedoch schuldig.

In diesem Zusammenhang fällt zudem auf, dass in dem vom BGH angewendeten Prüfungsmaßstab – abweichend vom Wortlaut des § 74a Abs. 1 S. 2 HGB – der

---

[149] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbot für GmbH-Geschäftsführer, S. 82.

[150] Vgl. *Heidenhain*, NZG 2002, 605.

[151] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038; *Gaul*, GmbHR 1991, 147; Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 21; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 138 f., der auch die Rechtsfolge der Nichtigkeit in diesem Zusammenhang kritisiert.

[152] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 138 f.

[153] Zu unterschiedlichen möglichen Argumentationsansätzen für die Ermittlung des Prüfungsmaßstabs und der Zulässigkeitsgrenzen s. u. A.V.1.a), 82 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abwägungsfaktor der Karenzentschädigung fehlt. Dazu, ob die Karenzentschädigung dennoch ein Abwägungsfaktor sein kann und damit gegebenenfalls weitreichende Beschränkungen durch den Umfang des Wettbewerbsverbots ausgleichen kann,[154] äußert sich der BGH nicht. Der in dem Prüfungsmaßstab enthaltene Prüfungsbestandteil, dass die Berufsausübung und die wirtschaftliche Betätigung des Geschäftsführers nicht unbillig erschwert werden dürfe, ließe jedoch aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffes „unbillig" genug Raum für eine Berücksichtigung anderer Faktoren.[155] Teilweise wird die fehlende Nennung der Karenzentschädigung jedoch auch so interpretiert, dass es auf diesen Faktor in der Abwägungsentscheidung grundsätzlich nicht ankäme.[156] Dass der Faktor nicht ausdrücklich genannt wird, überrascht jedoch nicht, da die Zahlung einer Karenzentschädigung laut des Urteils bei Kunden- und Mandantenschutzklauseln eben nur optional ist, wohingegen die genannten Faktoren Ort, Zeit und Gegenstand der Berufsausübung für die Bestimmung der Reichweite des Wettbewerbsverbots notwendig sind und demnach in jedem Wettbewerbsverbot enthalten sein müssen. Für eine Beachtung spricht vor allem, dass sich sonst ein Unternehmen gegen die von einem Angestellten ausgehende deutlich geringer Gefahr erheblich effektiver mit einer sehr belastenden Wettbewerbsklausel schützen könnte als gegen einen Geschäftsführer, da die durch den Arbeitnehmer zu tragende Belastung durch eine großzügige Karenzentschädigung in Einklang mit § 74a Abs. 1 S. 2 HGB gebracht werden könnte.[157]

Ebenfalls unklar bleibt die Rolle des vom BGH betonten Faktors des öffentlichen Interesses. Der BGH basiert sein Urteil zwar teilweise auf diesem Faktor, worauf er dies dogmatisch basiert, lässt er jedoch nicht erkennen. In dem zu § 138 BGB herausgearbeiteten Prüfungsmaßstab findet sich der Faktor zumindest nicht wieder. Diese enthalten Faktoren, die auf den ersten Blick ausschließlich die beiden Vertragsparteien betreffen. Allerdings könnte erneut der Begriff der Unbilligkeit so

[154] Vgl. zu diesem Punkt auch *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1071, der – mit etwas anderen Argumenten – für eine Berücksichtigung der Karenzentschädigung argumentiert.

[155] Ähnlich *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 293.

[156] So zum Beispiel OLG München, Hinweisbeschl. v. 02. 08. 2018 – 7 U 2107/18, NZA-RR 2019, 82, 83 m. w. N.: „Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich möglich. Ihre Wirksamkeit ist aber (nicht an §§ 74 ff. HGB zu messen, sondern) nach § 138 BGB zu beurteilen. Hiernach ist das Wettbewerbsverbot nichtig, wenn es nicht den berechtigten Geschäften der Gesellschaft dient und es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert […] Dies versteht der *Senat* dahingehend, dass sich die Interessen der Gesellschaft in der Reichweite des Gebots widerspiegeln müssen, dass mit anderen Worten ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot nichtig ist. Kein Kriterium für die Abwägungsentscheidung ist hingegen die Höhe der Karenzentschädigung. Dies ergibt sich daraus, dass grundsätzlich ein Wettbewerbsverbot auch ohne Karenzentschädigung zulässig wäre."

[157] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1071.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausgelegt werden, dass auch öffentliche Interessen berücksichtigt werden können.[158] Eine andere Möglichkeit bestünde darin, dass der BGH die Anforderungen an das berechtigte Interesse des Unternehmens verschärft.[159]

Auf der Ebene der konkret abgeleiteten Zulässigkeitsgrenzen bleibt schließlich offen, ob über Kunden- und Mandantenschutzklauseln hinausgehende allgemeine Wettbewerbsverbote notwendigerweise eine Karenzentschädigung vorsehen müssen. Dies würde dem Urteil nicht widersprechen, da sich der BGH nur gegen die generelle Anwendung von § 74 Abs. 2 HGB wendet und eine Karenzentschädigung ausschließlich für den Fall einer Kunden- und Mandantenschutzklausel für rein optional erklärt.[160] Das weiterreichende nachvertragliche Wettbewerbsverbot hingegen hält der BGH bereits aus anderen Gründen für unzulässig.

(b) Weitere Entwicklung der Rechtsprechung

Ist die generelle Ablehnung der analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB sowie im Speziellen des § 74 Abs. 2 HGB in der zuvor dargestellten Entscheidung des BGH noch deutlich, so schwindet diese Klarheit in der Folgezeit.[161]

Zwar lehnt der BGH in seinem Urteil vom 15. 4. 19991 – II ZR 214/89[162] die analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB und damit auch die des für den Streitgegenstand relevanten § 74c Abs. 1 HGB ohne weitere Diskussion ab.[163] Von diesem Standpunkt rückt der BGH jedoch in seinem nächsten Urteil vom 17. 2. 1992 – II ZR 140/91[164] wieder ab. Kern dieses Urteil ist die Frage, ob die ein Verzichtsrecht enthaltene Regelung des § 75a HGB entsprechend anwendbar ist.[165]

---

[158] Diese Vorgehensweise wäre bei Arbeitnehmern problematisch, da dort strittig ist, ob das öffentliche Interesse bei der im Rahmen von § 74a Abs. 1 S. 2 HGB vorzunehmenden Abwägung einbezogen werden kann, vgl. EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 12 m. w. N.

[159] Vgl. BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367; vgl. BGH NJW 1968, 1717, wo der BGH klarstellt, dass aufgrund der Bedeutung des Wirtschaftsprüfers für die Volkswirtschaft eine Einengung der Berufsfreiheit eines Wirtschaftsprüfers nur zulässig sei, soweit besondere Umstände zu dem anerkennungswürdigen Bedürfnis führten, den einen Teil davor zu schützen, dass der andere die Erfolge seiner Arbeit illoyal verwertet oder sich in sonstiger Weise zu seinen Lasten die Freiheit der Berufsausübung missbräuchlich zu Nutze mache. Auf die Qualifizierung als „besondere Umstände" bezieht sich auch BGH, Urt. v. 28. 04. 1986 – II ZR 254/85, NJW 1986, 2944, 2945.

[160] *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 278 m. w. N.

[161] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 88 m. w. N.

[162] BGH, Urt. v. 15. 05. 1991 – II ZR 214/89, NZA 1991, 615.

[163] BGH, Urt. v. 15. 05. 1991 – II ZR 214/89, NZA 1991, 615, 616; vgl. auch *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 128, der erläutert, warum die Einordnung eines Geschäftsführers als Arbeitnehmer i. S. d. § 128a AFG keine Abwendung von der bisherigen Rechtsprechung bedeute.

[164] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892.

[165] Zunächst finden sich in BGH, Urt. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892 jedoch Ausführungen zur Auslegung bzw. ergänzenden Vertragsauslegung von Verträgen. Der BGH

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Seine Argumentation für eine entsprechende Anwendung des § 75a HGB beginnt der BGH, indem er zunächst je nach Schutzrichtung der Norm differenziert[166] und den Interessen der Gesellschaft Vorrang einräumt.[167] Dabei bezieht sich der BGH zur argumentativen Untermauerung diese Vorgehensweise auf sein Grundsatzurteil zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten und gibt dessen Inhalt verändert wieder.[168] Steht im Originaltext des Grundsatzurteils noch, dass eine generalisierende Betrachtung und Einordnung im Rahmen der §§ 74 ff. HGB nicht möglich sei[169] und auch in Fällen wirtschaftlicher Abhängigkeit die Grundsätze der §§ 74 ff. HGB nicht entsprechend auf Organmitglieder anzuwenden seien,[170] so erklärt er nun, dass das Urteil falsch verstanden worden sei.[171] Der Senat habe zwar entschieden, dass die §§ 74 ff. HGB „nicht schlechthin anwendbar"[172] seien. Anders als teilweise vom Schrifttum verstanden bedeute dies jedoch, dass die §§ 74 ff. HGB nicht generell unanwendbar seien.[173] Entscheidender Faktor für den Streit um die Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB auf das zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer vereinbarte Wettbewerbsverbot sei vielmehr, dass die Gesellschaft bei dem Versuch, sich durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu schützen, nicht den Beschränkungen der starren, auf ganz anders geartete Rechtsverhältnisse zugeschnit-

differenziert hier nicht klar. Zum Verhältnis zwischen ergänzender Auslegung und dispositivem Gesetzesrecht MüKoBGB/*Busche*, § 157 Rn. 45 m. w. N., der auf die „Typizität des Geschäfts" als Differenzierungskriterium abstellt. Der BGH behauptet diesbezüglich, dass die Vertragspartner insoweit meist die Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen den Gesetzesvorschriften überließen, als sie zu einem bestimmten Punkt keine Regelungen träfen, BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1892 m. w. N.; vgl. deutlich *Heidenhain*, NJW 2002, 605, der diesbezüglich von der „rechtsgestaltenden Phantasie" des BGH spricht. Der BGH bezieht sich damit auf die im Rahmen des Themenkomplexes der ergänzenden Vertragsauslegung ergangene Rechtsprechung, versäumt jedoch zu erwähnen, dass dieser Grundsatz der Lückenfüllung aus dispositivem Recht nur gelten kann, wenn dispositives Recht auch anwendbar ist. Auch auf die Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung geht der BGH nicht ein. Stattdessen stellt er fest, dass es nicht schade, wenn die Vertragsparteien die Regelung des dispositiven Rechts, die nun herangezogen werde, genau gekannt hätten, da ohne entsprechende Anhaltspunkte nicht davon auszugehen seien, dass die Regelungen der Parteien abschließend gedacht seien. Dass die Feststellung des BGH vor diesem Hintergrund nur bedingt mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbar ist, ist augenfällig, deutlich hierzu *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 87.

[166] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037.

[167] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893.

[168] In aller Deutlichkeit diesbezüglich *Heidenhain*, NZG 2002, 605, der davon spricht, dass der BGH die Entscheidung BGHZ 91, 1 lautlos aufgegeben habe, indem er ihr kurzerhand einen anderen Inhalt untergeschoben habe; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 128, nennt den Vorgang eine Mutation der ursprünglichen Formel.

[169] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[170] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[171] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893 m. w. N.

[172] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1892.

[173] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tenen sozialen Schutzrechte der §§ 74 ff. HGB unterworfen werden solle.[174] Um eine solche Beschränkung handele es sich bei § 74 Abs. 2 HGB.[175] Solche Bestimmungen jedoch, die dagegen gerade zum Ziel hätten, die besonderen Interessen des Unternehmens zu wahren und die dazu führten, dass diese Interessen sachgerecht gewahrt würden, könnten entsprechend angewendet werden.[176] Den Belangen des Geschäftsführers misst er in dieser Sache keine Bedeutung zu.

Bei der Begründung dieser – völlig neuen – Argumentation konzentriert sich der BGH darauf, die neue Feststellung, dass für die Gesellschaft günstige Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB entsprechend anwendbar seien, als natürliche Weiterentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung darzustellen.[177] Dass er dafür den Wortlaut der ursprünglichen Entscheidung verändert wiedergeben muss, einen völlig neuen Interessenschwerpunkt setzt und dadurch den ursprünglichen Inhalt der Entscheidung abwandelt,[178] erwähnt er nicht. Begründet wird das gewählte Differenzierungskriterium ebenfalls nicht.[179] Auch äußert der BGH keine Bedenken hinsichtlich der Tatsache, dass ein als Interessensausgleich konzipierter Regelungskomplex auseinandergerissen wird.[180] Dazu, was mit den Normen geschieht, die ganz oder teilweise dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, äußert sich der BGH auch nicht. Vor dem Hintergrund von BGHZ 91, 1 bliebe die Beachtung als allgemeine Grundsätze im Rahmen der Generalklausel des § 138 BGB.[181]

Aber auch diese veränderte Rechtsprechung hat der BGH in der Folgezeit nicht stringent beibehalten[182] und damit versäumt, für Klarheit und Berechenbarkeit zu sorgen.[183]

So betont der BGH in seinem Urteil vom 4. 3. 2002 – II ZR 77/00[184] zum einen den Vorrang des Unternehmerinteresses in der spezifischen Situation eines zwischen

---

[174] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91 NJW 1992, 1892, 1893.

[175] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893.

[176] BGH, Urt. v. 17. 02. 1992 – II ZR 140/91, NJW 1992, 1892, 1893; unter diese Voraussetzungen subsumiert der BGH dann auch § 75a HGB, legt sich aber nicht darauf fest, ob auch die in der Norm genannten Ausübungsmodalitäten gelten.

[177] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 88; so spricht der BGH zum Beispiel auch von dem der Rechtsprechung zu Grunde liegenden Gedanken, die GmbH davor zu schützen, sich bei der Wahrung ihrer Interessen unangebrachte Beschränkungen aufzuerlegen.

[178] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 128, spricht von einer Mutation der Prüfungsformel.

[179] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 89.

[180] *Kamanabrou*, ZGR 2002, 898, 908; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 139.

[181] Hiervon gehen jedenfalls *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037 und *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 89 aus.

[182] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037.

[183] Deutlich *Heidenhain*, NJW 2002, 605 f.

[184] BGH, Urt. v. 04. 03. 2002 – II ZR 77/00, NZG 2002, 475.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer GmbH und ihrem Geschäftsführer vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots.[185] In diesem Aspekt schließt er sich also der soeben dargestellten BGH-Entscheidung an. Direkt im Anschluss wiederholt er jedoch auch den durch BGHZ 91,1 herausgearbeiteten Prüfungsmaßstab.[186] Mit der Frage nach einer etwaigen analogen Anwendung solcher Normen, die das besondere Unternehmensinteresse schützen, setzt sich der BGH in dieser Entscheidung jedoch nicht auseinander und erwähnt auch nicht die diesbezüglich einschlägige Entscheidung des BGH.[187] Somit beschäftigt er sich nicht mit der Gegensätzlichkeit beider Entscheidungen. Vielmehr betont er konträr zum Urteil vom 17. 2. 1992 – II ZR 140/91, dass auch bei einer vereinbarten Karenzentschädigung und bei der Auslegung der Vereinbarung nicht allein die Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen seien, sondern dass hier auch der Dispositionsschutz des Geschäftsführers zum Tragen komme.[188] Mit dieser Feststellung behält der BGH die Natur des Wettbewerbsverbots als Interessenausgleich im Auge und rückt von der Drastik des Urteils vom 17. 2. 1992 – II ZR 140/91 ab. Die Divergenz beider Urteile wird im Anschluss zusätzlich dadurch deutlicher, dass der BGH als abschließenden Punkt noch die Verantwortung der Vertragsparteien hervorhebt, dafür zu sorgen, mit den Regelungen im Vertrag ihre Auffassung klarzustellen.[189] Der BGH betont also die Mündigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Vertragsparteien und stärkt somit die Position der Vertragsfreiheit. Andererseits sorgt er für Inkongruenz und Unklarheit, indem er zuvor herausgearbeitete Grundsätze ignoriert und Grundsätze und Voraussetzungen neu kombiniert, die vorher nicht in dieser Kombination aufgeführt wurden.[190]

Das Urteil des BGH vom 28. 04. 2008 – II ZR 11/07[191] befasst sich mit der Anwendbarkeit von § 74c Abs. 1 HGB, die der BGH ablehnt. Das erste Argument, dass der BGH gegen die entsprechende Anwendung von § 74c Abs. 1 HGB anführt, ist, dass die Entlastung des Arbeitgebers von der Zahlung einer Karenzentschädigung nicht Zweck der Regelung sei, sondern ein bloßer Reflex.[192] Dieses Argument erinnert an den Grundsatz, dass solche Regelungen entsprechend angewendet werden können, die den Schutz der Gesellschaft bezwecken. Der BGH erwähnt diesen Zusammenhang jedoch nicht. Stattdessen stellt er die Funktion von § 74c Abs. 1

[185] BGH, Urt. v. 04. 03. 2002 – II ZR 77/00, NZG 2002, 475, 476 m. w. N.

[186] BGH, Urt. v. 04. 03. 2002 – II ZR 77/00, NZG 2002, 475, 476 m. w. N., wonach Wettbewerbsverbote mit Organmitgliedern unter Heranziehung der in §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsätze nur zulässig seien, wenn sie dem Schutze eines berechtigten Interesses der Gesellschaft dienen und nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und wirtschaftliche Bestätigung des Organmitglieds nicht unwesentlich erschweren.

[187] Für eine methodische Kritik im Zusammenhang mit richterlicher Rechtsfortbildung s. *Heidenhain*, NJW 2002, 605.

[188] BGH, Urt. v. 04. 03. 2002 – II ZR 77/00, NZG 2002, 475, 476.

[189] BGH, Urt. v. 04. 03. 2002 – II ZR 77/00, NZG 2002, 475, 476.

[190] Ähnlich *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 96.

[191] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664.

[192] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

HGB als auf den zwingenden Charakter des § 74 Abs. 2 HGB zugeschnittene Norm heraus, dessen Funktion nicht greife, da, wie in BGHZ 91, 1 entschieden, einem Geschäftsführer keine Karenzentschädigung gezahlt werden müsse.[193] Der BGH bezieht sich hier auf die Ablehnung der analogen Anwendung von § 74 Abs. 2 HGB bei bloßen Mandantenschutzklauseln. Er scheint den Grundsatz jedoch auch auf umfassendere Wettbewerbsverbote auszudehnen. Im Folgenden ergründet der BGH dann weiter den Zweck der Regelung,[194] hinterfragt mit einem ablehnenden Ergebnis, ob § 74c Abs. 1 HGB einen allgemeinen Rechtsgedanken verkörpere,[195] und lehnt ebenfalls die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung ab.[196] Mit dieser Entscheidung bestätigt der BGH zwar seine Handhabung von § 74c HGB.[197] Gleichzeitig wächst aber aufgrund der dogmatischen Inkonsistenz die Unklarheit darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der BGH einzelne Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB entsprechend auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer anwendet.[198]

In seinem Beschluss vom 07. 07. 2008 – II ZR 81/07[199] hingegen nimmt der BGH ausführlich Bezug auf alle in BGHZ 91,1 herausgearbeiteten Grundsätze und stellt somit klar, dass er weiterhin an ihnen festhält.[200] Hierzu gehört zum einen die Ablehnung der analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer einer GmbH inklusive des ausdrücklich genannten § 74 Abs. 2 HGB.[201] Gleichzeitig betont der BGH, dass das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot unter den in BGHZ 91, 1 festgelegten Voraussetzungen gem. § 138 BGB i. V. m. Art. 2, 12 GG nichtig sein könne.[202] Zusätzlich stellt er fest, dass die Zahlung einer Karenzentschädigung sowohl insgesamt als auch für bestimmte Fälle ausgeschlossen werden könne.[203] Einzig auf die in BGHZ 91,1 vorgenommene Differenzierung zwischen bloßen Mandantenschutzklauseln und weitergehenden Wettbewerbsverboten geht der BGH in seinem Beschluss nicht ein.

---

[193] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664.

[194] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664, 664 f.

[195] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664, 665.

[196] BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664, 665.

[197] *Sorg*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-MA 2008, 262758.

[198] *Diller*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-ArbR 2008, 263932; *Sorg*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-MA 2008, 262758; *Baeck/Winzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 775, 775, die darauf hinweisen, dass die Praxis nicht länger darauf vertrauen dürfe, dass der BGH Anleihen bei den §§ 74 ff. HGB mache und sie deshalb alle Regelungen, die aus Sicht der Vertragsparteien gelten sollten, ausdrücklich in den Vertrag schreiben sollten oder ausdrücklich in Bezug nehmen sollten.

[199] BGH, Beschl. v. 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753.

[200] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbot für GmbH-Geschäftsführer, S. 103.

[201] BGH, Beschl. v. 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753, 753.

[202] BGH, Beschl. v. 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753, 753.

[203] BGH, Beschl. v. 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753, 753.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(c) Obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur

Die obergerichtlichen Rechtsprechung lehnt überwiegend[204] eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer einer GmbH ab, wobei jedoch die aus § 138 BGB abgeleiteten Anforderungen an die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote sowie ihre dogmatische Herleitung nicht einheitlich sind.[205] Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung der Instanzgerichte für die Praxis größtenteils nicht vorhersehbar.[206] Eine verlässliche Konstante bei den an den konkreten Einzelfall gestellten Anforderungen stellt allerdings der vom BGH aufgestellte Grundsatz dar, dass jedenfalls Kunden- oder Mandantenschutzklauseln auch ohne Karenzentschädigung wirksam vereinbart werden können.[207]

Das Schrifttum wiederum kritisiert die Rechtsprechung des BGH größtenteils vehement.[208] Ein Stein des Anstoßes ist, dass der BGH versäume, handhabbare Leitlinien aufzustellen, und sich stattdessen von Einzelfall zu Einzelfall weiterhangele.[209] Die Literatur bietet jedoch auch keinen einheitlichen Lösungsansatz, sondern ist zwischen eine Analogie ganz oder teilweise befürwortenden Stimmen und anderen Stimmen gespalten, die eine Analogie (teilweise) ausschließen.[210]

Die eine Analogie befürwortenden Stimmen in der Literatur sehen sich in der Tradition der vom BGH in einem anderen Zusammenhang aufgestellten Prämisse, dass die analoge Anwendung einzelner Arbeitsrechtsnormen auf Geschäftsführer einer GmbH in Frage komme, wenn dies das Anstellungsverhältnis erfordere und die Organstellung nicht verbiete.[211] Unter diesen Stimmen wohl herrschend ist das

---

[204] Einige wenige Entscheidungen der Rechtsprechung fallen aus der Reihe, jedoch jeweils auf der Grundlage der Arbeitnehmerähnlichkeit der jeweiligen GmbH-Geschäftsführer, vgl. LG Köln, Urt v. 1. 10. 1975 – 49 O 169/75, AP GmbHG § 37 Nr. 2 mit zust. Anmerkung von *Lepke* sowie OLG Stuttgart, Urt. v. 18. 5. 1979 – 9 O 164/77, BB 1980, 527, bei denen es jeweils um die entsprechende Anwendung von § 74 Abs. 2 HGB geht.

[205] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037; *Diller*, FD-ArbR 2008, 263932; einen Überblick bietet *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 129 f. m. w. N.

[206] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1037; vgl. *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz am Modell des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots des GmbH-Geschäftsführers, S. 39 f. m. w. N.

[207] Zuletzt OLG München, Hinweisbeschl. v. 02. 08. 2018 – 7 U 2107/18, NZA-RR 2019, 82, 83.

[208] S. o. bereits bei den Ausführungen zu den einzelnen BGH-Entscheidungen A.IV.2.a) bb)(1)(a), 43 ff. sowie A.IV.2.a)bb)(1)(b), 49 ff.; zuletzt *Lembke*, NZA-RR 2019, 65, 68 ff.

[209] Besonders deutlich *Diller*, FD-ArbR 2008, 266091, der anlässlich des Beschlusses des BGH vom 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753 von der „Tendenz des BGH, seine an angelsächsische Case Law erinnernde Einzelfallrechtsprechung zu Wettbewerbsverboten von Organmitgliedern fortzusetzen" spricht.

[210] Für einen Überblick s. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038 m. w. N. und *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 86 ff.

[211] *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 72 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lager, das die §§ 74 ff. HGB ganz oder teilweise jedenfalls auf Fremdorgane aufgrund von wirtschaftlicher und sozialer Abhängigkeit anwenden wollen.[212] Diesen Stimmen ist gemeinsam, dass sie für die Beurteilung der analogen Anwendbarkeit nicht auf das Gefährdungselement für die Gesellschaft abstellen, sondern auf das – abstrakt-gesellschaftsrechtlich indizierte und/oder individuell-persönlich begründete[213] – Schutzbedürfnis des Fremdgeschäftsführers.[214] Allerdings herrscht keine Einigkeit im Hinblick auf das für die Schutzbedürftigkeit ausschlaggebende Kriterium.[215] Hiervon grenzen die Vertreter dieser Herangehensweise denjenigen Geschäftsführer ab, der unternehmerisch handelt bzw. unternehmerisches Risiko auf sich nimmt.[216] Einen anderen Schwerpunkt setzen diejenigen, die jedenfalls § 74 Abs. 2 HGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens auf alle Geschäftsführer für entsprechend anwendbar halten.[217] Zu einem ähnlichen Ergebnis, wenn auch auf einer anderen dogmatischen Grundlage, kommen diejenigen, die die durch ein Wettbewerbsverbot verursachte Behinderung des beruflichen Fortkommens ohne Entschädigung für nicht zumutbar halten[218] oder betonen, dass das vom BGH un-

[212] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038, der darauf hinweist, dass diese Rechtsauffassung auf der allgemeinen Rechtsprechung des BGH beruhe, nach der arbeitsrechtliche Vorschriften immer dann auf Organmitglieder angewendet werden könnten, soweit dies das Anstellungsverhältnis erfordere und die Organstellung nicht verbiete; *Bellstedt*, GmbHR 1976, 236, 238 f.; *Boemke*, ZfA 1998, 204, 234; *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 65 ff., 126; *Kamanabrou*, ZGR 2002, 899, 907 ff., die argumentiert, dass dieser Personenkreis fast vollständig als Arbeitnehmer zu qualifizieren sei; Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 22; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 140 f., der die Analogie jedoch explizit auf §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 HGB begrenzt.

[213] Diese Unterscheidung wählt *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 110 ff. m. w. N., die auch einen Überblick über weitere Argumente bietet; für einen abstrakt-gesellschaftsrechtlichen Indikator z. B. *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 141 m. w. N.; für eine individuell-persönliche wohl z. B. *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 65 ff.

[214] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038; *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 65 ff.; Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 21; s. auch *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 138 ff., der zwischen Bestimmungen mit organbezogenem Charakter und solchen Bestimmungen, deren Anwendung durch die soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Organmitglieds gerechtfertigt sein könnte, differenziert.

[215] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 224 f.

[216] *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 117, 226 weist darauf hin, dass die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers „bei aller, von Fall zu Fall stärker oder schwächer ausgeprägten, vertraglichen und wirtschaftlichen Gebundenheit ein Stück unternehmerischer Freiheit und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung ausdrückt, die notwendig ein entsprechend höheres Existenzrisiko bedingt"; ähnlich *Hueck*, ZfA 1985, 25, 33; Staub/*Weber*, Vor § 74 Rn. 20.

[217] *Gaul*, GmbHR 1991, 144, 147 f.; *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 128 f.

[218] *Wertheimer*, Nachvertragliches Wettbewerbsverbot bei Arbeitsverhältnissen, S. 130 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

terstrichene erhöhte Schutzbedürfnis der Gesellschaft mangels eines logischen Konnexes nicht eine Abschwächung des Sozialschutzes rechtfertigen könne.[219]

In der Literatur wird jedoch vielfach auch die durch den BGH in BGHZ 91,1 begründete Ansicht geteilt, dass § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG die anzuwendende Prüfungsnorm sei und dass die §§ 74 ff. HGB in ihrer Gesamtheit nicht analog anwendbar seien.[220] Allerdings sind an dieser Front die Meinungen zur analogen Anwendung der Bestandteile der §§ 74 ff. HGB, die dem Schutz des Unternehmens dienen, geteilt. Vereinzelt wird die spätere Rechtsprechung des BGH nachvollzogen und vertreten, dass eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB nur insoweit sinnvoll sein könne, als es um Schutzinteressen der Gesellschaft gehe.[221] Andere wiederum ignorieren diesen Schlenker der Rechtsprechung[222] oder lehnen diesen Prüfungsansatz des BGH unter dem Hinweis ab, dass es sich bei den §§ 74 ff. HGB um einen in sich ausbalancierten Regelungskomplex handele und die isolierte analoge Anwendung eines Teilkomplexes zu einem unzulässigen Aufbrechens des Gefüges der §§ 74 ff. HGB führe.[223] Je nach Standpunkt variieren auch die jeweils angewendeten Prüfungsmaßstäbe. Auch wenn die Rechtsprechung des BGH von der Literatur überwiegend kritisch gesehen wird,[224] so herrscht oftmals eine pragmatische Resignation, da keine grundlegende Rechtsprechungsänderung zu erwarten sei und deswegen mit dem Lösungsansatz des BGH gearbeitet werden müsse.[225]

---

[219] *Bauer/Diller*, BB 1995, 1134, 1135; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 138 ff., der für eine analoge Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB auf Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer plädiert.

[220] Baumbach/Hopt/*Roth*, § 74 Rn. 3; EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 8; *Jäger*, DStR 1995, 724, 725; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 224; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 90 ff.; MüKoHGB/*von Hoyningen-Huene*, Vor § 74 Rn. 9; *Thüsing*, NZG 2004, 9 ff.; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 455 m. w. N.; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 74, der ausführt, dass sich die §§ 74 ff. HGB aufgrund ihrer Detailliertheit und Komplexität nicht für eine Gesamtanalogie eigneten, auch nicht basierend auf einem einheitlichen Normschutzgedanken. Verallgemeinerungsfähig seien nur partikulare Regelungen der §§ 74 ff. HGB.

[221] *Gerigk*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern, S. 137 ff., der die Teilanalogie auch für dem neutralen Interessenausgleich dienende Regelungsinhalte vorschlägt; *Thüsing*, NZG 2004, 6, 9; einen alternativen Weg geht Scholz/*Schneider*, 11. Aufl., § 43 Rn. 182 f., der eine analoge Anwendung sowohl für die Bestandteile der §§ 74 ff. HGB bejaht, die die besonderen Interessen des Unternehmens sichern, als auch für die Regelungen der §§ 74 ff. HGB mit sozialem Schutzcharakter. Letzteres beschränkt er jedoch auf Fremdgeschäftsführer und abhängige Gesellschafter-Geschäftsführer.

[222] Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 455.

[223] Statt aller *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 95 f. m. w. N.

[224] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(a), 43 ff. sowie A.IV.2.a)bb)(1)(b), 49 ff.

[225] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038; *Heller*, GmbHR 2000, 371, 372; vgl. Herangehensweise bei *Menke*, NJW 2009, 636 ff., der anhand der durch den BGH aufgestellten Grundsätze der Praxis Rechtsgestaltungstipps gibt; MüKoGmbHG/*Jaeger*, § 35 Rn. 70.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch im Hinblick auf die untersuchungsrelevanten konkreten Zulässigkeitsgrenzen, die sich aus dem jeweiligen Prüfungsmaßstab ergeben, finden sich unterschiedliche Ansätze. Einheitlich ist die Herangehensweise noch im Hinblick auf die zulässige Maximaldauer. Sofern nicht ausnahmsweise von der analogen Anwendbarkeit des § 74a Abs. 1 S. 2 HGB ausgegangen wird,[226] bestimmt sich der zulässige zeitliche Umfang nach dem aus § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteten Prüfungsmaßstab. Die Literatur stellt dann darauf ab, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur so lange zulässig sein könne, wie ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft bestehe, sich vor dem Risiko aufgrund des besonderen Wissens des Geschäftsführers um Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und seiner während der Vertragszeit erlangten Kunden- und Lieferantenbeziehungen zu schützen.[227] Es komme darauf an, wie lange der Ausscheidenden durch die Erfahrung noch ein Vorteil ziehen könne.[228] In der Regel ende dies nach zwei Jahren.[229] Im Einzelfall könne selbst ein solches Wettbewerbsverbot jedoch den Ausscheidenden im Sinne der zweiten Prüfungsstufe des Prüfungsmaßstabes unangemessen benachteiligen.[230]

Weniger einheitliche ist die Meinungslage, sobald es um die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung geht. Dies gilt selbst dann, wenn diejenigen Stimmen außer Acht gelassen werden, die sich für eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB und damit für die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung gem. § 74 Abs. 2 HGB aussprechen.[231] Unterteilt werden[232] können die restlichen Stimmen in die Fraktion, die eine Karenzentschädigung unabhängig vom jeweiligen Verbotsumfang für jedes Wettbewerbsverbot fordern,[233] und der vorwiegend ver-

---

[226] Zu den Stimmen in der Literatur, die von einer (teilweisen) analogen Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB ausgehen, s. o. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.

[227] *Heller*, GmbHG 2000, 371, 372; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 339; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 106; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 255 f. m. w. N.

[228] *Heller*, GmbHG 2000, 371, 372; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 229; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 106 nennt dies die „‚Haltbarkeit' der ‚Berufserfahrung'"; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 256 m. w. N.

[229] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1015; *Heller*, GmbHG 2000, 371, 372; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 339; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 106; MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 283; MüKoGmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 374; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 258 f.

[230] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1057.

[231] Stellvertretend für diese Stimmen *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 140 m. w. N.

[232] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 112.

[233] *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 83 ff., basiert diese Meinung auf dem Schutz der Berufsfreiheit und der hierzu ergangenen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tretenen Meinung, die nur umfassende Tätigkeitsverbote grundsätzlich für entschädigungsbedürftig halten, nicht jedoch reine Kunden- und Mandantenschutzklauseln.[234] Die Vertreter der letzteren Auffassung begründen diese damit, dass die betroffenen Geschäftsführer bei Kunden- und Mandantenschutzklauseln generell weiter ihre beruflichen Kenntnisse einsetzen könnten, wohingegen sie bei umfassenden Tätigkeitsverboten auf die Karenzentschädigung zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen seien.[235] Andere wiederum sprechen sich insbesondere aus Gründen der Vertragsfreiheit ganz gegen die allgemeine Notwendigkeit einer Karenzentschädigung aus.[236]

b) Rolle des Kartellrechts: § 1 GWB und Art. 101 AEUV

Neben den §§ 74 ff. HGB, deren direkte oder analoge Anwendbarkeit auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern im vorherigen Abschnitt thematisiert wurde, kommen aufgrund der thematischen Nähe die kartellrechtlichen Normen des Art. 101 Abs. 1 AEUV und des § 1 GWB als Prüfungsmaßstäbe in Frage. Art. 101 AEUV und § 1 GWB haben einen anderen Regelungszweck als die arbeitsrechtliche Schutznormen der §§ 74 ff. HGB. Als Teil der rechtlichen Verankerung der Marktwirtschaft schützt § 1 GWB vor allem den funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerb als Institut[237] und damit Interessen der Allgemeinheit.[238] Als Erscheinungsform desselben Problems und um des Instituts des freien Wettbewerbs willen, das nur funktionieren kann, wenn die das System ausmachenden Individuen sich ebenfalls frei wirtschaftlich betätigen können, schützt § 1 GWB jedoch auch vor Beschränkungen des individuellen Wettbewerbs,

---

Rechtsprechung des BVerfG. Sie argumentiert, dass der durch das Wettbewerbsverbot verursachte Eingriff in die Berufsfreiheit nur bei Zahlung einer Karenzentschädigung verhältnismäßig sein könne. *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 262 ff. wiederum leitet eine allgemeine Entschädigungspflicht aus dem zivilrechtlichen Prinzip der Äquivalenz ab und sieht die Entschädigung als Ausgleich für den vertraglichen Verzicht des dem insoweit schutzbedürftigen Geschäftsführers auf die ihm zustehende Verwertung seines beruflichen Know-hows.

[234] *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 890 ff.; BH/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 202; *Heller*, GmbHR 2000, 371, 373; *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 277 ff.; *Menke*, NJW 2009, 636, 637; MHLS/*Ziemons*, § 43 Rn. 286; MüKoGmbHR/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 379; *Schnelle*, GmbHR 2000, 599, 601.

[235] *Heller*, GmbHR 2000, 371, 373; vgl. MüKoGmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 379.

[236] Wohl auch *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 418 ff.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 114 ff. m. w. N.

[237] *Bechtold/Bosch*, GWB, Einf. Rn. 50 ff. m. w. N.; *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 260; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB § 1 Rn. 12 ff. m. w. N.; zum Institutionenschutz durch § 1 GWB KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 37 m. w. N.; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 188; *Ulmer*, NJW 1982, 1975, 1976.

[238] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 149 m. w. N.; *Lammer*, AcP 189 (1989), 289, 262 f. m. w. N. differenziert zwischen Individual-Recht und Sozial-Recht. Ersterem ordnet er § 138 Abs. 1 BGB zu und die Vertragsfreiheit, letzterem § 1 GWB und die Wirtschaftsfreiheit bzw. staatsökonomische Räson.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sobald diese zu einer marktrelevanten Funktionsstörung führen.[239] Die europarechtliche Norm Art. 101 Abs. 1 AEUV wiederum dient dem Vertragsziel des unverfälschten Wettbewerbs.[240]

Aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts vor dem nationalen Recht[241] hat § 1 GWB grundsätzlich nur eine eigenständige Bedeutung, wenn die Verhaltensweise zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ungeeignet ist.[242] Ansonsten ist Art. 101 Abs. 1 AEUV anwendbar.[243] Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung von Art. 3 VO 1/2003[244] § 1 GWB sowohl oberhalb als auch unterhalb des Zwischenstaatlichkeitskriteriums so an Art. 101 AEUV angepasst, dass es zwischen EU-und nationalem Recht nicht zu widersprechenden Ergebnissen kommen kann.[245] § 1 GWB ist also exakt so anzuwenden und auszulegen wie Art. 101 Abs. 1 AEUV.[246]

Durch § 1 GWB werden unter anderem Verträge zwischen Unternehmen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Beeinflussung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.[247] Für den Untersuchungsgegenstand relevant ist zum einen das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens[248] sowie das der Verhinderung, Einschränkung oder Beeinflussung des Wettbewerbs. Erfasst vom Unternehmensbegriff wird jede selbständige und nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende wirtschaftliche Tätigkeit.[249] § 1 GWB kann vor diesem Hintergrund also auf Wett-

[239] *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 260; zu der Verzahnung von Instituts- und Individuenschutz KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 38 f. m. w. N.; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 188; *Thomas*, WuW 2010, 177, 181.

[240] *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, AEUV Art. 101 Rn. 1; zur direkten Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV s. *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn. 2.

[241] Erstmalig hierzu EuGH, Urt. v. 15. 7. 1964 – Rechtssache 6/64, NJW 1964, 2371, 2372; *Bechtold/Bosch*, GWB, Einf. Rn. 73.

[242] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 141 m. w. N.

[243] Vertiefend zur Diskussion zum Verhältnis zwischen Art. 101 AEUV und § 1 GWB sowie der Rolle von Art. 3 VO 1/2003 KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 26 ff. m. w. N.

[244] Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 besagt, dass im potenziellen Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV nationales Recht nicht mehr so angewendet werden darf, dass das Ergebnis Art. 101 AEUV widerspricht. Außerdem enthält der Artikel in Abs. 1 eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten dazu, Art. 101 AEUV in seinem möglichen Anwendungsbereich neben dem nationalen Recht anzuwenden.

[245] *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 4 m. w. N.

[246] Vertiefend hierzu *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 4 ff. m. w. N.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 40 m. w. N.; MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 2 m. w. N.

[247] Stellvertretend für § 1 GWB a. F. s. *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 892, die noch auf den begrenzenden Faktor des Bezuges auf Waren oder Dienstleistungen eingehen, der jedoch nicht mehr Teil des Gesetzestextes ist.

[248] Zum Unternehmensbegriff statt aller KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 49 ff. m. w. N.

[249] Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB § 1 Rn. 19 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bewerbsverbote auf dem Arbeitsmarkt angewendet werden, sofern Gegenstand des Wettbewerbsverbots keine abhängige Arbeit ist.[250] Hierfür genügt jedoch, dass das Wettbewerbsverbot auch potenzielle selbstständige Tätigkeiten umfasst, sodass GmbH-Geschäftsführer unter den Begriff des Unternehmens fallen, sofern das Wettbewerbsverbot eine potenzielle spätere selbstständige Tätigkeit des ehemaligen Geschäftsführers erfasst.[251] Der Tatbestand wird eingeschränkt durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Marktbeeinträchtigung,[252] das seine Rechtfertigung aus dem Fokus des § 1 GWB auf den Institutionsschutz ableitet und besagt, dass nur solche wettbeschränkenden Handlungen unter den Tatbestand fallen, die gewichtig genug sind, um eine für den Markt relevante Funktionsstörung zu bewirken.[253]

Eigentlich müsste also die Vereinbarkeit mit § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit von in Anstellungsverträgen enthaltenen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten von GmbH-Geschäftsführern zumindest thematisiert werden. § 1 GWB spielt jedenfalls in der Rechtsprechung des BGH zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten in Anstellungsverträgen eines GmbH-Geschäftsführers jedoch nur eine sehr untergeordnete Rolle.[254] Der 2. Zivilsenat nennt § 1 GWB als Prüfungsnorm allein in BGHZ 91,1 und legt hier knapp dar, dass eine gem. § 138 Abs. 1 BGB zulässige Mandantenschutzklausel auch den Anforderungen des § 1 GWB genüge.[255] Die Zurückhaltung des BGH im Hinblick auf § 1 GWB sowie Art. 101 AEUV in den zu in Anstellungsverträgen enthaltenen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ergangenen Entscheidungen lässt sich vor allem dadurch erklären, dass gem. §§ 87 S. 1, 91, 94 GWB ausschließlich die Kartellsenate dafür zuständig sind, Abreden am Maßstab des § 1 GWB zu prüfen.[256]

---

[250] Vgl. Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB, § 1 Rn. 19; vgl. KK-KartellR/*Maritzen*, GWB, § 1 Rn. 77 ff. m. w. N., der die Relativität des Unternehmensbegriffs betont.

[251] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 126 m. w. N.; vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 128 ff. m. w. N.; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 43 f. m. w. N.

[252] Hierzu vertiefend *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 42 ff. m. w. N.

[253] *Thomas*, WuW 2010, 177, 181 m. w. N.

[254] *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 43.

[255] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367; *Weiderlener*, Der richterliche Vertragsschluss, S. 43 nennt als Beispiel BGH, Urt. v. 13. 03. 1979 – KZR 23/7, NJW 1979, 1605. Dieses Urteil befasst sich jedoch nicht mit einem in einem Anstellungsvertrag enthaltenen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, auch handelt es sich in dem Fall nicht um einen GmbH-Geschäftsführer. Vielmehr geht es um einen Gesellschafter, der seine Anteile an der GmbH überträgt. Das Wettbewerbsverbot ist in dem Kaufvertrag über seine Anteile enthalten. Ferner handelt es sich um ein Urteil des Kartellsenats. Dieses Urteil lässt sich also für die Argumentation nicht heranziehen. Das gleiche gilt für BGH, Urt. v. 30.06. 1987 – KZR 7/86, NJW-RR, 1988, 40, das *Weidelener* im Anschluss zitiert. Dieses Urteil spricht § 1 GWB noch nicht einmal an.

[256] Dass der BGH in BGHZ 91,1 dennoch diese Frage selbst entscheiden kann, begründet er mit einem Verweis auf die Rechtsprechung des BGH in dem Beschl. v. 15. 06. 1959 – KAR 1/59, BGHZ 30, 186 = NJW 1959, 1435, 1436 f. sowie Beschl. v. 04. 04. 1975 – KAR 1/75, NJW

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Kartellsenat wiederum hat noch nicht über ein im Anstellungsvertrag enthaltenes nachvertragliches Wettbewerbsverbot eines GmbH-Geschäftsführers entscheiden müssen.

Auch in der Literatur wird vor allem darauf verwiesen, dass bei Wettbewerbsverboten im Rahmen von Anstellungsverträgen § 1 GWB zwar anwendbar sei,[257] jedoch ein Prüfungsgleichlauf zwischen § 138 Abs. 1 BGB und § 1 GWB vorliege.[258] § 1 GWB komme hier also nur eine unselbstständige Hilfsfunktion zu.[259] Teilweise wird zusätzlich noch angeführt, dass der befristete Ausschluss eines Geschäftsführers aus dem Wettbewerb den Markt in der Regel nicht ausreichend beeinflusse, um die für eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. § 1 GWB notwendige Spürbarkeit der Einschränkung des Wettbewerbs zu verursachen.[260] § 1 GWB misst also weder die Literatur noch die Rechtsprechung bei der Beurteilung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern Bedeutung bei.[261]

1975, 1840, 1841, die besagt, dass sich die Zuständigkeit auch im Anwendungsbereich des GWB nach dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch und nicht nach den Einwänden des Beklagten oder den im Einzelnen zu entscheidenden Rechtsfragen richte und dass auch in der Rechtsmittelinstanz der Aussetzungszwang des § 96 Abs. 2 GWB nicht greife, wenn das nach dem Kartellgesetz zu beurteilende Rechtsverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht völlig unstreitig ist und das Prozessgericht in Übereinstimmung damit seinerseits die Sach- und Rechtslage für völlig unzweifelhaft halte. Auch wenn sich die Klagepartei zusätzlich auf eine Anspruchsgrundlage nach dem GWB stütze, könne der Zivilsenat seine Zuständigkeit bejahen, wenn er keinerlei ernsthafte Zweifel daran habe, dass sich der Klageanspruch nicht aus diesem Gesetz herleiten lasse.

[257] Zur Thematik eines Tatbestandsausnahme für nachvertragliche Wettbewerbsverbote, s. u. A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[258] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 364 m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 153 f. m. w. N.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 126 f. m. w. N. zur Notwendigkeit der Verbote für die Durchführung des Anstellungsvertrags vor dem Hintergrund der Kenntnis des Geschäftsführers von Geschäftsgeheimnissen bzw. von Kundenkontakten und der hieraus abzuleitenden Zulässigkeitsgrenze; zur Nichtanwendung von § 1 GWB auf Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 44 ff. m. w. N., der von einer Zielkongruenz beider Normen ausgeht und dem Primat der Privatautonomie, weshalb § 1 GWB nur Bedeutung zukomme, wenn die vom allgemeinen Privatrecht und Verfassungsrecht gezogenen Grenzen des § 138 BGB überschritten seien. Ausgehend von Arbeitnehmern aber die Argumentation auf GmbH-Geschäftsführer ausdehnend legt *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 128 f. m. w. N. die Parallelität der kartellrechtlichen und vertragsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe dar; *Thüsing*, NZG 2004, 9, 10. Sofern in den Fundstellen auf die Immanenztheorie rekurriert wird, muss angemerkt werden, dass diese mittlerweile durch eine andere Regelungstechnik bzw. die Grundsätze zu notwendigen Nebenabreden ersetzt wurde, hierzu statt aller KK-KartellR/*Maritzen*, GWB, § 1 Rn. 274 f. m. w. N.

[259] *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 44.

[260] *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 883, 890; *Heller*, GmbHR 2000, 371, 372 m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 153.

[261] Anders ist die Lage bei Gesellschaftern einer GmbH, s. u. A.IV.3.b), 71 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Rolle des AGB-Rechts

Sofern der Geschäftsführer nicht mit zumindest einer Sperrminorität an der Gesellschaft beteiligt ist und über Leitungsmacht verfügt, handelt er beim Abschluss seines Anstellungsvertrags als Verbraucher i. S. d. § 13 BGB.[262] Dies führt dazu, dass die Modifikationen des § 310 Abs. 3 BGB greifen und die Regelungen des Anstellungsvertrags unter geringeren Anwendungsvoraussetzungen[263] der AGB-Kontrolle unterliegen, sofern zugleich die restlichen Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB erfüllt sind.[264] Für Gesellschafter-Geschäftsführer, die über eine Sperrminorität verfügen, gelten die Modifikationen des § 310 Abs. 3 BGB hingegen nicht.[265] Auch dies ändert jedoch nichts daran, dass AGB-Recht oft auf im Anstellungsvertrag enthaltene nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer anwendbar ist.[266]

Das bedeutet jedoch nicht, dass die AGB-Regelungen letztendlich ausschlaggebend für die Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots eines GmbH-Geschäftsführers sind. Für den Umfang der Kontrolle nach dem AGB-Recht ist § 310 Abs. 4 HGB entscheidend. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot fällt nach herrschender Meinung nicht unter die gesellschaftsrechtliche Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB.[267] Folglich sind zumindest die für den Untersuchungsgegenstand wenig relevanten formellen Kontrollmechanismen des AGB-Rechts anwendbar, durch die überraschende Klauseln verboten werden (§ 305c Abs. 1 BGB), eine Auslegungsregel bei Unklarheiten zu Lasten des Verwenders aufgestellt wird (§ 305c Abs. 2 BGB) sowie ein Transparenzgebot statuiert wird (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).[268] Allerdings muss die AGB-Kontrolle wohl entsprechend § 310 Abs. 4 S. 2 BGB modifiziert werden, sodass zwar nicht die Besonderheiten des Arbeitsrechts,

[262] Ausführlich insbesondere dazu, dass weder der Abschluss des Anstellungsvertrags noch die Geschäftsführung einer GmbH eine selbständige gewerbliche Tätigkeit darstellten BAG, Urteil v. 18. 05. 2010 – 3 AZR 373/08 = NZA 2010, 939, 940 f. m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 260; Scholz/*Hohenstatt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 35 Rn. 340.

[263] Zusammenfassend hierzu Scholz/*Hohenstatt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 35 Rn. 341 m. w. N.

[264] Zu diesen Voraussetzungen statt aller MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 5 ff. m. w. N. Zu den Veränderungen durch die Schuldrechtsreform *Bauer/Diller*, NJW 2002, 1609, 1609 ff.

[265] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1044; Scholz/*Hohenstatt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 35 Rn. 340.

[266] Das Verhältnis von § 138 BGB und §§ 305 ff. BGB ist umstritten, hierzu statt aller Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 37 ff. m. w. N.

[267] *Bauer/Diller*, GmbHR 1998, 809, 811 m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, S. 260 m. w. N.; Scholz/*Hohenstatt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 35 Rn. 340 m. w. N.

[268] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1045; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 264; ausführlicher zu den einzelnen Aspekten *Mirza Khanian*, Die Inhaltskontrolle von Organanstellungsverträgen am Beispiel des GmbH-Geschäftsführervertrags, S. 198 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wohl aber dienstvertragsrechtliche Besonderheiten berücksichtigt werden müssen.[269] Dies ist für den Untersuchungsgegenstand entscheidend, weil durch die Berücksichtigung dienstvertraglicher Besonderheiten die Festlegung der inhaltlichen Reichweite des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sowie eine eventuell vorgesehene Karenzentschädigung als Festlegung der Hauptleistungspflichten[270] des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 sowie §§ 308, 309 HGB unterliegen.[271] Aus diesem Grund spielt AGB-Recht für den Untersuchungsgegenstand keine Rolle.[272]

[269] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1044; *Fischer*, NZA 2009, 835; *Mirza Khanian*, GmbHR 2011, 116, 121, der darauf hinweist, dass ansonsten Wettbewerbsverbote mit Organmitgliedern einer schärferen Kontrolle nach dem AGB-Recht unterlägen als solche mit Arbeitnehmern; Scholz/*Hohenstatt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 35 Rn. 342; differenzierend *Stagat*, NZA-RR 2011, 621, 621 f.; ablehnend mangels einer planwidrigen Regelungslücke *Boemke*, RdA 2018, 1, 15.

[270] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 353 ff., S. 152 f. m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 263 f. m. w. N.

[271] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1045; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 263 f. m. w. N. Einen dogmatisch hiervon leicht abweichenden Weg mit letztendlich gleichem Ergebnis gehen *Mirza Khanian*, Die Inhaltskontrolle von Organanstellungsverträgen am Beispiel des GmbH-Geschäftsführervertrages, S. 199 ff. m. w. N. sowie hierauf aufbauend *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 124 f. m. w. N. Beide weisen darauf hin, dass eine AGB-Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln, die zur Ausgestaltung vertraglicher Leistungspflichten dienen, zulässig sei, wenn für die Bemessung dieser Pflichten ein gesetzlicher Maßstab vorhanden sei, was bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Geschäftsführer § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG sei. Der sich hieraus ergebende Zulässigkeitsrahmen bei Wettbewerbsverboten in Geschäftsführer-Anstellungsverträgen sei als gesetzliche Vorgabe für den Umfang der Leistungspflichten eines Wettbewerbsverbots i. S. d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB zu interpretieren. Es handele sich um kontrollfähige Leistungsbeschreibungen. Sofern ein Wettbewerbsverbot also den aus § 138 Abs. 1 BGB abgeleiteten Anforderungen entspreche, sei es auch nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB keiner AGB-Inhaltskontrolle unterworfen. Diese finde nur statt, wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße. Dann sei es nicht nur sittenwidrig, sondern auch kontrollfähig i. S. d. AGB-Rechts. In diesem Fall seien aber die Rechtsfolgen, anders als bei den §§ 74 ff. HGB, im Endeffekt gleich: Ein bereits nichtiges Wettbewerbsverbot sei allenfalls noch zusätzlich unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion gäbe es sowohl bei sittenwidrigen als auch nach gem. §§ 307 ff. BGB unwirksamen Wettbewerbsverboten nach h. M. nicht. Da dieser Weg sowie der der Berücksichtigung zu gleichen Ergebnissen führen, muss der Streit nicht entschieden werden.

[272] Falls das AGB-Recht grundsätzlich anwendbar ist, können hingegen der AGB-rechtliche Auslegungsgrundsatz (§ 305c Abs. 2 BGB), das Verbot überraschender Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) sowie das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB eine Rolle spielen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Zwischenfazit

aa) BGH-Rechtsprechung als Basis

Trotz der bereits Jahrzehnte andauernden Diskussion hat sich die Rechtswissenschaft noch nicht auf eine einheitliche Herangehensweise zur Bestimmung der Zulässigkeitsgrenzen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern einigen können. Die Streitfrage um die analoge Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB wurde bereits aus allen erdenklichen Perspektiven beleuchtet.[273] Weitere Ausführungen hierzu würden das Meinungsspektrum nur weiter auffächern und Rechtsunsicherheit nicht reduzieren. Auch wenn der Streit nicht hinfällig ist,[274] zeigt die Beständigkeit beider Fronten, dass für beide Lösungsansätze nachvollziehbare Gründe sprechen. Vor dem Hintergrund der Beständigkeit der Rechtsprechung des BGH ist es jedoch sinnvoll, diese als Grundlage für die nachfolgende Darstellung zu verwenden.[275]

bb) BGH: Differenzierung zwischen Arbeitnehmerinteressen und Arbeitgeberinteressen schützenden Normen

Zunächst erscheint die Rechtsprechung des BGH wie ein Wirrwarr an Einzelfallrechtsprechung.[276] Der vom BGH gewählte Ansatz wird jedoch nachvollziehbarer, wenn zwischen der Analogiefähigkeit von Arbeitnehmerinteressen und Unternehmensinteressen schützenden Normen differenziert wird.[277]

(1) Keine Analogie bei Arbeitnehmerinteressen schützenden Normen

Geht es um Arbeitnehmerinteressen schützende Normen, so ist die Rechtsprechung des BGH eindeutig: der BGH lehnt auch in Fällen wirtschaftlicher Abhängigkeit in ständiger Rechtsprechung die analoge Anwendung der in den §§ 74 ff. HGB enthaltenen Arbeitnehmerinteressen schützenden Bestimmungen ab. Stattdessen seien Wettbewerbsverbote nur zulässig, „wenn sie dem Schutze eines berechtigten Interesses dienen und nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung

---

[273] Mit den Voraussetzungen der Analogie und der Frage, ob diese im vorliegenden Fall erfüllt sind, setzen sich grundlegend und erschöpfend insbesondere *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 105 ff.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 159 ff.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 90 ff., auseinander.

[274] Zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen des Ansatzes des BGH sowie einer Analogie *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 158 f. m. w. N.

[275] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1033.

[276] Einen Versuch der Zusammenfassung der Kasuistik unternehmen *Hunold*, NZA-RR 2007, 617; *Thüsing*, NZG 2004, 9 ff.

[277] Vgl. Differenzierung bei *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 89 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und wirtschaftliche Betätigung des Geschäftsführers nicht unbillig erschweren".[278] Hierbei handelt es sich um eine zweistufige Prüfung, die § 74a Abs. 1 HGB nachgebildet ist.[279] Auf der ersten Stufe steht die Ermittlung des berechtigten Interesses sowie die Prüfung, ob auch der gesamte Umfang des Wettbewerbsverbots von diesem gedeckt ist.[280] Die zweite Stufe befasst sich mit der Prüfung der unbilligen bzw. unangemessenen Erschwerung der Berufsausübung.[281] Erst auf der zweiten Stufe können die Interessen des Ausscheidenden und damit die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung eine Rolle spielen.[282]

Der als zusätzlicher Prüfungsmaßstab im Raum stehende § 1 GWB wird nur in einem der relevanten BGH-Urteilen im Nachklang erwähnt und sonst nicht weiter beachtet. Das Verhältnis des § 1 GWB zu den §§ 74 ff. HGB wird nicht thematisiert.

(2) Unklare Haltung zu Arbeitgeberinteressen schützenden Normen

Weniger klar ist die Haltung des BGH zu unternehmensschützenden Normen. Hier hat der BGH in mehreren für die Praxis verwirrenden Entscheidungen bisher nicht eindeutig vermitteln können, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang er Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB entsprechend anwendet. Da aber § 74 Abs. 2 und § 74a Abs. 1 S. 3 HGB, um die es in dieser Dissertation geht, zu der ersteren Gruppe gehören,[283] muss die Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf Unternehmensinteressen schützende Normen nicht weiter analysiert werden.[284]

cc) Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung

(1) Kunden- und Mandantenschutzklausel

Für die Analyse des Standpunktes des BGH zur Notwendigkeit von Karenzentschädigung bietet sich eine Differenzierung zwischen Kunden- und Mandantenschutzklauseln und umfassenden Wettbewerbsverboten an. In seinen Ausführungen zu § 74 Abs. 2 HGB hat der BGH unmissverständlich dargelegt, dass die aufgrund der im Vergleich zum Arbeitnehmer weiterreichenden nachvertraglichen Treuepflichten des Geschäftsführers dazu führen, dass auf Vereinbarungen über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zwischen einer GmbH und ihrem Geschäftsführer allgemein die Vorschrift des § 74 Abs. 2 HGB nicht allgemein angewendet

[278] BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 299/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[279] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038, 1047 f. m. w. N.

[280] Ausführlich hierzu *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1050 ff.

[281] Ausführlich hierzu *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1071 ff.

[282] *Bauer/Diller*, BB 1995, 1135, 136.

[283] Zum Telos von § 74 Abs. 2 HGB und § 74a Abs. 1 HGB EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74 Rn. 41 und EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 11, 13.

[284] Die dogmatische Aufarbeitung dieses Themas soll weiteren Monographien überlassen werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden können.[285] Konkretisierend hat der BGH dann festgestellt, dass unter dem von ihm herausgearbeiteten Prüfungsregime eine bloße Mandanten- und Kundenschutzklausel auch für Fremdgeschäftsführer entschädigungslos vereinbart werden kann.[286] Diese Klarstellung ist wichtig, da die Ablehnung der analogen Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB nicht automatisch dazu führt, dass Geschäftsführern unter keinen Umständen eine Karenzentschädigung gezahlt werden muss.[287] Wie die Wortwahl, dass sich eine allgemeine Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB verbiete,[288] verdeutlicht, wendet sich der BGH gegen den zwingenden Charakter[289] des § 74 Abs. 2 HGB, der die Zahlung einer Karenzentschädigung für jedes in den Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB fallende nachvertragliche Wettbewerbsverbot automatisch für zwingend erklärt.[290]

(2) Umfassendes Tätigkeitsverbot

Anders als dies von einigen auf die Grundsatzentscheidung folgenden Urteilen wiedergegeben wird, die den zur Mandantenschutzklausel aufgestellten Grundsatz auch auf weitreichender Wettbewerbsverbote erstrecken,[291] hat der BGH noch nicht entschieden,ob ein umfassendes nachvertragliches Tätigkeitsverbot auch ohne Karenzentschädigung wirksam sein kann.[292] Die Rechtslage bei umfassenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ist also unklar.[293] Der seit BGHZ 91,1 angewendete Prüfungsmaßstab lässt jedoch aufgrund seiner Flexibilität zumindest Raum für die Berücksichtigung einer Karenzentschädigung[294] und damit grundsätzlich auch Raum für Fälle, in denen die Vereinbarung einer Karenzentschädigung über

[285] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[286] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367. Deutlich diesbezüglich im Anschluss daran BGH, Beschl. v. 07. 07. 2008 – II ZR 81/07, NZG 2008, 753, 753; ebenfalls zuletzt OLG München, Hinweisbeschl. v. 02. 08. 2018 – 7 U 2107/18, NZA-RR 2019, 82, 83.

[287] *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 41 m. w. N.

[288] Ähnlich auch die Passage, in der der BGH sich gegen eine „allgemeine Übertragung dieser Grundsätze auf Organmitglieder" wendet, BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366.

[289] So bezeichnet in BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664, 664.

[290] *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 278 m. w. N.

[291] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(b), 49 ff. sowie A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1074.

[292] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1074; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 112; *Menke*, NJW 2009, 636, 637.

[293] *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 278; *Menke*, NJW 2009, 636.

[294] Vgl. BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 664, 664, der als möglichen Zweck der Zahlung einer Karenzentschädigung an einen Geschäftsführer den Ausgleich der mit dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot verbundenen Nachteile für das berufliche Fortkommen nennt; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1071 m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 293.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots entscheidet.[295]

dd) Zwei Jahre als Richtwert

Der BGH thematisiert eine eventuelle analoge Anwendbarkeit des § 74a Abs. 1 S. 3 HGB nicht, sondern behandelt die Dauer des streitgegenständlichen Wettbewerbsverbots im Rahmen der Prüfung gem. § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG. Folglich ist der zulässige zeitliche Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots von den Umständen des Einzelfalles und dem Ergebnis der Abwägungsentscheidung abhängig.[296] Gebilligt wurden vom BGH bisher nur zweijährige Wettbewerbsverbote.[297] Gleichzeitig hat der BGH die Unwirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots noch nicht allein damit begründet, dass es eine zeitliche Dauer von zwei Jahren überschritten hat.[298] Auch in der Literatur herrscht die Ansicht, dass ein Zeitraum von zwei Jahren im Regelfall angemessen sei.[299] Begründet wird der Richtwert damit, dass erworbene Kundenkontakte sich nach zwei Jahren zumeist verflüchtigt hätten und die erworbenen Kenntnisse veraltet seien oder sich reduziert hätten, dass die Gesellschaft nicht mehr schutzbedürftig sei, da das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dann nur noch dem Schutz vor Konkurrenz diene.[300]

ee) Allgemeine zivilrechtliche Grundsätze und Grundrechte als Ansatzpunkte für die weitere Untersuchung

Der BGH nennt zudem in seiner Rechtsprechung Ansatzpunkte, die zur Systematisierung der verbliebenen Grauzonen und damit zu einer Beantwortung der offenen Fragen und einer Verringerung der Rechtsunsicherheit beitragen könnten. Hierzu zählen zum einen die vom BGH mehrfach betonten Art. 12, 2 GG inklusive der zu diesen Grundrechten ergangenen Rechtsprechung. Zudem erwähnt der BGH

---

[295] *Bauer/Diller*, BB 1995, 1134, 1134; *Hofmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 278.

[296] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 106.

[297] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 105 m. w. N.

[298] *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 40 m. w. N.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 105 m. w. N.

[299] *Jäger*, DStR 1995, 724, 726; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 106 f., der von einem Anscheinsbeweis für die Sittenwidrigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ausgeht, wenn dieses für eine längere Zeit als zwei Jahre vereinbart ist; *Manger*, GmbHR 2001, 89, 90 m. w. N.; *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 257 f.

[300] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1057; *Jäger*, DStR 1995, 724, 726 f. m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 339.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„allgemeine Grundsätze“, die sich in den Bestimmungen der §§ 74 ff. niedergeschlagen haben sollen. Da der BGH sich nicht konkretisierend zu diesen Faktoren äußert, bleibt zu untersuchen, welchen Einfluss sie auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote bzw. genauer gesagt auf die Faktoren der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung und auf die Maximaldauer haben. Als relevant könnte sich in diesem Zusammenhang zudem die vom BGH in seinem Grundsatzurteil erwähnten Faktoren einer eventuell bestehenden Schutzbedürftigkeit bzw. sozialen Abhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers herausstellen.

ff) Rolle des Kartellrechts sowie des AGB-Rechts

Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie § 1 GWB sind zwar nach einhelliger Meinung ebenfalls anwendbar, haben aber nach Aussage des BGH bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Geschäftsführer neben dem Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 GG keine eigenständige Bedeutung.

Ebenfalls für den Untersuchungsgegenstand nicht relevant ist AGB-Recht.

3. Rechtslage bei unternehmenskauf- und gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Gesellschafter

a) Beurteilung der Zulässigkeit anhand von § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG

aa) § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG als Prüfungsnorm

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für die Gesellschafter der GmbH können auch Bestandteil des Gesellschaftsvertrags und einer Auseinandersetzungsvereinbarung und damit gesellschaftsrechtlicher Natur sein. Eine weitere Variante ist die Vereinbarung im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrags. Hier ist jedoch der Erwerber der Unternehmensanteile und damit ein Dritter die Vertragspartei des ausscheidenden Gesellschafters.

Allen drei Gestaltungsvarianten ist das Ziel gemein, nach der Übertragung der Gesellschaftsanteile zu verhindern, dass der ehemalige Gesellschafter seine erworbenen Kenntnisse, Kontakte und Fähigkeiten unredlich nutzt.[301] Zumeist wird nur eine der jeweils möglichen Vertragsgestaltungen in der juristischen Diskussion erörtert, jedoch gilt für jede der drei Gestaltungsvarianten der gleiche Prüfungsmaßstab.[302]

[301] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 36; MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 245.

[302] Vgl. BGH, Urt. v. 19. 10. 1993 – KZR 3/92 (Stuttgart), NJW 1994, 384, 385 f., das für die Festlegung der Zulässigkeitsgrenzen einer Auseinandersetzungsvereinbarung explizit auf Rechtsprechung des BGH zum Unternehmenskauf Bezug nimmt und auf die vergleichbare Interessenlage bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen Wettbewerbsverboten hinweist; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB wird weder für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote noch für solche, die im Rahmen eines Unternehmenskaufes vereinbart werden, ernsthaft diskutiert.[303] Dies führt dazu, dass die Aufnahme eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots in die Satzung einer GmbH für den Fall, dass der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH ist, im Vergleich zur dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zu einer willkommenen Alternative wird.

Dass weder die Rechtsprechung noch die Literatur die analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB diskutiert, ist vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Abhängigkeitsgrade von Geschäftsführern und reinen Gesellschaftern einer GmbH einleuchtend. Steht der Geschäftsführer noch in einem Anstellungsverhältnis zu der GmbH, welches ihn grundsätzlich davon abhält, seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen,[304] so erschließt sich die Beziehung des Gesellschafters zur GmbH in seiner Mitgliedschaft. Grundsätzlich kann er auch zu einem anderen Unternehmen in Beziehung stehen, jedenfalls solange sich beide Unternehmen nicht in einem Interessenwiderstreit befinden.[305] Ein Gesellschafter ist außerdem im Gegensatz zu dem Arbeitnehmer nicht typischerweise sozial und wirtschaftlich abhängig. Gleichzeitig können Gesellschafter aufgrund ihrer Stellung der Gesellschaft schwerwiegend schaden,[306] umfassendere Wettbewerbsverbote müssen also auch möglich sein.[307]

Eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen auf ein gesellschaftsvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot scheint vor diesem Hintergrund nicht naheliegend. Vielmehr wird herrschend davon ausgegangen, dass die

---

und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 35 f. m. w. N.; vgl. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 242 ff., der dies impliziert, indem er zwischen den Varianten nicht differenziert; MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 36; vgl. *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 525, der erklärt, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen als Regelungen für den Fall des Unternehmenskaufs/der Anteilsveräußerung zu betrachten und nach dem Unternehmenskaufgedanken zu behandeln seien.

[303] Sehr vereinzelt wird die Analogiefähigkeit der §§ 74 HGB ganz oder teilweise angenommen, *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 452; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241; zu den Argumenten, die gegen diese Auffassungen sprechen, *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 127.

[304] *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 518.

[305] *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 1.

[306] Statt aller zum Verbotsbedarf *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 90 f. m. w. N., der für Nur-Gesellschafter auf zwei unterschiedliche Gefährdungsszenarien hinweist: Zum einen bestehe die Gefahr dass der Gesellschafter bereits während seiner Mitgliedschaft seine innergesellschaftliche Entscheidungsmacht von einem bestimmten Zeitpunkt an schädigend gebrauchen könne, da er sein Ausscheiden aus der GmbH und die Gründung eines Konkurrenzunternehmens bereits konkret plane. Des Weiteren habe ein Gesellschafter konstant Zugriff auf wettbewerbsrelevante Unternehmensinterna, weshalb es nach Ausscheiden zu schädigender Informationsverwertung kommen könne.

[307] Vgl. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 243; zur Ausnahme für rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter s. u. A.IV.3.d)aa), 74 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Gesellschafter der Sittenwidrigkeitskontrolle des § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG unterliegt.[308]

bb) Aus § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteter Prüfungsmaßstab

Der eigentliche Maßstab für die Kontrolle des Umfangs des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wird dann unter Betonung der Berufsfreiheit abgeleitet, wobei entscheidend sei, ob durch das Verbot die gem. Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit unangemessen beeinträchtigt werde.[309]

Dieser Ansatz spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BGH wider. In der BGH-Entscheidung zu diesem Themenkomplex vom 20. 1. 2015 – II ZR 369/13 heißt es dann auch wie folgt:

> „Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Rücksicht auf die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt und nicht nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn und soweit sie notwendig sind, um einen Vertragspartner vor illoyaler Verwertung der Erfolge seiner Arbeit durch den anderen Vertragspartner zu schützen. Sie sind nur wirksam, wenn sie in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten."[310]

Für die Einordnung als funktionsnotwendig können sich nur nachvertragliche Wettbewerbsverbote qualifizieren, die dem Schutz von bestehenden Kunden- und Lieferantenbeziehungen und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dienen.[311] Im Anschluss an diesen Prüfungsschritt folgt die Prüfung, ob das Wettbewerbsverbot örtlich, zeitlich oder gegenständlich zu einer unangemessenen Beschränkung der Berufsfreiheit des Verpflichteten führt.[312] Anders als bei dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten wird für diese Abwägungsentscheidung explizit darauf hingewiesen, dass bei der durchzuführenden Abwägung ein eventueller Machtmissbrauch und der Faktor der Karenzentschädigung zu berücksichtigen seien.[313]

---

[308] OLG Karlsruhe, Urt. v. 20. 09. 1983 – 8 U 127/86, OLGZ 1987, 211, 215; *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 128; MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 243; MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 79; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 455.

[309] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 128; MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 245; MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 79 m. w. N.; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 455 m. w. N.

[310] BGH, Urt. v. 20. 01. 2015 – II ZR 369/13, NJW 2015, 1012, 1013.

[311] *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 888; *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915 f.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 129; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 247; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 239.

[312] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 445 m. w. N.

[313] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 446 m. w. N.; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 245, der für den Faktor der Karenzentschädigung explizit darauf hinweist, dass hier im Vergleich zu einer

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auffällig ist erneut die Ähnlichkeit des zweistufigen[314] Prüfungsmaßstabs zum Wortlaut des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB[315] sowie die Übereinstimmung mit dem für die Prüfung dienstvertraglicher Wettbewerbsverbote aus § 138 BGB abgeleitete Prüfungsmaßstab.[316]

b) Rolle des § 1 GWB

aa) Anwendbarkeit und Tatbestandsausnahme für funktionsnotwendige nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Auch § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV spielen als Prüfungsmaßstab für nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Gesellschaftern eine Rolle.[317] Anders als bei Anstellungsverträgen wird die Rolle des § 1 GWB bei gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten jedoch auch in der Rechtsprechung und Literatur ausführlich besprochen.

Wie bereits für in Anstellungsverträgen enthaltene nachvertragliche Wettbewerbsverbote erläutert, würden aufgrund des weiten Unternehmensbegriffs grundsätzlich alle in Gesellschaftsverträgen bzw. Unternehmenskaufverträgen enthaltenen nachvertraglichen Wettbewerbsverbote gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV verstoßen. Dieses Ergebnis würde jedoch nicht berücksichtigen, dass eine isoliert betrachtet wettbewerbsbeschränkend wirkende Klausel wiederum zur Durchführung von wettbewerbsfördernden Transaktionen oder sonstigen wettbewerbsfördernden Handlungen führen kann.[318] Dass das Verbot des § 1 GWB auch in der Vorstellung

früheren Auflage ein Meinungswechsel stattgefunden habe; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 237 m. w. N.

[314] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 888; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 129; MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 245; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 239.

[315] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915 f.; *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 888; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 246; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 241; *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 445. Allerdings geschieht die Herleitung dieses Prüfungsmaßstabs und der Zulässigkeitsgrenzen nur selten unter Bezugnahme auf die §§ 74 ff. HGB, wie *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 129 richtig anmerkt. Auch hierzu existieren jedoch Ausnahmen, wie zum Beispiel MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 243.

[316] S. o. A.IV.2.d)bb)(1), 64.

[317] Zum Verhältnis von § 1 GWB und Art. 101 AUEV s. o. A.IV.2.b), 58 f.

[318] Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB § 1 Rn. 149 ff. unter Nennung einschlägiger EuGH- und BGH-Rechtsprechung; seit der 7. GWB-Reform und der damit einhergehenden Angleichung an Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dieser Tatbestandsausschluss endgültig nicht mehr mit der sog. Immanenztheorie zu begründen. Deutlich diesbzgl. MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 3 m. w. N., Rn. 274, der sich unter anderem auf den empirischen Befund bezieht, dass bestimmten Austausch- oder Gesellschaftsverträgen ein wettbewerbsbeschränkendes Element zwangsläufig innewohne. Der Faktor der ökonomischen Vor- und Nachteile kann jedoch – anders bei der amerikanischen „*rule of reason*"-Doktrin – nicht vom Rechtsanwender in den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Gesetzgebers nicht uneingeschränkt gelten soll, lässt zudem bereits § 2 GWB erkennen, der Freistellungsmöglichkeiten enthält.[319] Allgemein anerkannt ist vor diesem Hintergrund, dass bereits auf der Tatbestandsebene des § 1 GWB bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen als systeminhärent anzuerkennen und auszuschließen seien.[320] Voraussetzung für eine Tatbestandsausnahme ist, dass die vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen durch den kartellrechtsneutralen Hauptzweck des Vertrags notwendig geboten bzw. erforderlich sein müssen.[321] Erforderlich können Wettbewerbsbeschränkungen nur sein, wenn sie zeitlich, gegenständlich und räumlich darauf beschränkt sind, den mit dem Vertrag verfolgten Hauptzweck zu erreichen.[322] Hier wird auch von der „Funktionsnotwendigkeit" der Wettbewerbsbeschränkung gesprochen.[323]

Konkret bedeutet dies, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zum Ziel haben muss zu verhindern, dass der ausscheidende Gesellschafter das Know-how, die Kundenkontakte und die sonstigen durch seine Stellung als Gesellschafter erworbenen Informationen ausnutzt, und es in dieser Rolle für die Übertragung des Werts

---

Abwägungsprozess einbezogen werden, da dies dem dogmatischen Konzept des § 1, 2 GWB sowie des Art. 101 AEUV widerspräche. Hierzu sowie zum Unterschied zwischen der nationalen und europarechtlichen dogmatischen Konzeption sowie der US-amerikanischen Herangehensweise statt aller *Keßler*, WRP 2009, 1208, 1211 ff.

[319] KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 274; auch *Keßler*, WRP 2009, 1208, 1212 betont die Bedeutung der Freistellungstatbestände.

[320] KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 274; grundsätzlich zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Kartellrecht *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 260 ff. m. w. N. Bei der Bestimmung, welche Wettbewerbsbeschränkungen unter die Tatbestandsausnahme fallen, ist jedoch eine funktionale Abwägung geboten, damit nicht automatisch entweder die durch die normative Wettbewerbsordnung gewährleistete und geschützte Entfaltungsfreiheit der einzelnen Marktakteure oder – bei einem generellen Ausschluss gesellschaftsvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote aus dem Geltungsbereich des § 1 GWB – das Bestandsinteresse der Gesellschaft Vorrang genießt, vgl. *Keßler*, WRP 2009, 1208, 1210.

[321] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 133 f. m. w. N.; Langen/Bunte/*Krauß*, GWB § 1 Rn. 150 f.

[322] Ähnlich *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 60 f. zum Unternehmenskauf; *Keßler*, WRP 2009, 1208, 1212; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 134.

[323] Vgl. BGH, Urt. v. 10. 12. 2008 – KZR 54/08, NJW 2009, 1751, 1751 f.; ähnlich *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 60 f. zu Unternehmenskäufen; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, GWB § 1 Rn. 50; *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1540; MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 36; *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 520, 522, 525, der jedoch betont, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen nach Rn. 36 der Bekanntmachung zu Nebenabreden (2005/C 56/03) nicht auf den Aushöhlungsgedanken gestützt werden könnten. Stattdessen schlägt er vor, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsvertrag als Regelung für den Fall des Unternehmenskaufs bzw. der Anteilsveräußerung zu betrachten, die bereits im Gesellschaftsvertrag wirksam getroffen werden könne. Die Wirksamkeit dieser Klausel sei dann nach dem Unternehmenskaufsgedanken zu beurteilen, also danach, ob das Wettbewerbsverbot für die Übertragung des gesamten Unternehmenswertes auf den Erwerber notwendig sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

seiner Anteile auf den Erwerber bzw. auf die übrigen Gesellschafter notwendig ist.[324] Erfüllt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot diese Anforderung, ist es funktionsnotwendig, solange es sich eben zeitlich, gegenständlich und räumlich auf das obige Ziel beschränkt.[325] Ist dies der Fall, greift auch die Tatbestandsausnahme und das nachvertragliche Wettbewerbsverbot hat auch gem. § 1 GWB Bestand.[326] Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Voraussetzungen für die Tatbestandsausnahme mit dem ersten Prüfungsschritt des aus § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteten Prüfungsmaßstabs übereinstimmen. Erfüllt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht die Tatbestandsausnahme, so verstößt es wiederum nur gegen § 1 GWB, wenn es das Spürbarkeitserfordernis erfüllt.[327]

bb) Unterschiede im Vergleich zum zivilrechtlichen Prüfungsmaßstab

Der Vergleich der dargelegten Prüfungsmaßstäbe verdeutlicht, dass es bei § 1 GWB anders als bei § 138 BGB nicht auf die individuellen Auswirkungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für die Parteien der Vereinbarung und insbesondere für den Ausscheidenden ankommt, sondern auf die potenziellen Auswirkungen auf die Marktgegenseite und die Mitbewerber, also auf den freien Wettbewerb.[328] Die Beschränkung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden ist weder bei der Prüfung der Funktionsnotwendigkeit noch im Rahmen der restlichen Prüfung entscheidend. Die individuelle Wettbewerbsfreiheit des Ausscheidenden schützt § 1 GWB nur dann kann quasi im Reflex, wenn sie spürbar, also gewichtig genug ist, um eine für den Markt relevante Funktionsstörung zu bewirken.[329] Dies verdeutlicht den Fokus des § 1 GWB auf den freien Wettbewerb. Anders ist dies im Rahmen der Prüfung nach § 138 BGB. Hier kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung des freien Wettbewerbs in beiden Prüfungsschritten hingenommen werden kann, sondern vielmehr darauf, in wie weit die berechtigten Interessen des durch die Beschränkung Begünstigten eine Beschränkung der Berufsfreiheit des Verpflichteten rechtfertigen kann.[330]

---

[324] *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1537; MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 33 ff. m. w. N.; *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 520, 525.

[325] *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1537.

[326] Sofern es jedoch nicht als funktionsnotwendig betrachtet werden kann, ist es auch nach dem in dieser Hinsicht deckungsgleichen Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 GG, nichtig, da es dann nicht durch ein schützenswertes betriebliches Interesse – den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – gerechtfertigt sein kann, s. o. A.IV.3.b)aa), 71 ff. Zum schützenswerten betrieblichen Interesse vgl. *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1542; vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 136; *Schnelle*, GmbHR 2000, 599, 600.

[327] Zum Spürbarkeitskriterium *Bechtold/Bosch*, GWB, § 1 Rn. 42 ff. m. w. N.

[328] *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 262; *Ulmer*, NJW 1985, 1975, 1976 m. w. N.

[329] *Thomas*, WuW 2010, 177, 181 m. w. N.

[330] BGH, Urt. v. 19. 10. 1993 – KZR 3/92, NJW 1994, 384, 386.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Art. 101 AEUV und §§ 305 ff. BGB

Zum Verhältnis zu Art. 101 AEUV gilt das bereits zu dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten Gesagte entsprechend.[331] Keine Rolle spielt hingegen das AGB-Recht bei gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, da hier die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB für Gesellschaftsverträge greift.[332]

Eine Sonderrolle nehmen nachverträgliche Wettbewerbsverbote ein, die im Rahmen eines Unternehmenskaufes vereinbart werden. Als Austauschverträge sind Vereinbarungen über die Veräußerung von Geschäftsanteilen kein Gesellschaftsrecht im Sinne des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB. Dennoch ist AGB-Recht auch hier nicht für den Untersuchungsgegenstand relevant, und zwar unabhängig davon, ob die das Wettbewerbsverbot enthaltende Klausel die Voraussetzungen des §§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt, also für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von einer der Vertragsparteien mit der Absicht zur Mehrfachverwendung gestellt wurde,[333] und nicht gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt sind.[334] Zum einen kann hierfür angeführt werden, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für den ausscheidenden Gesellschafter bereits Teil des Satzung hätte sein können, hier also kein anderer Maßstab gelten kann. Des Weiteren gelten die bereits im Rahmen der Ausführungen zum Geschäftsführer-Anstellungsvertrag aufgezeigten Argumentationsansätze hier ebenfalls.[335]

d) Konkrete Zulässigkeitsgrenzen für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote

aa) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter in der Regel unzulässig

Aus § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG und § 1 GWB leitet die Rechtsprechung und Literatur für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote konkrete Zulässigkeitsgrenzen ab. Hierzu gehört auch, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote für rein kapitalistisch beteiligte Minderheitsge-

---

[331] S. o. A.IV.2.b), 58 ff.

[332] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1044.

[333] Hierzu statt aller *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 516 f. m. w. N.

[334] Statt aller zum Aushandeln von Klauseln im Zusammenhang mit AGB-Recht und Unternehmenskäufen *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 516 ff. m. w. N.

[335] S. o. A.IV.2.c), 62 f.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 137 f.; einen weiteren Argumentationsansatz verfolgt *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 521 ff. m. w. N., der für eine schutzzweckkonforme Interpretation des AGB-Begriffs und damit für eine teleologische Reduktion desselben plädiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sellschafter in der Regel für unzulässig gehalten werden.[336] Als Begründung hierfür wird angeführt, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote von einem berechtigten Interesse der Gesellschaft am Schutz ihres Kunden- und Mandantenstammes und/oder ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse[337] getragen werden müssen. Nur in dem Umfang, in dem diese Voraussetzung erfüllt ist, kann das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch wirksam sein. Vor diesem Hintergrund ist es einleuchtend, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter in der Regel für unzulässig gehalten wird.[338] Ein besonderes Interesse der Gesellschaft am Schutz ihrer Geschäftschancen kann nämlich in der Regel nur bestehen, wenn der Gesellschafter während seiner Anteilseignerschaft nicht bloß vermögenswerte Leistungen eingebracht hat,[339] sondern zumindest besonderes Wissen erlangt hat,[340] was jedenfalls bei Gesellschafter-Geschäftsführern, beherrschenden Gesellschaftern und den Gesellschaftern einer personalistischen GmbH bejaht werden kann.[341] Ein rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafter erhält solche Einblicke hingegen nicht.

---

[336] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 244, 246; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 241.

[337] *Bauer/Diller*, GmbHR 1999, 885, 888; *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 1996, 1914, 1915 f.; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 246; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 241.

[338] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 244, 246; MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 241.

[339] Durch die Erbringung vermögenswerter Leistungen erfüllt der rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter seine Treuepflicht. So ausdrücklich im Zusammenhang mit der Prüfung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots OLG Karlsruhe, Urt. v. 30. 9. 1986 – 8 U 127/86, GmbHR 1987, 309, 310.

[340] Hier knüpft auch *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 90 an, der ebenfalls die Verbindung zwischen nur intern verfügbarer Information und dem Verbotsbedarf der Gesellschaft zieht. Hieraus folgert er jedoch nicht, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für rein kapitalistisch beteiligte Gesellschafter unzulässig wäre, sondern schlägt als Maximaldauer einen Zeitraum von 6 Monaten vor.

[341] *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1915; MHLS/*Lieder*, GmbHG § 13 Rn. 246 m. w. N.; *Röhricht*, WPg 1992, 766, 773; vgl. *Weller*, ZHG 175 2011, 110, 122 f. m. w. N.; vgl. *Salfeld*, Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht, S. 208 ff. m. w. N.; *Ivens.* Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 90 m. w. N., argumentiert nur auf den ersten Blick anders, indem er nicht zwischen rein kapitalistisch beteiligten Gesellschaftern, Gesellschaftern einer personalistisch strukturierten GmbH und beherrschenden Gesellschaftern differenziert, sondern generell für Nur-Gesellschafter eine Maximaldauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots von 6 Monaten für zulässig hält. Gleichzeitig führt jedoch seine Argumentation zu der obigen Differenzierung. So zieht er zur Begründung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zwar auch die Gefahr heran, die der Gesellschaft während der Mitgliedschaft des Gesellschafters durch Missbrauch der innergesellschaftlichen Entscheidungsmacht von einem bestimmten Zeitpunkt an drohen könne, weil der Gesellschafter sein Ausscheiden aus der GmbH und die Gründung eines Konkurrenzunternehmens plane. Dies ist jedoch größtenteils schon durch die jeden Gesellschafter treffende mitgliedschaftliche Treuepflicht abgedeckt, vgl. MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 219 ff. m. w. N. Für den Zeitraum von 6 Monaten wiederum bezieht er sich auf nur die Gefahr, die der Gesellschaft durch schädigende Informationsverwertung aufgrund des laufenden Zugriffs des Gesellschafters auf

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Zulässiger Umfang abhängig von den Umständen des Einzelfalls

Mangels klarer Vorgaben kann der zulässige Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nur im Einzelfall unter Rückgriff auf die jeweiligen Informationsrechte und Einflussmaßnahmen sowie das Geschäft der Gesellschaft beurteilen werden.[342] Jedenfalls sachlich und räumlich lassen sich hier keine allgemein gültigen und konkreten Zulässigkeitsgrenzen ableiten.

cc) Zwei Jahre als Richtwert

(1) Rechtsprechung

Die Ablehnung einer analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB bedeutet auch, dass die von § 74 a Abs. 1 S. 3 HGB vorgeschriebene absolute Maximaldauer von zwei Jahren nicht gilt. Aufgrund der stattdessen geltenden Prüfungsmaßstäbe ist die zulässige Maximaldauer also grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalles abhängig, dennoch findet in der Rechtsprechung für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote die Zweijahresgrenze als allgemeiner Richtwert breite Zustimmung.[343]

Zur Bestimmung der jeweilig zulässigen zeitlichen Beschränkung führt der BGH im Rahmen der Prüfung nach § 1 GWB an, dass die Zeitspanne als Grenze diene, die der Begünstigte bei den von ihm zu fordernden ernsthaften Anstrengungen benötige, um den Betrieb soweit zu konsolidieren, dass Eingriffe des ehemaligen Partners keine gewichtigen Auswirkungen hätten.[344] Auf ähnliche Erwägungen greift der BGH im Rahmen der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB zurück. Hier bezeichnet er für eine Kunden- und Mandantenschutzklausel den Zeitraum als entscheidend, in dem die in der Vertragszeit geschaffenen geschäftlichen Beziehungen nachwirkten und sich noch nicht verflüchtigt hätten.[345] Ein Wettbewerbsverbot, das zwei Jahre überschreite, verfolge hingegen in der Regel nur noch das Ziel, einen Konkurrenten

---

wettbewerbsrelevante Interna der GmbH droht. Auf diesem Argument fußt auch die obige Argumentation.

[342] MüKoWettbwR/*Säcker*, GWB § 1 Rn. 36; *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 520.

[343] Stellvertretend zu § 138 BGB BGH, Urt. v. 19. 10. 1993 – KZR 3/92, NJW 1994, 384, 395 m. w. N.; zu § 1 GWB zuletzt BGH, Beschl. v. 31. 5. 2012 – I ZR 198/11, BeckRS 2012, 16974; *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 451 m. w. N.; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 447 ff. m. w. N.

[344] Zusammenfassend BGH, Urt. v. 19. 10. 1993 – KZR 3/92, NJW 1994, 384, 385 m. w. N. Zur positiven und negativen Komponente des Konsolidierungsgedankens *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 452 m. w. N.

[345] Grundlegend zum Begründungsansatz BGH, Urt. v. 19. 11. 1973 – II ZR 52/72, WM 1974, 74, 76; BGH, Urt. v. 29. 10. 1990 – II ZR 241/89, NJW 1991, 699, 700 m. w. N.; zuletzt BGH, Urt. v. 20. 01. 2015 – II ZR 369/13, NJW 2015, 1012, 1013 m. w. N. In den jeweiligen Urteilen nennt der BGH jedoch mangels Entscheidungsrelevanz nicht die Zweijahresgrenze, sondern belässt es bei der Erwähnung des Grundsatzes. Ausdrücklich zur Zweijahresgrenze BGH, Urt. v. 16. 10. 1989 – II ZR 2/90, GmbHR 1990, 77, 79.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auszuschalten, und diene damit keinem schutzwürdigen Interesse.[346] Gerade bei Wettbewerbsverboten im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages finden sich in der Rechtsprechung jedoch auch regelmäßig Fälle, in denen aufgrund der Umstände des Einzelfalles auch längere nachvertragliche Wettbewerbsverbote als rechtmäßig angesehen wurden.[347]

(2) Literatur

In der Literatur wiederum sind die Stimmen im Hinblick auf die zulässige Maximaldauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gespalten.[348] So erhält zum einen die Zweijahresgrenze als Richtwert Zustimmung.[349] Zusätzlich haben sich jedoch einige differenzierende Ansätze entwickelt, die jeweils an dem Prüfungsfaktor des berechtigten unternehmerischen Interesses ansetzen und damit auf den Verbotsbedarf von Seiten der Gesellschaft abstellen.[350] Da sich dieser Faktor in beiden für § 138 BGB und § 1 GWB entwickelten Prüfungsmaßstäben wiederfindet, sind die Ansätze sowohl auf den zivilrechtlichen als auch auf den kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab anwendbar.[351] Interessant ist zudem, dass die individuelle Beschränkung der Berufsfreiheit, die zumindest im Rahmen des § 138 BGB relevant ist, bei den Erwägungen außen vor gelassen wird.

So differenziert *Ivens* im Hinblick auf die zulässige Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zwischen Nur-Gesellschaftern, die zugleich Zugriff auch interne Informationen haben, und Gesellschafter-Geschäftsführern. Er geht davon aus, dass Informationen recht schnell ihre Aktualität verlören, weshalb bei Nur-Gesellschaftern der Verbotsbedarf des Unternehmens in der Regel nach einem Zeitraum von ca. 6 Monaten entfalle.[352] Zu einer anderen Beurteilung kommt er für Gesellschafter-Geschäftsführer, da bei diesen zusätzlich die Gefahr bestehe, dass sie die geschäftlichen Beziehungen der GmbH für sich ausnützten.[353] Eines Verbots zum Schutz der geschäftlichen Beziehungen bedürfe es dann nicht mehr, wenn die GmbH

[346] BGH, Urt. v. 29.01.1996 – II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741, 742.

[347] So BGH, Urt. v. 9.11.1973 – I ZR 83/72, WM 1974, 253, 254; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2015 – I-22 U 37/15, NJOZ 2016, 163, 167 ff.

[348] Statt aller *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 130, 134 m. w. N.

[349] MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 243 m. w. N.; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 464.

[350] Vgl. *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1916; *Wagener/Schulze*, NZG 2002, NZG 2001, 157, 158.

[351] Vgl. *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1540, mit der Aussage, dass § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 GG in zeitlicher Hinsicht zu deutlich strikteren Grenzen für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot führe. Den dogmatischen Hintergrund dieser Argumentation erklären die Autoren nicht, es böte sich jedoch der individualschützende Charakter des § 138 BGB i. V. m. Art. 12 GG an, s. u. C.III.2., 169 ff.

[352] *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 90.

[353] *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 90 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

seine Konkurrenz nicht mehr befürchten müsse, weil die Geschäftlichen Beziehungen verblasst wären.[354] Dies sei in der Regel nach 2 Jahren der Fall, könne aber im Einzelfall auch schon früher oder später eintreten.[355] Andere Ansätze wiederum differenzieren zwischen Kunden- und Mandantenschutzklauseln und umfassenden Tätigkeitsverboten und sehen bei letzteren die Zweijahresgrenze als fix an, bei ersteren jedoch als unter Umständen verlängerbar.[356] Auch diese Ansätze befassen sich trotz der anderen Perspektive auf die Thematik damit, ob das unternehmerische Interesse den konkreten Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots rechtfertigen. Ebenfalls relevant könnte in diesem Zusammenhang der Umfang der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden sein.

Der Überblick über die vertretenen Meinungen zeigt, dass sich bei gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten zwei Jahre als allgemein anerkannter Richtwert durchgesetzt haben.[357] Dies gilt sowohl für Kundenschutzklauseln als auch für umfassende Tätigkeitsverbote. Etwas anders ist die Lage bei Unternehmenskaufverträgen. Hier wurden in einigen Einzelfällen auch längere Wettbewerbsverbote für zulässig erklärt.

dd) Keine Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung

Aus kartellrechtlicher Sicht wird die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung im Zusammenhang mit § 1 GWB ignoriert.[358] Aber auch aus zivilrechtlicher Sicht ist jedenfalls die Zahlung einer gesondert als solche ausgewiesenen Karenzentschädigung bei gesellschafts- und unternehmenskaufvertragli-

---

[354] *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 91 unter Bezugnahme auf OLG Hamm, Urt. v. 06. 06. 1972 – 4 U 83/71, GRUR 1973, 421, 424 sowie BGH, Urt. v. 19. 11. 1973 – II ZR 52/72, WM 1974, 74, 76. Ähnlich argumentiert später BGH, Urt. v. 29.10. 1990 – II ZR 241/89, NJW 1991, 699, 700.

[355] *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, S. 91 m. w. N.; ähnlich argumentiert auch *von der Osten*, GmbHR 1989, 450, 452, der zum einen auf das Fortwirken der geschaffenen Beziehungen abstellt und zum anderen darauf, dass ein berechtigtes Interesse nicht mehr fortbestehe, wenn der Verpflichtete keine größere Konkurrenz für den Berechtigten mehr darstelle als ein Neuling.

[356] MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 243 m. w. N. In eine ähnliche Richtung deutet die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005, Nr. C 56/24 Rn. 20, die in zeitlicher Hinsicht zwischen Unternehmenskäufen unterscheidet, in denen nur der Geschäftswert übertragen wird und solchen, bei denen zusätzlich Know-how übertragen wird. Bei ersteren seien Wettbewerbsverbote von bis zu zwei Jahren gerechtfertigt, bei letzterem von bis zu drei Jahren, auf die sich auch *Schnelle*, GmbHR 2000, 599, 600 bezieht. Die Bekanntmachung ist zwar nicht bindend, wird aber von Gerichten als Auslegungshilfe herangezogen, *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 519 m. w. N.

[357] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 451.

[358] Eine Ausnahme stellt *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 454 dar, der allerdings nur die Möglichkeit der Vereinbarung einer Karenzentschädigung anspricht und nicht die Frage nach der Notwendigkeit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten nicht notwendig.[359] Im Fall eines im Zusammenhang mit einem Unternehmenskaufvertrag vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot wird hier argumentiert, dass eine Karenzentschädigung für den Verkäufer nicht erforderlich sei, weil das vertragliche Wettbewerbsverbot nur die kaufrechtliche Unterlassungspflicht konkretisiere und daher durch den Kaufpreis mit abgegolten werde.[360] Handelt es sich um ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot für die Zeit nach der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, so ist das Meinungsspektrum etwas breiter aufgefächert. So wird für anlässlich des Eintritts eines Gesellschafters vereinbarte Wettbewerbsverbote für die Zeit nach der Zugehörigkeit zur Gesellschaft vertreten, dass diese regelmäßig nicht vergütet würden, weil sich auch die übrigen Gesellschafter einem solchen Wettbewerbsverbot unterwerfen.[361] Alle Parteien gingen damit das gleiche Risiko ein.[362] Andere wiederum sind der Auffassung, dass der wirtschaftliche Wert des Wettbewerbsverbots ähnlich wie im Fall des Unternehmenskaufes bereits bei der Berechnung der Auseinandersetzungs-Abfindung mit einkalkuliert werde.[363] Generell betont wird die Gestaltungsfreiheit der Parteien.[364] Unabhängig von den Begründungsansätzen besteht jedoch Einigkeit dahingehend, dass die Vereinbarung einer Karenzentschädigung nicht für notwendig erachtet wird.

[359] Henssler/Willemsen/Kalb/*Diller*, HGB § 74 Rn. 11; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 130; *Renner*, DB 2002, 1143 gehen jeweils davon aus, dass auf eine Karenzentschädigung ganz zu verzichten sei. *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 455 ff. m. w. N., vertritt eine etwas andere Meinung, da er betont, dass zwar grundsätzlich eine Karenzentschädigung notwendig sei, es gleichzeitig aber genüge, wenn diese ein nicht gesondert als solche bezeichneter Teil des Kaufpreises sei. Diese Möglichkeit bestehe allerdings nur, wenn die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart hätten, dass sich der Kaufpreis nur auf die Aktiva beziehe. A. A. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 256, der zwischen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten unterscheidet, die die Berufsfreiheit nur beschränken, und zwischen solchen, die einem Berufsverbot gleichkämen. Bei Letzteren sei eine Karenzentschädigung notwendig. Allerdings betont auch MHLS/*Lieder*, dass das Verhältnis zur Abfindung bzw. zum Erlös aus der Veräußerung der Unternehmensanteile zu beachten sei.

[360] Vgl. grundlegend BGH, Urteil v. 9. 11. 1973 – I ZR 83/72, WM 1974, 253, 254; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 130; *Renner*, DB 2002, 1143.

[361] *von der Osten*, GmbHR 1989, 450, 452.

[362] *von der Osten*, GmbHR 1989, 450, 452.

[363] Grundlegend BGH, Urteil v. 9. 11. 1973 – I ZR 83/72, WM 1974, 253, 254.

[364] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 457, 458; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 130; vgl. MHLS/*Lieder*, § 13 Rn. 256.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Zusammenfassung

a) Zivilrechtliche und kartellrechtliche Prüfungsnormen und Prüfungsmaßstäbe

Auch wenn der Streit um die anwendbare zivilrechtliche Prüfungsnorm bei dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten noch immer nicht beigelegt werden konnte, ist die Rechtsprechung des BGH so gefestigt, dass sie als Basis für die Prüfung dienstvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote dienen soll.[365] Mithin gilt, dass sowohl dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern als auch gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote von GmbH-Gesellschaftern an § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG sowie an § 1 GWB gemessen werden müssen.[366]

Die für Geschäftsführer und für Gesellschafter einer GmbH aus § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteten Prüfungsmaßstäbe sind – trotz der Unterschiede in der jeweils geführten juristischen Diskussion – nahezu identisch. Allein die bei Geschäftsführern im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB zu beachtenden „allgemeinen Grundsätze" fehlen in dem von der Rechtsprechung für Gesellschafter abgeleiteten Prüfungsmaßstab. Allgemeine Wertungen sind jedoch generell bei der Auslegung von Generalklauseln und ihren unbestimmten Rechtsbegriffen zu beachten,[367] sodass diesem Unterschied bei der Ableitung des Prüfungsmaßstabes keine Bedeutung beigemessen werden muss. Diese Schlussfolgerung unterstreicht die Tatsache, dass die aus der Prüfungsnorm abgeleitete Prüfungsmaßstäbe für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH übereinstimmen.

Dreh- und Angelpunkt des Prüfungsmaßstabs ist jeweils das Erfordernis eines berechtigten unternehmerischen Interesses der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter. Unabhängig von den weiteren Prüfungsschritten kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur in dem Umfang zulässig sein, in dem es dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und Lieferanten- oder Kundenbeziehungen dient.[368] Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand ist dieser Prüfungsschritt für den zulässigen zeitlichen Umfang relevant, ein Zusammenhang mit der Karenzentschädigung besteht jedoch nicht.

In einem zweiten Schritt werden die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote darauf geprüft, ob die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit angemessen ist. Das Urteil hierüber wird durch eine umfassende Abwägung gefällt. Diese Ebene der Prüfung spielt für die Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung eine Rolle. Das Abwägungselement der Prüfung beinhaltet eine er-

---

[365] S. o. A.IV.2.d)aa), 64; vgl. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1038.

[366] Zum Verhältnis zwischen § 138 BGB und § 1 GWB s. u. C.III.2., 169 ff.

[367] Vgl. *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack S. 273, 274.

[368] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 129 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hebliche Flexibilität, die es ermöglicht, die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wie bereits erörtert wurde jedoch der Frage, welche rechtlichen Grundsätze die Abwägung strukturieren und mit Inhalt füllen, bisher weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur ausreichend Aufmerksamkeit geschenkt. Dass der BGH auf die zu § 138 BGB i. V. m. Art. 2 und 12 GG ergangene Rechtsprechung verweist, beseitigt nicht die bestehende Rechtsunsicherheit, da die Rechtsprechung zum Thema nachvertragliche Wettbewerbsverbote unergiebig ist.[369]

Ein Unterschied bei der Behandlung dienst- und gesellschaftsvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote besteht jedoch in dem Stellenwert, der der kartellrechtlichen Prüfung nach § 1 GWB beigemessen wird. Widmen die Rechtsprechung und Literatur § 1 GWB für GmbH-Geschäftsführer als Prüfungsnorm kaum Aufmerksamkeit,[370] so spielt die Norm bei GmbH-Gesellschaftern eine eigenständige und gewichtige Rolle. Entscheidend ist hier jedoch, dass für sogenannte funktionsnotwendige Wettbewerbsverbote eine Tatbestandsausnahme gilt. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot fällt dann unter die Tatbestandsausnahme, wenn es zum Ziel hat, zu verhindern, dass der ausscheidende Gesellschafter die durch seine Stellung erworbenen Informationen auf eine Weise ausnutzt, die der Übertragung des Werts seiner Anteile im Weg steht, und der Umfang des Wettbewerbsverbots sich auf das beschränkt, was zeitlich, gegenständlich und räumlich zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist. Auffällig ist hier die Ähnlichkeit zu § 74a Abs. 1 S. 1 HGB und dem im Rahmen der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG angewendeten ersten Prüfungsschritt. Anders als bei dem zweiten Prüfungsschritt dieser beiden Prüfungsnormen kommt es im Rahmen des § 1 GWB jedoch nicht auf die individuelle Beeinträchtigung des Ausscheidenden an. Im Zentrum steht vielmehr der freie Wettbewerb und dessen Funktionsfähigkeit. Diesen Fokus verdeutlicht auch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung, das für die kartellrechtliche Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erfüllt sein muss.

b) Konkrete Zulässigkeitsgrenzen

aa) Maximaldauer von zwei Jahren als Richtwert

Trotz der von unbestimmten Rechtsbegriffen bestimmten Prüfungsmaßstäbe haben sich auch für den Untersuchungsgegenstand relevante konkrete Zulässigkeitsgrenzen herauskristallisiert. So hat sich sowohl für Geschäftsführer als auch für Gesellschafter einer GmbH eine Dauer von zwei Jahren als Richtwert für den zulässigen zeitlichen Umfang eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durchgesetzt. Dies gilt sowohl für die zivilrechtliche als auch für die kartellrechtliche Prü-

[369] *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack, S. 273, 274 f.

[370] S. o. A.IV.2.b), 58 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fung.[371] Die dogmatische Grundlage dieser Grenzen bleibt bis auf die Verknüpfung mit der Haltbarkeit von Know-how und Kundenkontakten und damit der Dauer, für die der Ausscheidende eine Gefahr für die Gesellschaft darstellt, zwar unklar, die Einigkeit sorgt jedoch für eine gewisse Rechtssicherheit.[372] Bei unternehmenskaufvertraglichen Wettbewerbsverboten ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls sogar ein länger andauerndes Wettbewerbsverbot für zulässig gehalten worden. Hier besteht ein Unterschied zu des restlichen Gestaltungsformen.

bb) Unklare Lage bei Karenzentschädigungen

Weniger einheitlich ist die Meinungsspektrum im Hinblick auf die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung. Grundsätzlich hat sich die Auffassung etabliert, dass eine Kunden- und Mandantenschutzklausel auch für Fremdgeschäftsführer ohne eine Karenzentschädigung zulässig sein kann. Aus diesem Grundsatz wird ohne weitere Begründung teilweise abgeleitet, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Anstellungsverträgen von GmbH-Geschäftsführern generell keine Karenzentschädigung vorsehen müssen. Andererseits nehmen andere bei dienstvertraglichen umfassenden nachvertraglichen Tätigkeitsverboten für GmbH-Geschäftsführer eine Karenzentschädigungspflicht an. Zudem existieren in der Literatur noch immer Stimmen, die sogar bei Karenz- und Mandantenschutzklauseln für eine Anwendung des § 74 Abs. 2 HGB plädieren oder aus § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG eine Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung ableiten. Bei gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten hingegen sowie solchen in Unternehmenskauverträgen geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass der jeweilige Wert des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots bereits in die Abfindung bzw. den Kaufpreis eingepreist wurde und eine eigenständige Karenzentschädigung nicht notwendig sei. In diesem Zusammenhang wird die Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien betont.

V. Forschungsdefizite und Gang der Untersuchungen

1. Forschungsdefizite

a) Ungenaue dogmatische Begründung der Prüfungsmaßstäbe und der konkreten Zulässigkeitsgrenzen

Die vorangegangene Bestandsaufnahme hat nicht nur gezeigt, dass die juristische Diskussion die Person des Gesellschafter-Geschäftsführers vernachlässigt, sondern

[371] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 136.

[372] Zur Frage, ob ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot geltungserhaltend reduziert werden kann, wenn die Zulässigkeit nur an der zeitlichen Dauer scheitert, statt aller *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 346 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch Lücken in anderen Bereichen aufgezeigt. Dies gilt insbesondere für die dogmatische Begründung der aus § 138 Abs. 1 BGB und § 1 GWB abgeleiteten Prüfungsmaßstäbe sowie der konkreten Zulässigkeitsgrenzen. Die Bestandsaufnahme der bisherigen Rechtsauffassung zu dienst- und gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Geschäftsführer und -Gesellschafter hat gezeigt, dass die Diskussion um die jeweils anzuwendende Prüfungsnorm noch dogmatisch fundiert geführt wird, jedoch dogmatische genaue Begründungen für die aus den Normen abgeleiteten Prüfungsmaßstäbe und konkreten Zulässigkeitsgrenzen fast vollständig fehlen.[373] Ein stabiles dogmatisches Fundament ist jedoch notwendig, um das Verhältnis dienst- und gesellschaftsvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote zu ergründen und verlässliche Konsequenzen für die Praxis abzuleiten. Ansatzpunkte hierfür bietet die Rechtsprechung des BGH selbst.

aa) §§ 74 ff. HGB als Ausdruck verallgemeinerungsfähiger Rechtsgrundsätze?

Der BGH nennt in BGHZ 91, 1 explizit allgemeine Grundsätze als Anhaltspunkt für den aus § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG abgeleiteten Prüfungsmaßstab.[374] Ein erster und naheliegender Ansatzpunkt für die dogmatische genaue Herleitung der untersuchungsrelevanten Prüfungsmaßstäbe sind die §§ 74 ff. HGB. Ausgehend von der Feststellung, dass der BGH eine analoge Anwendung jedenfalls der die Arbeitnehmerinteressen schützenden Normen kategorisch ablehnt,[375] verlagert sich die Diskussion zu der nur selten beachteten Frage,ob die §§ 74 ff. HGB verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze enthalten.[376] Wie bereits dargelegt,[377] ähneln die aus § 138 Abs. 1 BGB sowie aus § 1 GWB abgeleiteten Prüfungsmaßstäbe dem Wortlaut der § 74a Abs. 1 S. 1, S. 2 HGB. Zudem hat sich ein Richtwert von 2 Jahren als Maximaldauer durchgesetzt, was wiederum an § 74a Abs. 1 S. 3 HGB erinnert.[378] Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob ein in § 74 Abs. 2 HGB zum Ausdruck kommender Rechtsgrundsatz existiert, nach dem nachvertragliche Wettbewerbsverbote teilweise nur unter Gewährung einer Karenzentschädigung zulässig sein können.

bb) Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit

Die Thematik der Austausch- und der damit verbundenen Verteilungsgerechtigkeit gehört ebenfalls zum Themenkomplex der allgemeinen Grundsätze. Die Thematik ist fest in der zivilrechtlichen Vertragskontrolle verankert, da ein Ziel der

[373] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 258.

[374] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(a), 43 ff.

[375] S. o. A.IV.2.d)bb)(1), 64.

[376] Vgl. BGH, Urt. v. 26. 3. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366, 2367; für Gesellschafter als positives Gegenbeispiel *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 265 f. m. w. N.

[377] S. o. A.IV.2.d)bb)(1), 64; A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[378] S. o. A.IV.2.d)dd), 67; A.IV.3.d)cc), 76 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vertragskontrolle die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit durch die Überprüfung des Vertragsinhalts auf seine Angemessenheit ist.[379] Der Faktor der Angemessenheit wiederum findet sich explizit in dem aus § 138 BGB abgeleiteten Prüfungsmaßstab wieder.[380] Hintergründe zur Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit sowie die in diesem Zusammenhang herausgearbeiteten Grundsätze zur Vertragskontrolle könnten also für das Verständnis und die Systematisierung der Prüfungsmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote nützlich sein.

cc) Spannungsfeld zwischen zivilrechtlicher Privatautonomie, Wettbewerbsfreiheit und dem Schutz schwächerer Vertragsparteien

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung agieren in einem Spannungsfeld zwischen der Garantie zivilrechtlicher Privatautonomie, Wettbewerbsfreiheit und dem Schutz des sozial oder wirtschaftlich Schwächeren durch den Staat.[381] Dieser tatsächliche Hintergrund ist insbesondere für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe und die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Zivilrecht relevant. Neben den widerstreitenden Grundrechtspositionen der Vertragsparteien und den unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen sind für dieses Spannungsfeld die realen wirtschaftlichen Zusammenhänge, politische Konzeptionen sowie gesellschaftliche Aspekte relevant. Gerade aufgrund dieser Komplexität können die noch offenen Fragen des Untersuchungsgegenstandes nur dann klar und sachgerecht beantwortet werden, wenn die Hintergründe nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und der Regulierungstätigkeit des Staates im Vertragsrecht zum Schutz schwächerer Parteien sowie des freien Wettbewerbs offengelegt werden.

dd) Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Besonders auffällig ist das Untersuchungsdefizit jedoch für den verfassungsrechtlichen Hintergrund der Kontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote. Dieser Aspekt ist Teil der soeben erwähnten Spannungslage. Die Rechtsprechung erwähnt Art. 12 GG und Art. 2 GG nur als Schlagworte im Rahmen des aus § 138 Abs. 1 GG abgeleiteten Prüfungsmaßstabes, ohne jedoch die genaue Bedeutung der Grundrechte für nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu erklären.[382] Mit den Konsequenzen für die Kontrolle der jeweiligen nachvertraglichen Wettbewerbsverbote befasst sie sich ebenfalls nicht. Die konkreten Zulässigkeitsgrenzen basieren vielmehr scheinbar nur auf Praktikabilitätserwägungen.[383] Auch die Literatur nimmt

[379] *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102 m. w. N.

[380] S. o. A.IV.2.d)bb)(1), 64; A.IV.3.a)bb), 70 f.

[381] Vgl. *Thüsing*, NZG 2004, 9, 15. Der BGH betont den Schutz-Aspekt ebenfalls, s. exemplarisch BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366, 2366.

[382] S. o. A.IV.2.d)ee), 67; A.IV.3.a)bb), 70 f.

[383] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 258.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den verfassungsrechtlichen Hintergrund, wenn überhaupt, dann nur kursorisch in ihre Erläuterungen auf.[384]

b) Überwiegend getrennte Betrachtung von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH

Ebenfalls auffällig ist, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Gesellschafter und GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich getrennt voneinander erörtert werden.[385] Gleichzeitig kann die Doppelstellung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers in der Praxis zu kollidierenden Regelungen führen.[386] Im Kern geht es hier um das Verhältnis zwischen den anwendbaren Prüfungsmaßstäben und Zulässigkeitsgrenzen.[387] Gerade der Umgang mit § 1 GWB wirft Fragen auf. Besondere Unsicherheit besteht im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung, da hier die Rechtslage jedenfalls bei umfassenden dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten noch nicht geklärt ist. Dies gilt sowohl für Fremdgeschäftsführer als auch für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH. Anstelle eines dienstvertraglichen Wettbewerbsverbotes ein gesellschaftsvertragliches zu vereinbaren, reduziert jedenfalls das Risiko nicht, da diese Rechtsgestaltung zu Umgehungsvorwürfen führen kann.[388]

2. Weiterer Gang der Untersuchungen

Die Befunde der Bestandsaufnahme geben den weiteren Gang der Untersuchungen vor. Um die dogmatischen Unklarheiten zu klären und die offenen Fragen zu beantworten liegt es nahe, in einem ersten Schritt mit den Begründungsansätzen zu untersuchen, die der BGH ohne sie mit Inhalt zu füllen aufgezeigt hat. Dies bedeutet, dass zunächst die bereits im Rahmen der Ausführungen zu den Untersuchungslücken angesprochenen rechtlichen und tatsächlichen Hintergründe nachvertraglicher Wettbewerbsverbote herausgearbeitet werden (Teil B.),[389] wobei ein besonderes

[384] S. stellvertretend für alle *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 14, 366, der auf Grundrechte nur knapp im Hinblick auf eine mögliche Rechtsquelle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote zu sprechen kommt und ansonsten bloß feststellt, dass die §§ 74 ff. HGB einen angemessenen Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen herstellten. Einen ähnlichen Ansatz wählt *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer – Beurteilungsgrundlagen und Zulässigkeitsmaßstäbe, S. 137 ff., 284 ff., die die Leitsätze des BVerfG zitiert und diese im luftleeren Raum stehen lässt und auch im Folgenden die dogmatischen Hintergründe nicht aufklärt.

[385] Vgl. beispielsweise die klare Trennung bei *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1025.

[386] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 156 f.

[387] Die Prüfungsmaßstäbe hingegen stimmen überein, s. o. A.IV.4.a), 80 f.

[388] Vgl. *Naber*, NZA 2013, 870, 872 ff. m. w. N.

[389] S. u. B., 86 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Augenmerk auf allgemeinen Grundsätzen sowie den so oft zitierten Grundrechten und damit auf dem verfassungsrechtlichen Hintergrund liegen wird. Die im Rahmen der Bestandsaufnahme herausgearbeiteten Prüfungsnormen, Prüfungsmaßstäbe und konkreten Zulässigkeitsgrenzen sollen in einem zweiten Schritt anhand der in Teil B. herausgearbeiteten Grundsätze analysiert und systematisiert werden (Teil C.).[390] Hierzu gehört auch das Verhältnis zwischen zivilrechtlichen und kartellrechtlichen Prüfungsnormen. Auf der Basis der hieraus abgeleiteten Befunde sollen dann auch konkrete Schlüsse für die Praxis abgeleitet werden, und zwar auch im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dienst- und gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten.

[390] S. u. C., 151 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Hintergründe

I. In §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck kommende Rechtsgrundsätze

Die Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote nach § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG und damit unter Einfluss verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte geschieht nicht losgelöst von privatrechtlichen Strukturen. Fehlen konkrete Maßstäbe für die Anwendung auslegungsbedürftiger und ein Werturteil erfordernder Begriffe, so kann für die juristische Argumentation und Rechtsanwendung auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden.[1] Dies gilt gerade auch dann, wenn eine Analogie in Ermangelung von für den konkreten Fall anwendbaren analogiefähigen Rechtssätzen scheitert.[2] Spezialgesetzliche Normen wiederum können unabhängig von ihrer Analogiefähigkeit in Teilen Konkretisierungen verallgemeinerungsfähiger Rechtsgrundsätze für bestimmte Vertragstypen sein,[3] sodass diese Rechtsgrundsätze auch bei der Konkretisierung der an Stelle der Spezialnorm anzuwendenden Generalklauseln zum Einsatz kommen können.[4] Neben Grundsätzen, die im gesamten Zivilrecht begrenzt für bestimme Vertragstypen gelten, können für die Auslegung gerade bei Abwägungsentscheidungen die das Zivilrecht prägenden Gerechtigkeitserwägungen relevant sein.

1. Voraussetzungen für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz liegt wirksam jedenfalls dann vor, wenn er dem positiven Recht immanent ist und in diesem nur unvollkommen Verwirklichung gefunden hat, auf eine Rechtsidee zurückgeführt werden kann oder sich aus der Natur der Sache ergibt, wobei sich die Begründungstatbestände nicht gegenseitig aus-

[1] *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 482; vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 125; vgl. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, S. 2, der sich über die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie folgt äußert: „Ihre Aufgabe besteht darin, die institutionellen Vorgaben der geltenden Rechtsordnung auf ihre ethisch-moralischen Grundlagen zurückzuführen und diese wiederum als leitende Prinzipien für die juristische Argumentation heranzuziehen."

[2] *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 481; zum Unterschied zwischen Analogie und der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze s. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 98 ff. m. w. N.

[3] Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, S. 133.

[4] Vgl. BGH, Urt. v. 26. 3. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366, 2367.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schließen.[5] Auf der Grundlage des Gangs der bisherigen Untersuchungen bietet es sich hier an, zunächst die als Rechtsidee hinter der Kontrolle privatautonomer Regelungen stehenden Gerechtigkeitserwägungen zu erläutern und in einem zweiten Schritt auf das sich als allgemeine Grundlage durch die Prüfungsmaßstäbe ziehende Angemessenheitsprüfung einzugehen. In einem dritten Schritt soll untersucht werden, ob sich in dem für den Untersuchungsgegenstand relevanten positiven Recht, also den §§ 74 f. HGB, Bestandteile finden, die die zuvor erläuterten Grundsätze konkretisieren und als allgemeine Rechtsgrundsätze für die Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote qualifiziert werden können. Aus dem positiven Recht kann ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dann induktiv abgeleitet werden, wenn mehreren gesetzlichen Vorschriften ein gemeinsamer Grundgedanke entnommen und diesem dann der Charakter eines allgemeinen Rechtsprinzips zugesprochen werden kann.[6]

2. Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit

a) Zusammenhang zwischen der Vertragskontrolle und der Gewährleistung von Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit sowie ausgleichender Gerechtigkeit

Ein allgemeiner Grundgedanke, der das Privatrecht generell und insbesondere die privatrechtliche Vertragskontrolle prägt, sind Gerechtigkeitserwägungen.[7] Auch wenn diese Gerechtigkeitserwägungen zunächst abstrakt und schwer greifbar erscheinen, so kann die Zuordnung gesetzlicher Spezialnormen zu der jeweils einschlägigen Gerechtigkeitsform für die Auslegung der jeweiligen Norm relevant sein[8] und Auskunft darüber geben, ob eine gesetzliche Regelung oder Wertung verallgemeinerungsfähig ist oder nicht. Rechtsphilosophisch wird zwischen drei Grundformen der Gerechtigkeit unterschieden, und zwar zwischen der sog. *iustitia tutratix*, der sog. *iustitia commutativa* und der sog. *iustitia distributiva.*[9] Alle drei Gerech-

[5] *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 96 f.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 267.

[6] Grundlegend und vertiefend *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 97 ff.

[7] Zur Unterscheidung zwischen formaler und materialer Gerechtigkeit *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 282 ff. Ein Plädoyer für die Bedeutung von Gerechtigkeitserwägungen für die Vertragskontrolle hält *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102. Zum Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit s. u. B.II.4., 109 ff.

[8] Vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 98, 122, der zur Durchsetzung der allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen auf die juristische Methodenlehre und den Rückgriff auf die Verfassung setzt.

[9] Diese Unterscheidung geht ursprünglich auf Aristoteles zurück. Hierzu und zur Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Gerechtigkeitskategorien *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 32 ff. m. w. N. sowie *Köhler*, ARSP 1993, 457, 463 ff. m. w. N., insbesondere zur sog. *iustitia tutratix* hinweist. Zu den Unterschieden zwischen dem Verständnis der Tauschgerechtigkeit in der Antike und dem heutigen Verständnis *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 370 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tigkeitsformen existieren nicht in Isolation voneinander, sondern ergänzen sich und bilden zusammen eine Gesamtheit.[10]

Die iustitia tutratix bezeichnet eine ausgleichende Form der Gerechtigkeit.[11] Sie regelt das Recht des Einzelnen, von anderen nicht wie eine Sache behandelt zu werden.[12] Die ausgleichende Gerechtigkeit entspricht mithin der Grundfunktion des staatlichen Rechtsschutzes und ist in dieser Funktion die Grundvoraussetzung der beiden anderen Gerechtigkeitsformen.[13]

Die spezifische Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts wiederum ist die iustitia commutativa.[14] Sie wird auch Austauschgerechtigkeit genannt und beschäftigt sich mit der Frage, ob die vertraglichen Beziehungen zwischen zwei Menschen, die in wechselseitiger Beziehung zueinanderstehen, gerecht sind.[15] Die Vertragsgerechtigkeit im Sinne der Austauschgerechtigkeit ist dabei subjektiv und somit von dem Vorliegen der Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Ausübung der Vertragsfreiheit abhängig.[16] Zugleich ist sie aufgrund der Funktionsweise der Preisfindung in einer Marktwirtschaft von der gesamtgesellschaftlichen Tauschgerechtigkeit abhängig.[17] Die Funktion der Austauschgerechtigkeit besteht nicht in der Herstellung bzw. Sicherung sozialer Gerechtigkeit oder der Teilhabe am Markt, vielmehr sind diese Faktoren sowohl Bedingung der Austauschgerechtigkeit und als auch ihre Grenze.[18] Dies bedeutet auch, dass die auf Freiheit basierende Gerechtigkeitsform der Austauschgerechtigkeit nicht absolut zu setzen ist und für die Gewährleistung der Voraussetzungen, auf denen sie basiert, von den übrigen Gerechtigkeitsformen abhängig ist.[19]

---

[10] *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 371; *Köhler*, ARSP 1993, 457, 463, der diesen Zusammenhang verdeutlicht, indem er die iustitia distributiva als die das abstrakte Recht der Person wahrende Gerechtigkeit, die iustitia commutativa als die das konkrete Recht der Person verwirklichende und die iustitia distributiva als die das notwendige Recht der Person konstituierende Gerechtigkeit bezeichnet.

[11] *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 370 m. w. N.

[12] *Köhler*, ARSP 2003, 457, 463.

[13] *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 371 m. w. N.; *Köhler*, ARSP 2003, 457, 463.

[14] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 45; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 149.

[15] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 10 m. w. N.; zum rechtsphilosophischen Hintergrund der Austauschgerechtigkeit *Köhler*, ARSP 1993, 457, 464 ff. m. w. N.

[16] Vgl. *Köhler*, ASRP 2003, 457, 467. Zu den Kriterien für die Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit s. u. B.I.2.b), 91 f.

[17] *Köhler*, ASRP 2003, 457, 465 f. m. w. N. Zum Zusammenhang zwischen Vertragsgerechtigkeit, der Gewährleistung von Vertragsfreiheit und einem funktionierenden Markt s. u. B.II.3., 107 ff.

[18] *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 372; *Köhler*, ARSP 1993, 457, 465 f. m. w. N.

[19] *Köhler*, ASRP 2003, 457, 466 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

An dieser Stelle wiederum wird die iustitia distributiva, auch bekannt unter dem Begriff der Verteilungsgerechtigkeit,[20] relevant. Die Verteilungsgerechtigkeit befasst sich mit den Voraussetzungen, die für die selbstbestimmte Ausübung der Freiheiten durch die Rechtssubjekte notwendig sind[21] und damit auch mit der gesamtgesellschaftlichen Wohlstandsverteilung bzw. der Umverteilung derselben.[22] Sie ist grundsätzlich dem Öffentlichen Recht näher als dem Zivilrecht.[23] Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit finden sich jedoch gerade auch in zwingenden Normen des Privatrechts.[24] Da Gegenstand der Verteilungsgerechtigkeit auch die Gleichheit der Chance auf eine Teilhabe an der Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse ist, konkretisieren beispielsweise Normen des Arbeitsrechts die Voraussetzungen, durch die die Teilhabe des abhängigen Arbeitenden an der gesamtgesellschaftlichen Produktionsgrundlage und damit am Wohlstand möglich ist und somit den Rahmen, innerhalb dessen Austauschgerechtigkeit überhaupt realisiert werden kann.[25] Rechtsbeziehungen zwischen privaten Akteuren werden somit sowohl durch Aspekte der Ausgleichs- als auch der Verteilungs- und Austauschgerechtigkeit geprägt.[26]

Die zivilrechtliche Kontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote[27] ist demnach zum einen als Teil der Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit zu sehen. Es geht um die einzelne Markttransaktion und darum, ob der durch die Transaktions-

[20] Zur verteilenden Funktion *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 370 m. w. N.

[21] *Köhler*, ARSP 2003, 457, 467.

[22] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 10; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 42; *Köhler*, ARSP 2003, 457, 469; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, S. 137; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 149 f. m. w. N. In diesem Zusammenhang ist zudem relevant, dass allein die Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit auf der Ebene des einzelnen Transfergeschäfts durch einen funktionierenden Markt keinen Einfluss auf die Ausgangsposition der Gesellschaftsmitglieder und damit auf bereits bestehende Ungleichheit hat, sodass auch im Fall von bestehender Austauschgerechtigkeit Maßnahmen zur Gewährleistung der Verteilungsgerechtigkeit zur Realisierung gesellschaftlicher Vorstellungen unverzichtbar sein können, vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 66 und *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 42 ff. m. w. N.

[23] *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 149 m. w. N.

[24] *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 35 ff., 95 m. w. N. nennt als Beispiele im Arbeits- und Wirtschaftsrecht sowie die Gefährdungshaftung im Zivilrecht.

[25] Statt aller *Köhler*, ARSP 2003, 457, 475 ff. m. w. N.

[26] *Kulick*, NJW 2016, 2236 m. w. N.; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 149.

[27] Vgl. zum Einsatz von zwingenden Vertragsrecht im Zusammenhang mit Austauschgerechtigkeit *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 126, der Mindestanforderungen zur inhaltlichen Ausgewogenheit von Verträgen erwähnt zudem betont, dass der Maßstab der Fairnesskontrolle davon abhängig sei, ob die Ressourcen, die Gegenstand des Vertrags seien, für eine der Vertragsparteien von essenzieller Bedeutung seien, sodass die Vorgaben für Arbeitsverträge zum Beispiel deutlich strikter seien als die für Unternehmenskaufverträge.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

partner vereinbarte Interessenausgleich gerecht ist.[28] Das gilt auch für die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung, da hier kontrolliert wird, ob der Ausscheidende eine angemessene Gegenleistung für den Umfang seiner Wettbewerbsunterlassung erhält. Aus diesem Grund kann der Umfang des Wettbewerbsverbots bezogen auf das Gegenseitigkeitsverhältnis ebenfalls der Austauschgerechtigkeit zugeordnet werden.[29] Die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung kann jedoch auch als Aspekt der Frage nach einer gerechten Verteilung des Reichtums auf einer gesamtgesellschaftlichen Ebene und damit als Frage der Verteilungsgerechtigkeit interpretiert werden. Das gleiche gilt für den Umfang des Wettbewerbsverbots, da dieser die Möglichkeit des Einzelnen an der Teilhabe an der Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse und damit die Berufsfreiheit beschränkt. Ähnlich ist die Lage, wenn der Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Hinblick auf dessen Auswirkungen auf den freien Wettbewerb beurteilt werden soll. Hier schützt der Staat den freien Wettbewerb als Institution, der aufgrund seiner Verteilungsfunktion[30] selbst der Konzeption entsprechend für eine optimale Ressourcenallokation sorgen soll.[31] Wenn es also im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle gemäß § 1 GWB um die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen geht, handelt es sich um eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit.[32]

b) Kriterien zur Feststellung von Austauschgerechtigkeit

Es gibt unterschiedliche Arten von Kriterien, durch deren Einhaltung sichergestellt werden kann, dass Austauschgerechtigkeit gewährleistet wird. In unserer auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit basierenden Privatrechtsordnung ist die Freiwilligkeit der Willensübereinstimmung und damit der vertraglichen Bindung das ausschlaggebende Kriterium.[33] Hierbei handelt es sich um eine prozedurale Herange-

[28] Vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 39 f.; *Zöllner*, NZA-Beil., 2006, 99, 103.

[29] Selbst wenn das Gegenseitigkeitsverhältnis den Grundsätzen der Austauschgerechtigkeit entspricht, ist dennoch denkbar, dass der Gesetzgeber aus beispielsweise gesellschaftspolitischen Gründen einer Partei bestimmte Lasten zuweist. Dies kann auch die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung sein. Hier würde es sich dann wieder um eine marktkompensatorische Norm handeln. Zu der in diesem Zusammenhang relevanten sog. *marktkonstitutiven* und *marktkompensatorischen* Funktion zwingenden Vertragsrechts s. u. B.II.7., 114 ff.

[30] *Wiedemann*, in: Wiedemann, KartR, § 1 Rn. 2 m. w. N.

[31] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 38 f. m. w. N.

[32] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 294; vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 38 f. m. w. N.

[33] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 46 f. m. w. N., der hier auch auf das formelle bzw. subjektive Äquivalenzprinzip hinweist, also auf den Grundsatz, dass das was die Parteien als Gegenleistung vereinbart haben, von der Rechtsordnung auch grundsätzlich als angemessene Gegenleistung anerkannt wird. Des Weiteren betont er die Wichtigkeit der hinreichenden Wahlmöglichkeit des am Vertragsschluss Interessierten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hensweise,[34] durch die gerechte Ergebnisse auf der Ebene des einzelnen Transaktionsgeschäfts gewährleistet werden sollen. Daneben[35] können aber auch materiale Kriterien eine Rolle spielen, wie zum Beispiel das im Kontrast zum grundsätzlich geltenden *subjektiven Äquivalenzprinzip*[36] stehende sog. *objektive Äquivalenzprinzip*.[37] Bei der Anwendung des objektiven Äquivalenzprinzips wird die Gegenleistungen der Parteien betrachtet und darauf abgestellt, ob diese nach objektiven Kriterien gleichwertig sind.[38] Sofern ein bestimmtes, rechtlich vorgeschriebenes Missverhältnis festgestellt wird, sieht die Rechtsordnung die Vermutung, dass das Verhandlungsergebnis einen gerechten Interessenausgleich darstellt, widerlegt.[39] Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang, dass der Begriff der Gerechtigkeit wertungsoffen ist und nur bedingt quantifizierbar und objektivierbar ist.[40] Allerdings werden diese materialen Komponenten dann, wenn das Ziel die Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit innerhalb des Vertragsverhältnisses ist, grundsätzlich nur in Kombination mit dem bereits genannten prozeduralen Kriterium angewendet oder setzen als Variante in der konkreten Vertragssituation ein Machtgefälle voraus.[41] Ein Beispiel hierfür ist § 138 Abs. 2 BGB, nach dem ein Rechtsgeschäfts nur nichtig ist, wenn eine Zwangslage und damit reduzierte Entscheidungsfreiheit ausgenutzt wird.[42] Ohne die Feststellung einer entsprechenden Vertragssituation kommt dann auch keine Kontrolle des Vertragsinhalts mit dem Ziel der Korrektur jedwedes Missverhältnisses der Äquivalenz in Austauschverträgen in Frage. Außerhalb der so gerechtfertigten Inhaltskontrolle aus Äquivalenzgründen existieren in der Privatrechtsordnung nur wenige Unverbindlichkeitstatbestände, zu denen neben Verbotsgesetzen auch die guten Sitten und damit § 138 BGB zählen, die zusammen die äußere Grenze der Privatautonomie markieren.[43]

---

[34] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 51.

[35] Eine weiteres Mittel zur Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit sind Kriterien, die durch dispositives Gesetzesrecht aufgestellt werden, und die darauf abzielen, eine gerechte Zuordnung von Rechten und Pflichten, Nachteilen und Vorteilen sowie eine gerechte Chancenverteilung zwischen den Vertragsparteien sicherzustellen, vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 54. Zu Aspekten der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen von dispositivem Recht *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 161 ff. m. w. N.

[36] Allgemein zum subjektiven Äquivalenzprinzip *Larenz*, Richtiges Recht, S. 65 ff.

[37] Zum Begriff der objektiven Äquivalenz *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, S. 203 m. w. N.

[38] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 51.

[39] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 127, der darauf hinweist, dass die Rechtsfolge dann entweder die Unwirksamkeit des Vertrags sei oder die Modifizierung des Vertragsinhalts.

[40] Vgl. *Limbach*, KritV 1986, 165, 177 m. w. N.; *Preis*, AR 1994, 139, 141; *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 122.

[41] Vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 128.

[42] *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 52.

[43] MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 527; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Gesamtgesellschaftliche Umverteilung durch zivilrechtliche Normen

Da der durch § 74 Abs. 2 HGB im Arbeitsrecht geltende Grundsatz der Karenzentschädigung der distributiven Gerechtigkeit zugeordnet werden kann, muss auf die Problematik der gesamtgesellschaftlichen Umverteilung durch zivilrechtliche Normen eingegangen werden.[44] Dieser Hintergrund ist entscheidend dafür, ob der Grundsatz der Karenzentschädigung auch auf weitere Personengruppen übertragen werden kann.

Welche Art der Verteilung von Reichtum als fair oder unfair anzusehen ist, ist von den Wertvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft abhängig, wobei die Vorstellungen selbst innerhalb der Gesellschaft erhebliche Differenzen aufweisen können und demnach auch nur sehr wenige allgemeingültigen Aussagen darüber getätigt werden, welche konkrete Wohlstandsverteilung als gerecht oder ungerecht zu beurteilen ist.[45] Gerade bei solchen politischen Fragen kommt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber eine erhebliche Gestaltungsfreiheit und damit Prärogative zu.[46] Als Konsequenz müssen die Fachgerichte den gesetzgeberischen Spielraum beachten, was der richterlichen Rechtsfortbildung enge Grenzen setzt.[47] Dies bedeutet auch, dass dort, wo bisher trotz existierender und dem Gesetzgeber bekannter Spannungslagen oder gesellschaftlicher Ungleichgewichte keine gesetzliche Regelung getroffen wurde bzw. der Aspekt bei einer Neuregelung übergangen wurde, der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen gesetzt sind.[48] Handelt der Richter als

[44] Es ist umstritten, ob das Vertragsrecht überhaupt als Mittel für die Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit geeignet ist. Differenzierend hierzu *Canaris*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 125 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 273 ff., 289 ff.; *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 362; speziell zum Arbeitsrecht *Zöllner*, NJW 1990, 1, 5 f. m. w. N.

[45] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 38, der als Ausnahme darauf hinweist, dass Einigkeit darüber bestünde, dass ein gesellschaftlicher Zustand, in dem bestimmten Individuen der Zugang zum Wohlstand systematisch versperrt sei, sozial ungerecht sei. Außerdem herrsche Konsens darüber, dass jeder zumindest über die Ressourcen verfügen müsse, die er zum Überleben benötige. Dafür, was in einer Gesellschaft als Gerecht angesehen wird, ist auch die Einstellung der Gesellschaft zum Liberalismus bzw. zum Wohlfahrtsstaat entscheidend, vgl. hierfür hierzu anhand einer Gegenüberstellung der USA und Kontinentaleuropa *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 117 ff. Zu dem Einfluss unterschiedlicher philosophischer und gesellschaftspolitischer Konzepte auf die Verteilungsgerechtigkeit *Köhler*, ARSP 1993, 457, 467 ff. m. w. N.

[46] Vgl. *Kulick*, NJW 2016, 2240, der betont, dass diese Gestaltungsfreiheit nur im Einzelfall durch grundrechtliche Vorgaben begrenzt sei; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 m. w. N., der auf demokratietheoretische Gründe verweist; vgl. *Zöllner*, NJW 1990, 1, 8.

[47] *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 286 f., 290 ff.; *Kulick*, NJW 2016, 2236, 2240. Zur Rolle des Richters im Zusammenhang mit der Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit *Westermann*, AcP 175 (1975), 375, 389 ff. m. w. N.

[48] *Kulick*, NJW 2016, 2236, 2239, der als Beispiel die Herangehensweise des Ersten Senats in seinem Urteil vom 19. 4. 2016 nennt, der einen Auskunftsanspruch des Kindes gegenüber seines leiblichen aber nicht rechtlichen Vaters vor dem Hintergrund verneint, dass der Gesetzgeber am Prinzip des § 1600 d BGB festgehalten habe, obwohl er aufgrund des Urteils des BVerfG zum Vaterschaftsfeststellungsverfahren § 1598a BGB neu eingeführt und ihm somit die

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verteilungsinstanz, so ist er vor allem durch den Vorrang der gesetzlich festgelegten Verteilungsmaßstäbe gebunden und muss diese umsetzen.[49] Dies schließt eine freie Entscheidung unter Anwendung von Verteilungsmaßstäben, die der Richter aus politischen Gründen für angemessen hält, aus.[50]

Typisch und für den Untersuchungsgegenstand und aufgrund seiner Nähe zum Arbeitsrecht relevant sind dabei Normen des Vertragsrechts, die nicht auf die Ausbeutungsgefahr im konkreten Einzelfall abstellen, sondern ausgehend von einer typisierenden Betrachtung eine bestimmte Gesellschaftsgruppe schützen bzw. fördern.[51] Durch die gerade im Wohnraummiets- oder Arbeitsrecht übliche Regulierung des Vertragsinhalts soll teilweise sichergestellt werden, dass die als schutz- bzw. förderungsbedürftige Gruppe zu Lasten der stärkeren Vertragspartei einen größeren Anteil am gesamtgesellschaftlichen Wohlstand erhält.[52] Dies deutet darauf hin, dass der Grundsatz der bezahlten Karenz ohne explizite Anweisung durch den Gesetzgeber nicht auf andere Gesellschaftsgruppen auszudehnen ist. Weitere Hinweise diesbezüglich könnte eine Untersuchung der historischen Entwicklung der Kontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote im Allgemeinen sowie der Karenzentschädigungspflicht im Speziellen zur Tage fördern.[53] Hiervon zu unterscheiden sind solche Regelungen, die sich mit dem Umfang des Wettbewerbsverbots als Beeinträchtigung der Chance des Einzelnen an der Teilhabe an der Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse befassen.[54] Hier handelt es sich nicht um konkrete Parameter zur Verteilung des gesamtgesellschaftlichen Wohlstands, sondern um vorgelagerte Voraussetzungen für die Möglichkeit, an der Verteilung selbst teilhaben zu können.

3. Privatautonomie

Die deutsche Zivilrechtsordnung basiert auf dem Grundsatz der Privatautonomie.[55] Dieser besagt, dass Rechtssubjekte ihre Rechtsbeziehungen grundsätzlich

Problematik des Auskunftsanspruchs des Kindes bewusst gewesen sei, s. BVerfG, Urt. v. 19. 04. 2016 – 1 BvR 3309/13, NJW 2016, 1939, 1944.

[49] *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 290, der den Vorrang der gesetzlichen Verteilungsmaßstäbe mit der demokratischen Legitimation des Privatrechtsgesetzgebers und Art. 20 Abs. 3 GG begründet.

[50] Vertiefend hierzu *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 291 f. m. w. N.

[51] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 128; *Zöllner*, NJW 1990, 1, 4 zu der im Arbeitsrecht vom Gesetzgeber angenommenen typischen Unterlegenheitslage.

[52] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 129; *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 362; für konkrete Beispiele im Arbeitsrecht s. *Zöllner*, NJW 1990, 1, 6 m. w. N.

[53] Für Näheres hierzu s. u. B.I.5.a), 96 ff.

[54] S. o. B.I.2.a), 88 ff.

[55] Zusammenfassend zur Rolle der Privatautonomie statt aller Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 101 ff.; für einen Überblick über die Begriffsgeschichte s. *Rittner*, JZ 2011, 269, 271 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

selbstständig regeln.[56] Hier besteht ein Zusammenhang zu Austauschgerechtigkeit als die das konkrete Recht der Person verwirklichende Gerechtigkeitsform.[57] Da die §§ 74 ff. HGB Vorgaben für die Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote enthalten und damit die Vertragsfreiheit der Parteien begrenzen, liegt es auf den ersten Blick fern, sie als Ausdruck der Privatautonomie zu verstehen.[58] Zum einen muss jedoch der Grundsatz der Privatautonomie als Regelfall des Vertragsrechts immer bei der Auslegung von Regelungen bedacht werden, die der wie §§ 74 ff. HGB der Gestaltungsfreiheit Grenzen setzen. Zum anderen ist es eine Kernaufgabe des Privatrechts, die Privatautonomie vor auf Macht basierender Behinderung und Diskriminierung zu schützen.[59]

4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Eine weitere Grundlage der deutschen Privatrechtsentwicklung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[60] Er besagt, besagt, dass Rechtsfolgen im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel und dem zu beurteilenden Sachverhalt angemessen sein müssen.[61] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist unter anderem auf die soeben erörterten Gerechtigkeitserwägungen zurückzuführen[62] und demnach ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit finden sich oft in durch Gesetzgeber erlassenen Normen, zum Beispiel als Zulässigkeitsgrenzen für bestimmte Vertragstypen, sodass vielfach bereits durch die Gesetzesordnung die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch im Pri-

[56] Vgl. MüKoBGB/*Säcker*, Einl. BGB Rn. 38. Zum Zusammenhang zwischen Austauschgerechtigkeit und Privatautonomie MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 526 m. w. N.

[57] Vgl. *Köhler*, ASRP 2003, 457, 463.

[58] Zum Schutz der grundrechtlichen Vertragsfreiheit durch Einschränkung derselben s. u. Fn. 600.

[59] MüKoBGB/*Säcker*, Einl. BGB Rn. 63 f.

[60] Zur historischen Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und seinem Ursprung im öffentlichen Recht *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 2 ff. Gleichzeitig wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip methodologisch als Mittel einer Wertabwägung gesehen, das in jedem Rechtsgebiet angewendet werden kann, *Vranes*, AVR 47 (2009), 1, 2 m. w. N.

[61] *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 36. Als Anschauungsbeispiel zum Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Streikrecht s. *Fischinger*, RdA 2007, 99, 100 ff. m. w. N.

[62] *Vranes*, AVR 47 (2009), 1, 9 f. m. w. N. unter Nennung weiterer Herleitungsmöglichkeiten; zum Zusammenhang zwischen Austauschgerechtigkeit und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 363 m. w. N., der den Maßstab der Verhältnismäßigkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit als Mittel dafür auffasst, zu bestimmen, wann die zwischen den Parteien vereinbarten Leistungen nicht mehr als gleich angesehen werden können. Betrachtet man das Verhältnismäßigkeitsprinzip in bestimmten Situationen, wie z. B. der Beschränkung der beruflichen Entfaltungsfreiheit, als Rahmenvoraussetzung, unter denen Austauschgerechtigkeit überhaupt nur freiheitsgemäß verwirklicht werden darf, vgl. *Köhler*, ASRP 2003, 457, 479, so kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch als Konkretisierung der Verteilungsgerechtigkeit angesehen werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vatrechtsverkehr gewährleistet wird.[63] Gleichzeitig existieren jedoch auch zahlreiche Normen, bei denen wie zum Beispiel im Fall des § 138 Abs. 2 BGB der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ohne weitere Konkretisierung Teil des Wortlauts ist, dem Rechtsanwender also die Wertung im Einzelfall obliegt.[64]

5. In §§ 74 ff. HGB enthaltene allgemeine Rechtsgrundsätze

a) Historische Entwicklung des Prüfungsmaßstabes für nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Auch die Regelungen der §§74 ff. HGB können allgemeine Grundsätze enthalten oder für nachvertragliche Wettbewerbsverbote konkretisieren. Bei der Identifikation eines im positiven Recht enthaltenen gemeinsamen Grundgedankens der zivilrechtlichen Prüfung dient die historische Entwicklung der bei Wettbewerbsverboten angewendeten Prüfungsmaßstäbe als ein erster Ansatzpunkt. Auf der Grundlage der Ergebnisse der bisherigen Untersuchung bietet sich als ein möglicher gemeinsamer Grundgedanke zunächst der Inhalt des zweistufigen Prüfungsmaßstabes an, der sich sowohl in der jetzigen Form des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB als auch in der durch die Rechtsprechung und Literatur für § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG entwickelten Prüfungsmaßstab wiederfindet.[65] Alle bisher dargestellten und von der Literatur und der Rechtsprechung vorgeschlagenen Prüfungsmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote basieren auf einer Beurteilung des zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfangs. Der Umfang wiederum muss zudem dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, wahlweise dem der Gesellschaft oder der übrigen Gesellschafter entsprechen. Selbst wenn die Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit des Prüfungsschemas des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB nicht offen gestellt wird, so scheinen die an der juristischen Diskussion beteiligten Parteien jedenfalls von ihr auszugehen.[66] Die folgende Untersuchung wird sich erneut auf die für den Untersuchungsgegenstand relevanten Faktoren konzentrieren.

Die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots wurde bereits vor Erlass des BGB nach dessen zeitlichem, örtlichen und gegenständlichen Umfang bewertet. Ursprünglich stammt dieser Maßstab aus der französischen Rechtsprechung, die den

[63] *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 36 f. m. w. N., der als Beispiel das Haftungsrecht mit seinem Verschuldensprinzip sowie entsprechender Ausnahmen und Unterausnahmen dieses Prinzips und die dadurch gewährleistete angemessene Risikoverteilung nennt. *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 15 f. m. w. N.

[64] *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 37 ff. m. w. N., der die im Einzelfall vorzunehmende Wertung am Beispiel des § 251 Abs. 2 BGB veranschaulicht. *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 15 f. m. w. N.

[65] Der durch die Rechtsprechung und Literatur aus § 1 GWB abgeleitete Prüfungsmaßstab beinhaltet mit den Voraussetzungen der Tatbestandsausnahme zumindest ein mit § 74a Abs. 1 S. 1 HGB und damit der ersten Prüfungsstufe beinahe identisches Element, s. o. A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[66] Vgl. *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 236 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Prüfungsmaßstab wiederum bei der Anwendung des sich mit Arbeitsverträgen beschäftigenden Art. 1780 des Code civil kreiert hat.[67] Auf diese Rechtsprechung hat sich die Rechtsprechung in Deutschland bereits vor Erlass des BGB bei der kartellrechtlichen Kontrolle von Wettbewerbsverboten ausdrücklich bezogen und die entsprechenden Kriterien übernommen.[68] Das Element des berechtigten Interesses des Arbeitgebers sowie die Frage nach der Unbilligkeit der Beschränkung durch das Wettbewerbsverbot wiederum findet sich bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1893 und damit aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des HGB wieder.[69]

Die erste Fassung der §§ 74, 75 HGB aus dem Jahr 1897, in Kraft getreten zum 1. 1. 1898, stellte dann auch den zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots in das Zentrum des Prüfungsmaßstabes.[70] Hinzu kam die Bestimmung, dass das Wettbewerbsverbot das berufliche Fortkommen nicht unbillig erschweren dürfe.[71] Außerdem wurde eine Maximaldauer von 3 Jahren festgelegt. Das Element des berechtigten Interesses des Arbeitgebers wurde hingegen nicht explizit erwähnt.[72] Die zeitgleich erlassene Regelung des § 133 f. GewO ähnelte den §§ 74, 74 HGB sehr.[73] Ein Unterschied bestand jedoch darin, dass der für gewerbliche Angestellte geltende § 133 f., GewO keine zeitliche Maximaldauer vorsah.[74]

Von einem Grundsatz der Karenzentschädigung war in diesen ersten Regelungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten noch keine Rede.[75] Dieser wurde dann zusammen mit einer Reduzierung der Maximaldauer auf 2 Jahre mit der Novellie-

[67] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 265 m. w. N.

[68] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 265; *Richter*, Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914, S. 61 f.

[69] RG, Urt. v. 19. 5. 1893 – Rep. III 48/93, RGZ 31, 97, 99; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 242.

[70] RGBl. 1897, S. 235, 439; *Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert I, S. 33 f.; *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 265.

[71] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 26; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 9.

[72] Vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 243.

[73] *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 9.

[74] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 26, der als Hintergrund die Auffassung nennt, dass das von gewerblichen Angestellten vor allem erworbene technische Know-how – also Betriebsgeheimnisse – anders als Kunden- und Mandantenkontakte der Gesellschaft zeitlich unbeschränkt zuzuordnen wäre.

[75] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 279 m. w. N., die darauf hinweist, dass der Grundsatz der Karenzentschädigung trotz mehrerer Anträge nicht in den Gesetzestext aufgenommen wurde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rung im Jahr 1914 in die §§ 74, 75 HGB aufgenommen.[76] Der § 133 f. GewO blieb hingegen unverändert.[77] Die Entscheidung darüber, ob der Grundsatz auch für andere Berufsgruppen als für kaufmännische Angestellte gelten sollte, beabsichtigte der Gesetzgeber späteren Gesetzgebungsvorhaben zu überlassen.[78] Letztendlich wurden die Regelungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten dann erst wieder im Jahr 2002 mit der Neufassung der GewO und damit mit der Erstreckung der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmer grundlegend verändert.[79]

b) Rechtsprechung des BAG als Erkenntnisquelle

Aufschlussreich für die Suche nach einem allgemeinen Grundgedanken ist zudem die Rechtsprechung des BAG[80] zur Ableitung des Prüfungsmaßstabes für nachvertragliche Wettbewerbsverbote von Arbeitnehmern, die nicht direkt unter die §§ 74 ff. HGB und § 133 f. GewO fallen.[81] Zwar fußt die Argumentation des BAG immer auf der Qualifizierung des Verpflichteten als Arbeitnehmer. Wenn das BAG jedoch für den Personentypus des Arbeitnehmers einen allgemeinen Grundsatz ablehnt, kann die jeweilige Norm erst recht keinen allgemeinen Grundsatz für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH enthalten. Andersherum kann die Qualifizierung als allgemeiner Grundsatz jedenfalls für Arbeitnehmer unter Umständen auch ein Indiz für einen allgemeinen Grundgedanken sein. Dann könnte es sich nicht um abschließende Regelungen von Sondertatbeständen handeln, sondern um den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips[82] – oder zumindest um eine im Vergleich zum BGH dogmatisch genauere Begründung des Prüfungsmaßstabes.

---

[76] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 27.

[77] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 27.

[78] Gesetzgebungsbegründung zur Neufassung des HGB abgedruckt in RArBl. 1922 (Amtl. Teil), § 47 f.

[79] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 27; zusammenfassend zur Entwicklung der §§ 74 ff. HGB ab dem zweiten Weltkrieg *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 14 ff. m. w. N.; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 8, weisen darauf hin, dass alle in der Zwischenzeit konzipierten und dann verworfenen Veränderungsentwürfe die Grundstruktur der §§ 74 ff. HGB beibehalten hätten.

[80] Anders als im Rahmen der Frage, ob die §§ 74 ff. HGB analog auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar sind, geht es hier um die unter Umständen über die Differenzierung zwischen den verschiedenen Personengruppen hinausreichende Frage nach der Identifizierung allgemeiner Rechtsgrundsätze, sodass anders als oben (s. Fn. 125) auch die Rechtsprechung des BAG direkt relevant ist.

[81] Dabei sind nur die Urteile relevant, die aus der Zeit vor den Grundsatzurteilen zur analogen Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmer stammen, also vor BAG, Urt. v. 13. 09. 1969 – 3 AZR 138/68, BAGE 22, 125 = NJW 1970, 626, 627 sowie BAG, Urt. v. 02. 05. 1970 – 3 AZR 135/69, NJW 1971, 74, 74.

[82] Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 98, 102.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vor der Neufassung des GewO im Jahr 2002 und der damit verbundenen Erstreckung der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmer prüfte das BAG zunächst die nicht von §§ 74 ff. HGB erfassten nachvertraglichen Wettbewerbsverbote an § 138 Abs. 1 BGB, wobei es darauf abstellte, ob die Wettbewerbsabreden den Arbeitnehmer in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht untragbar belasteten.[83] Die für § 74 Abs. 1 S. 1, 2 HGB charakteristische Zweiteilung findet sich hier zwar nicht wieder, die Abwägungsentscheidung[84] sowie der Fokus auf den zeitliche, räumliche und gegenständlichen Umfang jedoch schon. Bis zur Rechtsprechungsänderung, aufgrund derer die §§ 74 ff. HGB dann auf alle Arbeitnehmergruppen analog anwendbar waren,[85] mussten die Wettbewerbsverbote damit auch weder ausnahmslos der strikten Zweijahresgrenze noch dem Grundsatz der bezahlten Karenz des § 74 Abs. 2 HGB entsprechen.[86]

In seinem Urteil vom 2. 12. 1966 führt das BAG den in § 74a Abs. 1 S. 1 HGB enthaltenen Prüfungsfaktor des berechtigten geschäftlichen Interesse des Prinzipals auf den in § 133 f. GewO enthaltenen Faktor der unbilligen Erschwernis des Fortkommens zurück.[87] Das Fehlen des berechtigten geschäftlichen Interesses sei eine Fallgruppe der unbilligen Erschwernis des Fortkommens.[88] Es handele sich um einen allgemeinen Grundsatz, der auch auf technische und hochbesoldete Angestellte anwendbar sei.[89] In einem weiteren Urteil vom 9. 9. 1968 bekräftigte das BAG diese Feststellung.[90] Bestehe ein berechtigtes geschäftliches Interesse nicht, so stelle dies Übermaß dar und das Wettbewerbsverbot verstoße dann gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB.[91] In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die ursprüngliche Fassung der §§ 74, 75 HGB wie bereits dargestellt auch nur das Element der unbilligen Erschwernis des Fortkommens enthielten, das in der jetzigen Fassung noch immer im Rahmen des § 74a Abs. 1 S. 2 HGB enthalten ist. § 74a Abs. 1 S. 1 HGB scheint also als Ergänzung oder Konkretisierung hinzugefügt worden sein.

Auch zu den weiteren untersuchungsrelevanten Faktoren ist die Rechtsprechung des BAG ergiebig, so zum Beispiel im Hinblick auf das Element der unbilligen Erschwernis des Fortkommens des § 74a Abs. 1 S. 2 HGB und des § 133d GewO

[83] Grundlegend BAG, Urt. v. 04. 10. 1958 – 2 AZR 200/55, BAGE 6, 291 = MDR 1959, 71, 71.

[84] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 30 f. m. w. N. legt dar, dass das BAG das Arbeitnehmerinteresse zwar nicht konkretisiere, es aber dennoch in die Abwägung eingeflossen sei.

[85] Grundlegend BAG, Urt. v. 13. 09. 1969 – 3 AZR 138/68, BAGE 22, 125 = NJW 1970, 626, 627 sowie BAG, Urt. v. 02. 05. 1970 – 3 AZR 135/69, NJW 1971, 74, 74.

[86] Vgl. BAG, Urt. v. 04. 10. 1958 – 2 AZR 200/55, BAGE 6, 291 = MDR 1959, 71, 71.

[87] BAG, Urt. v. 02. 12. 1966 – 3 AZR 235/66, BAGE 19, 152 = DB 1967, 1461, 1461.

[88] BAG, Urt. v. 02. 12. 1966 – 3 AZR 235/66, BAGE 19, 152 = DB 1967, 1461, 1461.

[89] BAG, Urt. v. 02. 12. 1966 – 3 AZR 235/66, BAGE 19, 152 = DB 1967, 1461, 1461.

[90] BAG, Urt. v. 06. 09. 1969 – 3 AZR 188/67, WM 1969, 219, 219.

[91] BAG, Urt. v. 06. 09. 1969 – 3 AZR 188/67, WM 1969, 219, 219.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sowie die in § 74a Abs. 1 S. 3 HGB enthaltenen Maximaldauer von 2 Jahren. So stellt das BAG fest, dass die Frage, ob das Wettbewerbsverbot nach Ort, Zeit oder Gegenstand den Arbeitnehmer in seinem Fortkommen unbillig oder unangemessen erschwere, der Wertmaßstab sei, der an das Gebot der guten Sitten für Wettbewerbsklauseln anzulegen sei.[92] Etwas abgeschwächt urteilt die Rechtsprechung im Hinblick auf die Zweijahresgrenze. Hier stellt es fest, dass bei einer Überschreitung der Zweijahresgrenze nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls regelmäßig eine unbillige Erschwernis vorliege.[93] Das BAG qualifiziert § 74a Abs. 1 S. 4 HGB also nicht als allgemeinen Grundsatz, sondern nur als Regelfall. Ähnlich urteilt das BAG im Hinblick auf § 74 Abs. 2 HGB. Er stellt fest, dass das Fehlen einer Karenzentschädigung in der Regel als unbillige Erschwernis des Fortkommens des Arbeitnehmers zu beurteilen und deswegen unverbindlich sei.[94] § 74 Abs. 2 HGB ordnete das BAG also nicht als allgemeinen Rechtsgrundsatz ein, sondern die Zahlung einer Karenzentschädigung nur als einen Faktor im Rahmen der vorzunehmenden Abwägungsentscheidung.[95]

c) Entwicklung für GmbH-Geschäftsführer und Gesellschafter

Da für nachvertragliche Wettbewerbsverbote von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH keine gesetzliche Regelung erlassen wurden, kann hier nur die Entwicklung der Rechtsprechung skizziert werden. Mit den zivilrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen eines Wettbewerbsverbots für GmbH-Geschäftsführers in einem Dienstvertrag befasste sich allerdings zunächst weder die Rechtsprechung noch die Gesetzgebung und die Literatur.[96] Dies änderte sich erst ab den 1960er Jahren mit der bereits dargestellten Rechtsprechungsentwicklung des BGH, die zu einem mit § 74 Abs. 1 S. 1, 2 HGB beinahe identischem Prüfungsmaßstab, keiner expliziten Aussage zur Maximaldauer eines Wettbewerbsverbots und Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung führte.[97] Wie bereits erörtert fehlt es zudem an aussagekräftigen Erläuterungen zur dogmatischen Grundlage dieser Ergebnisse.[98]

---

[92] BAG, Urt. v. 06. 09. 1969 – 3 AZR 188/67, WM 1969, 219, 219.

[93] BAG, Urt. v. 02. 12. 1966 – 3 AZR 235/66, BAGE 19, 152 = DB 1967, 1461, 1461.

[94] BAG, Urt. v. 02. 12. 1966 – 3 AZR 235/66, BAGE 19, 152 = DB 1967, 1461, 1461; BAG, Urt. v. 18. 02. 1967 – 3 AZR 290/66, BAGE 19, 267 = DB 1967, 1045, 1046.

[95] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 279 f. m. w. N.

[96] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 33 f. m. w. N., der auf die wenigen Ausnahmen hinweist, die einstimmig eine analoge Anwendung der §§ 74 f. HGB aufgrund der Organstellung der Handlungsgehilfen ablehnten und stattdessen auf § 138 BGB abstellten, sich jedoch nicht weiter mit dem zeitlich, räumlich und gegenständlich zulässigen Umfang beschäftigten.

[97] S. o. A.IV.2.d), 64 ff.

[98] S. o. A.IV.2.d)ee), 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote hingegen ist die Ausgangslage etwas aussagekräftiger. Für sie galt bereits vor Inkrafttreten des BGB eine Sittenwidrigkeitskontrolle.[99] Direkt nach Inkrafttreten des BGB konkretisierte das RG den Prüfungsmaßstab für ein im Rahmen einer Gesellschaftsauflösung vereinbartes Wettbewerbsverbot dahingehend, dass es zum einen dem berechtigten Interesse desjenigen entsprechen müsste, zu dessen Gunsten sie übernommen worden sei, und zum anderen örtlich, zeitlich und gegenständlich so begrenzt sein müsste, dass es nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit führte.[100] Eine analoge Anwendung der §§ 74, 75 HGB, § 133 f. GewO sowie der ab 1914 geltenden §§ 74 ff. HGB lehnte das RG hingegen ab, ohne auf die Ähnlichkeit des bereits etablierten Prüfungsmaßstabes zu diesen Normen einzugehen.[101] Konkrete Zulässigkeitsgrenzen im Hinblick auf die maximale Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung lassen sich allerdings nicht finden.[102]

Der jeweils im Rahmen des § 1 GWB angewandte Prüfungsmaßstab wurde bereits dargestellt.[103] Aus Vergleichsgründen ist hier relevant, dass die Prüfung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für AG-Vorstandsmitgliedern und Freiberuflern nach einem ähnlichen Muster durchgeführt wird, wie die von GmbH-Geschäftsführern und Gesellschaftern, und auch die Rechtslage im Hinblick auf konkrete Zulässigkeitsgrenzen vergleichbar ist.[104]

[99] RG, Urt. v. 20. 10. 1880 – I 398/80 = RGZ 2, 118, 121; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 36.

[100] RG, Urt. v. 06. 12. 1902 – I 229/02, = RGZ 53, 154, 156; *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 609.

[101] RG, Urt. v. 6. 12. 1902 – I 229/02 = RGZ 53, 154, 155; RG, Urt. v. 1. 3. 1921 – II 459/20 = RGZ 101, 375, 378; *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, S. 609; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 37.

[102] *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 38 m. w. N.

[103] S. o. A.IV.2.b), 58 ff.; A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[104] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 291. Für die Zulässigkeitsgrenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern, S. 291. Zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Freiberufler statt aller *Römermann*, BB 1998, 1489 ff. Zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für AG-Vorstandsmitglieder statt aller *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1026 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Schlussfolgerungen für die untersuchungsrelevanten Faktoren

aa) Beurteilung der Unbilligkeit nach dem zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfang des Wettbewerbsverbots als Kern des zivilrechtlichen Prüfungsmaßstabes

Aus dem soeben Dargestellten sowie aus dem zuvor im Rahmen der Bestandsaufnahme herausgearbeiteten Befund[105] ist ersichtlich, dass die Rechtsprechung seit dem Ende des 19. Jahrhundert unabhängig von der jeweils genau betroffenen Personengruppe für die zivilrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote ähnliche Prüfungsmaßstäbe verwendet hat.[106] Dass der Regelungsansatz des Gesetzgebers ebenfalls diese Prüfungsschritte enthält, führt dazu, dass von einem einheitlichen Prüfungsansatz und damit auch von einem gemeinsamen Grundgedanken gesprochen werden kann.[107] Im Zentrum dieses Prüfungsmaßstabs stand zu Beginn die Beurteilung, ob das Wettbewerbsverbot das Fortkommen des Beschränkten unbillig beschwert. Dieser Teil des Prüfungsmaßstabes wurde beibehalten, und zwar sowohl durch die Rechtsprechung vor und nach den ersten Kodifizierungen von Maßstäben für nachvertragliche Wettbewerbsverbote als auch in den erlassenen Normen.

Auf der Basis dieser Entwicklung leiten auch die wenigen Stimmen in der Literatur, die sich mit der Fragestellung beschäftigen, ab, dass der Kern des zivilrechtlichen Prüfungsmaßstabes für nachvertraglicher Wettbewerbsverbote deren Bewertung anhand ihres örtlichen, zeitlichen und sachlichen Umfangs und der hieraus eventuell resultierenden Unbilligkeit der Beschränkung des Verpflichteten ist.[108] Auch der BGH hat durch seine Rechtsprechung diesen Teil des Prüfungsmaßstabs als allgemeines Rechtsprinzip anerkannt.[109]

Der Schluss, dass es sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz zur Beurteilung der zivilrechtlichen Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote handele, leuchtet bei Betrachtung der Natur der Wettbewerbsverbote ein. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit kann ein Wettbewerbsverbot nicht ohne jegliche Beschränkung zulässig sein.[110] Die Faktoren des zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfangs sind dabei die grundlegenden Para-

[105] S. o. A.IV.4.a), 80 ff.

[106] *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 10; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 41.

[107] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 247.

[108] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241; *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 266; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 269.

[109] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[110] Zur Bedeutung der Berufsfreiheit bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten BGH, Urt. v. 29. 10. 1990 – II ZR 241/89, NJW 1991, 699; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 269, 333. Vertiefend zu dem verfassungsrechtlichen Hintergrund nachvertraglicher Wettbewerbsverbote s. u. B.III.3., 132 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

meter, nach denen die Auswirkungen eines Wettbewerbsverbot bemessen werden kann.[111] Der Faktor der Unbilligkeit wiederum lässt als unbestimmter Rechtsbegriff Raum für die Berücksichtigung des Einzelfalles inklusive der konkreten Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und der involvierten Interessen.

bb) Berechtigtes geschäftliches Interesse als eigenständiger Zulässigkeitsfaktor und als Teil der Interessenabwägung

Auch das Element des berechtigten geschäftlichen Interesses hat der BGH dem auf allgemeine Rechtsgrundsätze basierenden Prüfungsmaßstab zugeordnet.[112] Dass die Frage nach der Unbilligkeit der Beschränkung nicht allein vom Umfang des Wettbewerbsverbots abhängt, sondern die Interessen beider Vertragsparteien eine Rolle spielen, wurde bereits dargelegt.[113] Insbesondere zeigt das explizite Einbeziehen des geschäftlichen Interesses in den Prüfungsmaßstab, dass die durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot verursachten Beschränkungen sowohl nach der Konzeption der Gesetzgeber als auch nach der der Gerichte eben nur zulässig sind, wenn und soweit sie durch ein berechtigtes geschäftliches Interesse gerechtfertigt sind.[114] Welche übrigen Faktoren in die Beurteilung der Unbilligkeit einfließen, hängt von der individuellen Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ab und von den Umständen des Einzelfalles.

Das Zusammenspiel zwischen dem berechtigten geschäftlichen Interesse und der Beurteilung der Unbilligkeit nach dem zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfang des Wettbewerbsverbots ergibt einen Prüfungsmaßstab, der den zivilrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für nachvertragliche Wettbewerbsverbote konkretisiert. Die Rechtsfolge, also das Ausmaß der Beschränkung der Berufsausübung des Ausscheidenden, muss im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel, also dem berechtigten Interesse des durch das Wettbewerbsverbot Begünstigten, und den sonstigen Umständen des Einzelfalles angemessen sein.

cc) § 74 Abs. 1 S. 3 HGB: Maximaldauer kein allgemeiner Grundsatz

Aus der Entwicklungsgeschichte lässt sich nicht ableiten, dass die Maximaldauer von zwei Jahren als allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz zu qualifizieren ist. Hierfür sprechen die unterschiedlichen Vorgaben der Rechtsprechung und der jeweilig gültigen Gesetze für die zulässige Maximaldauer. Vielmehr handelt es sich

[111] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 100, der jedoch versäumt, die Verbindung zwischen dem Argument des „aus der Sache heraus" und einem allgemeinen Grundsatz zu ziehen, da er die Rolle allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze bei der Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes des § 138 Abs. 1 BGB für nachvertragliche Wettbewerbsverbote nicht anerkennt.

[112] BGH, Urt. v. 26. 03. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1 = NJW 1984, 2366, 2367.

[113] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 266; zu den Interessen s. o. A.II.1.a), 21 f.

[114] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wohl um eine vor dem Hintergrund der Praxis bloß in der Regel zutreffende Zulässigkeitsgrenze,[115] die dann auch regelmäßig die Grenze dessen konkretisiert, was verhältnismäßig ist. Für die Einordnung als bloßen Regelfall spricht zudem die Offenheit des Prüfungsmaßstabs der Sittenwidrigkeitsprüfung für Umstände des Einzelfalles. Diese können dazu führen, dass im Ausnahmefall auch ein länger andauerndes oder nur ein kürzer andauerndes nachvertragliches Wettbewerbsverbot zulässig sein kann.

dd) § 74 Abs. 2 HGB: kein allgemeiner Grundsatz der bezahlten Karenz

Bereits die Entwicklung der §§ 74 ff. HGB Norm lässt keinen induktiven Schluss zu, dass aus § 74 Abs. 2 HGB ein über Arbeitnehmer hinaus Gültigkeit in Anspruch nehmender Grundsatz abgeleitet werden kann. Dieses Bild wird ergänzt durch die Aussage des BGH in BGHZ 91, 1, dass jedenfalls Kunden- und Mandantenschutzklauseln entschädigungslos mit GmbH-Geschäftsführern vereinbart werden können.[116] Für die Ausweitung des für Arbeitnehmer geltenden Grundsatzes auf andere Personengruppen wären die involvierten Interessenlagen zu komplex, vielschichtig und untypisch, sodass dieser Vorgang in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers fällt.[117]

Hierfür spricht auch die Einordnung der Karenzentschädigung in den Themenbereich der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit sowie Verhältnismäßigkeit. Die Bezahlung für das Unterlassen von Karenztätigkeit ist sehr gut geeignet dafür, die Härte des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auszugleichen,[118] und ist somit eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber. Gleichzeitig stellt die gesetzliche Anordnung einer Karenzentschädigungspflicht eine staatliche Einmischung in die Austauschgerechtigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots dar. Wie bereits dargelegt[119] ist für die staatliche Korrektur des Inhalts eines Austauschgeschäfts und damit für eine Durchbrechung des subjektiven Äquivalenzprinzips ein Selbstbestimmungsdefizit einer der Vertragsparteien als prozeduraler Faktor notwendig. Diese Voraussetzung kann zum einen dadurch erfüllt werden, dass der Gesetzgeber typisierend für bestimmte Situationen ein Machtge-

[115] A. A. in sich widersprüchlich *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 339, die die Zweijahresgrenze sowohl als allgemeine Wertung als auch als bloßen Regelfall qualifiziert und sich zudem nicht damit auseinandersetzt, was einen allgemeinen Grundsatz im Zivilrecht ausmacht.

[116] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(a), 43 ff.

[117] Vgl. die Argumentation des BAG, Urt. v. 11. 02. 1960 – 5 AZR 79/58, BB 1960, 446, 446 im Hinblick auf die Übertragbarkeit des aufgrund der §§ 74 Abs. 2, 90a HGB damals noch nur für Handlungsgehilfen und Handlungsvertreter geltenden Grundsatzes der bezahlten Karenz auf andere Gruppen von Arbeitnehmern; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 289.

[118] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1471.

[119] S. o. B.I.2.b), 91 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fälle annimmt – wie dies bei Arbeitnehmern im Rahmen des § 74 Abs. 2 HGB geschehen ist. Zum anderen kann das Machtgefälle im Einzelfall festgestellt und durch eine Generalklausel oder eine auf Willensmängel abzielende Norm des allgemeinen Teils des BGB aufgefangen werden. Auch dies zeugt davon, dass ein über Arbeitnehmer hinausreichender zivilrechtlicher Grundsatz der Karenzentschädigung für nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Ermangelung eines entsprechenden Tätigwerdens des Gesetzgebers nicht existiert. Zu dem gleichen Schluss gelangt man, wenn man die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung als einen auf Verteilungsgerechtigkeit hinwirkenden Faktor qualifiziert. Aufgrund der Natur der Verteilungsgerechtigkeit obliegt es hier dem Gesetzgeber, zu entscheiden, wann und auf welche Weise er auf die Wohlstandsverteilung einwirken und in die privatautonome Rechtsgestaltung regulierend eingreifen möchte.

All dies bedeutet jedoch nicht, dass der Faktor einer Karenzentschädigung irrelevant ist. Im Rahmen des den Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konkretisierenden Prüfungsmaßstabes können gewährte Karenzentschädigungen bei der Bewertung des jeweiligen Einzelfalles als ein Faktor in die Abwägung mit einbezogen werden.[120] Ein allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz der Karenz existiert jedoch nicht.[121]

II. Wirtschaftlich-gesellschaftlicher Hintergrund: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zwischen Privatautonomie, funktionierendem Wettbewerb und dem Schutz des Schwächeren durch den Staat

1. Vertragsfreiheit als Teil der das Zivilrecht prägenden Privatautonomie

Eine Brücke zwischen den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Untersuchungsgegenstandes bildet das das deutsche Vertragsrecht prägende[122] Prinzip der Vertragsfreiheit.[123] Zudem stellt es durch seinen Zusammenhang mit dem Wirtschaftssystem der Bundesrepublik eine Verbindung zur kartellrechtlichen Kontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote dar.[124] Das System der sozialen Marktwirtschaft[125] ruht auf der den Marktakteuren

[120] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 292.

[121] Zu dem gleichen Schluss auf einer anderen Argumentationsgrundlage gelangt *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 289.

[122] *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 46 f.

[123] Zum Begriff und zur Struktur der Vertragsfreiheit statt aller *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 43 ff.

[124] Zum Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und Wettbewerb *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 293 f. sowie s. u. B.II.5., 111 ff.

[125] Zum Begriff der Sozialen Marktwirtschaft *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 138.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zukommenden Vertragsfreiheit.[126] Diese umfasst die Freiheit, Verträge abzuschließen oder nicht abzuschließen und sie frei zu gestalten.[127] Die Vertragsfreiheit wiederum ist Teil der umfassenderen Privatautonomie,[128] also der zivilrechtlichen Handlungsfreiheit.[129] Vereinbaren die Vertragsparteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, so üben sie die ihnen zukommende Vertragsfreiheit aus. Die Normen wiederum, die Vorgaben zum Abschluss und Inhalt des Vertrages enthalten, beschränken diese Vertragsfreiheit. Als Ergänzung der Vertragsfreiheit wiederum sorgt der Grundsatz *pacta sunt servanda* für den Vollzug der Vertragsfreiheit.[130]

2. Idealbild des gerechten Interessenausgleichs zwischen selbstbestimmt und freiwillig handelnden Vertragsparteien

Das juristische Prinzip der Vertragsfreiheit fußt auf der Prämisse von freien und gleichen Bürgern,[131] die selbstbestimmt und freiwillig handeln.[132] Die sich so gegenüberstehenden Vertragsparteien sind in der Lage, ihre jeweiligen Partikularinteressen zu vertreten.[133] Vor diesem Hintergrund stellt der Vertrag, auf den sie sich einigen, dann auch in der Regel für beide Vertragsparteien zumindest keinen grob ungerechten Interessenausgleich, wenn nicht sogar einen gerechten Interessenaus-

---

[126] Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 101; *Heinrich* drückt dies in Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 41 folgendermaßen aus: „Der Gedanke, daß nur die Vertragsfreiheit dem Geist einer freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung entspricht und sich der einzelne als individuelle Persönlichkeit entfalten kann, ist zur Grundidee des Privatrechts geworden." *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99 nennt „Marktwirtschaft und Vertragsfreiheit Geschwister".

[127] Sog. Abschluss- und Inhaltsfreiheit, st. Rspr. BVerfGE 8, 274 (328); 88, 384 (403); 89, 48 (61); 95, 267 (303 f.); daneben existieren noch die Kontrahentenwahlfreiheit und die Abänderungs- und Endigungsfreiheit, MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 2.

[128] MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 2; *Rittner*, JZ 2011, 269, 272, der den Vertrag als „Regelfall der Privatautonomie" bezeichnet.

[129] Zur Privatautonomie s. o. B.I.3., 94.

[130] *Bruns*, JZ 2007, 385, 386 m. w. N.

[131] *Rittner*, AcP 188, 1988, 101, 126.

[132] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 I, Rn. 105 m. w. N., der auch auf die wirtschaftswissenschaftliche Figur des *Homo Oeconomicus* Bezug nimmt; kritisch zur Figur des Homo Oeconomicus *Limbach*, KritV 1986, 165, 169 ff. m. w. N.; die Figur des Homo Oeconomicus als Basis gesetzgeberischer Tätigkeit verteidigen *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 778 f. m. w. N. *Canaris*, Die iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 46 betont vor allem das Kriterium der Freiwilligkeit der vertraglichen Bindung. Im Zusammenhang mit der Gleichheit der Vertragsparteien wird auch von *Vertragsparität* gesprochen, zu diesem Begriff statt aller *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 88 ff. m. w. N.

[133] MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 6 spricht von der „substantiellen Möglichkeit zu vertraglicher Selbstbestimmung".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gleich dar.[134] Als Konsequenz akzeptiert die Rechtsordnung grundsätzlich die von den Vertragsparteien subjektiv vorgenommene Bewertung von Leistung und Gegenleistung als gleichwertig (*subjektives Äquivalenzprinzip*).[135]

Diese das deutsche Zivilrecht prägenden Annahmen[136] führen dazu, dass die Vertragsparteien frei über den Abschluss und den Inhalt des Vertrags entscheiden können.[137] Der Staat hingegen muss sich prinzipiell aus der Regelung der rechtlichen Innenbeziehungen zwischen Privatrechtssubjekten heraushalten.[138]

3. Zusammenhang zwischen Funktionsbedingungen des Marktmechanismus, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Neben der Privatautonomie insbesondere in Gestalt der Vertragsfreiheit ist der Wettbewerb ein weiteres essenzielles Gestaltungselement unserer Gesellschaft.[139] Nach den obigen Ausführungen zu den Prämissen der Vertragsfreiheit müssten Verträge in der Realität zumindest für die beteiligten Vertragsparteien immer zu gerechten Ergebnissen führen. Hier erlangt der Wettbewerb als Grundlage unseres Wirtschaftssystems Bedeutung.[140] Dem Schluss, dass private Verträge einen gerechten Interessenausgleich beinhalten, liegt nämlich das abstrakte wirtschaftswis-

[134] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84 BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; grundlegend zur „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus" *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 1941, 130, 132 ff., 149 ff.; 156 ff.; zur Einordnung dieses Prinzips als Legitimationsmuster für die Institution des Vertrags und nicht als analytisches Konzept *Limbach*, KritV 1986, 165, 176 f. MüKoBGB/*Säcker*, Einl. Rn. 63 spricht im Zusammenhang mit Vertragsfreiheit von der „Freiheit im Sinne beiderseitiger Selbstbestimmung, die einen fairen, gegen Willkür und Missbrauch geschützten Interessenausgleich zum Ziel hat." Zu den die Theorie Schmidt-Rimplers relativierenden Ansätzen und der Verknüpfung mit dem Aspekt der Selbstbestimmung *Becker*, JZ 2010, 1098, 1099 m. w. N.; vgl. hierzu auch *Rittner*, NJW 1994, 3330. Aus ökonomischer Sicht ist in diesem Zusammenhang auch das sog. *Coarse-Theorem* zu erwähnen, nach dem bei einem funktionierenden Markt private Austauschprozesse zu einer effizienten Ressourcenallokation und damit optimiertem gesamtwirtschaftlichen Wohlstand führen. Hierzu statt aller *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 777 m. w. N.

[135] Zum subjektiven Äquivalenzprinzip vgl. allgemein *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, S. 203; zum ökonomischen *Prinzip der freien Preisbildung* und dessen Zusammenhang mit subjektiver Äquivalenz *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Recht, S. 82 m. w. N.

[136] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470.

[137] Zur Gestaltungsfreiheit und ihren Grenzen statt aller zusammenfassend MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 24 ff. m. w. N.

[138] BVerfG (Beschl. v. 7. 2. 1990) BVerfGE 81, 242, 254 = NJW 1990, 1469, 1470; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 101 m. w. N. Zu den grundrechtlichen Aspekten s. u.

[139] *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 106. Zur Bedeutung der Vertragsfreiheit s. *Bruns*, JZ 2007, 385, 390.

[140] *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 173 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

senschaftliche Modell[141] eines idealtypisch funktionierenden Marktes[142] zugrunde, in dem sich die Marktakteure vollkommen rational verhalten, keine Transaktionskosten anfallen und optimale Wettbewerbsbedingungen herrschen (*Funktionsbedingungen des Marktmechanismus*).[143]

Damit sich die Vertragsfreiheit des Einzelnen voll entfalten kann, müssen auf der Ebene des einzelnen Transaktionsgeschäfts sowie auf der Ebene des Wettbewerbs[144] also bestimmte Bedingungen erfüllt sein.[145] Diese Ebenen können zur Verdeutlichung auch *Kooperations-* und *Konkurrenzebene* genannt werden.[146] Beide Ebenen stehen als Verkörperung der Vertragsfreiheit und der Wettbewerbsfreiheit in einer ständigen Wechselwirkung zueinander: die Freiwilligkeit der Kooperation als essenzieller Faktor der Vertragsfreiheit auf der Kooperationsebene hängt nach diesem Modell vom Vorliegen der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs auf der Konkurrenzebene ab vice versa.[147] Für den Austauschvertrag besonders relevant ist zudem die dem Einzelnen durch Wettbewerb eröffnete Wahlfreiheit.[148] Kommt es zu Störungen auf einer der beiden angesprochenen Ebenen – diese werden auch Marktversagen[149] genannt – so ist die Gewährleistung der Vertragsfreiheit in Gefahr.[150] Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive besteht also ein direkter Zusam-

[141] Idealtypische Wirtschaftssysteme sind immer abstrakte, konstruierte Modelle vgl. *Peters*, Wirtschaftssystemtheorie und Allgemeine Ordnungspolitik, S. 18 f. Zur begrenzten Leistungsfähigkeit eines solchen Modells *Rittner*, AcP (188) 1988, 101, 110 ff., 119 f. m. w. N.

[142] Zur Definition des Begriffes „Markt" s. statt aller *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 57: „Ein Markt besteht aus Gruppen potenzieller Käufer und Verkäufer einer bestimmten Ware oder Dienstleistung."

[143] Zusammenfassend zu den einzelnen Funktionsbedingungen des Marktmechanismus erläuternd *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 24. Zu Rationalitätsdefiziten *Eindenmüller*, JZ 2011, 814, 816 f.

[144] Was Wettbewerb ist, lässt sich wissenschaftlich nicht beantworten und durch Modelle immer nur teilweise einfangen, vgl. *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 111 m. w. N.

[145] Die Freiheit des Individuums, nach eigenen Präferenzen zu handeln, wird in der Ökonomik auch *Präferenzautonomie* genannt, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 326 ff.

[146] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 44.

[147] Zur Rolle eines funktionierenden Wettbewerbs und der Zusammenwirkung des Kooperations- und Konkurrenzelements *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 25 ff., 41 f. m. w. N., 56; *Keßler*, WRP 2009, 1208, der auch darauf hinweist, dass die Interdependenz von Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit nicht bedeute, dass die Abstimmung zwischen den gesetzlichen Vorgaben des Vertragsrechts und den normativen Rahmenordnung des Wettbewerbs ohne Reibungen im Einzelfall geschehe. KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 38 spricht davon, dass Individual- und Institutionenschutz nur „zwei Seiten einer Medaille" seien; ähnlich MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 11 und *Westmann*, AcP 208 (2008), 141, 143.

[148] *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 107.

[149] Zu den unterschiedlichen Formen von Marktversagen statt aller *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 44 ff. m. w. N.

[150] Entscheidend für das Verständnis des Begriffes „Freiheit" in diesem wirtschaftspolitischen Zusammenhang ist, dass er für das Individuum vor allem die Abwesenheit von will-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

menhang zwischen der kartellrechtlichen und der zivilrechtlichen Vertragskontrolle.[151]

Allerdings bedeutet auch ein funktionierender Markt und die Freiwilligkeit der Kooperation nicht zwingend, dass das Verteilungsergebnis des Vertrags auch gerecht ist, da dies von Umständen abhängig sein kann, auf die der Markt selbst nur beschränkten Einfluss ausüben kann.[152] Selbst wenn also die idealtypischen selbstbestimmt und freiwillig handelnden Bürger innerhalb eines idealtypisch funktionierenden Marktes einen Vertrag abschließen, bedeutet dies in der Realität nicht, dass der Vertrag auch immer einen gerechten Interessenausgleich darstellt. Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand heißt dies, dass Vertragsgerechtigkeit bezweckende Zulässigkeitsgrenzen nicht nur auf Marktversagen auf der Konkurrenz- oder Kooperationsebene zurückzuführen sein können, sondern auch auf andere, außerhalb dieser Ebenen angesiedelte Gründe.

4. Bedrohung der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit durch ein Kräfteungleichgewicht zwischen Vertragsparteien

Einer dieser per se außerhalb der Konkurrenz- und Kooperationsebene angesiedelten Faktoren ist das Kräftegleichgewicht der Vertragsparteien. Das Kräftegleichgewicht gehört zwar nicht zu den Funktionsbedingungen des Marktmechanismus,[153] es ist jedoch ebenfalls wichtig für die Gewährleistung von Vertragsfreiheit und damit Bestandteil der zum Funktionieren der Kooperationsebene beitragenden Voraussetzungen.[154] Wie bereits erörtert fußt die Prämisse, dass sich Vertragsparteien selbstbestimmt auf einen gerechten Interessenausgleich einigen, auf der Annahme der Gleichheit der Vertragsparteien.[155] Dieser Faktor ist mithin sowohl für die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses als auch für die Vertragsgerechtigkeit relevant. Allerdings handelt es sich zunächst nur um eine formal-abstrakte Gleichheit, also die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz.[156] Die Realität entspricht jedoch oft nicht dem Idealbild gleich starker Vertragsparteien. Einer liberalen Gesellschaft, deren wirt-

---

kürlichem Zwang von staatlicher oder privater Seite bedeutet, vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 34 f. m. w. N., der darauf hinweist, dass dieses Freiheitsverständnis charakteristisch für den Liberalismus sei. Zum negativen Freiheitsbegriff statt aller *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 10.

[151] Vgl. *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 173; vgl. *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 785 f.

[152] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; vgl. *Ritgen*, JZ 2002, 114, 117.

[153] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 66. Zu den Funktionsbedingungen s. o. B.II.3., 107 f.

[154] Zum Verhältnis zwischen Ungleichgewichtslagen und Informationsasymmetrien, also einem Faktor der Funktionsbedingungen, aus ökonomischer Perspektive *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 776, 779 ff. m. w. N.

[155] S. o. B.II.2., 106 f.

[156] Vgl. *Limbach*, KritV 1986, 165, 169.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaftliches System von einem funktionierenden Wettbewerb geprägt wird, ist vielmehr immanent, dass die wirtschaftliche Macht ungleich zwischen den Marktakteuren verteilt ist.[157] So wird zum Beispiel ein Arbeitnehmer, der seine Existenzgrundlage durch die Ausübung seines Berufes sichert,[158] eher bereit sein, sich auf eine umfassende Beschränkung seiner beruflichen Freiheit im Anschluss auf das Ausscheiden aus dem Unternehmen einzulassen, als die Anstellung durch Verhandlungen zu gefährden.[159]

Problematisch an dem Begriff des Kräftegleichgewichts ist, dass Macht als Phänomen zu vielschichtig ist, um es komplett und mit einigen wenigen formellen Kriterien empirisch zu fassen.[160] Dies verringert zwar nicht die Bedeutung des Faktors, jedoch führt es dazu, dass er als Faktor nur schwer handhabbar ist und weder für einen funktionierenden Wettbewerb noch für durch Marktmacht entstehende Ungleichgewichtslagen konkrete Aussagen, Messgrößen oder Gesetzmäßigkeiten aus wirtschaftswissenschaftlichen Modellen gewonnen werden können.[161] Zudem kann die real bestehende Ungleichheit der Teilnehmer am Wettbewerb nicht automatisch dafür sorgen, dass das Recht, die Rechtsbeziehungen nach dem eigenen Willen zu gestalten, eingeschränkt wird. Der Vertragsfreiheit kann nicht nur im Fall eines vollkommen ausgewogenen Kräftegleichgewichts zugetraut werden, Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs zu sein,[162] da sonst in einer auf dem Prinzip des Wettbewerbs fundierenden freien Marktwirtschaft der Vertragsfreiheit nur ein utopisch kleiner Anwendungsbereich zukäme.[163] Ein bestehendes Kräfteungleichgewicht zwischen den Parteien darf also nicht in jedem Fall dazu führen, dass die

[157] Vgl. *Bruns*, JZ 2007, 385, 387 m. w. N.; vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 10; *Singer*, JZ 1995, 1133, 137. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 25, 42 ff. m. w. N. weist darauf hin, dass selbst in einem perfekt funktionierenden hypothetischen Markt bestimmte Leistungsgrenzen bestünden, das Marktsystem zum Beispiel nicht für eine gerechte Wohlstandsverteilung sorgen könne, da die Ausgangsposition der Gesellschaftsmitglieder entscheidend für das Ergebnis der Marktverteilung sei.

[158] Vgl. zu diesem Zusammenhang BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Wank*, RdA 2010, 193, 195.

[159] Vgl. *Gamillscheg*, RdA 1975, 13, 16; auf die Drucksituation verweist auch der Gesetzgeber in Bezug auf Handelsvertreter in BT-Drucks. I Nr. 3856 v. 15. 11. 1952, S. 37 zum Entwurf § 90a: „Bei der wirtschaftlichen Überlegenheit der Unternehmer kann es vorkommen, daß den Handelsvertretern bei Vertragsschluss Wettbewerbsabreden aufgezwungen werden. Sie bedürfen dagegen eines Schutzes."

[160] *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), 30, 57, der die Machtlage der vertragsschließenden als nicht messbar bezeichnet; *Limbach*, KritV 1986, 165, 181 ff., die sich mit verschiedenen Ansätzen der Bestimmung von Vertragsgleichgewicht auseinandersetzt; *Preis*, AR 1994, 139, 141 m. w. N.; *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 112.

[161] *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 119 f., der daraus schließt, dass das Recht eigenständig die Problematik lösen müsse.

[162] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 2749, 2750.

[163] Vgl. *Rittner*, AcP 188, 1988, 101, 127 f.; vgl. *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 27 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kooperation zwischen den Parteien als unfreiwillig eingestuft wird.[164] Ab wann jedoch der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung der Vertragsfreiheit aufgrund fehlender Kräftegleichheit Grenzen setzen sollte, muss untersucht werden, wobei gleichzeitig der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ausgelotet werden muss. Als Anknüpfungspunkte bieten sich hier sowohl das Freiwilligkeitselement der vertraglichen Bindung als auch die Gerechtigkeit des Interessensausgleichs an.[165]

5. Funktionierender Wettbewerb als Ausgleichsfaktor für Kräfteungleichgewichte

Grundsätzlich bestehende Kräfteungleichgewichte zwischen den Vertragsparteien können jedoch zumindest teilweise[166] durch funktionierenden Wettbewerb revidiert werden.[167] Entscheidend zu diesem Mechanismus trägt die ebenfalls zur Vertragsfreiheit gehörende Freiheit zur Auswahl des Kontrahenten bei.[168] Kann der Einzelne zwischen mehreren potenziellen Vertragspartnern und Handlungsoptionen auswählen,[169] so eröffnet dies wiederum durch den resultierenden Wettbewerb die Möglichkeit, Kräfteungleichgewichte zu umgehen und führt zumeist zu einer Verbesserung der Konditionen zugunsten des potenziellen Abnehmers.[170]

Somit stützt ein funktionierender Wettbewerb die hinreichende Gleichheit bzw. Selbstständigkeit der Vertragspartner und damit auch die Interessenverfolgung und

---

[164] Vgl. *Bruns*, JZ 2007, 385, 386, der davor warnt, vor dem Hintergrund der These der absoluten Gleichheit der Vertragsparteien als Voraussetzung für die Gewährleistung von Vertragsfreiheit gleichzeitig die Bedeutung der Vertragsfreiheit als Mittel zur Änderung festgefahrener Ungleichgewichtslagen zu vergessen.

[165] Zur der in diesem Zusammenhang relevanten sog. *marktkonstitutiven* und *marktkompensatorischen* Funktion zwingenden Vertragsrechts s. u. B.II.7., 114 ff.

[166] Gleichzeitig existieren auch Faktoren, dich sich negativ auf Verteilungsgerechtigkeit auswirken und die auch ein funktionierender Wettbewerb nicht ausgleichen kann, s. o. B.II.3., 107 ff.

[167] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 293 m. w. N.; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 41 f. m. w. N.; vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1137. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 10 drückt diesen Zusammenhang zwischen Kräfteungleichgewicht und Wettbewerb folgendermaßen aus: „Beim Verkehr mit Gütern und Leistungen stehen sich im allgemeinen wirtschaftlich ungleich starke Partner gegenüber. Dadurch allein wird aber die Macht der Selbstbestimmung nicht beeinträchtigt, wenn nur kraft der auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung die wirtschaftliche Macht des an sich stärkeren durch den Markt aufgehoben wird." Zum Ausgleich von Informationsasymmetrien durch einen funktionierenden Markt *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 783 f. m. w. N.

[168] MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 11; *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 107.

[169] MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 11 differenziert zwischen dem eigentlichen Entschluss zum Vertragsschluss und der Möglichkeit, zwischen mehreren potenziellen Vertragspartnern auszuwählen, und führt aus, dass beide Aspekte zusammen die positive Vertragsbegründungsfreiheit ausmachen.

[170] *Canaris*, AcP 200 (2000, 273, 293; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 41 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Richtigkeit" des Vertragsinhalts.[171] Dies bedeutet auch, dass eine spürbare[172] Störung des Wettbewerbs und der daraus resultierende Mangel an Entscheidungsmöglichkeiten Privatautonomie und Vertragsfreiheit bedrohen. Auch hier zeigt sich wieder eine direkte Verbindung zwischen der kartellrechtlichen und der zivilrechtlichen Vertragskontrolle.

Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ist Wettbewerb als Ausgleichsfaktor für Kräfteungleichgewichte für zwei unterschiedliche Zeiträume von Bedeutung. Zum einen kommt es auf die Umstände während der Vertragsverhandlungen und des Vertragsschlusses an. Hier kann die Marktmacht der Gesellschaft unter Umständen so groß sein, dass die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners deutlich verringert ist und ihm im Extremfall keine andere Option verbleibt, als sich auf die aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot resultierenden Beschränkungen einzulassen oder zumindest keinen gerechten Vertrag aushandeln zu können. Ein während der Vertragsverhandlungen bestehendes Kräfteungleichgewicht kann demnach direkten Einfluss auf den Vertragsabschluss bzw. den Inhalt des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots haben. Mit dieser auf die Parteien des Vertrags beschränkten Komponente der Vertragskontrolle befassen sich § 74a Abs. 1, Abs. 2 HGB[173] sowie der unter Einbindung der in diesen Normen enthaltenen allgemeinen Grundsätze für § 138 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG entwickelte Prüfungsmaßstab.

Aber auch für die Zeit nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses, also für die eigentliche Wirkungszeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, ist der Schutz des Wettbewerbs bedeutend. Dabei steht nicht der Zusammenhang zwischen einem funktionierenden Wettbewerb und der Gewährleistung von Vertragsfreiheit des Einzelnen im Vordergrund, sondern die Institution des freien Wettbewerbs,[174] an dessen Schutz ein überindividuelles Interesse besteht.[175] Aus dem Inhalt des nachvertraglichen Wettbewerbsverbot können sich Wettbewerbsverzerrungen und so wiederum Beschränkungen der Handlungsoptionen des Ausscheidenden und Dritter ergeben. Wie bereits erläutert[176] führt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dazu, dass der Ausscheidende und sein Fachwissen für eine gewisse Zeit vom Markt ge-

[171] MüKoBGB/*Busche*, Vor § 145 Rn. 11 m. w. N.; *Schachtschneider*, Freiheit in der Republik, S. 512 m. w. N., der auf auch auf die entsprechende Funktion des Wettbewerbsrechts verweist. Auf den Zusammenhang zwischen der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus", der iustitia commutativa und einem funktionierenden Wettbewerb verweist auch *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 39 ff.

[172] Zur Relevanz des Spürbarkeitskriteriums im Rahmen des § 1 GWB s. o. A.IV.2.b), 58 ff.; A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[173] Zum Telos der §§ 74 ff. HGB, den Arbeitnehmer als typisch schwächere Vertragspartei gegen eine übermäßige Beschränkung seiner Freiheit zu schützen Baumbach/Hopt/*Roth*, § 74 Rn. 3.

[174] Zum ökonomischen Begriff der Institution zusammenfassend *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 54 f. m. w. N.; zur Rolle des Wettbewerbs als Institution und dessen grundrechtlicher Verordnung Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 116.

[175] *Melullis*, WRP 1994, 686, 689.

[176] S. o. A.II.1.a)bb), 22 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nommen sind. Dies verfestigt zum einen die Macht der Ausgangsgesellschaft und lässt den Konkurrenzunternehmen und dem Ausscheidenden keinen Raum für die Entscheidung, ob sie zusammenarbeiten möchten. Dieser kartellrechtlichen Komponente der Vertragskontrolle widmet sich § 1 GWB.[177]

6. Individualautonome Selbstbestimmung und soziale Gerechtigkeit als essenzielle Faktoren für das Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle

Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Zulässigkeitsgrenzen eines nachverträglichen Wettbewerbsverbots direkt mit der Gewährleistung bzw. den Grenzen von Vertragsfreiheit zusammenhängen. Die Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung des einzelnen Marktakteurs spielt hier eine entscheidende Rolle. Dabei geht es nicht nur darum, dass den Vertragsparteien aus formal-rechtlicher Sicht volle Entscheidungsfreiheit zukommt, vielmehr kommt es in den problematischen Fällen auf die tatsächlich bestehende Entscheidungsfreiheit an.[178] Gerade vor dem Hintergrund der Gewährleistung der Vertragsfreiheit wird entscheidend sein, ab wann ein Vertragsschluss und damit ein gefundener Interessenausgleich aufgrund sozialer oder wirtschaftlicher Macht nicht mehr als Ausdruck der freien Selbstbestimmung sondern Fremdbestimmung ist.[179]

Da allerdings bereits der Begriff der Selbstbestimmung schwer greifbar ist, ist die Grenzziehung zu Fremdbestimmung wertungsgeladen und sowohl von den Umständen des Einzelfalls abhängig als auch davon, auf welchen gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Grundentscheidungen sie basiert. Zu diesen zählt die Auffassung von den Aufgaben des Staates.[180] In der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland[181] besteht ein Bewusstsein dafür, dass das Privatrecht auf faktische Ungleichgewichtslagen und Marktversagen grundsätzlich damit rea-

---

[177] S. o. A.IV.2.b), 58 f.

[178] *Ritgen*, JZ 2002, 114. Zum Verhältnis zwischen formeller und materieller Entscheidungsfreiheit im Sinne der tatsächlich bestehenden Entscheidungsfreiheit *Canaris*, AcP 200 (2000), 276, 276 f.

[179] Auf dieses Kriterium stellt BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470 ab. Zum Gegensatz zwischen Selbstbestimmung sowie der der Einschränkung derselben durch die Vertragsbindung *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 278 f. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 54 m. w. N. weist zudem darauf hin, dass ein Vertrag durch Zusammenwirken entstehe und somit immer auch fremdbestimmt abgeschlossen werde, weshalb es darauf ankomme, wo die Grenze von „auch fremdbestimmt" zu gänzlich fremdbestimmt überschritten werde.

[180] Vgl. hierzu die zusammenfassende Gegenüberstellung von „liberalem Marktmodell" und „Sozialstaatsmodell" bei *Canaris*, AcP 200 (2000), 276, 289 ff. m. w. N. Zum dualistischen Verständnis des Staatszwecks, bei dem neben das Ziel der Freiheitsbewahrung das des gemeinen Wohls tritt, *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 129 f.

[181] Zusammenfassend zum Konzept der sozialen Marktwirtschaft und dessen Umsetzung *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 181 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gieren muss, dass es den Schutz des Schwächeren intensiviert.[182] Ein Mittel hierfür ist die Vertragskontrolle, wie sie zum Beispiel die §§ 74 ff. HGB vorgeben, die den typischerweise unterlegenen Arbeitnehmer vor der Fremdbestimmung durch die Arbeitgeberseite schützen.[183] Als Ansatzpunkt für die Vertragskontrolle dient hier also die vom Gesetzgeber als relevant eingestufte Kräftedisparität zwischen den Vertragsparteien oder ein von der Rechtsgemeinschaft als ungerecht empfundener Vertragsinhalt.[184] Dies ist Ausdruck einer nicht mehr nur an der individualautonomen Selbstbestimmung orientierten sondern auch auf sozialen Ausgleich und Verteilungsgerechtigkeit[185] ausgerichteten Vertragstheorie.[186] Allerdings besteht bei derartigen Regelungen immer auch die Gefahr, dass es zu einer Bevormundung der mündigen[187] Bürger kommt.[188] Der besondere Stellenwert der Privatautonomie muss beim Ausbalancieren des Verhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle[189] beachtet werden.

7. Marktkonstitutive und marktkompensatorische Funktion der Vertragskontrolle

Die rechtliche Kontrolle des Abschlusses und Inhalts von Verträge kann sowohl zur Sicherung der Vertragsfreiheit und des freien Wettbewerbs eingesetzt werden als auch den Zweck verfolgen, sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen entgegenzuwirken.[190] Vor dem Hintergrund des Marktmechanismus bietet sich eine Unterteilung in Normen mit *marktkonstitutiver* und *marktkompensatorischer*

[182] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 206; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 43 ff. zu Marktversagen und der Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens; *Preis*, AR 1994, 139, 141 f. Siehe hierzu auch die Begründung zum Regierungsentwurf des AGB-Gesetzes, BT-Drs. 7/3919, S. 13. Zur Begriffsgeschichte des „sozialen Rechts" *Eichenhofer*, SR 2012, 76, 76 ff. m. w. N.

[183] Zum Telos der §§ 74 ff. HGB, den Arbeitnehmer als typisch schwächere Vertragspartei gegen eine übermäßige Beschränkung seiner Freiheit zu schützen, Baumbach/Hopt/*Roth*, § 74 Rn. 3.

[184] Zum engen Verhältnis zwischen materieller Entscheidungsfreiheit und formeller Vertragsgerechtigkeit *Canaris*, AcP 200 (2000), 276, 286 f.

[185] Zum Themenkomplex der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit s. o. B.I.2., 88 ff.

[186] *Martens*, AcP 177 (1977), 113, 114 f., der zudem auch auf vom Einzelvertrag betroffene Drittinteressen als für die Vertragskontrolle relevante Aspekte verweist. Für eine Gegenüberstellung des liberalen Grundverständnisses und ihrem paternalistischen Gegenentwurf aus einer historischen Perspektive s. *Bruns*, JZ 2007, 385, 386 m. w. N.

[187] *Canaris*, AcP 200 (2000), 276, 290.

[188] Vgl. *Preis*, AR 1994, 139, 141. Diese Befürchtung ist typisch für den rechtsphilosophischen Problemkomplex des Rechtspaternalismus. Für einen Überblick zu Rechtspaternalismus und Privatrecht s. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 3 ff. sowie *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht.

[189] *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. V.

[190] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; vgl. *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 774 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Funktion an.[191] Marktkonstitutiv wirkt eine Norm dann, wenn sie den Schutz der Funktionsbedingungen des Marktmechanismus bezweckt.[192] Eine Norm wird hingegen als marktkompensatorisch qualifiziert, wenn sie auf die Begrenzung oder den Ausgleich des Wirkungsbereich des Marktes aus sozialen oder rechtsethischen Gründen zielt.[193] Elemente beider Funktionen können dabei nebeneinander in derselben Norm existieren.[194] Für den Untersuchungsgegenstand ist die Differenzierung zwischen den Funktionen gerade deswegen relevant, weil sie Ansatzpunkte für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie für das Verhältnis unterschiedlicher Prüfungsnormen zueinander liefert.

Normen mit marktkonstitutiver Funktion kann entweder die Kooperations- oder die Konkurrenzebene des Marktes schützen.[195] Ein Beispiel für den Schutz der Kooperationsebene und damit in erster Linie für Individualschutz sind Normen, durch die Verträge, die durch die Ausnutzung von Rationalitätsdefiziten[196] und damit unter dem Einfluss beschränkter Entscheidungsfreiheit zustande gekommen sind, die Wirksamkeit verweigert wird. Hierdurch werden Störungen der Marktkooperation unterbunden,[197] und die tatsächliche Entscheidungsfreiheit geschützt. Ein Beispiel hierfür ist der Anfechtungsgrund des § 121 Abs. 1 BGB sowie der auf die Ausbeutung einer Zwangslage abstellende Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB.

Ein Beispiel für eine marktkonstitutive Norm, die wiederum die Konkurrenzebene schützen soll, ist § 1 GWB.[198] Da das Konkurrenzelement des Marktes als eine Voraussetzung für die Gewährleistung tatsächlicher Entscheidungsfreiheit angese-

---

[191] Zwischen diesen beiden Funktionen unterscheidet überzeugend *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 65 m. w. N., der in Fn. 2 auf ähnliche Differenzierungen verweist.

[192] Hierzu anhand von Beispielen erläuternd *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 65 ff. m. w. N.; vgl. *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 775, die den Schutz der Funktionsfähigkeit des Marktes als Aufgabe der Klauselkontrolle nach AGB-Recht identifizieren.

[193] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 65 f. m. w. N.

[194] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 66, der als Beispiel auf die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB verweist.

[195] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 67 f. m. w. N. insbesondere zur Regulierung von Wettbewerbsabreden.

[196] So zum Beispiel fehlende Geschäftsfähigkeit, Willensmängel sowie Täuschung und Drohung, *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 78; grundlegend für die Verhaltensökonomik zu Rationalitätsdefiziten im Zusammenhang mit Verhaltensanomalien *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 816 f. m. w. N.; *Tversky*, Science 185 (1974), 1124 ff.

[197] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 75. In dem Maß in dem diese Normen individuelle Entscheidungsfreiheit schützen sind sie Teil einer *materialen* Konzeption der Vertragsfreiheit, bei der es darauf ankommt, dass die Parteien auch faktisch selbstbestimmt handeln können. Hierzu sowie zum Unterschied zwischen rechtlicher und tatsächlicher Entscheidungsfreiheit und zur „Materialisierung" der Vertragsfreiheit *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 ff.

[198] Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 294; KK-KartR/*Maritzen*, GWB § 1 Rn. 38; vgl. MüKoBGB/*Säcker*, Einl. BGB Rn. 39.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hen wird,[199] besteht auch hier ein Zusammenhang zum Schutz der Vertragsfreiheit durch den Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit. Gleichzeitig kann der freie Wettbewerb als Institut, als Grundlage unseres Wirtschaftssystems und als allgemeines Interesse[200] geschützt werden.

Ist hingegen der Telos der vertragsrechtlichen Norm marktkompensatorischer Natur, so kann dieses Ziel insbesondere über Transaktionsverbote oder über die staatliche Regulierung des Vertragsinhalts erreicht werden.[201] Bei letzterem handelt es sich dann um eine Kontrolle des Verhandlungsergebnisses anhand des Prinzips der objektiven Äquivalenz, also anhand vom subjektiven Willen der Parteien unabhängigen Kriterien[202] und damit um eine direkte Abweichung von dem Grundsatz, dass die Rechtsordnung die von den Vertragsparteien subjektiv vorgenommene Bewertung von Leistung und Gegenleistung als gleichwertig akzeptiert.[203] Durch diese Kontrolle soll sichergestellt werden, dass der Kooperationsgewinn gerecht verteilt wird, indem die wirtschaftlich schwächere Partei einen Mindestanteil erhält.[204] Da der regulatorische Eingriff bei marktkompensatorischem Recht also im Kern darauf beruht, dass die Ressourcenverteilung, die Ergebnis des Marktmechanismus ist, aus rechtsethischen oder sozialpolitischen Gründen missbilligt wird,[205] steht hier nicht der Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit und des freien Wettbewerbs im Fokus sondern die Korrektur des Ergebnisses.[206] Jedoch können auch rechtsethische oder sozialpolitische Gründe Bezüge zu einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit aufweisen, wie zum Beispiel die auf sozialen Gründen beruhende typischerweise unterschiedliche Verhandlungsstärke der Vertragsparteien. Diese wird je nach Ausgangslage auch als Indiz für eine Beschränkung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit gesehen.[207] Dann führt die Unterbindung der Transaktion bzw. die Korrektur des Vertragsergebnisses auch zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der sozial schwächeren Person, die Norm hat also auch eine marktkonstitutive Funktion. Sowohl marktkonstitutives als auch markt-

[199] S. o. B.II.3., 107 f.

[200] Zusammenfassend hierzu statt aller *Voet van Vormizeele*, NZKart 2013, 386 f.; zur Schaffung und Erhaltung funktionsfähiger Märkte als legitimes Ziel staatlichen Handelns *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 23 ff.

[201] Für weitere wohl dieser Kategorie zuzuordnende Regelungsweisen insbesondere im Sozialrecht s. *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 130 f.

[202] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 127 m. w. N.; vgl. *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102, der den Zusammenhang zwischen der zivilrechtlichen Vertragskontrolle und dem Ziel der Herstellung von Vertragsgerechtigkeit betont.

[203] Zum subjektiven Äquivalenzprinzip s. o. B.II.2., 106 f.

[204] *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 144.

[205] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 124.

[206] Vgl. *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102.

[207] Kritisch zu dieser Praxis *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kompensatorische Rechtsnormen können demnach die Vertragsfreiheit schützen.[208] Der Gesetzgeber kann also zwischen verschiedenen Regelungsmechanismen auswählen[209] und verschiedene Ziele verfolgen.[210] Ein Beispiel für den individuellen Schutz der sozial oder wirtschaftlich schwächeren Person durch die Kontrolle des Vertragsinhalts ist § 74a Abs. 1 HGB.[211]

Sowohl für den Schutz und die Gewährleistung des Kooperations- und Konkurrenzelements des Marktes sowie für den Schutz des sozial Schwächeren kommt dem Recht mithin eine substantielle Rolle zu, indem es die Bedingungen eines funktionierenden Marktmechanismus absichert und dort wo nötig das Ergebnis des Marktmechanismus korrigiert.[212] Gleichzeitig leiten diese Funktionen direkt zum verfassungsrechtlichen Hintergrund der Vertragskontrolle über, da diese Normen dann, wenn sie sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen entgegenwirken, gleichzeitig die objektiven Grundentscheidungen der betroffenen Grundrechte und zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip verwirklichen.[213]

---

[208] Die Vertragsfreiheit wird zu diesem Zweck allerdings eingeschränkt, und zwar nicht nur durch spezifisch auf den Vertragsabschluss oder -inhalt ausgerichtete Normen, sondern auch durch Generalklauseln wie §§ 138 und 242 BGB, vgl. *Weil*, FPR 2010, 450, 450. Der Schutz der Vertragsfreiheit durch die Einschränkung derselben ist entgegen des ersten Eindrucks allerdings kein Paradoxon. Auf den zweiten Blick erschließt sich jedoch, dass jeweils zwei unterschiedliche Ebenen der Vertragsfreiheit betroffen sind. Für diese Erkenntnis bietet es sich an, zwischen der formellen bzw. rechtlichen Freiheit und der tatsächlichen zu unterscheiden, *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 300. Zwar wird äußerlich die Fülle der vorhandenen Gestaltungs- und Abschlussfreiheit eingeschränkt, indem bestimmte Bedingungen für die Zulässigkeit und die Wirksamkeit des Vertrags aufgestellt werden. Allerdings knüpfen diese Bedingungen an Umstände an, ohne deren Vorliegen von einer Gewährleistung der Vertragsfreiheit nicht ausgegangen werden kann. Ein Beispiel hierfür sind Fälle, in denen die Entscheidungsfreiheit zumindest einer der Vertragsparteien so eingeschränkt war, dass der Vertrag ein Ausdruck von Fremd- und nicht Selbstbestimmung ist, vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 1470. Insgesamt wird also die formale Vertragsfreiheit eingeschränkt, um die materiale, also die tatsächlich vorhandene Freiheit, zu schützen, vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 300 m. w. N. Freiheit wird hier dann auch nicht mehr rein negativ als Abwesenheit von Zwang verstanden, sondern es herrscht die Einsicht, dass bestimmte Bedingungen erfüllt sein müssen, damit von Freiheit erst gesprochen werden kann.

[209] Einen Überblick über die Varianten der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Abschluss- und Inhaltsfreiheit gibt *Bruns*, JZ 2007, 385, 388 f. m. w. N.

[210] Ein Beispiel hierfür ist das AGB-Recht, das zunächst vor allem mit dem Schutz des strukturell Schwächeren begründet wurde und damit mit einem sozialen, marktkompensatorischen Gedanken, für das aber mittlerweile immer öfter auch als Telos die Reaktion auf durch Marktversagen bedingte Informationsasymmetrien und die dadurch verursachte Störung privatautonomer Selbstbestimmung herangezogen wird, *Gsell*, JZ 2012, 809, 814.

[211] Zum Telos der §§ 74 ff. HGB, den Arbeitnehmer als typisch schwächere Vertragspartei gegen eine übermäßige Beschränkung seiner Freiheit zu schützen, Baumbach/Hopt/*Roth*, § 74 Rn. 3.

[212] Weiterführend zum Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem, insbesondere zur Lenkung des Verhaltens von Anbietern und Nachfragern, *Mestmäcker*, Die sichtbare Hand des Rechts, S. 139 ff.

[213] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

1. Beschränkung des vertraglichen Gestaltungsspielraums durch die Grundrechte

Die Abschluss- und Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien wird durch die expliziten Vorgaben der einfachgesetzlichen Regelungen begrenzt.[214] Allerdings existieren nicht immer speziell auf den Fall zugeschnittene Regelungen oder aber die Regelungen sind aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe auslegungsbedürftig. Gerade bei der dann vorzunehmenden Anwendung, Auslegung und Fortbildung der Gesetze als deren notwendige Konkretisierung werden die Grundrechte dann auch für Privatpersonen relevant.[215]

Zwar unterliegen Privatpersonen keiner direkten Grundrechtsbindung,[216] Art. 1 Abs. 3 GG spricht vielmehr nur davon, dass Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung und damit die gesamte öffentliche Gewalt unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Dies hat jedoch zur Folge, dass die Gesetzgebung auch beim Erlass privatrechtlicher Normen die sich aus den Grundrechten ergebenen Grenzen beachten muss sowie gegebenenfalls Gesetzgebungsaufträge.[217] Einfachgesetzliche Begrenzungen finden ihre Grenzen und ihren Ursprung mithin unter anderem auch in den Grundrechten, was bei ihrer Anwendung beachtet werden muss.[218] Unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist auch der staatliche Richter, der das Recht anwendet und fortbildet.[219] Für ihn gilt, dass die Sätze, die er durch die

[214] Da die Legislative gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist, sind einfachgesetzliche Normen immer auch Ergebnis einer im Gesetzgebungsprozess vorgenommenen Abwägung der abstrakt betroffenen Grundrechte. Es handelt sich jedoch um die „Staatsgerichtetheit der Grundrechte und nicht um eine irgendwie geartete Drittwirkung in der ‚reinen' Bürger-Bürger-Relation", *Stern*, Band III/1, S. 1565 f. m. w. N. Die Grundrechte binden den Gesetzgeber dabei sowohl in ihrer Funktion als Abwehrrechte, als auch als Leistungs- und Gestaltungsrechte und Gleichheitssätze und somit in ihrer Schutzgebotsfunktion, vgl. *Stern*, Band III/1, S. 1567 ff.

[215] Vgl. *Hager*, JZ 1994, 373, 376; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[216] Stellvertretend für alle Maunz/Dürig/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 113.

[217] *Ritgen*, JZ 2002, 114, 115. Zu den sich aus den Grundrechten ergebenen Schranken und Gesetzgebungsaufträgen *Jung*, JZ 2001, 1004, 1004 ff. m. w. N. Allerdings ist umstritten, in welchem Umfang die Bindung beim Privatrechtsgesetzgeber besteht. Halten einige eine unmittelbare Bindung für gegeben, sprechen andere wiederum nur von einer Ausstrahlungswirkung der Grundrechte. Zu der Diskussion, die im Rahmen dieser Arbeit nicht in voller Breite behandelt werden kann, überzeugend statt aller *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 212 m. w. N.

[218] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 213; *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718, 752 ff. bezeichnet die Funktion der Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht und schreibt zu diesem Zusammenhang, dass Verfassung dort als Privatrecht auftrete, wo es darum gehe, das Privatrecht an sein Versprechen gleicher Freiheit und die Erhaltung ihrer Bedingungen zu erinnern.

[219] Zur dogmatischen Herleitung dieser Bindung statt aller *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 23 ff. m. w. N. Zu den Auswirkungen dieser Grundrechtsbindung *Jung*, JZ 2001, 1004, 1006 f. m. w. N.; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1064 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung seiner Entscheidung zugrunde legt, grundsätzlich genauso an den Grundrechten gemessen werden müssen, als stünden sie selbst im Gesetz.[220]

Eine Konsequenz dieser in allen Rechtsgebieten geltenden[221] Grundrechtsbindung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist die sogenannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.[222] Die Bürger sind somit zwar keine direkten Normadressaten der Grundrechte.[223] Dennoch bleiben sie von den Auswirkungen der Grundrechte nicht unberührt, wenn und soweit der Staat, der an die Grundrechte gebunden ist, die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern regelt.[224] Diese führt dazu, dass Grundrechte auch im Privatrechtsverkehr durch das einfache Recht und dessen Anwendung horizontal wirken können.[225]

Im Zentrum dieser Verknüpfung von Grundrechten und Privatrecht steht für die Privatpersonen zumeist der Zivilrichter.[226] Dieser muss bei der Auslegung von Generalklauseln und sonstigen unbestimmten Rechtsbegriffen die Grundrechte und ihre

[220] *Canaris*, JuS 1989, 162.

[221] Hintergrund hiervon ist, neben Art. 1 Abs. 3 GG, dass die Grundrechte als Ausdruck einer objektiven Werteordnung angesehen werden, die ohne Unterschied für alle Bereiche des Rechts gilt, BVerfG, Urt. v. 15. 01. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 = GRUR 1958, 254, 255, st. Rspr. Zur Untergliederung der Grundrechte als Werteordnung in Entfaltungsfreiheit, Institutionen und Rechtssätze *Schapp*, JZ 1998, 913, 914 ff.

[222] Zur mittelbaren Drittwirkung s. BVerfG, Urt. v. 15. 01. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 ff. = GRUR 1958, 254, 255 ff. Im Hinblick auf Arbeitsverhältnisse wird aufgrund der Rechtsprechung des BAG (vgl. stellvertretend zur die Argumentation für eine unmittelbaren Wirkung der Grundrechte BAG, Urt. v. 03. 12. 1954 – 1 AZR 150/54, BAGE 1, 185 = NJW 1954, 606, 607) teilweise noch diskutiert, ob Art. 12 GG im Rahmen der Drittwirkung direkt als Prüfungsmaßstab herangezogen werden kann (sog. unmittelbare Drittwirkung). Jedoch ist Voraussetzung für eine direkte Anwendung eines Grundrechts auf privatrechtliche Regelungen, dass das Grundrecht ausdrücklich unmittelbare Drittwirkung zumisst, wie dies in Art. 9 Abs. 3 S. 2 geschehen ist. Mangels einer solchen Zumessung ergibt sich aus Art. 12 GG und Art. 2 I GG folglich nicht die generelle Verfassungswidrigkeit und damit Unwirksamkeit gem. § 134 BGB von Wettbewerbsverboten. Zu dieser Diskussion vgl. Maunz/Düring/*Scholz*, Art. 12 Rn. 79 ff. m. w. N.; für eine ausführliche Analyse des Streits s. *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 20 ff., der auf S. 39 die Drittwirkungsdiskussion als „erledigtes Randproblem" bezeichnet; ähnlich auch *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 82 m. w. N.

[223] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 36; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[224] *Michl*, JURA 2017, 1062, 1065 ff. m. w. N. zu den unterschiedlichen Arten dieses Einflusses.

[225] Vgl. MüKoBGB/*Säcker*, Einl., Rn. 62; hierzu auch *Badura*, in: FS Odersky, S. 159, 174, der im Hinblick auf das Privatrecht ausführt, dass der Zivilrechtsgeber bereits weitgehend selbst kollidierende Rechte und Interessen ausgeglichen habe, er gleichzeitig aber dort den Grundrechten einen Zugang zum Privatrecht öffne, wo durch Generalklauseln auf allgemeine Wertauffassungen verwiesen werde.

[226] *Michl*, JURA 2017, 1062, 1065.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verschiedenen Funktionen beachten.[227] Die Verknüpfung wurde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lange Zeit unter dem vagen Begriff der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zusammengefasst.[228] Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte bedeutet in diesem Zusammenhang, dass sich die ordentlichen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der entscheidungsrelevanten Normen durch die Bedeutung und Tragweite der von der gerichtlichen Entscheidung betroffenen Grundrechte leiten lassen, um so deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene zu gewährleisten.[229] Dogmatisch soll dies vor allem dadurch geschehen, dass die Gerichte bei der Gesetzesanwendung dort, wo Raum für eine Auslegung von Tatbestandsmerkmalen ist, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falls zwischen den widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgütern abwägen,[230] für eine Balance sorgen und dies in die Auslegung einbringen. Als Einfallstore für die grundrechtlichen Wertungen kommen im Fall des hier behandelten Untersuchungsgegenstandes vor allem § 138 BGB und § 1 GWB und die in den jeweiligen Prüfungsmaßstäben enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe in Betracht. Aber auch bei der Frage, ob die §§ 74 ff. HGB direkt oder analog anwendbar sind, können grundrechtliche Wertungen eine Rolle spielen.

Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass die mit dem Konzept der Ausstrahlungswirkung verbundene Auffassung über die Art, wie Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen einwirken, zu einer „Abwägung im freien Raum“[231] und damit nicht zu gesteigerter Rechtssicherheit führt. Der Begriff der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte beschreibt nur die Grundrechtswirkung in der Rechtsordnung insgesamt.[232] Das Konzept der mittelbaren Drittwirkung wiederum ist nur die Umschreibung für eine Art der Grundrechtswirkung in der Rechtsordnung.[233] Beide Begriffe treffen keine Aussage darüber, welche konkreten Auswirkungen die

[227] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.04. 2005 – BvR 1644/00 u. a., BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561, 1565; zur Grundrechtsbindung des Zivilrichters statt aller *Michl*, JURA 2017, 1062, 1065 ff. m. w. N.

[228] Vgl. statt aller *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 27 ff., 51 ff., der eine langsame Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hin zu einer dogmatischen Präzisierung aufzeigt. Zu der neuesten Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das Problem der Drittwirkung im Wege einer zweistufigen verfassungskonformen Auslegung zu lösen, *Kulick*, JuS 2016, 2236 ff. sowie kritisch zum Festhalten des BVerfG an dem Begriff der mittelbaren Grundwirkung *Michl*, JURA 2017, 1062, 1076.

[229] Vgl. BVerfG, Urt. v. 15. 01. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 = GRUR 1958, 254, 255; sich hierauf beziehend auch BVerfG, Beschl. v. 09. 04. 2005 – 1 BvR 1644/00 u. a., BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561, 1565.

[230] St. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185 = NJW 1999, 1322, 1324.

[231] *Kulick*, JuS 2016, 2236, 2240.

[232] *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2.

[233] *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundrechte in Drittwirkungskonstellationen haben.[234] Um diese zu bestimmen bedarf es einer strukturierteren Vorgehensweise unter Beachtung der für den Untersuchungsgegenstand relevanten Grundrechtsfunktionen.[235]

2. Zusammenspiel der objektiven Wirkung der Grundrechte und der grundrechtlichen Schutzpflicht- sowie Abwehrrechtsdimension in Drittwirkungskonstellationen

a) Eingriffsabwehrrechtsdimension und Übermaßverbot

Strukturierend für die Ermittlung des Inhalts der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in Fällen mittelbarer Drittwirkung wirkt die Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Funktionen der Grundrechte. Grundrechte verpflichten in erster Linie als vertikal wirkende subjektive Abwehrrechte der Bürger den Staat dazu, verletzende Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre seiner Bürger zu unterlassen.[236] Sofern der Staat dennoch in Grundrechte seiner Bürger eingreift, muss der jeweilige Eingriff gerechtfertigt sein, ansonsten liegt eine Grundrechtsverletzung vor.[237] Die Untersuchung, ob der staatliche Eingriff gerechtfertigt ist, wird durch das sogenannte Übermaßverbot mit Inhalt gefüllt und strukturiert. Das Übermaßverbot besagt, dass der Staat nur dann in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter eingreifen darf, wenn er damit in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise einen legitimen Zweck verfolgt.[238] Es handelt sich also um eine Überprüfung der Mittel-Zweck-Relation.[239] Geeignet ist das Mittel, wenn es den Zweck zumindest förderlich ist,[240] wohingegen im Rahmen der Erforderlichkeit geprüft wird, ob der Staat den legitimen Zweck auch mit einem alternativen Mittel hätte erreichen können, das milder und ebenso effektiv gewesen wäre.[241] Die Überprüfung der Angemessenheit wiederum, die auch Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genannt wird, ist eine mehrschrittige Abwägungsentscheidung, bei der die Schwere des Grundrechtseingriffs durch die konkrete Maßnahme in Verhältnis zu dem verfassungsrechtlichen Gewicht des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks

[234] *Hager*, JZ 1994, 373, 374; vgl. *Michl*, JURA 2017, 1062, 1076, der aufgrund der Inhaltsleere des Begriffs der mittelbaren Drittwirkung fordert, diesen abzuschaffen.

[235] Vgl. *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2; *Lindner*, JURA 2020, 9, 10.

[236] St. Rpsr., vgl. grundlegend BVerfG, Urt. v. 15. 01. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 204 = GRUR 1958, 254, 255; *Lindner*, JURA 2020, 9; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3026; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411; erläuternd zur Hauptfunktion s. statt aller *Stern*, in: Isensee/Kirchhof, StaatsR, § 185 Rn. 56 ff. m. w. N.

[237] *Lindner*, JURA 2020, 9.

[238] Stellvertretend für die st. Rspr. BVerfG, Beschl. v. 14. 02. 1967 – 1 BvL 17/63, BVerfGE 21, 150 = NJW 1968, 1175, 1175.

[239] *Michael*, JuS 2001, 148, 148.

[240] Vertiefend hierzu *Michael*, JuS 2001, 148, 149 m. w. N.

[241] Vertiefend zu diesem Prüfungsschritt und der Abgrenzung zu den anderen Elementen der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Daibler*, JA 2020, 37, 39 f.; *Michael*, JuS 2001, 148, 149 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gesetzt wird.[242] Bei der gerichtlichen Überprüfung dieser Abwägungsentscheidung handelt es sich nicht um den Versuch der Optimierung aller denkbaren Mittel-Zweck-Relationen, vielmehr werden die Entscheidungsspielräume des Staates berücksichtigt.[243] Private Dritte spielen im Rahmen des zweipoligen Abwehrverhältnisses Bürger Staat insofern eine Rolle, als dass der legitime Zweck des Grundrechtseingriffs im Schutz der Grundrechte Dritter liegen kann.[244] Die Eingriffsabwehrrechtliche Funktion der Grundrechte verlangt mithin vom Staat die Beachtung bestimmter Grenzen und damit das Unterlassen eines konkret umrissenen Eingriffsakts.[245]

b) Grundrechtliche Schutzpflichten und das Untermaßverbot

aa) Grundrechtliche Schutzpflichten als Teil der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension

Von besonderer Relevanz[246] für den Untersuchungsgegenstand ist zudem neben der als Hauptfunktion bezeichneten abwehrrechtlichen Komponente[247] die sog. Schutzfunktion der Grundrechte,aus der sich staatliche Schutzpflichten ergeben können.[248] Die grundrechtliche Schutzfunktion basiert auf dem objektiv-rechtlichen

---

[242] *Daibler*, JA 2020, 37, 37 f. m. w. N.; *Michael*, JuS 2001, 148, 149 m. w. N.

[243] *Michael*, JuS 2001, 148, 150; zu den Entscheidungsspielräumen in Drittwirkungsfällen s. u. B.III.2.c), 126 f.

[244] *Michael*, JuS 2001, 148; *Lindner*, JURA 2020, 9 m. w. N.

[245] *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 558.

[246] Vgl. *Stern*, Band III/1, S. 1572, der die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte als den „dogmatisch ‚sauberste[n]' Ansatzpunkt, die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung dem Wesen und dem Gehalt der Grundrechte entsprechend zu lösen" bezeichnet.

[247] Vgl. *Dietlein*, Die Lehre von grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 34, der für die Klassifizierung der Abwehrfunktion als „Grund- oder Urfunktion" insbesondere auf die Statuslehre *G. Jellineks* verweist (vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87, 94 ff.) sowie darauf hinweist, dass es zu Beginn der juristischen Diskussion um die dogmatische Verortung grundrechtlicher Schutzpflichten strittig gewesen sei, ob es sich um eine zusätzliche Wirkungsdimension zur Abwehrfunktion handelt oder ob sie als Ausprägung ebendieser Abwehrfunktion anzusehen seien. Zur dualistischen Konzeption und sog. „Doppelcharakter der Grundrechte" s. *Stern*, Band III/1, S. 897 ff.

[248] Zusammenfassend zur staatstheoretischen Begründung der staatlichen Schutzpflichten sowie zur verfassungsrechtlichen Verankerung dieses Konzepts im Grundgesetz s. statt aller *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 21 ff. m. w. N. Von der grundrechtlichen Schutzpflicht muss zugleich das aus Art. 20 Abs. 1 GG abzuleitende Sozialstaatsprinzip abgegrenzt werden. Gerade das vom BVerfG verwendete Kriterium der strukturellen Ungleichheit zeugt von der thematischen Nähe zwischen dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip und grundrechtlichen Schutzpflichten, vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio* Art. 2 Rn. 108. Allerdings verfolgen das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip und grundrechtliche Schutzpflichten im Grundsatz unterschiedliche Ziele. Dies spiegelt sich bereits in der Verfassungsgeschichte wider. Durch die Festlegung des Sozialstaatsauftrags in Art. 20 Abs. 1 GG hat der Grundgesetzgeber die relative Blindheit der liberalen Staats- und Grundrechtsauffassung gegenüber den sozialen Voraussetzungen überwunden, die zur Realisierung grundrechtlicher Freiheit notwendig sind, vgl. *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1538.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Charakter der jeweils einschlägigen Grundrechtsnorm.[249] Während die Eingriffsabwehrfunktion den Staat dazu verpflichtet, verletzende Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter seiner Bürger zu unterlassen, verpflichtet die Schutzfunktion den Staat im Rahmen seiner Kompetenzen zu einem aktiven Handeln zum Schutz ebendieser Rechtsgüter.[250] Da dem Staat bei einem Verstoß gegen die Schutzpflicht Nichthandeln vorgeworfen wird, hat die Schutzpflicht keine konkrete Handlung zum Gegenstand, der Inhalt der Pflicht ist also unbestimmt.[251] In diesem Aspekt unterscheidet sie sich von der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, die sich gegen eine konkrete Handlung des Staates wendet.[252] Dass der Inhalt der Pflicht unbestimmt ist, bedeutet auch, dass dem Staat bei der Erfüllung der

---

Gleichzeitig sprechen noch immer einige wenige Stimmen in der Literatur von einer wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, vgl. *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 15 m. w. N. Ziel des Sozialstaatsprinzips ist jedenfalls, auf sozialen Ausgleich sowie die soziale Sicherheit speziell des sozial Schwächeren hinzuwirken damit grundrechtliche Freiräume voll entfaltet werden können vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 104 m. w. N.; *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 693. Gleichzeitig ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers weit, der gesetzgeberischen Disposition entzogen ist nur das aus der Verbindung mit dem Menschenwürdekern des Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht des Einzelnen auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 693 f. m. w. N. Vertiefend zum Sozialstaatsgebot und der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums Dreier/*Wittreck*, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 45 f. m. w. N. und *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 197 ff. m. w. N. insbesondere zu der Frage, inwieweit „reale" Voraussetzungen Gegenstand grundrechtlichen Schutzes sein können. Zur Frage der Sicherung des Existenzminimums durch Entlohnung im Arbeitsverhältnis *Nassibi*, AR 2012, 305, 306 ff. Über die Gewährleistung des Existenzminimums hinaus ergeben sich für den Staat keine konkreten Handlungsverpflichtungen. Vielmehr ist der Staat nur verpflichtet, auf die Verwirklichung der aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Ziele hinzuwirken, sodass der Gestaltungsspielraum des Staates hier deutlich weiter ist als bei grundrechtlichen Schutzpflichten, vgl. *Schladebach*, JuS 2018, 118, 120. Bei der Abgrenzung hilfreich ist, dass grundrechtliche Schutzpflichten anders als das auf Veränderung ausgerichtete Sozialstaatsprinzip den Schutz des status quo bezwecken, vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 165. Das Sozialstaatsprinzip kann als Rechtswert von Verfassungsrang herangezogen werden, um einen Eingriff in Grundrechte zu legitimieren und dann im Einzelfall mit konfligierenden Verfassungspositionen im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich gebracht zu werden, vgl. *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 694; vertiefend hierzu *Schladebach*, JuS 2018, 118, 121, der auf das mit der Herstellung praktischer Konkordanz verbundene Optimierungsgebot hinweist.

[249] Vgl. BVerfG, Urt. v. 25. 02. 1975 – 1 BvF 1 – 6/74, BVerfGE 39, 1, NJW 1975, 573, 575; für einen Überblick zur Bedeutung der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 556g m. w. N.; kritisch zum Begriff der objektiven Werteordnung *Michl*, JURA 2017, 1062, 1064 m. w. N. Zum rechtsphilosophischen Hintergrund der Schutzpflichten, insbesondere zum Zusammenhang mit dem staatlichen Gewaltmonopol statt aller *Calliess*, JZ 2006, 321, 321 f. m. w. N. Zum Zusammenhang zwischen dem modernen Eingriffsbegriff und der Schutzpflichtendimension der Grundrechte *Vosgerau*, AöR 133 (2008), 346, 349 f. Einen ergänzenden Begründungsansatz mit einem Fokus auf Art. 19 Abs. 3 GG verfolgt *Lücke*, JZ 1999, 377, 378 ff.

[250] *Stern*, Band III/1, S. 945 ff. m. w. N.

[251] *Calliess*, JZ 2006, 321, 324; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 558.

[252] S. o. B.III.2.a), 121 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grundrechtlichen Schutzpflicht ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.[253]

bb) Konkretisierung der Schutzpflicht durch das Untermaßverbot

Trotz des weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Staates bei der Erfüllung der Schutzpflicht wird zumindest das hinreichende Maß an Schutzeffektivität durch das sogenannte Untermaßverbot vorgegeben,[254] das Vorgaben für einen wirksamen und angemessenen Mindeststandard des Schutzes von Rechtspositionen des Bürgers aufstellt.[255] Im Unterschied zum Kontrollmaßstab des Übermaßverbotes, das eine konkrete Maßnahme zum Gegenstand hat,[256] handelt es sich beim Untermaßverbot um eine in der Kontrolldichte reduzierte bloße Ergebnis- und Minimalkontrolle.[257] Zur Identifizierung der durch das Untermaßverbot vorgegebenen Grenze bietet es sich an, in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob das für die jeweilige Situation relevante Schutzgebot aus einem Grundrecht abgeleitet werden kann, wobei beachtet werden muss, dass auch eine im Grundsatz bejahte Schutzpflicht im Einzelfall nicht immer ohne weiteres durchgreift.[258] Sofern eine Schutzpflicht bejaht wird, sind in einem zweiten Schritt die sich aus dem Untermaßverbot ergebenen Anforderungen an die Schutzmaßnahme zu bestimmen.[259]

(1) Voraussetzungen für die Annahme einer Schutzpflicht

Voraussetzung für die Annahme einer Schutzpflicht ist zunächst die tatbestandliche Anwendbarkeit eines Grundrechts.[260] Das bedeutet, dass zunächst bestimmt werden muss, ob ein Rechtssatz in der Gestalt, wie ihn die jeweilige Problemstellung

[253] Grdlg. BVerfG, Urt. v. 16. 10. 1977 – 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 = NJW 1977, 2255, 2255; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3026 f.; *Stern*, Band III/1, S. 1580 m. w. N.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412. Für das Privatrecht bedeutet dies, dass es nicht umfassend durch die Verfassung präjudiziert ist, vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 75, der darauf hinweist, dass Art. 74 Nr. 1 GG ausdrücklich dem Gesetzgeber die Befugnis zur privatrechtsgestaltenden Tätigkeit zuweise.

[254] Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 VII. Rn. 126 m. w. N.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 558; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[255] Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 VII. Rn. 126 m. w. N. Wird ein Verstoß gegen das Untermaßverbot festgestellt, so wird dem Staat gleichzeitig ein Unterlassen vorgeworfen, *Canaris*, JuS 1989, 163.

[256] S. o. B.III.2.a), 121 f.

[257] *Klein*, JuS 2006, 960, 961. Für einen Vergleich des Übermaß- und Untermaßverbots als Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips s. *Michael*, JuS 2011, 148, 148 ff.

[258] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 71.

[259] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 71.

[260] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 71 ff.; vgl. auch *Merten*, in: GS Burmeister, S. 227, 240, der dies unter dem Merkmal der Verfassungslegitimität des geschützten Rechtsguts behandelt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erforderlich macht, Teil der Schutzgewährleistung eines Grundrechts ist.[261] Erst nach der Identifizierung des jeweiligen Grundrechts und der Bejahung der für die bestimmte Problemstellung relevanten grundrechtlichen Schutzgewährleistung kann die Frage nach dem Durchgreifen der Schutzpflicht im konkreten Einzelfall gestellt werden.[262] Da es sich um eine Problematik des Unterlassens handelt, muss wie sonst auch im Recht zunächst eine spezifische Argumentationsschwelle überwunden werden, damit überhaupt eine Rechtspflicht zum Handeln begründet werden kann.[263] Gefordert wird ein gewichtiges Bedürfnis für den Schutz des von der grundrechtlichen Gewährleistung umfassten Rechtsguts, wobei es primär um die tatsächliche Beeinträchtigung und Funktionsfähigkeit des Grundrechts geht.[264] *Dietlein* nennt dieses Bedürfnis prägnant das „schutzpflichtenaktivierende Gefahrenniveau".[265] Als Indiz für das Bestehen einer Schutzpflicht wird die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung des Grundrechts angeführt.[266] Ob eine Schutzpflicht tatsächlich besteht, ist von zahlreichen Kriterien abhängig, die *Canaris* mit der folgenden Formel zusammengefasst hat: „Je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist, desto eher ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zu bejahen."[267]

(2) Anforderungen an die Schutzmaßnahme

Dies führt direkt über zu dem „Wie" der Schutzhandlung. Der Inhalt des Untermaßverbots ist diesbezüglich nicht klar umrissen.[268] Ebenso wie der Maßstab des Übermaßverbots handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn auch mit einer geringeren Kontrolldichte.[269] Der Staat darf je-

[261] Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 71 ff.

[262] Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 74, der auf S. 61 darauf hinweist, dass diese Stufen freilich nahtlos ineinander übergehen könnten.

[263] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 43.

[264] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 74 f.

[265] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S, 107.

[266] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 75 m. w. N., der darauf hinweist, dass im Privatrecht nicht jede einzelne Beeinträchtigung von Verfassungs wegen zu missbilligen sein müsse, sondern dass vielmehr das Schutzdefizit in seiner Gesamtheit entscheidend sei; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 106, der überzeugend auf die Rechtswidrigkeit des Verletzungserfolges abstellt.

[267] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 80. Vertiefend zu den Kriterien BVerfG, Beschl. v. 08. 08. 1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 142 = NJW 1979, 359, 363; *Calliess*, JZ 2006, 321, 328; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 77 ff. m. w. N.

[268] *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[269] *Michael*, JuS 2001, 148, 155. Eine dritte für die Grundrechtsprüfung relevante Variante des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird im Rahmen der Prüfung von Gleichheitssätzen angewendet. Gleichheitssätze sind jedoch für den Untersuchungsgegenstand nicht direkt relevant. Zu der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Gleichheitssätzen und den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denfalls nicht evident untätig geblieben sein[270] und die staatlichen Maßnahmen dürfen zum Schutz nicht offensichtlich ungeeignet sein.[271] Das nächste Element des Untermaßverbots ist, dass die gewählte Maßnahme hinlänglichen Schutz gewähren muss, also für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein muss.[272] Sofern durch die Schutzmaßnahme in Grundrechte des Schutzbedürftigen oder eines Dritten eingegriffen werden, darf die Schutzmaßnahme zudem nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen.[273] Außer dieser generellen Anforderungen existiert bisher noch kein einheitlicher konkreterer Ansatz zur Bestimmung der sich aus dem Untermaßverbot ergebenen Vorgaben.[274] Ob dennoch genaueres zum Inhalt der jeweiligen Schutzpflicht abgeleitet werden kann, ist von den jeweils einschlägigen gewährleistungsspezifischen Vorgaben abhängig[275] und damit von den in der jeweiligen Situation berührten Grundrechten. Insbesondere die zu dem jeweiligen Grundrecht bereits ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann dazu beitragen, Klarheit über den zu gewährleistenden Mindeststandard an Schutz zu schaffen. Im Vergleich zum Kontrollmaßstab des Übermaßverbots ist jedoch auffällig, dass die Kontrolldichte des Untermaßverbots deutlich geringer ist.[276]

c) Drittwirkungskonstellationen: Widerstreit der grundrechtlichen Abwehr- und Schutzfunktion im Verhältnis Bürger – Bürger – Staat

Für den Untersuchungsgegenstand ist besonders relevant, dass die grundrechtliche Schutzfunktion gerade auch vor solchen Gefährdungen und Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter schützt, deren Quelle ein anderes Privatrechtssubjekt ist.[277] Wie jedoch bereits im Rahmen der Ausführungen zum Übermaßverbot angedeutet,[278] muss in diesem für die Drittwirkungskonstellation cha-

---

Unterschieden zum Unter- und Übermaßverbot statt aller *Michael*, JuS 2001, 148, 152 ff. m. w. N.

[270] *Calliess*, JZ 2006, 321, 322; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[271] Vgl. BVerfG, Urt. v. 25. 02. 1975 – 1 BvF 1 – 6/74, BVerfGE 39, 1, NJW 1975, 573, 583; *Calliess*, JZ 2006, 321, 323; ErfKomm/*Schmidt*, Einl. Rn. 38; *Merten*, in: GS Burmeister, S. 227, 240.

[272] Vgl. BVerfG, Urt. v. 28. 05. 1993 – 2 BvF 2/90 u. a., BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751, 1754; *Calliess*, JZ 2006, 321, 323; *Merten*, in: GS Burmeister, S. 227, 240 f.

[273] Zum Übermaßverbot s. o. B.III.2.a), 121 f.

[274] Für einen Überblick s. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 107 f.

[275] Vgl. auch *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 53; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 28.

[276] *Klein*, JuS 2006, 960, 962 f.; *Michael*, JuS 2001, 148, 151 f.

[277] ErfKomm/*Schmidt*, Einl. Rn. 38; *Stern*, Band III/1, S. 1573; *Vosgerau*, AöR 133 (2008), 346, 348; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

[278] S. o. B.III.2.a), 121 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rakteristischen „‚dreidimensionalen' Schutzgeflecht Staat – Störer – Opfer"[279] darauf geachtet werden, dass der Staat durch seine aktive Handlung zugunsten des Schutzbedürftigen in aller Regel auch in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter des „Angreifenden" eingreift.[280]

Die staatliche Schutzpflicht befindet sich in dem so skizzierten Dreieck folglich immer im Widerstreit mit der aus der Abwehrfunktion der Grundrechte abzuleitenden staatlichen Nichteingriffspflicht.[281] Dem Staat kommt dabei die Aufgabe zu, den Rechtsgehalt der Grundrechte in den von ihm erlassenen Rechtsnormen zu konkretisieren.[282] Bei der Erfüllung der Schutzpflicht verfügt er über einen großen Einschätzungs-, Bewertungs- und Gestaltungsspielraum.[283] Gleichzeitig muss der Staat jedoch immer das sich aus der Abwehrfunktion ergebenen Übermaßverbot[284] beachten und einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen durch die Herstellung praktischer Konkordanz erreichen.[285] Die Abwägung selbst ist mithin ein Verteilungsvorgang,[286] wobei der Abwägungs- und Handlungsspielraum des Staates auf der einen Seite durch das Untermaßverbot und auf der anderen Seite durch das Übermaßverbot begrenzt wird.[287]

---

[279] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 75.

[280] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 20; ErfKomm/*Schmidt*, Einl. Rn. 38; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 nennt diese Konstellation „Schutz durch Eingriff".

[281] Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 321, 329; vgl. *Dietlein*, Die Lehre von grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 35.

[282] *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 159, der betont, dass der Gesetzgeber bei der durchzuführenden Abwägung auch andere Grundsätze beachten müsse, so zum Beispiel die Privatautonomie im Zivilrecht.

[283] S. o. B.III.2.b)aa), 122 f.

[284] Zum Übermaßverbot s. o. B.III.2.a), 121 f.

[285] BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822, 831; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, StaatsR, § 197 Rn. 109 m. w. N.; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 116; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3027; vgl. zudem *Stern*, Band III/1, S. 1572, laut dem der Inhalt der staatlichen Schutzpflicht als Ergebnis einer Abwägung abhängig ist von dem jeweils geschützten Schutzgut und den ihm gegenüberstehenden Rechtsgütern. Den Begriff der praktischen Konkordanz erklärt BVerfG, Beschl. v. 11. 04. 2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667, 1668 in Übereinstimmung mit der st. Rspr. wie folgt: „Die Freiheit der einen ist dabei mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Einklang zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden."

[286] *Jung*, JZ 2001, 1004, 1005. Zur damit verwandten Verteilungsgerechtigkeit s. o. B.I.2., 88 ff.

[287] *Jung*, JZ 2001, 1004, 1005; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3027; vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412. Zur Struktur der Abwägung statt aller *Calliess*, JZ 2006, 321, 329 f. Wie der Begriff der Herstellung praktischer Konkordanz bereits impliziert, sind das Unter- und Übermaßverbot gleichwertig. Da der Staat jedoch jeden Eingriff in die Grundrechte rechtfertigen muss, wohingegen im Rahmen der Schutzpflicht die Bürger geltend machen müssen, dass der Staat zu wenig getan hat, die Legitimationslast in beiden Situationen also genau gegenläufig ist, ist die prozessuale Beweislast in beiden Fällen ebenfalls gegenläufig. Hierzu s. *Canaris*,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das soeben skizzierte grundrechtlich determinierte Dreieck wird zudem ergänzt durch verfassungsrechtlich verankerte Gemeinwohlbelange, wie zum Beispiel Staatsziele, die der Staat ebenfalls fördern muss.[288] Diese Schutzpflichten wirken dann rein objektiv-rechtlich und gehen aufgrund der Eigenständigkeit der in die Abwägung einzustellenden Gemeinwohlbelange als eigenständige Abwägungsaspekte in das mehrpolige Verfassungsrechtsverhältnis ein.[289]

Vor diesem Hintergrund kann das zu schützende grundrechtliche Rechtsgut im Dreiecksverhältnis Staat – Störer – Opfer, bei dem sich auf beiden Seiten Grundrechtsträger gegenüberstehen, auch nicht deckungsgleich sein mit dem in einer klassischen zweipoligen Abwehrsituation gegen den Staat vom Schutzbereich des Grundrechts umfassten Freiheitssubtrat.[290]

d) Aufgabenverteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative

Die grundrechtlichen Schutzpflichten richten sich aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG an die gesamte staatliche Gewalt.[291] Jedoch haben die Schutzpflichten auf die Legislative, Judikative und Exekutive einen spezifischen Einfluss, da die staatlichen Stellen zum Schutz nur unter Berücksichtigung der formal-rechtsstaatlichen Anforderungen und demnach nur gemäß ihrer Funktionen, Kompetenzen, Verfahren und Instrumentarien berufen sind.[292]

Dieser funktions- und gewaltenspezifische Ansatz führt dazu, dass gerade aus Gründen der Rechtssicherheit, aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie Grundrechtsschutz und damit auch die Herstellung praktischer Konkordanz insbesondere in Drittwirkungskonstellationen zunächst Aufgabe der Legislative ist.[293] Durch die Schutzfunktion der Grundrechte wird der gesetzgeberische Handlungsspielraum gerade dort beschränkt, wo grundrechtlich geschützte Güter und Freiheiten vor Eingriffen des Staates oder Dritter abgesichert werden

Grundrechte und Privatrecht, S. 43 ff. m. w. N.; *Hager*, JZ 1994, 373, 381 ff.; *Klein*, JuS 2006, 960, 963, 936 m. w. N.

[288] *Calliess*, in: HdGR II, § 44 Rn. 18

[289] *Calliess*, in: HdGR II, § 44 Rn. 18 m. w. N.

[290] Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 22 f. m. w. N.; vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 45; vgl. *Hager*, JZ 1994, 373, 377, 380, der die Bedeutung der Privatautonomie betont. Das BVerfG betont in diesem Zusammenhang, dass Grundrechte nicht über eine „der Staatsgerichtetheit entsprechende Drittgerichtetheit" verfügen, BVerfGE 66, 116, 135.

[291] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17; umfassender zur dogmatischen Begründung *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 1 ff., 23 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 252 f.

[292] *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 559 m. w. N.

[293] *Klein*, JuS 2006, 960, 961; *Stern*, Band III/1, S. 1578 ff. m. w. N., der betont, dass die Bindung auch im Zusammenhang mit dem Erlass von Normen des Privatrechts gelte und damit ausnahmslos; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 559 f. m. w. N. auch zum Verhältnis zwischen dem Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sollen.[294] Einen ersten Ansatzpunkt für die Aufgabenverteilung bietet Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, der als Verbot des Einzelfallgesetzes das Maßnahmenrepertoire des Gesetzgebers auf solche mit abstrakt-generellem Charakter reduziert.[295] Die Maßnahmen der Legislative regeln zudem oft zeitlich fernliegende Situationen.[296] Diese beiden Faktoren führen dazu, dass die Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht im konkreten Einzelfall der Exekutive und der Judikative obliegt.[297] Für Drittwirkungskonstellationen wiederum bedeutet dies, dass die Schutzaufgabe der Legislative im Wesentlichen darin bestehen muss, die erforderlichen Instrumente zu erschaffen, die notwendig sind, um im Einzelfall drohenden Übergriffe Privater in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter entgegentreten zu können.[298] Dem Gesetzgeber kommt hier ein großer Gestaltungsspielraum zu.[299] Grundsätzlich genügt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht bereits, indem er eine grundrechtsgemäße – also eine sich auch an die Vorgaben des Unter- und Übermaßverbots haltende Rechtsordnung – zur Verfügung stellt.[300] Das bedeutet konkret, dass meistens mehrere verfassungsgemäße Regelungsvarianten existieren, zwischen denen der Gesetzgeber frei wählen kann.[301] Das einfache Recht ist dann als Konkretisierung des von der Verfassung vorgegebenen – und durch das BVerfG herausgearbeiteten – Rahmens durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu sehen.[302]

---

[294] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3026 f. m. w. N.; vgl. *Stern*, Band III/1, S. 1577.

[295] Vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 108; zur Diskussion über die Funktion des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG statt aller Maunz/Dürig/*Remmert*, Art. 19 Abs. 1 Rn. 14 ff.

[296] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 108.

[297] Vgl. die Ausführungen zum Schutzhandeln der Exekutive bei *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 109 m. w. N.

[298] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 113.

[299] *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 75 ff.; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1072 f.

[300] *Calliess*, JZ 2006, 321, 326; *Stern*, Band III/1, S. 1576; *Jung*, JZ 2001, 1004, 1005 mit Beispielen für die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Jedoch kann sich die Schutzfunktion unter bestimmten Umständen zu einer konkreten Handlungspflicht für den Gesetzgeber konkretisieren, vgl. BVerfGE 39, 1 ff.; 49, 89, 130, 140, 142; 53, 30, 58; *Stern*, Band III/1, S. 1576 nennt den Fall, dass höchstwertige Rechtsgüter verletzt werden, verweist aber dann darauf, dass „Art und Ausmaß der geforderten staatlichen Aktivitäten […] von den jeweils in Rede stehenden Grundrechtsnormen und Verletzungskonstellationen" abhingen; vgl. *Lerche*, in: FS Odersky, S. 215, 219.

[301] *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 60.

[302] Vgl. *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 254 ff. m. w. N.; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1070; s. a. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 81, der betont, dass die Anerkennung und Remedur von Funktionsdefiziten der Selbstbestimmung im Vertragsrecht primär Aufgabe des einfachen Zivilrechts und nicht des Verfassungsrechts sei. Entscheidend dafür, ob den Gesetzgeber dennoch eine Gesetzgebungspflicht trifft, ist also, ob das vorhandene Gesetzesmaterial dafür ausreicht, im konkreten Einzelfall ein schutzgewährendes Eingreifen zu ermöglichen, *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 113.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für die Exekutive bedeutet die staatliche Schutzpflicht, dass bei der Durchsetzung schutzgewährender Normen etwaige Ermessensspielräume beschränkt sind oder sie dazu verpflichtet ist, helfend einzuschreiten.[303] Allerdings sind Verwaltungsbehörden nur sehr selten in Privatrechtsbeziehungen involviert. Diese Ebene der staatlichen Schutzpflicht ist für das Thema dieser Dissertation dementsprechend nicht relevant.

Die Aufgabe der Judikative ist wiederum, mediatisiert durch das Gesetzesrecht[304] grundrechtliche Schutzgebote im Wege der Auslegung und lückenfüllenden Rechtsfortbildung im konkreten Einzelfall zu verwirklichen.[305] Maßgebliches Mittel zur Erfüllung dieser grundrechtlichen Schutzpflicht ist die grundrechtskonforme Auslegung der vorhandenen Normen.[306] Aufgrund der Gesetzesbindung und des Vorrangs des Gesetzes muss sich die Judikative jedoch trotz des bestehenden Spielraums zunächst am bereits einfachen Recht orientieren,[307] das in aller Regel bereits den grundrechtlichen Schutzauftrag verwirklicht.[308] Übertragen auf die Ar-

[303] *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17 f.; zur Problematik des Schutzes ohne Eingriffstitel *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 553 ff. m. w. N.

[304] *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 28; *Michl*, JURA, 1062, 1065 bezeichnet diese Rolle als „Mittler".

[305] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 44 m. w. N.; vgl. auch *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17.

[306] Vgl. *Canaris*, AcP 1984, 201, 205 ff., der auf S. 223 betont, dass grundsätzlich alle Privatnormen im Lichte der grundrechtlichen Schutzfunktion interpretiert werden können, unabhängig davon, ob es sich um eine Generalklausel oder einen unbestimmten Rechtsbegriff handele; s. a. *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 39 m. w. N.

[307] *Jung*, JZ 2001, 1004, 1008. Dies bedeutet auch, dass die Grundrechtsbindung der Richter erst dort relevant wird, wo ihnen der Gesetzgeber Spielräume eröffnet, *Michl*, JURA 2017, 1062, 1070. In diesem Zusammenhang ist ebenso bedeutsam, dass die Gerichte durch den Gesetzgeber getroffene – verfassungsgemäße – Entscheidungen und Abwägungen nicht dadurch korrigieren dürfen, dass sie direkt auf Grundrechte durchgreifen oder sich auf ihre eigene Abwägung berufen. Dieses Problem besteht jedoch dort nicht, wo es keine gesetzliche Konkretisierung gibt, also insbesondere dort, wo der Gesetzgeber unbestimmte Begriffe oder Generalklauseln verwendet hat. Hierzu vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 159; *Stern*, Band III/1, S. 1582; auch *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 240 betont die Bedeutung von Generalklauseln bei der Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzgebote. Allerdings warnt er vor einer Verabsolutierung ihrer Rolle. Stattdessen sei „vorab stets zu prüfen, ob nicht andere und präzisere Normen, die auch ungeschrieben sein [könnten], zur Verfügung [stünden]".

[308] *Lerche*, in: FS Odersky, S. 215, 228. Dort, wo zur Verwirklichung des jeweiligen grundrechtlichen Schutzgebots das einfache Recht durch die Rechtsprechung fortgebildet werden müsste, dies aber die Zulässigkeitsgrenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten würde, muss das einfache Recht stattdessen durch einen Akt der Gesetzgebung fortgebildet werden. In einigen Konstellationen genügt jedoch die verfassungskonforme Auslegung nicht, um der grundrechtlichen Schutzpflicht zu genügen. So kann entweder eine Norm zur verfassungsmäßigen Lösung eines Problems fehlen und zugleich eine Generalklausel nicht helfen. In diesem Fall müsste der mit dem Fall beschäftigte Richter einen Verfassungsverstoß feststellen und gem. Art. 100 GG einen Vorlagebeschluss fassen, vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 81; *Dreier*, JURA 1994, 505, 510; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beit des Zivilrichters bedeuten diese verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe, dass zunächst auf einer ersten, verfassungsrechtlichen Ebene geklärt werden muss, ob eine grundrechtliche Schutzpflicht in Betracht kommt.[309] Unter der Prämisse, dass das einfache Recht verfassungsgemäß ist, schließt sich dann auf einer zweiten Argumentationsstufe auf der Ebene des bürgerlichen Rechts eine Einzelabwägung an.[310] Hierbei handelt es sich nicht um spezifisch verfassungsrechtliche Grundrechtsabwägungen, sondern um zivilrechtliche Erwägungen, bei denen verfassungsrechtliche Aspekte eine Rolle spielen.[311] Da die Entscheidung des Zivilrichters selbst als Konkretisierung der abstrakt-generellen verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Rechtsnormen eine individuelle Rechtsnorm darstellt,[312] wird ein etwaiger Verstoß gegen die im konkreten Einzelfall relevanten Grundrechte bereits durch die Eingriffsdogmatik erfasst.[313] Aus dem Übermaßverbot folgt in diesem Zusammenhang der gerade auch für die Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln relevante Grundsatz, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen zumindest ein Mindestmaß an Angemessenheitskontrolle stattfinden muss.[314] Im Rahmen dieser Angemessenheitskontrolle muss der Zivilrichter die möglicherweise relevanten Grundrechte in die Abwägung einbeziehen und ihre Tragweite richtig bestimmen.[315] Im Folgenden muss er dann im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen schaffen,[316] wobei auch die sich gegebenenfalls aus dem Untermaßverbot ergebenen Grenzen beachtet werden müssen.[317] Welche konkreten Auswirkungen diese Zusammenhänge auf Rechtsverhältnisse im Privatrecht haben, hängt jedoch von den jeweils betroffenen Grundrechten ab.[318]

StaatsR, § 197 Rn. 93; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1070. Zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung *Lüdemann*, JuS 2004, 27, 29 f.

[309] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 64.

[310] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 64.

[311] Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 64; vgl. *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 206; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhoff, StaatsR, § 197 Rn. 109, der darauf hinweist, dass für die Herstellung von praktischer Konkordanz zwischen den verschiedenen Rechtspositionen das Grundgesetz keine genauen Maßstäbe enthalte und die Justiz deswegen trotz ihres Entscheidungsspielraums zunächst ihre Gesetzesbindung und die gesetzlichen Regelungen beachten solle.

[312] Statt aller *Michl*, JURA 2017, 1062, 1066 m. w. N.

[313] Vgl. grdlg. BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 = GRUR 1958, 254, 255, 257. Für einen Überblick zur Diskussion über die grundrechtsdogmatische Einordnung der Entscheidung des Zivilrichters statt aller *Michl*, JURA 2017, 1062, 1065 ff. m. w. N.

[314] *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 101 m. w. N.

[315] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.02.1969 – 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 = NJW 1969, 1161, 1161 f.; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1068.

[316] *Michl*, JURA 2017, 1062, 1068.

[317] S. o. B.III.2.c), 126 ff.

[318] Vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 53; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Grundrechtschutz im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes

a) Vom Untersuchungsgegenstand berührte Grundrechte

Vereinbaren Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, so geschieht dies unter Ausübung der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit. In ihrer Ausprägung als abstraktes Prinzip der Privatautonomie leitet sie sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ab und beinhaltet die Pflicht des Staates, nutzbare Vertragsfreiheit zu gewährleisten.[319] Gleichzeitig ist auch die Vertragsfreiheit als individuelles Grundrecht betroffen, das sich ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG ableiten lässt, der jedoch aufgrund der Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit je nach dem einschlägigen Rechtsgebiet, auf dem der Vertrag geschlossen wird, von dem jeweils spezielleren Grundrecht verdrängt wird.[320] Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote kommen hier vor allem Art. 12 GG in Betracht, der lex specialis bei der Reglementierung einer beruflichen Beziehung im Sinne eines Arbeits- oder ähnlichen Vertragsverhältnisses ist, sowie Art. 14 GG.[321] Vom Schutzbereich der individuellen Vertragsfreiheit ist zum einen das Recht des Einzelnen umfasst, selbstbestimmt über den Vertragsabschluss und den Vertragsinhalt zu bestimmen, und zum anderen die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages.[322]

Neben der Vertragsfreiheit sind auch die Grundrechte betroffen, deren Ausübung durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot direkt beeinflusst wird. Das ist zum einen die von Art. 12 GG geschützt Berufsfreiheit selbst, und zwar sowohl im Zusammenhang mit dem Umfang des Wettbewerbsverbots[323] als auch bzgl. der Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung.[324] Sofern das Gericht entscheidet, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot entweder unwirksam ist oder zumindest der vertragliche Unterlassungsanspruch gegen den Ausscheidenden nicht durchsetzbar ist, beeinträchtigt dies die Berufsausübungsfreiheit der GmbH[325] bzw. der übrigen Gesellschafter, da der Anspruch die Funktion hatte, wettbewerbsbe-

[319] *Ritgen*, JZ 2002, 114, 115 f. m. w. N., der darauf hinweist, dass die Vertragsfreiheit keine natürliche Freiheit sei in dem Sinne, dass sie auch ohne Rechtsordnung existiere, sondern der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürfe.

[320] Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103 m. w. N.

[321] Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103 m. w. N.; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 140 m. w. N. Hinzu kommt unter Umständen auch Art. 9 Abs. 1 GG, vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103 m. w. N.

[322] Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102 m. w. N.; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 116 m. w. N.; vgl. *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 23 ff. m. w. N., der zudem genau zwischen der negativen und der positiven Funktion der Vertragsfreiheit unterscheidet.

[323] Hierbei handelt es sich meist um eine Begrenzung der Berufsausübungsfreiheit. Zur Unterscheidung zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit zusammenfassend Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 22 ff. m. w. N.

[324] *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, StaatsR, § 197 Rn. 96.

[325] Art. 12 GG gilt über Art. 19 Abs. 3 GG auch für juristische Personen des Privatrechts, statt aller s. Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 106 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dingte Nachteile für ihre Berufsausübung zu kompensieren.[326] Hinzu kommt die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsfreiheit,[327] die auf Seiten der übrigen Gesellschafter und im Fall des Unternehmensverkaufs auf Seiten des Erwerbers betroffen ist.[328] Gleichzeitig wird auch die individuelle Wettbewerbsfreiheit berührt, die je nach Zusammenhang entweder auch in Art. 12 Abs. 1 GG, in Art. 14 GG, oder aber als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG verortet wird.[329]

b) Besonderheiten des Grundrechtsschutzes im Rahmen vertraglicher Selbstbindung

aa) Umsetzung des staatlichen Schutzgebots durch Gewährleistung effektiver Vertragsdurchsetzung und Zusammenhang mit der grundrechtlichen Abwehrfunktion

Die besondere Bedeutung der Vertragsfreiheit hat Konsequenzen für die Umsetzung des staatlichen Schutzgebots. Als „Instrument des *selbstgesteuerten* Interessenausgleichs unter den Parteien“[330] ist der selbstbestimmte Vertragsschluss als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“[331] von der Verfassungsordnung gewollt und muss von der staatlichen Gewalt grundsätzlich genauso wie der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung respektiert werden.[332] Die staatliche Regulierung des Vertragsabschlusses, seines Inhalts und seines Bestandes hingegen greift in die Vertragsfreiheit jeder beteiligten Vertragspartei ein.[333] Die abwehrrechtliche Funktion dieser individuellen Vertragsfreiheit umfasst demnach nicht nur

[326] *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 102; zur Einordnung als aus der Ausübung der Berufsfreiheit resultierende besonders geschützte Annexfreiheit Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 138 m. w. N.

[327] Zur Eigentumsfreiheit statt aller Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 106 ff.

[328] *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 446.

[329] Zur grundrechtlichen Verortung der Wettbewerbsfreiheit Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 116; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 138 m. w. N., 144 m. w. N.; *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 18.

[330] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, S. 75.

[331] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470. Einen Überblick über die drei überindividuellen Funktionen der Vertragsfreiheit, die er als Gewährleistung freiheitlicher Demokratie, Innovationskraft sowie Stabilitätsfunktion identifiziert, gibt *Bruns*, JZ 2007, 385, 390.

[332] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 149 ff. m. w. N.; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 116; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 75 f.

[333] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, S. 75. S. a. *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 149 ff., der darauf hinweist, dass es sich auch einen Eingriff in die Vertragsfreiheit derjenigen Vertragspartei handele, für die aufgrund staatlicher Regulierung zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit bestehe, sich von der Vertragsbindung zu befreien, und für die diese Möglichkeit dann vorteilhaft sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Schutz des Willens der Vertragsparteien gegen staatliche Übergriffe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Hinblick auf den Abschluss und den Inhalt des Vertrags, sondern auch der Bestand des geschlossenen Vertrags.[334] Von der Vertragsfreiheit umfasst ist zudem auch die Möglichkeit, sich unvernünftig und unverhältnismäßig zu binden.[335] Abgesehen von anderen die Zulässigkeitsgrenzen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bestimmende Faktoren steht es den Parteien aufgrund ihrer Vertragsfreiheit zum Beispiel frei, den Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots so festzulegen, dass das Wettbewerbsverbot entweder keinen ausreichenden Schutz für das Unternehmen gewähren kann oder aber die Beschäftigungsmöglichkeiten des Ausscheidenden weitreichend beschränkt. Der Verzicht auf eine Karenzentschädigung durch den Ausscheidenden fällt ebenfalls unter diese Kategorie.

Hiervon zu unterscheiden ist die Aufgabe des Staates, den Bürgern durch vertragsrechtliche Regeln und durch eine effektive Ausgestaltung der Rechtsordnung einen Rahmen zu gewährleisten, der ihnen einen Spielraum zur autonomen Interessenverfolgung durch die Ausübung der Vertragsfreiheit belässt.[336] Diese Aufgabe hat ihren Ursprung in der Schutzfunktion der Vertragsfreiheit.[337] Der Staat erfüllt seine grundrechtliche Schutzfunktion grundsätzlich bereits dadurch, dass er die Feststellung und Durchsetzung vertraglich begründeter Ansprüche ermöglicht und ihnen dadurch Geltung verschafft.[338]

bb) Eingriffsrechtfertigung durch Selbstbestimmungsdefizite

Sofern eine der Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht autonom gehandelt hat, die Voraussetzungen freier Selbstbestimmung also nicht vorliegen, ist der Staat auch nicht mehr dazu gezwungen, die vertraglichen Regelungen zu respektieren.[339] So-

[334] Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102 m. w. N.; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 116 m. w. N.

[335] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 210; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 119. Diese Feststellung bedeutet auch, dass die Grenze der zulässigen Interessenbeeinträchtigung anders gezogen werden muss als in einer Situation, in der die Interessenbeeinträchtigung nicht vereinbart ist, sondern ohne vertraglichen Grund zugefügt wird. Zur Kontrastierung von vertraglicher und deliktischer Interessenbeeinträchtigung im Zusammenhang mit grundrechtlichen Schutzmechanismen s. *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 30.

[336] Vgl. *Calliess*, in: HdGR II, § 44 Rn. 20; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 115.

[337] Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 75.

[338] *Hillgruber*, AcP 191 (1991) 69, 74, der auch vertiefend auf das Verhältnis zwischen Schutzpflicht und Abwehrrecht bei der gerichtlichen Feststellung und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche eingeht; vgl. hierzu auch *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 149 ff.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, S. 75 f.

[339] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 76.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lange dies Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[340] eingehalten werden, ist der Staat dazu berechtigt, zum Schutz der nicht vollkommen autonom handelnden Partei in die Vertragsfreiheit der jeweiligen Vertragsparteien einzugreifen.[341] Es handelt sich um einen legitimen Zweck im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung und somit um eine Eingriffsbefugnis.[342] Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Staat zu einem solchen Eingriff auch verpflichtet ist.

cc) Staatliche Schutzpflichten im Rahmen der Vertragsfreiheit

(1) Aktivierung staatlicher Schutzpflichten durch Selbstbestimmungsdefizite

Nicht mehr um eine Eingriffsbefugnis sondern bereits um eine Schutzpflicht des Staates handelt es sich, sofern die Selbstbestimmung einer Vertragspartei qualifiziert beeinträchtigt ist.[343] Dann muss der Staat den Schuldner davor schützen, dass der auf Vertragserfüllung klagende Gläubiger in die Rechtsgüter- und Freiheitssphäre des Schuldners eingreift.[344] Dies kann sowohl durch den Erlass von zwingendem oder dispositivem Recht geschehen als auch durch die Entscheidung des Zivilrichters im konkreten Einzelfall.[345] Im Privatrecht gelten Willenserklärungen grundsätzlich dann als selbstbestimmt, wenn sie irrtumsfrei zustande gekommen und weder durch eine Drohung erzwungen noch durch eine Täuschung beeinflusst sind (vgl. §§ 119 ff. BGB).[346] Darüber hinaus können aber die Kräfteverhältnisse zwischen den Vertragsparteien so ungleich verteilt sein, dass eine Partei chancenlos dasteht und der Gesetzgeber zum Eingreifen verpflichtet ist.[347] Diesbezüglich steht dem Gesetzgeber jedoch eine weite Einschätzungsprärogative zu.[348] Ungleiche Kräfteverhältnisse wiederum leiten über zum Thema der Vertragsgerechtigkeit. Zwar bestehen zwischen den Funktionsbedingungen des Marktmechanismus auf der Kooperationsebene – also insbesondere der Selbstbestimmung der Vertragsparteien – und der Vertragsgerechtigkeit ein enger Zusammenhang.[349] Allerdings ist der Aspekt der Vertragsgerechtigkeit per se nicht Teil des grundrechtlichen Gewährleistungsinhalt

---

[340] Zu diesen Grenzen im Zusammenhang mit vertraglicher Selbstbestimmung unter Betonung des Kriteriums der Erforderlichkeit statt aller *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 69 f. m. w. N.

[341] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 76.

[342] Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 76.

[343] Zu dieser hilfreichen Unterscheidung s. *Schmolke*, Grenzen der vertraglichen Selbstbindung, S. 77.

[344] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 77.

[345] Vgl. *Jung*, JZ 2001, 1004, 1005 ff.; *Michl*, JURA 2017, 1062, 1065 ff. m. w. N.

[346] *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 75, der auf das Anfechtungsrecht des § 123 Abs. 1 BGB hinweist und die hierdurch eingeräumte Entscheidungsfreiheit als durch das Selbstbestimmungsrecht geboten charakterisiert; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 119.

[347] *Michl*, JURA 2017, 1062, 1072 m. w. N.

[348] S. o. B.III.2.b)aa), 122 f.

[349] S. o. B.II.3., 107 ff. sowie B.II.4., 109 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Vertragsfreiheit.[350] Dies bedeutet jedoch nicht, dass staatliche Regulierung nicht an den Aspekt der Vertragsgerechtigkeit anknüpfen kann. Allerdings kann dies ohne Verknüpfung zu einem vom Gewährleistungsinhalt der Vertragsfreiheit umfassten Aspekt nicht unter Berufung auf den Schutz der Vertragsfreiheit geschehen.

(2) Rechtsprechung des BVerfG zu Kräfteungleichgewichten und Fremdbestimmung

Richtungsgebend dafür, wann ein Kräfteungleichgewicht dazu führt, dass staatliche Schutzpflichten aktiviert werden, sind die Entscheidungen des BVerfG zur Karenzentschädigung für Handelsvertreter,[351] zur Angehörigenbürgschaft[352] sowie zum Ehevertrag.[353] In der Handelsvertreterentscheidung, der ersten Entscheidung des BVerfG in diesem Zusammenhang, stellte das Gericht zwei Voraussetzungen für das Bestehen einer Schutzpflicht auf. Zum einen müsse einer der Vertragsteile die vertragliche Regelung aufgrund seines Kräfteübergewichts faktisch allein bestimmen können und zum anderen müsse vor diesem Hintergrund über Positionen verfügt werden, die grundrechtlich verbürgt sind.[354] Das Ziel der Rechtssicherheit jedoch verhindere, dass ein Vertrag bei jeglichem während der Vertragsverhandlung vorherrschenden Kräfteungleichgewicht nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden dürfe.[355] Aus diesem Grund hat das BVerfG die Voraussetzungen für die Aktivierung der Schutzpflicht in der Entscheidung zur Angehörigenbürgschaft für den Gesetzgeber konkretisiert. Demnach sei eine typisierbare Fallgestaltung erforderlich, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lassen müsse.[356] Das Ergebnis dieser strukturellen Unterlegenheit müsse ein den strukturell unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastender Vertrag sein.[357] In die gleiche Richtung deutet die folgende Aussage des BVerfG aus der Entscheidung zum Ehevertragsrecht: „Ist jedoch auf Grund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es

[350] *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 85; ausführlicher hierzu *Ritgen*, JZ 2002, 114, 117.

[351] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469.

[352] BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36.

[353] BVerfG, Urt. v. 06. 02. 2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 ff. = NJW 2001, 957.

[354] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470.

[355] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 38.

[356] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 38.

[357] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 38; *Hunold*, NZA-RR 2002. 225, 225 f. Zur Feststellung von „struktureller Ungleichheit" stellt das BVerfG vor allem darauf ab, ob die Lastenverteilung einseitig ist, sowie auf das Ausmaß der Lasten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 39; VerfG, Urt. v. 06. 02. 2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957, 958 f.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 79, der zudem darauf hinweist, dass zur Begründung der Einseitigkeit der Lastenverteilung teilweise auch das eigene wirtschaftliche Interesse am Vertragsschluss berücksichtigt werde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.“[358]

Aus diesen Urteilen lassen sich zwei begrenzende Faktoren für die Gebotenheit einer Inhaltskontrolle durch die Zivilgerichte zum Schutz der Selbstbestimmung ableiten: Zum einen muss der Inhalt des Vertrages als Interessenausgleich inhaltlich unangemessen und für eine Seite „außergewöhnlich belastend“ sein,[359] zum anderen muss dies das Ergebnis einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke und damit einer typisierbaren Fallgestaltung sein.[360]

(3) Bewertung der Rechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des BVerfG ist sowohl auf Zustimmung als auch auf Ablehnung gestoßen.[361] Hinter der Rechtsprechung steckt der allgemein anerkannte Kerngedanke, dass Vertragsfreiheit nicht nur formal sondern auch material zu verstehen ist[362] und dass eine Vertragspartei daher unter bestimmten Bedingungen vor einem für sie gefährlichen oder nachteiligen Vertrag geschützt werden muss, sofern sie bei dessen Abschluss in ihrer faktischen Möglichkeit zur Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt war.[363]

Ambivalent wird jedoch die zweite Prüfungsstufe beurteilt. Zum einen führe sie durch die Kombination der Kriterien der „strukturellen Ungleichheit“ und des „außergewöhnlich belastenden Verhandlungsergebnisses“ zu einer Vermischung der Vertragsabschluss- und der Vertragsinhaltskontrolle.[364] Andererseits zeige die Verbindung dieser beiden Elemente, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht jede Beeinträchtigung der Selbstbestimmung einer der Vertragsparteien allein reiche um dem Vertrag die Wirksamkeit abzusprechen oder seine Durchsetzung zu verhindern.[365] Gleichzeitig lässt sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ableiten, dass auch ungewöhnlich belastende Folgen des Vertrags für die Aktivierung grund-

[358] BVerfG, Urt. v. 06. 02. 2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 100 f. = NJW 2001, 957, 958.

[359] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 79; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138.

[360] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 79; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138.

[361] Zusammenfassend Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 118 f. m. w. N.; vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 79 m. w. N. in Fn. 269 und Fn. 270.

[362] Zur „Materialisierung“ der Vertragsfreiheit auch vor dem Hintergrund der Bürgschaftsentscheidung des BVerfG statt aller *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276, 296 ff. m. w. N.

[363] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 49.

[364] Vgl. *Wiedemann*, JZ 1994, 411, 412; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 79.

[365] Vgl. *Rittner*, NJW 1994, 3330 f.; vgl. *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 25 f., der die Fragen aufwirft, ob Privatautonomie notwendig und vollständig auf Selbstbestimmung beruhe und inwieweit Selbstbestimmung das Gleichgewicht der Vertragspartner wirklich voraussetze.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtlicher Schutzpflichten nicht ausreichen, solange der Betroffene den Vertrag selbstbestimmt abgeschlossen hat.[366] Beide Aspekte verdienen Unterstützung, zeigen sie doch, dass Schutzpflichten bei gestörter Vertragsparität allein schon zur Gewährleistung von Rechtssicherheit nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.[367] Zum anderen ist der Begriff der strukturellen Ungleichheit sowie das Kriterium der inhaltlichen Angemessenheit und des außergewöhnlich belastenden Verhandlungsergebnisses sehr unbestimmt.[368] Dies birgt die Gefahr, dass gerade der soeben angesprochene Ausnahmecharakter der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht konterkariert wird.[369] Außerdem lenkt gerade das Kriterium des strukturellen Ungleichgewichts davon ab, dass der eigentliche Grund für die Aktivierung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht nicht die soziale oder wirtschaftliche Ungleichheit ist,[370] sondern das Selbstbestimmungsdefizit einer der Vertragsparteien, das deswegen auch im Fokus der verfassungsrechtlichen Betrachtung stehen sollte.[371] Der gleiche Kritikpunkt gilt dem Aspekt der Vertragsgerechtigkeit, der durch den Aspekt des außergewöhnlich belastenden Vertragsinhalts in den Fokus rückt. Da Vertragsgerechtigkeit nicht Inhalt der grundrechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit ist,[372] kann eine ungleiche Lastenverteilung nur im Extremfall als Anhaltspunkt für Fremdbestimmung dienen, nicht jedoch selbst zu einer auf der Vertragsfreiheit abzuleitenden Schutzpflicht führen.[373]

Jedenfalls gebieten Gründe der Rechtssicherheit, dass die Wirksamkeit eines Vertrages aufgrund von Vertragsdisparität und damit aufgrund des Versagens des Vertragsmechanismus nur in Ausnahmefällen in Frage gestellt wird oder sein Inhalt

---

[366] Vgl. *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 17, der betont, dass es sich bei der Vertragsfreiheit um eine sog. riskante Freiheit handele, also eine Freiheit, bei der der sie Ausübende mit Hilfe anderer für sich selbst äußerlich nachteilige Umstände bewirke. Die in Ausübung der eigenen Vertragsfreiheit eingegangene Bindung und die Durchführung des Vertrags gehen einher mit einer (zumindest drohenden) Beeinträchtigung der eigenen Freiheitssphäre und Rechtsgüter. Diese Beeinträchtigungen können nicht generell eine grundrechtliche Schutzpflicht auslösen, da dies die Gewährleistung der Vertragsfreiheit konterkarieren würde. Vgl. auch *Hager*, JZ 1994, 373, 838; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 118 f.

[367] BGH, Urt. v. 19. 01. 2011 – IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96, 101 = NJW 2001, 1586, 1587; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, S. 39 ff., 43; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 251 ff. Zum Begriff der Vertragsparität Fn. 132.

[368] Vgl. *Rittner*, NJW 1994, 3330 f.; *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 15 ff.

[369] Grundlegend *Adomeit*, NJW 1994, 2467 ff.; vgl. *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2.

[370] Vgl. *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2, der kritisiert, dass das BVerfG mit dieser Rechtsprechung die Grenze zwischen rechtstaatlichem Grundrechtsschutz und sozialstaatlicher Gestaltung streife.

[371] *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 26 f. m. w. N.; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 118 f., der zudem darauf hinweist, dass ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien zwar zu einem fremdbestimmten Vertragsabschluss und -inhalt führen könne, dieser Zusammenhang aber nicht zwingend sei.

[372] S. o. B.III.3.b)cc)(1), 135 f.

[373] *Ritgen*, JZ 2002, 114, 119.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

korrigiert wird.[374] Die Aussage des BVerfG, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen dürften,[375] dient als durch das Untermaßverbot vorgegebene Grenze, ab der Schutzgewährleistung verpflichtend wird und der Ausnahmefall eintritt.[376] Für diese können eine Ungleichgewichtslage, ein unangemessener Vertragsinhalt und ungewöhnlich belastende Vertragsfolgen Anhaltspunkte sein.[377] Allerdings muss hier die bereits erörterte Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative[378] stets beachtet werden. Die bereits mehrfach betonte Einschätzungs- und Bewertungsfreiheit sowie Gestaltungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers[379] umfasst auch die Beurteilung, ob eine Ungleichgewichtslage vorliegt und ob diese so schwerwiegend ist, dass die Vertragsfreiheit zum Schutz der schwächeren Partei beschränkt werden muss.[380] Das bedeutet auch, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich freisteht, faktische Asymmetrien zwischen Privatrechtssubjekten, die ihren Ursprung in sozialen, wirtschaftlichen oder privaten Machtgefällen haben, zu akzeptieren[381] und keine gesetzliche Regelung zu erlassen. Darüber hinaus verfügt er über einen weiten Gestaltungsspielraum, der dadurch beschränkt wird, dass der Schutzbedürftige nach Maßgabe des Untermaßverbots geschützt werden muss, gleichzeitig aber nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen werden darf.[382] In Bezug auf die Vertragsfreiheit bedeutet dies, dass die des Schutzadressaten sowie die der Gegenpartei so umfassend wie möglich erhalten bleiben muss.[383]

---

[374] *Jung*, JZ 2001, 1004, 108; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 80 m. w. N.; vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138; *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2. S. *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 2 ff. für eine generell kritische Einstellung zum grundrechtlich begründeten Schutz des Schwächeren im Privatrecht.

[375] BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 39.

[376] Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 83.

[377] Vgl. statt aller *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[378] S. o. B.III.2.d), 128 ff.

[379] Im Zusammenhang mit der Begrenzung der Privatautonomie *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 108 m. w. N.

[380] *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 76; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 33 f., der die Aufgabe des Gesetzgebers und der Richter betont, rechtspolitische Leitlinien für die Vertragstheorie zu entwickeln, die eigenständig sind und keine bloße Erweiterung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

[381] *Schmolke*, Grenze der Selbstbindung im Privatrecht, S. 83 m. w. N.

[382] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Ruffert*, JuS 2020, 1, 2 f.

[383] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 77 m. w. N., der daraus schließt, dass Vertragsnichtigkeit als Sanktion nur dort in Betracht kommt, wo keine milderen Mittel – wie zum Beispiel ein Aussetzen der Vollstreckung – möglich sind und zwischen Abschluss- und Ausübungskontrolle unterscheidet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dd) Schutzpflichten bei individuellem Versagen des Vertragsmechanismus

Auch bei individuellem Versagen des Vertragsmechanismus dient die Aussage des BVerfG, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen dürfen,[384] als die durch das Untermaßverbot vorgegebene Grenze.[385] Außerhalb der durch den Gesetzgeber vorgenommenen oder vorzunehmenden Typisierungen ist die Inhaltskontrolle von Verträgen über § 138 BGB aufgrund des individuellen Versagens des Vertragsmechanismus jedoch aufgrund des Ranges der formellen Vertragsfreiheit und zur Gewährleistung von Rechtssicherheit auf Extremfälle zu reduzieren.[386] Zu nennen sind hier Fälle, in denen eine Vertragspartei nicht in der Lage ist, die Tragweite und Risiken des Vertragsschlusses zu überschauen,[387] oder Fälle, in denen höchstpersönliche Freiheiten mit einem engen Bezug zur Menschenwürde auf eine empfindliche Weise beschränkt werden.[388]

c) Berufsfreiheit

aa) Maßgaben des Übermaßverbots

Art. 12 Abs. 1, 2 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Berufswahl- und Ausübung.[389] Über die freie Berufswahl- und Ausübung soll die individuelle Lebensgestaltung des Einzelnen materiell sichergestellt werden.[390] Diese besondere Nähe zum Kern der Persönlichkeitsentfaltung muss auch bei der richterlichen Kontrolle rechtsgeschäftlicher Beschränkungen der Berufsfreiheit bedacht werden.[391] Relevant für den Untersuchungsgegenstand ist zudem, dass vom Schutzbereich der Berufsfreiheit sowohl die freie Wahl des Arbeitsplatzes[392] als auch den grundsätzlich freien Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt umfasst.[393] Ebenfalls geschützt ist der freie Wettbewerb zwischen Unternehmern, der auch den Wettbewerb um Arbeitskräfte umfasst, sowie die Freiheit des Wettbewerbs im Bereich des Wirtschaftsverfassungsrechts.[394]

---

[384] BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 39.

[385] Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 83.

[386] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 f. m. w. N.

[387] Vgl. *Canaris*, JuS 1989, 161, 163; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 f. m. w. N.

[388] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139 m. w. N.

[389] Zum einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 22 ff. m. w. N.; zum Begriff des Berufs s. Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 43 ff. m. w. N.

[390] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1471; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 16.

[391] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241.

[392] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 433 m. w. N.

[393] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 92 m. w. N.

[394] Maunz/Dürig/Scholz, Art. 12 Rn. 92 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für die Überprüfung staatlicher Eingriffe in die Berufsfreiheit hat sich die sogenannte Dreistufentheorie als grundrechtsspezifischer Rechtfertigungsmaßstab herausgebildet.[395] Diese konkretisiert die Anforderungen an das legitime Ziel im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und verdeutlicht die Notwendigkeit einer Abstufung der Anforderungen an die Rechtsfertigung eines Grundrechtseingriffs im Verhältnis zur Schwere der Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzgegenstandes.[396] Im Zentrum steht zunächst eine Differenzierung zwischen Beeinträchtigungen der Berufswahl und Beeinträchtigungen der Berufsausübungen, wobei bei ersterer wiederum zwischen subjektiven und objektiven Beeinträchtigungen unterschieden wird.[397] Die strengsten Anforderungen werden an objektive Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit gestellt, die nur das Ziel der Abwehr schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut legitimieren kann.[398] Subjektive Beeinträchtigungen der Berufswahl wiederum können nur gerechtfertigt sein, wenn sie dem Schutz besonders wichtiger und der Freiheit des Einzelnen vorgehender Gemeinschaftsgüter dienen.[399] Bloße Beeinträchtigungen der Berufsausübung können bereits durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls legitimiert werden.[400] Zusätzlich müssen die Beeinträchtigungen noch den restlichen Anforderungen des Übermaßverbots genügen.[401]

Erlässt der Gesetzgeber Regeln über nachvertragliche Wettbewerbsverbote oder entscheidet ein Richter über die Zulässigkeit eines solchen, so sind diese Handlungen grundsätzlich der Stufe der Beeinträchtigungen der Berufsausübung zuzuordnen und müssen dem spezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.[402] Für den

---

[395] St. Rspr. seit BVerfG, Urt. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035, 1038; für einen Überblick zur Kritik an der Stufentheorie des BVerfG Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 152 ff. m. w. N.

[396] Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 125.

[397] St. Rspr., vgl. Leitsatz 6. a) bis c) in BVerfG, Urt. v. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 355 m. w. N.; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 126, 130 m. w. N.; zur Aufweichung der Stufentheorie Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 137 ff. m. w. N.

[398] St. Rspr., vgl. Leitsatz 6. c) in BVerfG, Urt. v. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 355 m. w. N.; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 133 m. w. N.

[399] St. Rspr., vgl. Leitsatz 6. b) in BVerfG, Urt. v. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 355 m. w. N.; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 131 m. w. N.

[400] St. Rspr., vgl. Leitsatz Nr. 6 a) in BVerfG, Urt. v. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 355 m. w. N.; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 126 f. m. w. N., der auf den weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinweist.

[401] St. Rspr., vgl. Leitsatz 6. a) bis c) in BVerfG, Urt. v. 11. 06. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 = NJW 1968, 1035; zur umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 142 ff. m. w. N.

[402] Allerdings hängt die Einordnung von der Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sowie den Gegebenheiten des Marktes ab. Zur Durchlässigkeit der einzelnen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Untersuchungsgegenstand relevant ist jedenfalls, dass die Anforderungen an das legitime Interesse der anderen Partei relativ zum Umfang der Beschränkung der Berufsfreiheit zunehmen und gleichzeitig die Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit nicht unangemessen sein dürfen.[403] Zudem enthält die Berufsfreiheit kein Recht auf Abwehr von Konkurrenz[404] und bloßer Konkurrenzschutz ist korrespondierend hierzu auch kein Gemeinwohlbelang, der eine Beeinträchtigung der Berufsausübung legitimieren kann.[405] Beides wiederum ist relevant für die durch den Richter bei der Prüfung eines nachvertraglichen Wettbewerbs vorzunehmende Interessenabwägung. Können die übrigen Gesellschafter oder die GmbH[406] zur Begründung des Wettbewerbsverbots nur das Ziel der Abwehr oder die Schwächung von potenziellen Konkurrenten ins Feld führen, so würde der Richter gegen die Berufsfreiheit des Ausscheidenden verstoßen, wenn er das nachvertragliche Wettbewerbsverbot aufrechterhalten würde.[407]

bb) Maßgaben des Untermaßverbots

Grundrechtliche Schutzpflichten können jedoch nicht nur bei typisierbaren Fällen des Versagens des Vertragsmechanismus zur Kontrolle des Inhalts privatrechtlicher Verträge verpflichten.[408] Es existieren ebenfalls Fälle, in denen trotz eines Kräftegleichgewichts der Inhalt des Vertrages aufgrund der Beeinträchtigung anderer Grundrechte untragbar ist.[409] Aufgrund des Untersuchungsgegenstands bietet sich hier die Berufsfreiheit an, die als Grundstein der Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialordnung fungiert.[410] Da die Berufsfreiheit im Verhältnis von Unternehmen zueinander den freien Wettbewerb durch unabhängige und offene Konkurrenz im Wirtschaftsverkehr schützt[411] und dies gleichzeitig Rückgrat unseres Gesell-

Stufen und der daraus folgenden Praktikabilität der Dreistufentheorie Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 335 f. m. w. N.

[403] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241 f., auch zu der sich in diesem Punkt zeigenden Konvergenz zwischen der Theorie die unmittelbaren und der mittelbaren Drittwirkung.

[404] Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 16 m. w. N.

[405] BVerfG, Beschl. v. 05. 12. 1995 – 1 BvR 2011/94, BVerfGE 93, 362 = NJW 1996, 1882, 1883; Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 128 m. w. N.

[406] Zur Erstreckung der Berufsfreiheit über Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen der Privatrechts Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 106 f. m. w. N.

[407] Vgl. parallel hierzu die Ausführungen bei Henssler/Willemsen/Kalb/*Diller*, HGB § 74a Rn. 5 m. w. N. zur Auslegung des Begriffs des berechtigten geschäftlichen Interesses im Rahmen des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB.

[408] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138.

[409] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138; *Wiedemann*, JZ 1990, 695, 697.

[410] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 5; *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 15 m. w. N.; vertiefend zur Berufsfreiheit und der grundgesetzlichen Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialverfassung Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 85 ff. m. w. N.

[411] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 87 f., 92 m. w. N. zur Marktfreiheit, Wettbewerbsfreiheit und Erwerbsfreiheit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer; *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaftssystems ist, treffen den Staat auch diesbezüglich Regulierungsaufträge. Seine grundrechtliche Schutzpflicht kann der Staat hier dadurch erfüllen, dass er Markt und Wettbewerb so reguliert, dass es weder zu einem zügellosen Wettbewerb kommt, durch den betriebliche Existenzen vernichtet werden, noch dass sich marktbeherrschende Monopole durch den Zusammenschluss von Unternehmen bilden.[412] Die Schutzpflicht richtet sich also auf die Sicherung des Wettbewerbs,[413] sie wird aufgrund der Natur des freien Wettbewerbs allerdings erst dann aktiviert, wenn die dominierende Wettbewerbsposition eines Anbieters in einer Weise missbraucht wird, die die Funktionsmechanismen und -bedingungen des freien Wettbewerbs beeinflusst oder außer Kraft gesetzt werden.[414] Die Relevanz des Berufs für die Existenzsicherung insbesondere von Arbeitnehmern hat zudem zur Folge, dass aus Art. 12 GG zum Schutz des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl eine Vor- und Fürsorgeaufgabe des Staates resultiert.[415] Diese Aufgabe steht im Zusammenhang mit der Pflicht, das Existenzminimum zu gewährleisten.[416] Das Untermaßverbot ist allerdings erst dann unterschritten, wenn die Leistungssysteme, die die Vor- und Fürsorgeaufgabe erfüllen, gänzlich abgeschafft werden.[417] Des Weiteren ist auch hier die Aufgabenverteilung zwischen Judikative und Legislative zu beachten.[418]

d) Eigentumsfreiheit

Neben[419] der Berufsfreiheit spielt die durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsfreiheit, die – über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb[420] – auf Seiten der Gesellschafter bzw. des Erwerbers den Schutz von Betriebs- und

[412] *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 18; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 131 ff.

[413] *Brenner*, in: HdGR V, § 115 Rn. 21.

[414] *Brenner*, in: HdGR V, § 115 Rn. 22; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 124.

[415] *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 19; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 96.

[416] Näher hierzu und zum Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 52 ff., 74 m. w. N. sowie *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 19. Zum Sozialstaatsprinzip s. o. B.III.2.b)aa), Fn. 640.

[417] *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 19.

[418] Zur Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative s. o. B.III.2.d), 128 ff. Entschließt sich der Staat dazu, zur Umsetzung seiner Schutzaufgabe den Abschluss oder den Inhalt privatrechtliche Verträge zu regulieren, so kommen wiederum verschiedene Anknüpfungspunkte für die Regulierung in Frage. Dazu zählen neben der Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertrags auch die über die Zulässigkeit und Gebotenheit der Vertragsabwicklung und die Vertragsabwicklung selbst, *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 94.

[419] Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 12 GG und Art. 14 GG, das als Idealkonkurrenz bzw. funktionale Selbstständigkeit eingeordnet wird, Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 353 m. w. N.; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 130 ff. m. w. N., Rn. 146 ff. m. w. N.; a. A. *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 128 m. w. N., der von Gesetzeskonkurrent ausgeht.

[420] Hierzu s. Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 200 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Geschäftsgeheimnissen sowie die Wettbewerbsfreiheit umfasst.[421] Die Schutzbereiche des Art. 14 GG und des Art. 12 GG überschneiden sich teilweise, jedoch übernimmt Art. 12 GG den Schutz der Rechtspositionen, die der unternehmerischen Betätigung als selbstständiger Beruf oder der Ausübung eines entsprechenden Gewerbes unterfallen, wohingegen Art. 14 GG den Schutz der Rechtspositionen übernimmt, die Resultat der eigentumsrechtlichen Nutzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und damit eines wirtschaftlichen Vermögensrechts sind.[422] Da die Schrankenregelungen des Art. 12 GG und des Art. 14 GG weitestgehend identisch sind, eine zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit somit auch zumeist eine zulässige Inhalts- und Schrankbestimmung der Eigentumsfreiheit darstellt,[423] muss nicht genau untersucht werden, welche Aspekte nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von welchem der beiden Grundrechte erfasst werden.[424] Das bedeutet auch, dass ebenso wie bei der Berufsfreiheit gilt, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit inklusive dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz für die Auflösung von Grundrechtkonflikten zwischen Privatpersonen eine zentrale Rolle zukommt.[425] Konkretere für den Untersuchungsgegenstand relevante Maßgaben wurden bisher weder aus der Abwehrrechts- noch aus der Schutzpflichtdimension abgeleitet.

IV. Synthese

Die Ergebnisse der Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Hintergründe nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und ihrer Beschränkungen lassen sich in zwei für die Begrenzung der Privatautonomie in Gestalt der Vertragsfreiheit relevante Themenkomplexe gliedern. Der erste Themenkomplex behandelt die Funktionsbedingungen der Vertragsfreiheit und damit vor allem prozedurale aber auch materielle Faktoren, in deren Zentrum die Abgrenzung zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung steht. Es handelt sich um Begrenzungen der Vertragsfreiheit um ihrer selbst willen. Der zweite Themenkomplex befasst sich mit den Begrenzungen der Vertragsfreiheit, die dem Schutz anderer Rechtspositionen dienen. Vor dem

[421] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 132 f. m. w. N.; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 204 ff. m. w. N. zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unabhängig davon, ob auf ihnen ein gewerbliches Schutzrecht basiert.

[422] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 138 m. w. N.; zur Unternehmerfreiheit BVerfG, Urt. v. 01. 03. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 708.

[423] BVerfG, Urt. v. 01.03. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 708; BGH, Beschl. v. 03. 03. 1986 – AmwZ (B) 1/86, BGH NJW 1986, 2499, 2500; Maunz/Dürig/*Papier/Shervani*, Art. 14 Rn. 353 m. w. N.

[424] Vgl. BVerfG, Urt. v. 01.03. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 = NJW1979, 699, 707.

[425] Vgl. BVerfG, Urt. v. 01.03. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699, 703, 708; vgl. Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 396; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 139 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hintergrund des Untersuchungsgegenstandes kann hier zwischen sich aus der Berufsfreiheit, aus dem Schutz des Wettbewerbs als Institut und aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit und damit sozialpolitischen Überlegungen abzuleitenden Grenzen unterschieden werden. Für beide Themenkomplexe relevant ist zudem der Einschätzungs-, Bewertungs- und Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Aus den einzelnen Themenkomplexen wiederum lassen sich konkrete Vorgaben für die Grenzen der Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote ableiten.

Von besonderer Bedeutung für den ersten Themenkomplex ist zunächst die herausgehobene Stellung der Privatautonomie in ihrer Ausprägung als Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung.[426] Das deutsche Privatrecht basiert auf dem sowohl zivilrechtlich als auch verfassungsrechtlich begründbaren Grundsatz, dass der Staat Regelungen respektieren muss, auf die sich Private selbstbestimmt in Ausübung der ihnen zukommenden Vertragsfreiheit einigen. Das Rechtsgeschäft des Vertrages wird zivilrechtlich durch die Prämisse legitimiert, dass der so durch die Vertragsparteien vereinbarte Vertragsinhalt subjektiv gerecht ist.[427] Der subjektiven Einschätzung der Ausgewogenheit des Vertragsinhalts wird Vorrang eingeräumt. Dieses privatrechtliche Prinzip der subjektiven Äquivalenz entspricht zugleich dem der Privatrechtsordnung ebenfalls inhärenten Konzept der iustitia commutativa, die auch Austauschgerechtigkeit genannt wird.[428] Bei beiden Konzepten kommt es in erster Linie auf den Prozess des Zustandekommens des Vertrags an, der auch auf seine „Richtigkeit" kontrolliert werden kann, wohingegen der Inhalt aufgrund des Gewährleistungsgehalts der Privatautonomie grundsätzlich einem rechtlichen Urteil über die Richtigkeit nicht zugänglich ist und seine Richtigkeit aus der Ausübung der Selbstbestimmung der Vertragsparteien ableitet.[429] Grundsätzlich wird jedoch von der Richtigkeit des Prozesses und des Vertragsinhalts ausgegangen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis findet sich auch in der verfassungsrechtlichen Dogmatik wieder, nach der staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit rechtfertigungsbedürftig sind. Legitimiert werden kann ein solcher Eingriff unter anderem durch den Schutz der Vertragsfreiheit selbst – unter Umständen kann der Staat sogar zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen verpflichtet sein. Sowohl die verfassungsrechtliche Dogmatik als auch die Konzepte der subjektiven Äquivalenz und der Austauschgerechtigkeit setzen zur Kontrolle des Vertragsschlusses und -inhalts an dem Mangel an Selbstbestimmung einer der Vertragsparteien an. Die unterschiedlichen Begriffe, wie zum Beispiel Unfreiwilligkeit oder substantielles Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke, sind dabei Variationen über ein Thema.[430] Die dann

[426] BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 46.

[427] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 7; zum subjektiven Äquivalenzprinzip s. o. B.II.2, 106 f.

[428] *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 363 m. w. N.

[429] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 7 f.

[430] Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 267 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zur Absicherung des Prozesses der selbstbestimmten Koordination zwischen den Vertragsparteien eingesetzten Normen werden marktkonstitutives Recht genannt. Auf der Ebene der Kooperation setzen sie an Faktoren an, die zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit einer der Vertragsparteien führen können oder Symptome dieser Beeinträchtigung sind. Ein Beispiel hierfür sind Irrtümer bei Willenserklärungen, aber auch typisierte oder im Einzelfall bestehende Situationen eines Machtungleichgewichts zwischen den Vertragsparteien – wie zum Beispiel im Wohnraummietrecht und Arbeitsrecht – bei denen die Validität des Konsenses nur dann nicht in Zweifel gezogen wird, wenn der Vertragsinhalt im Rahmen des Angemessenen bleibt.[431] Letzteres ist Ausdruck des auch im Zivilrecht verwurzelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und führt zur umfassenderen Frage nach dem Gerechtigkeitsgehalt einer getroffenen Vereinbarung.[432]

Neben der Kooperationsebene kann marktkonstitutives Recht auch die Konkurrenzebene eines Rechtsgeschäfts schützen, die in einem funktionierenden Wettbewerb besteht. Ein funktionierender Wettbewerb gleicht als nivellierender Faktor in gewissem Maße Kräfteungleichgewichte zwischen Vertragsparteien aus und unterstützt so die Selbstbestimmung der Vertragsparteien und damit die Vertragsfreiheit. Er ist eine Funktionsbedingung unseres Wirtschaftssystems und damit ein Ordnungsprinzip.[433] Zum anderen führt ein funktionierender Wettbewerb nach der herrschenden ökonomischen Schule zu einer optimalen Wohlstandsverteilung. Hier besteht also ein direkter Zusammenhang zur Verteilungsgerechtigkeit: ein funktionierender Wettbewerb hat nicht nur einen positiven Einfluss auf die dem Vertragsrecht inhärente Gerechtigkeitsform der iustitia commutativa, sondern auch auf die der iustitia distributiva. Dieser Zusammenhang leitet zu dem zweiten Themenkomplex über, also der Begrenzung der Vertragsfreiheit aus anderen Gründen als dem Schutz der Vertragsfreiheit. Allerdings ist ein funktionierender Wettbewerb nach der Konzeption der sozialen Marktwirtschaft kein Allheilmittel. Fälle von Marktversagen sowie verfassungsrechtliche und gesellschaftspolitische Wertungen können – ebenfalls vor dem Hintergrund der Verteilung von Wohlstand bzw. der Gewährleistung der Chance auf Teilhabe des Einzelnen am Prozess des allgemeinen Güter- und Leistungsaustauschs[434] – weitere Beschränkungen der Privatautonomie legitimieren oder in Ausnahmefällen sogar den Staat hierzu verpflichten. Hierzu erlassene Normen sind marktkompensatorischer Natur. Sie beschränken die Vertragsfreiheit aus sozialen oder rechtsethischen Gründen und konkretisieren den Rahmen, innerhalb dessen Austauschgerechtigkeit möglich ist.[435] Neben dem Schutz einer der Vertragspartner können hier auch Dritt- und Allgemeininteressen eine Rolle spielen. Für den Untersuchungsgegenstand relevante Aspekte verfassungsrechtlicher Natur

[431] *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102.

[432] *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 102 m. w. N.

[433] Vgl. *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 126.

[434] Vgl. *Köhler*, ASRP 2003, 457, 477 ff. m. w. N.

[435] Vgl. *Köhler*, ASRP 2003, 457, 479.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sind der Schutz der Berufsfreiheit sowie das Sozialstaatsprinzip[436], das wiederum eng verbunden ist mit gesellschaftspolitischen Erwägungen.

Unabhängig davon, ob es sich um marktkonstitutives oder marktkompensatorisches Recht handelt, führt die Natur der Vertragskontrolle dazu, dass neben der zu schützenden Partei auch die Interessen der anderen Vertragspartei berührt werden. Resultat dieser Dreieckssituation ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive die sogenannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Konkret stecken hinter der mittelbaren Drittwirkung zwei unterschiedliche Funktionen der Grundrechte. Zum einen führt die Abwehrfunktion der Grundrechte dazu, dass sich staatliche Maßnahmen an dem Übermaßverbot messen lassen müssen. Zum anderen müssen auch die sich aus der Schutzfunktion ergebenen Grenzen des Untermaßverbots beachtet werden. Da sowohl Normen des Privatrechts als auch die auf diesen Normen basierenden Entscheidungen der Zivilrichter den Vorgaben der Grundrechte entsprechen müssen, beeinflussen sie mittelbar auch die Gestaltung der Rechtsbeziehungen durch Privatpersonen. Sowohl das Untermaß- als auch das Übermaßverbot sind Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs, wenn auch mit unterschiedlichen Kontrolldichten.[437] Aufgrund der Wurzeln der Maßstäbe im Verhältnismäßigkeitsprinzip bleiben für die staatliche Maßnahmen auch bei einer Kombination der Maßstäbe Spielräume, die nicht gerichtlich kontrolliert werden können.[438] Welche konkreten Grenzen sich dennoch aus dem Unter- und Übermaßverbot ergeben, hängt von den Grundrechten ab, die in der spezifischen Situation betroffen sind. Gemeinsamer Nenner ist jedoch, dass dem Staat in Fällen von Grundrechtskollisionen – also gerade in Drittwirkungsfällen – die Aufgabe zukommt, über die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der damit verbundenen Interessenabwägung praktische Konkordanz herzustellen.

Diese unterschiedlichen Aspekte verfassungsrechtlicher, zivilrechtlicher, ökonomischer und gesellschaftspolitischer Art beeinflussen in ihrem Zusammenspiel die Zulässigkeitsgrenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und werden durch die Normen des Privatrechts sowie die auf ihnen basierenden Entscheidungen der Gerichte konkretisieren. Der Prozess der Konkretisierung bedeutet, dass vor dem dogmatischen und theoretischen Hintergrund eine Vielzahl von Regulierungsmöglichkeiten besteht. Sowohl bei der Entscheidung, ob zur Regelung einer Situation der Erlass gesetzliche Normen erlassen werden müssen, als auch bei der Auswahl der dann den Situationen am besten gerecht werdenden Regelung kommt dem Gesetzgeber eine erhebliche Einschätzungs- und Wertungsprärogative sowie Gestaltungsfreiheit in den Grenzen des rechtlich Zulässigen zu.[439]

Für den Untersuchungsgegenstand spielt dies gerade im Zusammenhang mit typischerweise bestehenden Kräfteungleichgewichten in Verhandlungssituationen

[436] Zum Sozialstaatsprinzip s. o. B.III.2.b)aa), Fn. 641.

[437] S. o. B.III.2.a), 121 f. sowie B.III.2.b)bb)(2), 125 f.; *Michael*, JuS 2001, 148, 155.

[438] *Michael*, JuS 2001, 148, 155.

[439] *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 76; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine Rolle. Regulierungen, die an eine solche Situation anknüpfen, können sowohl den Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit bezwecken als auch zum Zweck der Förderung von Verteilungsgerechtigkeit erlassen werden.[440] Gerade letzterer Aspekt ist politischer Natur, sodass den Wertungen und Entscheidungen der Legislative hier ein besonderes Gewicht zukommt. Aufgrund der parlamentarischen Richtungsentscheidungen und insbesondere wegen der Umstrittenheit und Ungewissheit wirtschafts- und sozialpolitischer Maßnahmen ist es den Richtern nicht gestattet, ihre politischen Vorstellungen an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.[441] Das bedeutet auch, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich freisteht, faktische Asymmetrien zwischen Privatrechtssubjekten, die ihren Ursprung in sozialen, wirtschaftlichen oder privaten Machtgefällen haben, zu akzeptieren.[442] Darüber hinaus verfügt er wie bereits dargelegt über einen weiten Gestaltungsspielraum, der dadurch beschränkt wird, dass der Schutzbedürftige nach Maßgabe des Untermaßverbots geschützt werden muss, jedoch ohne, dass gegen das Übermaßverbot verstoßen wird.[443] Erst wenn die typisierende Einschätzung des Gesetzgebers offensichtlich falsch ist und im konkreten Einzelfall ein Handlungsbedarf besteht, kann die Judikative einspringen.[444] Gegen diese Aufgabenverteilung dürfen die im Rahmen der Bestandsaufnahme herausgearbeiteten Prüfungsmaßstäbe und Zulässigkeitsgrenzen nicht verstoßen.

Auch die übrigen dargestellten Grundsätze und Zusammenhänge führen für den Untersuchungsgegenstand nicht nur zu abstrakten Grundregeln, sondern auch zu konkreten Vorgaben, denen die für die Beurteilung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote konkretisierten Prüfungsmaßstäbe des § 138 BGB und § 1 GWB genügen müssen. Zwar führen das auf der subjektiven Einschätzung und Selbstbestimmung des Einzelnen basierende Konzept der Austauschgerechtigkeit, der Grundsatz der Privatautonomie und seine Bedeutung im Privatrecht, die politische und vielgestaltige Natur des Konzept der Verteilungsgerechtigkeit sowie der Inhalt des Unter- und Übermaßverbots dazu, dass der Gesetzgeber grundsätzlich für eine Begrenzung der Vertragsfreiheit zunächst konkretisierend tätig werden muss und über einen erheblichen Gestaltungsspielraum verfügt. Gleichzeitig enthalten sowohl

[440] Vgl. für die Gegenüberstellung von Maßnahmen, die am einzelnen Transaktionsgeschäft ansetzen, und solchen, die das Verteilungsergebnis aller Transaktionen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene gerechter gestalten wollen *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 42 f. m. w. N., der darauf hinweist, dass Maßnahmen, die der Verteilungsgerechtigkeit dienen sollen, maßgeblich an der Ausgangsposition der Gesellschaftsmitglieder ansetzten, um durch deren Verbesserung und dadurch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene ein gerechteres Verteilungsergebnis zu schaffen.

[441] *Hufen*, NJW 1994, 2913, 2918.

[442] *Schmolke*, Grenze der Selbstbindung im Privatrecht, S. 83 m. w. N.

[443] Für die Vertragsgestaltung im Privatrecht bedeutet letzteres, dass gleichzeitig die Vertragsfreiheit des Schutzadressaten sowie die der Gegenpartei so umfassend wie möglich erhalten bleiben muss, vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1470; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 77 m. w. N.

[444] Vgl. *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 80.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Grundrechte als auch das Zivilrecht diesen Spielraum begrenzende Vorgaben, die auch durch die Rechtsprechung beachtet werden müssen.

Für den Untersuchungsgegenstand ist das sich aus dem Untermaßverbot für die Vertragsfreiheit ergebende Schutzminimum relevant. Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Dies ist laut der Rechtsprechung des BVerfG der Fall, wenn zwischen den Vertragspartnern eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke im Sinne einer typisierbaren Fallgestaltung vorliegt und diese ungleiche Verhandlungsstärke zu einem inhaltlich unangemessenen Interessenausgleich führt, der für die schwächere Partei ungewöhnlich belastend ist.[445] Enthält das Recht keine die schwächere Vertragspartei in dieser typisierbaren Situation effektiv schützende Norm, so hat der Gesetzgeber gegen die aus der Vertragsfreiheit resultierende Schutzpflicht verstoßen. Versagt der Vertragsmechanismus im Einzelfall, so gilt für den Richter auch hier, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen dürfen, wobei die Inhaltskontrolle hier auf Extremfälle reduziert wird, in denen eine Vertragspartei im Einzelfall entweder nicht in der Lage ist die Tragweite und Risiken des Vertragsschlusses zu erfassen oder aber eine höchstpersönliches Grundrecht auf eine empfindliche Weise eingeschränkt wird.[446] Diese äußeren Grenzen der Privatautonomie werden durch Verbotsgesetze und die guten Sitten vorgegeben und bezwecken nicht, jedes wie auch immer geartete Missverhältnis im Austauschvertrag zu korrigieren,[447] sondern beschränken sich auf Extremfälle.[448] Sowohl bei typisierbaren Fallgestaltungen als auch außerhalb derselben gilt jedoch, dass die staatliche Schutzmaßnahme gleichzeitig die Maßgaben des Übermaßverbots als Ausprägung der Abwehrfunktion der Vertragsfreiheit beachten muss. Dies führt dazu, dass die Vertragsfreiheit des Schutzadressaten sowie die der Gegenpartei so umfassend wie möglich erhalten bleiben muss.[449] Kommt es also zu einer Inhaltskontrolle zum Schutz der Vertragsfreiheit der in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigten Partei, so führen diese Maßstäbe dazu, dass die in Interessen eines Vertragspartners eingreifende Vertragsregeln dem Grundsatz der Erforderlichkeit genügen müssen und zudem verhältnismäßig im engeren Sinn sein müssen, also in einem angemessenen Verhältnis zu dem Ziel stehen müssen, dass mit der Beschränkung des anderen Teils verfolgt wird.[450]

Für die Abwehrfunktion der Berufsfreiheit wurde das Übermaßverbot durch die Dreistufentheorie konkretisiert, die je nach Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit unterschiedliche Anforderungen an den legitimen Zweck der Beeinträchtigung stellt. Relevant für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ist vor allem die Stufe der Beeinträchtigung der Berufsausübung, die durch sachgerechte

[445] S. o. B.III.3.b)cc)(2), 136 f.

[446] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[447] MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 527.

[448] Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[449] *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, S. 77 m. w. N.

[450] *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99, 101 m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls legitimiert werden können. Hierzu zählt jedoch kein bloßer Konkurrenzschutz. Auch aus dem Untermaßverbot lassen für die Berufsfreiheit konkrete Grenzen ableiten. Im Verhältnis von Unternehmern zueinander schützt die Berufsfreiheit den freien Wettbewerb, wobei hier die Minimalstandard des Untermaßverbots dann unterschritten ist, wenn ein dominierender Wettbewerber seine Position so missbraucht, dass die Funktionsmechanismen und -bedingungen des freien Wettbewerbs beeinflusst oder außer Kraft gesetzt werden.[451] Für abhängig Arbeitende führt die aus der Berufsfreiheit resultierende Schutzpflicht des Staates zu einer Vor- und Fürsorgeaufgabe des Staates,[452] wobei das Untermaßverbot erst dann verletzt wird, wenn keinerlei Leistungssysteme existieren, die die Vor- und Fürsorgeaufgabe erfüllen.[453] Allerdings handelt es sich hier um einen Minimalstandard, ein höherer Schutzstandard kann ebenfalls verhältnismäßig sein.

Neben der Berufsfreiheit ist zudem das Grundrecht der Eigentumsfreiheit relevant, und zwar insbesondere für den Schutzes von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen. Allerdings ergeben sich aus diesem Grundrecht keine zusätzlichen untersuchungsrelevanten Vorgaben.

Neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben enthalten auch die §§ 74 ff. HGB verallgemeinerungsfähige Maßstäbe zu Überprüfung der Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Der erste Grundsatz ist, dass für die Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ein berechtigtes Interesse des Unternehmens notwendig ist. Nur in dem Umfang, in dem das Wettbewerbsverbot von diesem Interesse getragen wird, kann es zulässig sein. Bereits hier wird zudem das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nach seinem zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfang analysiert. Diese Faktoren sind essenziell für die Beurteilung der Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und finden sich auch im weiteren Verlauf des Prüfungsmaßstabs wieder. Einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot wird nämlich aus zivilrechtlicher Sicht die Wirksamkeit verwehrt, wenn sein zeitlicher, sachlicher und örtlicher Umfang die Berufsfreiheit des Ausscheidenden unbillig beschränkt. Zusammen konkretisieren beide Schritte des Prüfungsmaßstabes das auch im Zivilrecht geltende Verhältnismäßigkeitsprinzip und sind als allgemeines Rechtsprinzip zur Beurteilung der Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots aus zivilrechtlicher Sicht anerkannt.[454] Die Untersuchung hat des Weiteren zu der Erkenntnis geführt, dass kein allgemeines zivilrechtliches Rechtsprinzip existiert, das die Zahlung einer Karenzentschädigung zu einem notwendigen Bestandteil eines dienstvertraglichen oder gesellschaftsvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots macht. Das gleiche gilt für die potenzielle Maximaldauer von zwei Jahren. Beide Elemente können jedoch bei der

[451] *Brenner*, in: HdGR V, § 115 Rn. 22; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 124.

[452] *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 19; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 96.

[453] *Schneider*, in: HdGR V, § 113 Rn. 19.

[454] S. o. B.I.5.d)aa), 102 ff. sowie B.I.5.d)bb), 103.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Prüfung des Einzelfalles im Rahmen des soeben dargestellten Prüfungsmaßstabs berücksichtigt werden, wobei eine Maximaldauer von zwei Jahren in der Praxis zumindest der Regelfall sein wird.[455]

[455] Vgl. *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1916.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Anwendung der Grundsätze auf den Untersuchungsgegenstand

I. Generalklauseln als Prüfungsnormen

Sowohl der Umstand, dass der Gesetzgeber keine zivilrechtliche Spezialnorm für die Beurteilung der Zulässigkeit dienstvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote von GmbH-Geschäftsführern geschaffen hat, als auch die Anwendung der § 138 BGB und § 1 GWB als Prüfungsnormen durch die Gerichte dienen als Ansatzpunkte für eine eventuellen Verstoß des Staates gegen die aus der Vertrags-, Berufs- und Eigentumsfreiheit erwachsenen grundrechtlichen Schutzpflichten. Ob der Staat hierdurch gegen grundrechtliche Schutzpflichten verstößt, hängt von den Maßgaben des Untermaßverbots ab.

Für die rechtliche Beurteilung des Unterlassens durch die Gesetzgebung ist in diesem Zusammenhang entscheidend, dass der Gesetzgeber über weitreichende Einschätzungs- und Wertungsprärogative sowie einen großen Gestaltungsspielraum bei der Feststellung von struktureller Unterlegenheit sowie der Gestaltung der Inhaltskontrolle zur Vermeidung eines inhaltlich unangemessenen, die schwächere Partei ungewöhnlich belastenden Interessenausgleichs verfügt. Ihm steht die Entscheidung zu, faktische Asymmetrien zwischen Vertragspartnern zu akzeptieren, von dem Erlass von Spezialregeln abzusehen, auf die formale Vertragsfreiheit zu setzen und für im Einzelfall notwendige Korrekturen auf die Rechtsprechung und deren Anwendung von Generalklauseln zu setzen.[1] Unabhängig davon, ob es sich im Fall des Untersuchungsgegenstandes um eine bewusste Entscheidung gegen den Erlass einer Spezialnorm und damit für die Praxis der Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote unter Anwendung von Generalklauseln handelt [2] oder nicht, spricht die Tatsache, dass individuelle Fälle des Versagens des Vertragsmechanismus entweder durch die Regeln zur Nichtigkeit von Willenserklärungen oder durch zivilrechtliche Generalklauseln wie § 138 BGB aufgefangen werden können,[3] gegen den Verstoß des Gesetzgebers gegen grundrechtliche Schutzpflichten. Vor dem Hintergrund, dass die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als erste Thematisierung der Drittwirkung der Grundrechte zunächst im Zusammenhang mit zivilrechtlichen General-

[1] S. o. B.III.2.d), 128 ff. sowie B.III.3.b)cc)(3), 137 ff.

[2] Hierfür plädiert überzeugend vor dem Hintergrund einer Betrachtung aller gesetzgeberischen Initiativen bezüglich Wettbewerbsverboten *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 180 ff. m. w. N.

[3] Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138; zum staatlichen Schutz der Vertragsfreiheit durch die Zivilrechtsordnung s. o. B.III.3.b)aa), 133 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klauseln hervorgehoben wurde,[4] ist dies nur konsequent. Sofern im Einzelfall ein Fremd-oder Minderheitsgeschäftsführer ausnahmsweise doch unter die Definition eines Arbeitnehmers fällt,[5] erfährt dieser zudem durch die so direkt anwendbaren typisierenden arbeitsrechtlichen Normen den individuell notwendigen Schutz. Der durch § 138 BGB zu verwirklichende Schutz im Einzelfall genügt zudem grundsätzlich, um die für die Berufsfreiheit spezifischen Maßgaben des Untermaßverbots zu erfüllen – schließlich ist diese erst dann verletzt, wenn sämtliche staatliche Vor- und Fürsorgeeinrichtungen entfallen.[6] Aus vergleichbaren Gründen wird die Wettbewerbsfreiheit ebenfalls nicht dadurch verletzt, dass das GWB keine Spezialnorm für nachvertragliche Wettbewerbsverbote enthält. Die Wettbewerbsfreiheit kann im Einzelfall durch § 1 GWB vor Beschränkungen geschützt werden.

Wenn der Gesetzgeber dadurch, dass er keine Spezialnorm erlässt, nicht gegen das Untermaßverbot verstößt, so verstößt die Justiz erst Recht nicht dadurch gegen grundrechtliche Schutzpflichten, dass sie nicht den auf Arbeitnehmer zugeschnittenen typisierenden Schutz der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer oder Gesellschafter einer GmbH analog oder direkt ausdehnt. Ob die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen, kann dabei dahingestellt bleiben.[7] Aus grundrechtlicher Perspektive relevant ist vielmehr, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 138 Abs. 1 BGB genügend Raum dafür lassen, im Einzelfall die widerstreitenden Grundrechtspositionen einem Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz zuzuführen. Entsprechendes gilt für § 1 GWB. Dies sowie der Abgleich mit den sich aus dem Untermaßverbot ergebenen untersuchungsrelevanten Maßstäbe zeigen, dass weder das Fehlen spezialgesetzlicher Regelungen noch das Unterlassen der Anwendung der §§ 74 ff. HGB gegen grundrechtliche Schutzpflichten des Staates verstößt.

---

[4] S. o. B.III.1., 118 ff.; zu dem Zusammenhang zwischen grundrechtlicher Schutzpflicht und Generalklauseln MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 34 m. w. N.; MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 20 f. m. w. N.; MüKoBGB/*Säcker*, Einl. Rn. 65 ff. m. w. N.

[5] Hierzu s. o. A.IV.2.a)aa), 40 ff.

[6] S. o. B.III.3.c)bb), 142 f. Gleichzeitig bedeutet auch das Fehlen eines gesetzlichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots keinen Verstoß gegen die staatliche Schutzpflicht, da diese erst dann bedeutsam werden, wenn der Bürger sich selbst nicht schützen kann oder dies nicht zumutbar ist, vgl. *Canaris*, JuS 1989, 161, 163; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 f. Da die Gesellschafter bzw. die Gesellschaft sich selbst durch eine vertragliche Vereinbarung schützen können, liegt kein die Schutzpflicht aktivierendes Gefahrenniveau vor. Zudem schließt der mögliche Schutz über § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG eine eventuell bestehende Regelungslücke, sodass eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführer nicht notwendig ist, *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 101. Umfassend zum Fehlen einer planwidrigen Gesetzeslücke *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 175 ff. m. w. N.

[7] Ablehnend zu den Voraussetzungen einer analogen Anwendung überzeugend statt aller *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 159 ff.; a. A. *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, S. 106 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch die Konzepte der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit und das Prinzip der Privatautonomie sprechen nicht gegen die Anwendung von Generalklauseln als Prüfungsnorm für die Inhaltskontrolle nachvertraglicher Wettbewerbsverbote bzw. unterstützen dies sogar. So ist das subjektive Äquivalenzprinzip und der Fokus auf die formale Vertragsfreiheit sowohl Teil der Privatautonomie[8] als auch des Konzepts der Austauschgerechtigkeit.[9] Dieses Prinzip spricht dafür, dass privatrechtliche Austauschvereinbarungen außerhalb von offensichtlichen Mängel der Selbstbestimmung, die bereits durch die Regelungen zu den Mängeln von Willenserklärungen im Allgemeinen Teil des BGB aufgefangen werden, grundsätzlich als wirksam anerkannt werden.[10] Ausnahmen stellen Extremfälle dar, die durch Verbotsgesetze und eben Generalklauseln aufgefangen werden können,[11] außer, der Gesetzgeber hat sich für den Erlass einer Spezialregelung entschieden. Ebensolche Extremfälle können auch Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit enthalten.[12] Insgesamt ist jedoch allen in diese Untersuchung einbezogene Grundsätzen gemein, dass sie zum einen auf die Prärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Hinblick auf die Regelungsbedürftigkeit und die Ausgestaltung der spezialgesetzlichen Regelung und zum anderen auf Generalklauseln für das Auffangen von jenseits der Grenzen der Privatautonomie liegenden Extremfällen setzen.

II. Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB

1. Analyse des Prüfungsmaßstabs

a) Strukturierende Funktion des Prüfungsmaßstabs für die umfassende Interessenabwägung

Die Untersuchung der Rechtsprechungspraxis sowie der einschlägigen Auffassungen in der Literatur hat ergeben, dass trotz fortbestehender Uneinigkeit aufgrund der ständigen und beständigen Rechtsprechung des BGH sowohl dienstvertragliche als auch gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH sich an § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG messen lassen müssen, wobei auch die in den §§ 74 ff. HGB zum Ausdruck kommenden Grundsätze beachtet werden müssen.[13]

[8] S. o. B.II.2., 106 f.

[9] S. o. B.I.2.a), 88 ff.

[10] Vgl. B.III.3.b)dd), 140.

[11] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[12] S. o. B.I.2.c), 93 ff.; B.IV., 144 ff.

[13] Der Faktor der in den §§ 74 ff. HGB enthaltenen Rechtsgrundsätze wird als Hilfsmittel für die Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes des § 138 Abs. 1 BGB nur für Geschäftsführer und nicht für Gesellschafter einer GmbH erwähnt. Gerade weil die tatsächlich in den Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB übernommenen § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB eine Konkretisierung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte sind, die in gleicher Weise für

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der erste Schritt des diese Prüfungsnorm konkretisierenden Prüfungsmaßstabes sowohl für Gesellschafter als auch für Geschäftsführer einer GmbH ist, ob ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter an dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot in seinem konkreten Umfang besteht. Nur in dem Rahmen, in dem dies bejaht werden kann, kann das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Anschluss darauf geprüft werden, ob es unter Berücksichtigung seines zeitlichen, sachlichen und räumlichen Umfangs die Berufsfreiheit des Ausscheidenden auf eine Weise beeinträchtigt, die unangemessen ist.[14] Dieser Beurteilungsfaktor leuchtet vor dem Hintergrund ein, dass ein vertragliches Wettbewerbsverbot zwischen zwei Parteien abgeschlossen wird und gleichzeitig trotz des Grundsatzes der Privatautonomie wegen der Bedeutung der Berufsfreiheit und des freien Wettbewerbs einer Berechtigung bedarf und begrenzt werden muss.[15] Zusammen mit der Beurteilung des Wettbewerbsverbots nach dessen zeitlichen, örtlichen und sachlichen Umfang und dessen Relation zum berechtigten Interesse des Vertragspartners des Ausscheidenden handelt es sich auf der Ebene des Transaktionsgeschäfts um die entscheidenden Faktoren zum Ausgleich des Interessenkonflikts, der einem Wettbewerbsverbot typischerweise zu Grunde liegt.[16] Beide Schritte zusammen konstituieren eine umfassende Abwägung jedenfalls der Interessen der direkt am Vertrag beteiligten Personen. Ob auch Interessen Dritter oder Institutionen in die Abwägung einbezogen werden können, hängt auch von dem Zusammenspiel mit der Prüfungsnorm des § 1 GWB ab und bleibt zu untersuchen.[17]

b) Einfluss der Berufsfreiheit

Da das Verhältnis zur Berufsfreiheit bereits angesprochen wurde, verwundert es nicht, dass der Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB Ähnlichkeiten zu dem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Berufsausübungsbeschränkungen aufweist.[18] Dass als erster Prüfungsschritt der Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots in Relation zu dem berechtigten unternehmerischen Interesse gesetzt wird

---

Gesellschafter gilt, hat dieser in der Rechtspraxis vorzufindende Unterschied keine Relevanz für den Prüfungsmaßstab. Zu einem gleichen Ergebnis *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 98 f., jedoch generell und ohne differenziert auf die dogmatischen Hintergründe einzugehen. EBJS/*Boecken/Rudkowski*, § 74a Rn. 1 m. w. N. weist zudem darauf hin, dass es sich bei § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB um eine Konkretisierung des § 138 BGB handele.

[14] S. o. A.IV.4.a), 80 f.

[15] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241, der von einem verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken in § 74a Abs. 1 HGB, dass rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Berufsfreiheit auf das unerlässliche Minimum begrenzt werden müssten, spricht; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 269.

[16] Vgl. *Hirte*, ZHR 154 (1990), 443, 452.

[17] Hierzu s. u. C.III.2., 169 ff.

[18] Vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 255 ff.; vgl. *Schnelle*, GmbHR 2000, 599, 600.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und darauf geprüft wird, ob das Wettbewerbsverbot in seiner Gänze dem Schutz des berechtigten Interesses der Gesellschaft dient, ist dabei vergleichbar mit der Überprüfung eines legitimen Ziels und der Geeignetheit der grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme im Rahmen der grundrechtlichen Rechtfertigungsprüfung in abwehrrechtlichen Situationen. Als legitimes Ziel kann im Fall der ersten Stufe der Dreistufentheorie nur eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls dienen. Diese Anforderung wurde im Rahmen des Prüfungsmaßstabes des § 138 Abs. 1 BGB auf ein berechtigtes unternehmerisches Interesse konkretisiert. Der Abgleich des berechtigten unternehmerischen Interesses mit dem konkreten Umfang des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs ist wiederum mit der Stufe der Erforderlichkeitsprüfung vergleichbar. Anders bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung wird das konkrete Wettbewerbsverbot jedoch nicht mit gänzlich anderen Maßnahmenalternativen verglichen, die dem unternehmerischen Interesse genauso wirksam aber verbunden mit milderen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit gedient hätten. Im Zentrum der Prüfung steht hier vielmehr neben dem Abgleich, ob der örtliche und zeitlich Umfang für die Verfolgung des Ziels notwendig ist, die Unterteilung zwischen Kundenschutzklauseln und umfassenden Wettbewerbsverboten.[19] Besteht kein hinreichendes unternehmerisches Interesse, so ist die Beschränkung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden nicht legitimiert und muss nicht hingenommen werden.[20] Diese Reduzierung des Prüfungsmaßstabes im Vergleich zum verfassungsrechtlichen Maßstab, dem staatliches Handeln genügen muss, ist vor dem Hintergrund der bloß mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse nur konsequent. Die im zweiten Schritt folgende Interessenabwägung durch die Prüfung, ob das nachvertragliche Wettbewerbsverbot die Berufsfreiheit des Ausscheidenden unangemessen beeinträchtigt, ähnelt wiederum der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,[21] bei der das berechtigte Interesse sowie das schützenswerte Interesse miteinander abgewogen werden müssen.[22] Obgleich sich die Prüfung auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien fokussiert, kann der Staat für die Begründung eines Grundrechtseingriffes, um den es sich bei der Feststellung der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB handelt,[23] auch auf Drittinteressen bzw. Allgemeinwohlinteressen zurückgreifen.[24] Die Unangemessenheit der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

[19] Vgl. stellvertretend BGH, Urt. v. 26.03.1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91,1 = NJW 1984, 2366, 2367; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 299 f.

[20] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 257.

[21] Zur Struktur dieser Prüfung s. o. B.III.2.a), 121 f.; vertiefend *Michael*, JuS 2001, 148, 149 f. m. w. N.

[22] *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 240.

[23] *Köhler*, JuS 2010, 665, 666.

[24] Dies verdeutlichen bereits die Vorgaben der Dreistufentheorie, s. o. B.III.3.c)aa), 140 ff.; vgl. BGH, Urt. v. 9.5.1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717, der die Sittenwidrigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit dem öffentlichen Interesse an der Freiheit der Berufsausübung von Wirtschaftsprüfern begründet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

könnte also dem Grundsatz nach auch auf Dritt- bzw. Allgemeinwohlinteressen zurückgeführt werden. Ob sich aus dem Schutz der Vertragsfreiheit etwas anderes ergibt, bleibt zu untersuchen.[25]

Aus der Dimension der Berufsfreiheit als Schutzrecht lassen sich deutlich weniger Schlüsse für den Untersuchungsgegenstand ziehen. Relevant ist hier zum einen, was aus der Berufsfreiheit nicht abgeleitet werden kann. So ergibt sich aus Art. 12 GG kein Recht auf Abwehr der Konkurrenz,[26] was wiederum bedeutet, dass dieses Interesse nicht in eine Interessenabwägung in Drittwirkungskonstellationen einbezogen werden kann. Dies spiegelt sich darin wieder, dass als berechtigtes Interesse der Gesellschaft eben nicht der bloße Schutz vor Konkurrenz akzeptiert wird.[27] Zwar umfasst der Schutzbereich der Berufsfreiheit in ihrer abwehrrechtlichen Funktion auf der Seite des Ausscheidenden sowohl die freie Wahl des Arbeitsplatzes als auch den grundsätzlichen freien Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt, wobei die Nähe der Berufsfreiheit zum Kern der Persönlichkeitsentfaltung Rechnung getragen werden muss.[28] Diese grundrechtlich geschützten Interessen müssen also im Rahmen der durch den Richter vorzunehmenden Entscheidung beachtet werden. Gleichzeitig wird der freie Wettbewerb zwischen Unternehmern geschützt, von dem auch der Wettbewerb um Arbeitskräfte umfasst ist.[29] Aus der Bedeutung der Berufsfreiheit und des freien Wettbewerbs wird wie bereits erwähnt zumindest gefolgert, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote einer Berechtigung bedürfen und begrenzt werden müssen.[30] Dazu, ob es sich hierbei um Vorgaben aus dem Untermaßverbot handelt, fehlen zwar Stellungnahmen, jedenfalls würde der zu untersuchende Prüfungsmaßstab aber diese Vorgaben erfüllen.

c) Einfluss der Eigentumsfreiheit

Der Einfluss der Eigentumsfreiheit wiederum zeigt sich daran, dass die Voraussetzung des berechtigten unternehmerischen Interesses durch den Schutz des Kunden- und Mandantenstammes sowie von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen unter das Merkmal des berechtigten unternehmerischen Interesses fällt. Auch wenn der durch den BGH formulierte Prüfungsmaßstab Art. 14 GG nicht erwähnt wird, so müssen die Gerichte die durch Art. 14 GG geschützten Rechtspositionen in die Abwägung einbeziehen. Aufgrund der jedenfalls für den Untersuchungsgegenstand bestehenden Übereinstimmung der sich aus der Berufsfreiheit und der Eigentums-

[25] S. u. C.II.1.d), 158 ff.

[26] S. o. B.III.3.c)aa), 140 ff.

[27] S. o. A.IV.2.d)dd), 67 f.; vgl. A.IV.3.a)bb), 70 f. sowie A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[28] Zum Gewährleistungsinhalt der Berufsfreiheit s. o. B.III.3.c)aa), 140 ff.

[29] Zum gleichzeitigen Schutz durch Art. 14 GG s. o. B.III.3.d), 143 f.; C.II.1.c), 157.

[30] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241, der von einem verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken in § 74a Abs. 1 HGB, dass rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Berufsfreiheit auf das unerlässliche Minimum begrenzt werden müssten, spricht; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 269.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

freiheit ergebenen Maßgaben für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs[31] bleibt die fehlende Erwähnung und Erwägung des Art. 14 GG durch den BGH zudem ohne Folgen.

d) Einfluss der Vertragsfreiheit

Gleichzeitig ist sowohl die Ausübung der Berufsfreiheit als auch die Ausübung der Eigentumsfreiheit eng mit der Ausübung von Vertragsfreiheit verbunden.[32] In erster Linie schützt die Vertragsfreiheit vertragliche Vereinbarungen vor staatlichen Eingriffen. Teil der Schutzdimension der Vertragsfreiheit ist, dass der Staat zur Duldung privatrechtlicher Verträge verpflichtet ist und eine Rechtsordnung gestalten muss, die die Durchsetzung dieser Verträge ermöglicht.[33] Dies spiegelt sich bereits im Rahmen des ersten Prüfungsschrittes wider, bei dem der Richter nicht gänzlich andere Maßnahmen in die Prüfung einbringen kann, die auf eine ebenso wirksame aber mildere Art dem Schutz von Kunden und Mandanten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dienen würden.

Auch im Rahmen des zweiten Prüfungsschrittes spielen staatliche Schutzpflichten eine Rolle. Im Zentrum der Diskussion um privatautonome Beschränkungen der Berufsfreiheit steht zwar trotz der Auswirkungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf die Berufsfreiheit des Ausscheidenden zumeist nicht die aus dieser abzuleitende staatliche Schutzpflicht, sondern die sich aus der Vertragsfreiheit ergebene staatliche Schutzpflicht gegenüber einer durch ein Kräfteungleichgewicht benachteiligten Vertragspartei.[34] Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Privatautonomie leuchtet diese Schwerpunktsetzung ein. Allerdings haben die aus der Vertragsfreiheit abzuleitenden Vorgaben des Untermaßverbots nur begrenzte Auswirkungen auf den Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB. Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber mit den §§ 74 ff. HGB bereits seiner Aufgabe erfüllt hat, dort Schutz zu gewähren, wo die Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit typischerweise nicht gegeben sind.[35] Außerhalb dieser durch den Gesetzgeber auf der Basis von real existierenden Kräfteverhältnissen vorgenommenen Typisierung bleibt nur noch der Grundrechtsschutz im Einzelfall aufgrund eines individuellen Versagens des Vertragsmechanismus.[36] Im Zentrum der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB steht dann die

[31] Zum Übermaßverbote s. o. B.III.2.a), 121 f.

[32] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 139 m. w. N., der die Vertragsfreiheit als eine der „herausragenden (funktionstypischen) Annexfreiheiten aus Art. 12, 14" GG bezeichnet.

[33] S. o. B.III.3.b)aa), 133 f.

[34] Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 82 m. w. N.

[35] Vgl. *Zöllner*, NJW 1990, 1, 4 m. w. N., der betont, dass Arbeitsrecht bei der Beschränkung der Vertragsfreiheit unmittelbar ansetze, da der Gesetzgeber von der Prämisse ausgehe, dass der einzelne unfähig oder sogar unmündig sei, seine eigenen Interessen im Arbeitsvertrag zu wahren.

[36] Hierzu s. o. B.III.3.b)dd), 140.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Frage, ob das Vertragsergebnis untragbar ist.[37] In Ermangelung konkreter Maßstäbe für die Beantwortung dieser Frage bleibt somit für die Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen wieder nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Struktur gebendes Element, der sich auch im konkreten Prüfungsmaßstab des § 138 BGB wiederfindet. Was allerdings durch den Richter beachtet werden muss, ist die Bedeutung der Berufstätigkeit für die Entfaltung der Persönlichkeit und die Sicherung der Existenzgrundlage.[38]

Der zweite Schritt des Prüfungsmaßstabes ermöglicht durch das Element der Abwägungsentscheidung, diese Elemente in die Beurteilung der Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes einfließen zu lassen. Zu diesen Elementen gehört auch, ob die Beeinträchtigung durch das Wettbewerbsverbot durch die Zahlung einer Karenzentschädigung ausgeglichen wird. Somit steht im Zentrum des zu untersuchenden Prüfungsmaßstabes nicht der Prozess des Vertragsschlusses selbst,[39] sondern der Vertragsinhalt[40] und damit eine marktkompensatorische Komponente.[41] Das bedeutet jedoch nicht, dass die sich aus der Vertragsfreiheit ergebenen staatlichen Schutzpflichten für den zu untersuchenden Prüfungsmaßstab irrelevant wären. Davon, ob und in welchem Umfang das Wettbewerbsverbot durch ein berechtigtes unternehmerisches Interesse getragen wird, sowie von der Intensität der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot können Rückschlüsse auf die Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit gezogen werden. Wird das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang durch ein berechtigtes unternehmerisches Interesse gerechtfertigt, oder führt der Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zu unangemessenen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit des Ausscheidenden, so kann dies gleichzeitig Zweifel an der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit und der Selbstverantwortungsfähigkeit des Ausscheidenden bei Vertragsschluss begründen.[42] In diesem Fall rückt dann auch wieder die marktkonstitutive Funktion der Vertragskontrolle in den Fokus, die den §§ 74 ff. HGB durch die Typisierung des Gesetzgebers eigen ist,[43] im Rahmen der Vertragskontrolle nach dem Sittenwidrigkeitsmaßstab jedoch im Einzelfall begründet werden muss. Gleichzeitig gehört zu der staatlichen Schutzpflicht eben auch die Anerkennung der formalen Vertrags-

[37] Vgl. *Wiedemann*, JZ 1990, 695, 697, der darauf hinweist, dass sowohl Ungleichgewichtslagen mit tolerablen Ergebnissen als auch Gleichgewichtslagen mit nicht tragbaren Ergebnissen existierten.

[38] S. o. B.III.3.c)aa), 140 f.; B.III.3.c)bb), 142 f.

[39] Allerdings können auch die Umstände des Zustandekommens alleine zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs.1 BGB führen, und zwar jedenfalls, wenn der wirtschaftlich stärkere die wirtschaftliche Notlage des durch das Wettbewerbsverbot Verpflichteten zur einseitigen Durchsetzung seiner Ziele sittenwidrig ausnutze, vgl. BGH, Urt. v. 13. 03. 1979 – KZR 23/77, NJW 1979, 1605, 1606; *Hirte*, ZHR 1990 (154), 443, 458.

[40] Für eine vergleichbare Differenzierung s. o. B.I.2.b), 91 ff.

[41] S. o. B.II.7., 114 ff.

[42] Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[43] S. o. B.IV., 144 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

freiheit und die Duldung der Ergebnisse der Ausübung der Vertragsfreiheit.[44] Dies führt dazu, dass einem Vertrag außerhalb des Sonderprivatrechts – in diesem Fall also §§ 74 ff. HGB – nur im Extremfall die Wirksamkeit versagt werden darf,[45] und gibt somit das Regel-Ausnahme-Verhältnis vor. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit im Privatrecht hat auch Bedeutung für die Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeinwohlinteressen. Im Rahmen der Vertragskontrolle können diese grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führen, nur im Extremfall können sie ein Sittenwidrigkeitsurteil begründen.[46]

e) Zusammenfassung des grundrechtlichen Einflusses

Letztendlich haben sowohl der Schutz der Vertragsfreiheit als auch der der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit einen direkten Einfluss auf die Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes des § 138 Abs. 1 BGB für nachvertragliche Wettbewerbsverbote.[47] Der strenge Prüfungsmaßstab für nachvertragliche Wettbewerbsverbote gründet darauf, dass durch sie in existenzieller Weise in die Berufsfreiheit und damit in einen für die Persönlichkeitsentfaltung des Menschen existenziellen Kernbereich eingegriffen wird und durch eine potenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt sein kann.[48] Gleichzeitig ermöglicht die Ausgestaltung des Prüfungsmaßstabes, die Vertragsfreiheit in ihrer grundsätzlichen Bedeutung sowie eine eventuelle individuelle Schutzbedürftigkeit derselben im Einzelfall zu berücksichtigen.

Der erste Prüfungsschritt als eine Schwelle, die jedes nachvertragliche Wettbewerbsverbot zunächst nehmen muss, um wirksam sein zu können, unterstreicht den Stellenwert der Berufsfreiheit und des freien Wettbewerbs als Teilfreiheit derselben. Dies geschieht bereits allein dadurch, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nur wirksam sein kann, wenn ein legitimer Zweck existiert, der die Einschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigen kann, und ob der konkrete Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen. Anders

---

[44] S. o. B.III.3.b)aa), 133 f.

[45] Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 f., der betont, dass außerhalb des Sonderprivatrechts für typisierbare Fälle von Ungleichgewicht der Inhalt eines Vertrages nur in Extremfällen zur Wahrung von Minimalstandards kontrolliert werden.

[46] Vgl. BGH, Urt. v. 9. 5. 1968 – II ZR 158/66, NJW 1968, 1717 als Beispiel für einen Fall, bei dem das öffentliche Interesse berücksichtigt wird; vgl. *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 240 Fn. 984, der jedoch zwischen einer Vertragskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB und der „klassischen" Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit unterscheidet, obwohl es sich außerhalb des Sonderprivatrechts immer um die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit handelt. Hierzu s. o. im Rahmen der Erläuterungen zur Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative B.III.2.d), 128 ff.

[47] Vgl. insbesondere zum Einfluss der Berufsfreiheit *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 247 ff.

[48] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 241; *Singer*, JZ 1990, 1133, 1139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

als bei der Prüfung einer staatlichen grundrechtsbeschränkenden Maßnahme auf ihre Verhältnismäßigkeit prüft der Richter jedoch im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung nicht, ob gleich effektive aber weniger einschneidende Alternativen zur Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots existieren. Vielmehr wird nur die konkrete zeitliche, sachliche und örtliche Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots darauf überprüft, ob sie über das legitime unternehmerische Interesse hinausschießt. Dies ist Ausdruck der Tatsache, dass Privatpersonen eben nur mittelbar und nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Zudem spiegelt sich in dieser Reduzierung des Prüfungsmaßstabes gegenüber dem bei der Prüfung staatlicher Maßnahmen verwendeten die Tatsache wider, dass der Prüfungsgegenstand selbst grundsätzlich durch die Vertragsfreiheit beider Vertragsparteien geschützt ist, die der Staat respektieren muss. Ob die materialen Voraussetzungen für die Ausübung von Vertragsfreiheit vorliegen, kann erst in den zweiten Prüfungsschritt des Prüfungsmaßstabes einfließen. Die Beschränkung des legitimen unternehmerischen Interesses auf Kunden- und Mandantenschutz sowie auf Geschäfts- und Berufsgeheimnisse ist wiederum Ausdruck des in dieser Hinsicht begrenzten Schutzbereichs der Berufs- und Eigentumsfreiheit der durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot berechtigten Vertragspartei. Der bloße Schutz von Konkurrenz fällt nicht in den Schutzbereich dieser Grundrechte. In Anlehnung an den Aufbau der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung spielen die Interessen der Partei, deren Interessen durch das Wettbewerbsverbot beeinträchtigt werden, auf dieser Ebene der Prüfung noch keine Rolle.

Auf die grundrechtlich geschützten Interessen beider Vertragsparteien kann hingegen im Rahmen des zweiten Prüfungsschrittes eingegangen werden. Im Rahmen der nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vorzunehmende Abwägung kann der Richter auf eine eventuelle Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Ausscheidenden aufgrund von eventuellen Selbstbestimmungsdefiziten, den Umfang der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden sowie auf die Berufs- und Eigentumsfreiheit der übrigen Gesellschafter bzw. der Gesellschaft eingehen. Das Gleiche gilt auch für Allgemeinwohlbelange, die jedoch nur in Extremfällen den Ausschlag für die Sittenwidrigkeit geben können.[49] Die konkrete Ausgestaltung des Prüfungsmaßstabes unter Anlehnung an die verfassungsmäßige Rechtfertigungsprüfung und Beachtung konkreter Besonderheiten der betroffenen Grundrechte reduziert die Gefahr, dass der Zivilrichter bei der Beurteilung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gegen Grundrechte verstößt. Gleichzeitig lässt der Prüfungsmaßstab Raum für die Berücksichtigung der Privatautonomie und berücksichtigt das Konzept der bloß mittelbaren Drittwirkung.

[49] S. o. C.II.1.d), 158 ff.; zur Rolle des Allgemeinwohls im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsprüfung s. o. B.III.2.a), 121 f. sowie B.III.3.c)aa), 140 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

f) Einfluss der zivilrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Privatautonomie

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat somit in dem Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB Niederschlag gefunden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet jedoch nicht nur im Verfassungsrecht Anwendung. Vielmehr handelt es sich auch um einen allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, der in § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB zum Ausdruck kommt und in seiner dortigen Konkretisierung verallgemeinerungsfähig ist. Zwar hat die Rechtspraxis aus der Version des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB nicht den Faktor der Karenzentschädigung übernommen. Allerdings kann dieser Faktor im Rahmen der Prüfung, ob die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit unangemessen ist, berücksichtigt werden. Ein weiterer zivilrechtlicher Grundsatz, der durch seinen Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG bzw. die jeweiligen Spezialgrundrechte sowohl im Verfassungsrecht als auch im Zivilrecht beheimatet ist, ist die Privatautonomie. Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch aus zivilrechtlicher Sicht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Wirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen und damit auch für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH. Auch aus privatrechtlicher Sicht ist der Abschluss und Inhalt solcher vertraglichen Vereinbarungen, für die kein Sonderprivatrecht existiert, in der Regel zu dulden. Das Urteil der Sittenwidrigkeit gem. Art. 138 Abs. 1 GG darf nicht der Regelfall sein.

g) Einfluss der Konzepte der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit

Zu diesem Schluss führt auch die Anwendung der Konzepte der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit und der aus diesen Konzepten abgeleiteten Grundsätzen auf den Prüfungsmaßstab. Die zivilrechtliche Kontrolle des Umfangs nachvertraglicher Wettbewerbsverbote kann sowohl dem Konzept der Austauschgerechtigkeit als auch dem der Verteilungsgerechtigkeit zugeordnet werden, da es sowohl um die Gewährleistung einer gerechten Transaktion als auch um die Beeinträchtigung der Möglichkeit des Einzelnen an der Teilhabe an der Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse und damit um die gesamtgesellschaftliche Verteilung des Reichtums geht.[50] Beides ist relevant für die Analyse des Prüfungsmaßstabes. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Vertragsfreiheit und den Vorgaben des Untermaßverbots herausgearbeitet, enthält der für nachvertragliche Wettbewerbsverbote konkretisierte Sittenwidrigkeitsmaßstab nicht automatisch ein prozedurales Element, also den Bezug auf ein die Selbstbestimmung beeinträchtigendes Machtgefälle. Gerade dieses prozedurale Element ist jedoch notwendig, um die Inhaltskontrolle eines Vertrages unter Anwendung eines objektiven Äquivalenzmaßstabes nach den Grundsätzen der Austauschgerechtigkeit zu legitimieren.[51]

[50] Zur Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit s. o. B.I.2., 88 ff.

[51] S. o. B.I.2.b), 91 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im direkten Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB wird das prozedurale Element der Äquivalenzkontrolle noch dadurch gewährleistet, dass das Wettbewerbsverbot zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber vereinbart wird und damit in einem durch den Gesetzgeber typisiert festgelegten Fall eines Selbstbestimmungsdefizits aufgrund eines Machtgefälles. Wird der Prüfungsmaßstab des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB nun auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote angewendet, die nicht zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer vereinbart worden sind, so kann das Machtgefälle nur im Rahmen der Generalklausel im Einzelfall festgestellt werden. Dieses würde dann eine Durchbrechung des Prinzips der subjektiven Äquivalenz mit dem Ziel der Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit rechtfertigen. In diesem Fall ist die Prüfung dann auch marktkonstitutiver Natur.[52] Ist dies nicht möglich, so kann die Inhaltskontrolle nicht mit der Gewährleistung der Austauschgerechtigkeit begründet werden. Übrig bleibt aus zivilrechtlicher Sicht nur die Inhaltskontrolle in extremen Fällen durch den Sittenwidrigkeitsmaßstab.[53] Ohne Feststellung eines individuellen Selbstbestimmungsdefizits kann also nach dem Konzept der Austauschgerechtigkeit der Vertragsinhalt nur im Ausnahmefall kontrolliert werden. Der in den Prüfungsgegenstand des § 138 Abs. 1 HGB übernommene Bestandteil des § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB ist demnach aus zivilrechtlicher Sicht eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Über die offene, von einer Abwägungsentscheidung geprägte Struktur gibt dieser Teil der Prüfung jedoch grundsätzlich nur Minimalstandards vor und lässt Raum für die Beurteilung des Einzelfalles, ohne konkrete und ausnahmslos geltende Vorgaben für die Gestaltung des Äquivalenzverhältnisses des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots aufzustellen. Dass dennoch strenge Anforderungen an nachvertragliche Wettbewerbsverbote gestellt werden, hat seinen Grund insbesondere in der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit und deren Nähe zum Kern der Persönlichkeitsentfaltung und damit im Verfassungsrecht.[54] Die Schlussfolgerungen zur Austauschgerechtigkeit stehen dem nicht entgegen, weil diese auf Freiheit basierende Gerechtigkeitsform nicht absolut zu setzen ist und die Gewährleistung der Voraussetzungen, auf denen sie basiert, von den übrigen Gerechtigkeitsformen abhängig sind.[55] Die nun nicht mehr an der Entscheidungsfreiheit ansetzende Vertragskontrolle ist damit auch marktkompensatorischer Natur.[56] An dieser Stelle kommt dann das Konzept der Verteilungsgerechtigkeit ins Spiel, und zwar nicht im Sinne der konkreten Verteilung gesamtgesellschaftlichen Wohlstands durch Umverteilung, sondern in der Form von Regelungen, die sich mit dem Umfang des Wettbewerbsverbots als Beeinträchtigung der Chance des Einzelnen an der Teilhabe an der Gesamtheit der gesellschaftlichen

[52] Zur Unterscheidung zwischen marktkonstitutiv und marktkompensatorisch s. o. B.II.7., 114 ff.

[53] S. o. C.I., 152 ff.

[54] S. o. B.III.3.c)bb), 142 f.; C.II.1.b), 155 ff.

[55] S. o. B.I.2.a), 88 ff.

[56] Zu marktkompensatorischen und marktkonstitutiven Normen s. o. B.II.7., 114 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Produktionsverhältnisse befassen.[57] Durch die enge Verbindung dieser individuellen Wettbewerbsfreiheit mit dem Institut des freien Wettbewerbs[58] gelangt so auch wieder ein marktkonstitutives Element in den Prüfungsmaßstab.[59]

2. Keine Übernahme der Zulässigkeitsgrenzen der §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 S. 3 HGB

Die Bestandsaufnahme der Rechtspraxis hat zudem ergeben, dass weder der in § 74 Abs. 2 HGB aufgeführte Grundsatz der bezahlten Karenz noch die strikte Maximaldauer des § 74a Abs. 1 S. 3 HGB als konkrete Zulässigkeitsgrenze in den aus § 138 Abs. 1 BGB abgeleiteten Sittenwidrigkeitsmaßstab aufgenommen worden sind.[60] Dass § 74a Abs. 1 S. 3 HGB nicht als strikte Zulässigkeitsgrenze übernommen wurde, ist sowohl verfassungsrechtlich als auch zivilrechtlich stringent. Anders als die zuvor herausgearbeiteten Elemente des Prüfungsmaßstabes, die es ermöglichen, den für nachvertragliche Wettbewerbsverbote typischen Interessenkonflikt bei der Prüfung aufzuschlüsseln und die einzelnen Interessen zuverlässig bei der Beurteilung der Unbilligkeit zu berücksichtigen, handelt es sich beim Grundsatz der bezahlten Karenz und bei der Maximaldauer von zwei Jahren um konkrete Vorgaben zur Lösung des Interessenkonflikts und damit um konkrete Zulässigkeitsgrenzen.[61]

Die Untersuchung der Entwicklungsgeschichte der §§ 74 ff. HGB wiederum hat ergeben, dass die in § 74a Abs. 1 S. 3 HGB enthaltene Maximaldauer von zwei Jahren nicht in seiner Absolutheit als Zulässigkeitsgrenze als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz nachvertraglicher Wettbewerbsverbote jeglicher Art qualifiziert werden kann.[62] Entsprechendes gilt für den Grundsatz der Karenzentschädigung,[63] bei dem zugleich die fehlende Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung bei GmbH-Gesellschaftern, AG-Vorstandsmitgliedern und Freiberuflern ebenfalls dafür spricht, dass die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung nicht den Rang eines allgemeinen Grundsatzes beanspruchen können.[64] Stattdessen scheint der Gesetzgeber es bei dem grundsätzlich geltenden Vorrang der Privatautonomie zu belassen.[65] Demnach können beide Zulässigkeitsgrenzen nicht auf andere Personengruppen als Arbeitnehmer übertragen werden. Zu dem gleichen Ergebnis führen die weiteren

[57] S. o. B.I.2.a), 88 ff.

[58] S. o. B.II.5., 111 ff.

[59] Zum freien Wettbewerb und marktkonstitutiven Normen s. o. B.II.7., 114 ff.

[60] S. o. A.IV.4.b), 81 f.

[61] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 51.

[62] S. o. B.I.5.d)cc), 103 f.

[63] S. o. B.I.5.d)dd), 104 f.

[64] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 291.

[65] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 291. Zum Primat formaler Vertragsfreiheit *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz, S. 200 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Analyseansätze. Beide Zulässigkeitsgrenzen sind zwar Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, basieren auf den Konzepten der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit und sind durch den Gesetzgeber vorgenommene Konkretisierungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben.[66] Allerdings sprechen genau diese Einordnungen wiederum gegen eine Übertragung der Zulässigkeitsgrenze auf weitere Personengruppen. Im Zusammenhang mit dem Konzept der Austauschgerechtigkeit beruht dies darauf, dass beide konkreten Zulässigkeitsgrenzen Maßstäbe objektiver Äquivalenz sind.[67] Damit die Inhaltskontrolle unter Anwendung ebensolcher Maßstäbe legitim ist, muss zusätzlich ein Selbstbestimmungsdefizit vorliegen. Für die §§ 74 ff. HGB hat der Gesetzgeber diese Voraussetzung durch das typisierte Machtgefälle zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfüllt. Im Rahmen der Prüfung nach § 138 BGB, Art. 12, 2 GG kann das prozedurale Element der Inhaltskontrolle jedoch nur im Einzelfall nachgewiesen werden, woran eine generelle Übertragung des Grundsatzes der Karenzentschädigung bereits scheitert. Entsprechendes gilt für die Maximaldauer von zwei Jahren. Dass beide Zulässigkeitsgrenzen auch der Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit dienen und somit auch eine marktkompensatorische Funktion haben, unterstützt diese Einschätzung, da es dem Gesetzgeber obliegt, zu entscheiden, über welche spezialgesetzlichen Regulierungen er typisierend und damit generell Einfluss auf die Verteilungsgerechtigkeit nimmt.[68] Die Übernahme der konkreten Zulässigkeitsgrenzen der §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 S. 3 HGB würde einen Übergriff in die Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers darstellen.

Zu derselben Schlussfolgerung führt die Analyse der §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 S. 3 HGB aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive. Durch beide Normen konkretisiert der Gesetzgeber seine grundrechtlichen Schutzpflichten zu Gunsten des ausscheidenden Arbeitnehmers, wobei die Normen das Ergebnis der Abwägung zwischen den verschiedenen durch nachvertragliche Wettbewerbsverbote betroffenen Grundrechtspositionen darstellen.[69] Dieser Umstand spricht aus unterschiedlichen Gründen gegen eine generelle Übertragung der konkreten Zulässigkeitsgrenzen auf Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Zum einen sind die §§ 74 Abs. 2 HGB, 74a Abs. 1 S. 3 HGB im Zusammenhang mit den restlichen Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB zu sehen. In ihrer Gesamtheit bilden sie den Ausgleich zwischen den betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen,[70] für den sich der Gesetzgeber nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz entschieden hat, und zwar spezifisch für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, weil dieses nach Einschätzung des Gesetzgebers auch bei der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote ein typischerweise schutzbedürftiges Machtgefälle

[66] S. o. B.I.2.a), 88; B.I.4., 95 ff.; vgl. B.III.2.d), 128 ff.

[67] Zur objektiven Äquivalenz s. o. B.I.2.b), 91 f.; B.II.7., 114 ff.

[68] S. o. B.I.2.c), 93 ff.

[69] Maun/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 80.

[70] Vgl. *Kamanabrou*, ZGR 2002, 898, 908; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aufweist, das grundsätzlich zu erheblichen Nachteilen für den Arbeitnehmer führt.[71] Dieser Aspekt führt dazu, dass jedenfalls die ausnahmslose Übertragung einzelner konkreter und absoluter Zulässigkeitsgrenzen losgelöst von den übrigen Regelungen des Gesamtsystems außerhalb des direkten Anwendungsbereichs keine Garantie dafür ist, dass durch das Urteil im Einzelfall nicht gegen Grundrechte verstoßen wird. Zudem hat der Gesetzgeber durch die Schaffung und Gestaltung dieser Schutznormen von seiner ihm bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten zukommenden Einschätzungs- und Wertungsprärogative sowie Gestaltungsfreiheit Gebrauch gemacht.[72] Im Rahmen des direkten Anwendungsbereichs müssen sich die Richter aufgrund des Vorrangs des Gesetzes an diese gesetzgeberische Wertung halten.[73] Außerhalb des direkten Anwendungsbereichs verpflichten die grundrechtlichen Schutzpflichten den Richter jedoch nicht dazu, die konkreten Zulässigkeitsgrenzen zu übertragen. Das Untermaßverbot führt weder für die Berufsfreiheit noch für die Vertragsfreiheit dazu, dass jedes nachvertragliche Wettbewerbsverbot nur wirksam sein kann, wenn es eine Maximaldauer von 2 Jahren und die Zahlung einer Karenzentschädigung vorsieht.[74] Vielmehr rückt hier wieder die Vertragsfreiheit und damit insbesondere die Gestaltungsfreiheit der Parteien in den Mittelpunkt. Grundsätzlich bedeutet dies, dass eine Inhaltskontrolle über die Generalklauseln nur im Extremfall zur Unverbindlichkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots führen soll.[75] Vor dem Hintergrund der Bedeutung der ebenfalls betroffenen Berufsfreiheit[76] wird dies bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten dazu abgeschwächt, dass jedenfalls absolute Zulässigkeitsgrenzen nicht übernommen werden können, sondern Raum für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bleiben muss.[77] Durch dieses Vorgehen wird zudem auch die Prärogative des Gesetzgebers geachtet, der durch die Generalklausel die Möglichkeit zur Differenzierung belassen hat.[78] Da sowohl der zeitliche Umfang als auch eine eventuell gezahlte Karenzentschädigung jedoch als Faktoren im Rahmen der Abwägungsentscheidung des Prüfungsmaßstabes relevant sein können, bestimmen sie im Ein-

[71] Vgl. Baumbach/Hopt/*Roth*, § 74 Rn. 3; zu den Hintergründen s. o. B.II.6., 113 ff. und B.III.3.b)cc), 135 ff.

[72] Vgl. B.III.2.d), 128 ff.

[73] Vgl. B.III.2.d), 128 ff.

[74] Zum Untermaßverbot und der Vertragsfreiheit s. o. B.III.3.b)cc), 135 ff. und B.III.3.b)dd), 140; zum Untermaßverbot und der Berufsfreiheit s. o. B.III.3.c)bb), 142 f.

[75] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139.

[76] S. o. B.III.3.c), 140 ff.

[77] Vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 192.

[78] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07. 02. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469, 1472; vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 192 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zelfall über die Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit – nur eben ohne absolute geltende Zulässigkeitsgrenzen.[79]

III. Prüfungsmaßstab des § 1 GWB

1. Analyse des Prüfungsmaßstabes

Auch für die Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gem. § 1 GWB hat sich ein spezifischer Prüfungsmaßstab entwickelt. So verstoßen gegen § 1 GWB jedenfalls sog. funktionsnotwendige nachvertragliche Wettbewerbsverbote nicht, also solche Wettbewerbsverbote, die notwendig geboten bzw. erforderlich sein müssen, damit der kartellrechtsneutrale Hauptzweck des Vertrages erfüllt werden kann. Wurde das nachvertragliche Wettbewerbsverbot beispielweise im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrags vereinbart, so muss das Wettbewerbsverbot zum Ziel haben, zu verhindern, dass der ausscheidende Gesellschafter die durch seine Stellung erworbenen Informationen auf eine Weise ausnutzt, die der Übertragung des Werts seiner Anteile im Weg steht, und der Umfang des Wettbewerbsverbots muss sich auf das beschränken, was zeitlich, gegenständlich und räumlich zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist.[80] Ist dies der Fall, greift auch die Tatbestandsausnahme und das nachvertragliche Wettbewerbsverbot hat auch gem. § 1 GWB Bestand. Greift die Tatbestandsausnahme nicht, so verstößt das nachvertragliche Wettbewerbsverbot wiederum nur dann gegen § 1 GWB, wenn die Auswirkungen des Verbots auf den Wettbewerb spürbar sind.[81]

Indem § 1 GWB Beschränkungen des Wettbewerbs verbietet, widmet es sich aus grundrechtlicher Perspektive in erster Linie dem Schutz des Wettbewerbs als Institut und damit keinem Individualgrundrecht. Die individuelle Wettbewerbsfreiheit wird erst im Reflex aufgrund des Zusammenhangs einer funktionierenden Marktwirtschaft mit der Gewährleistung von Vertragsfreiheit, Berufs- und Eigentumsfreiheit geschützt.[82] Durch den Schutz des freien Wettbewerbs, dem aufgrund seiner Verteilungsfunktion eine zentrale Rolle in der optimalen Ressourcenallokation zugeschrieben wird,[83] dient § 1 GWB der Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit.[84]

[79] Vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 138 f.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, 339 f.

[80] Für Gestaltungsbeispiele s. *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 520 f.

[81] Zur Tatbestandsausnahme bei funktionsnotwendigen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten vertiefend A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[82] Vgl. Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 88 m. w. N. Zum Zusammenhang zwischen dem Institut des freien Wettbewerbs und individuellen Freiheiten s. o. B.II., 105 ff.; zur Einordnung der individuellen Wettbewerbsfreiheit als Schutzgut der Berufs- und Eigentumsfreiheit s. o. B.III.3.c), 140 ff. und B.III.3.d), 143 f.

[83] Wiedemann/*Wiedemann*, § 1 Rn. 2 m. w. N.; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 38 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anders als zum Beispiel durch den Grundsatz der Karenzentschädigung durch eine umverteilende Intervention des Staates die Verteilungsgerechtigkeit positiv beeinflusst werden soll, verkörpert § 1 GWB die wirtschaftspolitische Grundentscheidung des Gesetzgebers für den Schutz des freien Wettbewerbs,[85] der grundsätzlich ohne staatliche Interventionen Verteilungsgerechtigkeit gewährleisten soll. Dabei ordnet der Gesetzgeber die grundrechtliche geschützte Privatautonomie dem Schutz des freien Wettbewerbs unter, sofern durch die Handlungen und Vereinbarungen Privater der freie Wettbewerb beeinträchtigt wird.[86]

Von dieser Grundentscheidung existieren jedoch auch Ausnahmen. Eine solche ist die ungeschriebene Tatbestandsausnahme für funktionsnotwendige Wettbewerbsbeschränkungen.[87] Durch die ungeschriebene Tatbestandsausnahme für solche nachvertraglichen Wettbewerbsverbote, die von einem berechtigten unternehmerischen Interesse getragen sind, wird die Grundentscheidung für den Schutz des freien Wettbewerbs durch die rechtsanwendende Praxis wieder zugunsten der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit begrenzt. Hierbei handelt es sich nicht um eine Missachtung der Entscheidung des Gesetzgebers, sondern um einen Versuch, den Grundsatz der Privatautonomie als grundrechtlich geschütztes Kernstück der Privatrechtsordnung mit dem Kartellrecht zu versöhnen.[88] Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand findet an dieser Stelle ein Ausgleich zwischen der formellen Vertragsfreiheit[89] und dem Schutz des freien Wettbewerbs statt. Kein Faktor dieses Prüfungsschrittes ist die Bewertung der konkreten Auswirkungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf den freien Wettbewerb. Es handelt sich vielmehr um einen Abgleich des konkreten Umfangs des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit dem unternehmerischen Interesse, wobei nur der Umfang des Wettbewerbsverbots als funktionsnotwendig betrachtet wird, der auch wirklich notwendig zum Erreichen des konkreten Zieles ist und nicht über dieses hinausschießt.[90] Ist die Wettbewerbsbeschränkung jedoch funktionsnotwendig, so ist das Spürbarkeitskriterium die zweite Stelle des Prüfungsmaßstabs, an der durch den Richter ein Aus-

[84] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 294; vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, S. 38 f. m. w. N.

[85] Vgl. Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 Rn. 88.

[86] Allerdings hat ein freier Wettbewerb wiederum einen positiven Einfluss auf die Gewährleistung der Voraussetzungen von Privatautonomie, sodass paradoxerweise durch einen Eingriff in die Privatautonomie zum Schutz des freien Wettbewerbs als Reflex auch wieder die Privatautonomie geschützt wird, s. o. Fn. 600.

[87] Zur Tatbestandsausnahme bei funktionsnotwendigen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten s. vertiefend A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[88] Grundsätzlich zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Kartellrecht *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 260 ff. m. w. N.

[89] Zur „Materialisierung" der Vertragsfreiheit auch vor dem Hintergrund der Bürgschaftsentscheidung des BVerfG statt aller *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276, 296 ff. m. w. N.

[90] Vgl. BGH, Urt. v. 10. 12. 2008 – KZR 54/08, NJW 2009, 1751, 1752 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gleich zwischen der grundrechtlich geschützten Privatautonomie und dem Schutz des funktionierenden Wettbewerbs hergestellt werden kann.[91]

Auffällig an dem Prüfungsmaßstab des § 1 GWB für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ist jedoch, dass dieser nur einen Ansatzpunkt für die Berücksichtigung der Interessen der durch das nachvertraglichen Wettbewerbsverbot berechtigten Partei enthält. Die Beschränkung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden sowie eventuelle Selbstbestimmungsdefizite sind weder bei der Prüfung der Funktionsnotwendigkeit noch im Rahmen der restlichen Prüfung entscheidend. Auch auf das Äquivalenzverhältnis des der Wettbewerbsbeschränkung zugrunde liegenden Vertrages wird nicht eingegangen, sodass § 1 GWB auch nicht der Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit dient. Vor diesem Hintergrund leuchtet es ein, dass der Faktor der Karenzentschädigung im Rahmen des § 1 GWB keine Rolle spielt. Auch die zulässige Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wird nicht vor dem Hintergrund des Austauschverhältnisses beurteilt, sondern nur im Zusammenhang mit der Beschränkung des freien Wettbewerbs und damit aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit.

2. Verhältnis zwischen § 1 GWB und § 138 BGB

Für das Verhältnis zwischen § 1 GWB und § 138 BGB ist essenziell, dass die Tatbestandsausnahme des § 1 GWB dem Wortlaut nach mit dem ersten Prüfungsschritt im Rahmen der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB übereinstimmt. Andererseits fehlt der zweite Prüfungsschritt und damit der Teil der Prüfung, bei dem der Einfluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf das Individuum untersucht wird. Stattdessen steht der Einfluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf den Wettbewerb im Mittelpunkt.[92]

Die vorangegangenen Untersuchungen haben für die Anwendungspraxis konkrete Auswirkungen. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der Prüfungsnormen – Schutz der Freiheit des Individuums zum einen und Schutz der Wettbewerbs- bzw. der Wirtschaftsfreiheit zum anderen – können bei der Anwendung der jeweiligen Normen grundsätzlich auch nur die zur jeweiligen Zielsetzung zuzuordnenden Faktoren berücksichtigt werden. Für § 138 Abs. 1 BGB bedeutet dies, dass es für die Prüfung grundsätzlich nur auf Merkmale des Individualbereichs ankommt,[93] wohingegen die Auswirkungen des Wettbewerbsverbots auf die gesamte Wirtschaft im Rahmen des § 1 GWB berücksichtigt werden können,[94] der Schutz-

[91] *Thomas*, WuW 2010, 177, 182. Zur Irrelevanz dieses Prüfungsschritts aufgrund des Verhältnisses zwischen § 1 GWB und § 138 Abs. 1 BGB bei der Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote s. u. C.III.2., 169 ff.

[92] Zu diesen Beobachtungen s. o. A.IV.3.b)bb), 73 f.; A.IV.4.a), 80 ff.

[93] Zur Ausnahme in Extremfällen s. o. C.II.1.e), 160 ff.

[94] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 267 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zweck sich jedoch auch auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb beschränkt.[95] Die individuelle Wettbewerbsfreiheit des Ausscheidenden schützt § 1 GWB nur dann kann quasi im Reflex, wenn sie spürbar, also gewichtig genug ist, um eine für den Markt relevante Funktionsstörung zu bewirken.[96] § 1 GWB befasst sich somit mit den externen Wirkungen des Wettbewerbsverbots, wohingegen im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB die internen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien entscheidend sind.[97] Das bedeutet auch, dass § 1 GWB keine Bedeutung zukommt für die Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung. Ob eine Karenzentschädigung gezahlt wird oder nicht steht nun einmal in keinem Zusammenhang zur Möglichkeit des Individuums, frei am Wettbewerb teilnehmen zu können, geschweige denn mit dem freien Wettbewerb per se.

Anders ist die Lage jedoch grundsätzlich für die Beurteilung der zulässigen Maximaldauer. Hier könnte sich grundsätzlich aufgrund des alleinigen Bezugs auf den Markt, der fehlenden Abwägungsentscheidung und des Spürbarkeitskriteriums eine andere Zulässigkeitsgrenze ergeben als im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB. Die Übereinstimmung der Tatbestandsausnahme des § 1 GWB mit dem ersten Prüfungsschritt im Rahmen der zivilrechtlichen Prüfung führt jedoch dazu, dass das, was nach dem ersten Prüfungsschritt des § 138 Abs. 1 BGB zulässig ist, nicht gegen § 1 GWB verstößt.[98] Die unterschiedlichen Zielsetzungen der Prüfungsnormen haben keinen Einfluss auf diese Prüfungsschritte, da es bei diesen nicht auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb oder die Berufsfreiheit des Ausscheidenden ankommt, sondern nur ein Abgleich zwischen dem Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbot und dem unternehmerischen Interesse stattfindet.[99] In diesem Fall kann nur noch die Angemessenheitsprüfung im Rahmen des zweiten Prüfungsschrittes der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB dazu führen, dass sich die Zulässigkeitsgrenzen verschärfen[100] bzw. das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in Gänze unwirksam ist. Scheitert das nachvertragliche Wettbewerbsverbot jedoch bereits am ersten Prüfungsschritt der zivilrechtlichen Prüfung, so ist es bereits deswegen unwirk-

[95] Vgl. *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 262; *Ulmer*, NJW 1982, 1975, 1976 m. w. N.

[96] *Thomas*, WuW 2010, 177, 181 m. w. N.

[97] *Lammel*, AcP 189 (1989), 244, 272.

[98] *Schnelle*, GmbHR 2000, 599, 600.

[99] Zum Inhalt des ersten Prüfungsschrittes s. o. A.IV.3.a)bb), 70 f. und A.IV.3.b)aa), 71 ff.; vgl. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 136 f.; a. A. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 148 f., die jedoch zum einen weder begründet, auf welche Weise im Rahmen der Tatbestandsausnahme des § 1 GWB bzw. des ersten Prüfungsschrittes der Sittenwidrigkeitsprüfung die unterschiedlichen Zielsetzungen beachtet werden sollen und zum anderen einräumt, dass in der Regel nach den gleichen Kriterien und folglich übereinstimmend beurteilt werde.

[100] Zur Diskussion um die geltungserhaltende Reduktion, wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nur aufgrund des zeitlichen Umfangs unwirksam ist, *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 346 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sam.[101] Ob es auch zusätzlich aus kartellrechtlicher Sicht unwirksam ist, spielt dann keine Rolle mehr. Verschärfen kann § 1 GWB die Zulässigkeitsgrenzen aufgrund dieses Zusammenhangs jedenfalls nicht.[102] Dieser Unterschied lässt sich auch durch die Einordnung als marktkompensatorische oder marktkonstitutive Normen nachvollziehen. Anders als die Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote nach § 1 GWB hat die Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB nämlich auch eine marktkompensatorische Funktion, die darauf abzielt, Fälle von Marktversagen aufzufangen.[103]

Trotz der sich hieraus ergebenen Maßgeblichkeit des § 138 Abs. 1 BGB für die Prüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote handelt es sich bei § 1 GWB um eine eigenständige und unabhängig von § 138 Abs. 1 BGB denselben Sachverhalt erfassende Prüfungsnorm.[104] Ihre Relevanz für den Untersuchungsgegenstand basiert zudem auf der unterschiedlichen Zuständigkeit der Zivil- und Kartellgerichte, die ihre Urteile maßgeblich auf der Norm des Rechtsgebiets basieren, für deren Beurteilung sie zuständig sind.[105]

IV. Konkrete Zulässigkeitsgrenzen

1. Unterschiedliche Zulässigkeitsgrenzen möglich

Dass die Prüfungsnormen und Prüfungsmaßstäbe für dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote übereinstimmen, bedeutet nicht, dass auch zwangsweise dieselben Zulässigkeitsmaßstäbe gelten. Gerade aufgrund der Tatsache, dass die anwendbaren Prüfungsmaßstäbe durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt sind und von den Umständen des Einzelfalles abhängig sind, führt dazu, dass unterschiedliche Zulässigkeitsgrenzen möglich sind. Dies hat auch bereits die Bestandsaufnahme gezeigt. Gleichzeitig würde es eine Umgehungsproblematik darstellen, wenn die konkreten Zulässigkeitsgrenzen für dieselbe Person unter denselben Umständen davon abhängig wären, ob das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dienstvertraglicher oder gesellschaftsvertraglicher Natur ist. Die folgenden Untersuchungen sollen einen Beitrag liefern zur Klärung, ob bei dienstvertraglichen und gesellschaftlichen Wettbewerbsverboten tatsächlich differierende Zulässigkeitsgrenzen im Hinblick auf die Maximaldauer und die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung gelten. Dafür muss zunächst untersucht werden, auf

[101] Zur Frage, ob im Rahmen der Prüfung nach § 138 BGB das Spürbarkeitskriterium des § 1 GWB beachtet werden soll, um der Prüfung nach § 1 GWB eine eigenständige Rolle zu sichern, s. BGH, Urt. v. 10. 12. 2008 – KZR 54/08, NJW 2009, 1751, 1753; *Thomas*, WuW 2010, 177, 181 f. m. w. N.

[102] Vgl. *Klett/Klett*, WRP 2011, 1536, 1540.

[103] S. o. B.II.7., 114 ff.; C.II.1.g), 162 ff.

[104] *Thomas*, WuW 2010, 177, 181.

[105] Zu diesem Faktor s. o. A.IV.2.b), 58 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

welchen Prüfungsschritten und dogmatischen Hintergründen die konkreten Zulässigkeitsgrenzen basieren.

2. Zeitlicher Umfang

a) Dienstvertragliche Wettbewerbsverbote

Bei dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer ist eine Maximaldauer von zwei Jahren als Richtwert allgemein anerkannt. Dies schließt jedoch nicht aus, dass unter Umständen ein längeres nachvertragliches Wettbewerbsverbot als ebenfalls zulässig oder aber auch zwei Jahre als unzulässig lang bewertet werden.[106] Da bei dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten der Fokus der Prüfung in der Praxis auf § 138 Abs. 1 BGB liegt und § 1 GWB keine eigenständige Bedeutung aufgrund der Parallelität der Prüfungsmaßstäbe beigemessen wird,[107] basiert die Festlegung auf zwei Jahre als Richtwert auf dem zivilrechtlichen Prüfungsmaßstab.[108]

Ein Wettbewerbsverbot, das die Zweijahresgrenze überschreitet, kann je nach den Umständen des Einzelfalles bereits am ersten Prüfungsschritt scheitern, weil es aufgrund seiner Dauer nicht mehr dem Schutz eines berechtigten unternehmerischen Interesses dient.[109] Scheitert das nachvertragliche Wettbewerbsverbot aufgrund seiner Dauer bereits an der ersten Prüfungsstufe des zivilrechtlichen Prüfungsmaßstabes, so ist dies nicht auf die konkreten Auswirkungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf die Berufsfreiheit des Ausscheidenden im Einzelfall zurückzuführen. Als Konkretisierung der Erforderlichkeitsprüfung handelt es sich vielmehr um einen Abgleich des konkreten Umfangs des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit dem berechtigten unternehmerischen Interesse. Trägt dieses nicht den konkreten Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, so handelt es sich bereits aus diesem Grund um eine nicht legitime Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden.[110] Begründet wird der Richtwert von zwei Jahren zumeist damit, dass nach zwei Jahren typischerweise das Know-how sowie die Kundenkontakte, die der Ausscheidende im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses erlangt habe, veraltet seien bzw. sich verflüchtigt hätten.[111] Eine Abwägung zwischen den Interessen der beiden Vertragsparteien findet hier nicht statt. Da hier also nicht das Austauschverhältnis geprüft wird, sondern es vielmehr ausschließlich um die Legitimation für die Beschränkung der Berufsfreiheit geht, ist der Prüfungsschritt

[106] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.; A.IV.3.d)cc), 76 f.

[107] S. o. A.IV.2.b), 58 ff.

[108] Zur Erläuterung, warum diese Einordnung vereinfachend ist, sowie zu dem Grund dafür, dass dennoch § 138 Abs. 1 BGB bei der Anwendung beider Maßstäbe entscheidend für die Zulässigkeitsgrenzen ist, s. o. C.III.2., 169 ff.

[109] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.; A.IV.2.d)dd), 67.

[110] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 340.

[111] S. o. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff.; A.IV.2.d)dd), 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und die aus diesem resultierende Maximaldauer auf das Konzept der Verteilungsgerechtigkeit zurückzuführen und hat neben der hiermit einhergehenden marktkompensatorischen Funktion aufgrund der gleichzeitigen Begrenzung der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit ebenfalls eine marktkonstitutive Funktion.

Das dienstvertragliche Wettbewerbsverbot kann zudem an der Angemessenheitsprüfung des zweiten Prüfungsschrittes scheitern, wobei der Faktor, dass das Wettbewerbsverbot für einen längeren Zeitraum als zwei Jahre vereinbart wurde, theoretisch als alleiniger Faktor zur Unangemessenheit der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit führen kann, in der Regel jedoch ein Faktor von mehreren sein wird.[112] Im Rahmen des zweiten Prüfungsschrittes konkretisiert die Maximaldauer von zwei Jahren wiederum als Ergebnis der Abwägung zwischen der Berufs-, Eigentums- und Vertragsfreiheit beider Vertragsparteien den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne.[113] Da durch den ersten Prüfungsschritt bereits die Dauer des Wettbewerbsverbots mit dem konkreten unternehmerischen Interesse abgeglichen wurde und der Teil des Wettbewerbsverbots herausgefiltert wurde, der dieser Prüfung nicht standhalten konnte, ist für die Abwägung vor allem relevant, wie der Ausscheidende durch die Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots in der Ausübung seiner Berufsfreiheit beeinträchtigt wurde. In dieser Funktion hat die Zulässigkeitsgrenze sowohl marktkonstitutive als auch marktkompensatorische Wirkung und ist ein Element der Verteilungsgerechtigkeit sowie – für den Fall dass aus den Umständen des Einzelfalles auf ein Machtgefälle bzw. eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Ausscheidenden geschlossen werden kann – ein Element der Austauschgerechtigkeit.[114] Ohne eine explizite gesetzlichen Normierung der zulässigen Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für Geschäftsführer einer GmbH handelt es sich trotz des Richtwerts von zwei Jahren immer um eine Einzelfallentscheidung. Dies bedeutet zwar verringerte Rechtssicherheit vor allem in dem Fall, dass ein länger andauerndes nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wird, aber auch die notwendige Flexibilität, um auf die Umstände des Einzelfalles einzugehen.

b) Gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote

Auch für gesellschaftsvertragliche und unternehmenskaufvertragliche[115] nachvertragliche Wettbewerbsverbote gilt, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das gegenständlich und örtlich von einem unternehmerischen Interesse getragen

[112] So hat der BGH beispielsweise noch nie ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot alleine aufgrund seiner zeitlichen Dauer für unwirksam befunden, s. o. A.IV.2.d)dd), 67 f.

[113] Zur Verhältnismäßigkeit i. e. S. s. o. B.III.2.a), 121 f.

[114] Zur Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit s. o. B.I.2., 88 ff.; zu marktkonstitutiven und marktkompensatorischen Normen s. o. B.II.7., 114 ff.

[115] Dazu, dass gesellschaftsvertragliche und unternehmenskaufvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote hinsichtlich der anwendbaren Prüfungsnorm und des Prüfungsmaßstabes gleich zu behandeln sind, s. o. A.IV.3.a)aa), 68 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wird, in der Regel mit einer vereinbarten Dauer von zwei Jahren zulässig ist.[116] Dies wird ebenfalls damit begründet, dass Kundenkontakte und besondere Kenntnisse sich in der Regel nach zwei Jahren verflüchtigt haben bzw. überholt sind. Für die Sittenwidrigkeitsprüfung gem. § 138 Abs. 1 BGB gelten dieselben Erwägungen wie für dienstvertragliche Wettbewerbsverbote,[117] und zwar sowohl im Hinblick auf die die Prüfungsschritte, bei denen der zeitliche Umfang des Wettbewerbsverbots einfließen kann, sowie im Hinblick auf die dogmatischen Hintergründe der Zulässigkeitsgrenze. Anders als bei dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten wird § 1 GWB bei der Beurteilung der Zulässigkeit ein größerer Stellenwert eingeräumt.[118] Hier spielt die zeitliche Zulässigkeitsgrenze vor allem im Rahmen der Tatbestandsausnahme eine Rolle, bei der es ebenfalls darauf ankommt, ob das Interesse des durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot Berechtigten ausreicht, um die konkrete Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zu rechtfertigen.[119] Der zeitliche Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots kann auch im Rahmen der Spürbarkeitsprüfung relevant werden.[120] Die dogmatischen Hintergründe beider Prüfungsschritte wurden bereits erläutert.[121] Anders als bei dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten ist es jedoch bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen Wettbewerbsverboten verbreiteter, davon auszugehen, dass im Einzelfall auch länger andauernde nachvertragliche Wettbewerbsverbote zulässig sein können.[122]

c) Analyse der Unterschiede

Da die Prüfungsnormen und Prüfungsmaßstäbe für gesellschaftsvertragliche, unternehmenskaufvertragliche und dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote übereinstimmen, kann die Tatsache, dass gerade bei unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbote teilweise längere Laufzeiten als zulässig angesehen wurden, nur auf den Umständen des Einzelfalles basieren. Hier existieren drei mögliche Ansatzpunkte. Zum einen kann gerade ein ausscheidender Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner Kombination aus Kundenkontakten und Spezialkenntnissen ein besonderes Geschäftsrisiko für den Konsolidierungsprozess darstellen.[123] Dies gilt insbesondere dann, wenn bei einem Unternehmenskauf die Gesellschaft auf einen bisher nicht mit der Gesellschaft,

---

[116] S. o. A.IV.3.d)cc), 76 ff. Für konkrete Beispiele zur kartellrechtlich zulässigen Gestaltung *Rudersdorf*, RNotZ 2001, 509, 520, 525.

[117] S. o. C.II., 154 ff. Zur Übereinstimmung der Prüfungsmaßstäbe s. o. A.IV.4.a), 80 ff.

[118] Zu den praktischen Hintergründen hierfür, insbesondere zur Kompetenzverteilung zwischen Kartellgerichten und Zivilgerichten, s. A.IV.2.b), 58 ff.

[119] S. o. A.IV.3.b)aa), 71 ff.

[120] Zum Spürbarkeitskriterium s. o. A.IV.2.b), 58 ff.

[121] S. o. C.III.1., 167 ff.

[122] S. o. A.IV.3.d)cc), 76 ff.

[123] Zu diesem Ansatz s. o. A.IV.3.d)cc)(1), 76 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ihrem Geschäftsbereich und den Kunden in Kontakt gekommen ist, und führt zu einer Intensivierung des Interesses des Käufers an dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Diese Tatsache würde sowohl im Rahmen des ersten Prüfungsschrittes der Sittenwidrigkeitsprüfung als auch im Rahmen der Tatbestandsausnahme unter Umständen auch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot rechtfertigen, dass den Richtwert von zwei Jahren überschreitet. In diesem Fall wäre dann die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden bzw. die Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs auch in diesem Umfang grundsätzlich hinzunehmen, außer, die Prüfung der Angemessenheit im Rahmen des § 138 BGB führt zu einem anderen Ergebnis. Dies wiederum führt zu einem weiteren Ansatzpunkt, der im Einzelfall für die Zulässigkeit eines länger andauernden nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sprechen könnte. So ist der ausscheidende Gesellschafter als Veräußerer seiner Gesellschaftsanteile bereits durch eine Nebenpflicht dazu verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die die Konsolidierung der Gesellschaft in den Händen des Erwerbers erschweren oder verhindern könnte.[124] Dies sowie die Tatsache, dass der Wert des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auch für den Kaufpreises relevant ist, führen dazu, dass ein die Zweijahresgrenze überschreitendes unternehmenskaufvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht in dem gleichen Ausmaß in Gefahr ist, als unangemessenen Beeinträchtigung der Berufsfreiheit bewertet zu werden, wie ein dienstvertragliches.[125] Zu einer Umgehungsproblematik kann diese Bewertung im konkreten Fall nicht führen, da das dienstvertragliche und das unternehmenskaufvertragliche Wettbewerbsverbot zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien vereinbart wird.[126] Jedenfalls handelt es sich bei diesen Ausnahmen von der Regel, dass das unternehmerische Interesse des durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot Berechtigten dasselbe maximal für eine Dauer von zwei Jahren rechtfertigt, und dieses dann auch eine angemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden darstellt, um Einzelfälle.[127]

3. Karenzentschädigung

a) Gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote

Bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Gesellschafter geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Vereinbarung einer explizit als eine solche ausgegebene Karenzentschädigung nicht notwendig ist.[128] Bei Unternehmenskaufverträgen wird dies damit begründet, dass der Verkäufer dem Käufer ohnehin das

[124] S. o. A.IV.3.d)dd), 78 f.

[125] Vgl. A.IV.2.a)bb)(1)(c), 54 ff., A.IV.2.d)dd), 67 f. und A.IV.3.d)cc), 76 ff.

[126] Vgl. A.III.3., 32 ff.

[127] Vgl. *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1916.

[128] Zur Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung bei gesellschaftsvertraglichen nachorganschaftlichen Wettbewerbsverboten s. o. A.IV.3.d)dd), 78 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unterlassen von Wettbewerb schulde und diese durch das Wettbewerbsverbot nur vertraglich konkretisiere. Die Begründungsansätze für gesellschaftsvertragliche nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote können hingegen nicht an einer vertraglichen Nebenpflicht ansetzen. Vielmehr wird hier für den Fall, dass das Wettbewerbsverbot Teil der Satzung ist, betont, dass alle Gesellschafter das gleiche unternehmerische Risiko eingingen. Jedenfalls wird davon ausgegangen, dass der Wert des Wettbewerbsverbots bereits in die Abfindung eingepreist wurde und die diesbezügliche Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien betont.

Die Diskussion um Karenzentschädigungen als potenziell notwendiger Inhalt von gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten wird nicht anlässlich der Prüfung nach § 1 GWB geführt. Dies leuchtet ein, da der kartellrechtliche Prüfungsmaßstabs nicht die Möglichkeit bietet, eine Karenzentschädigung als Faktor in die Prüfung einzubeziehen.[129] Anders ist die Ausgangslage im Rahmen der zivilrechtlichen Prüfung. Dass hier unter Betonung der Gestaltungsfreiheit die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung abgelehnt wird,[130] zeugt davon, dass die Rechtspraxis keinen Anlass dafür sieht, die Validität der vertraglichen Vereinbarung aus Gründen der Austauschgerechtigkeit oder Verteilungsgerechtigkeit in Zweifel zu ziehen. Vielmehr wird die Vertragsfreiheit der Parteien anerkannt und aus dem Fehlen einer explizit als Karenzentschädigung bezeichneten Kompensation für die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit grundsätzlich kein Rückschluss auf ein etwaiges Selbstbestimmungsdefizit des ausscheidenden Gesellschafters gezogen.

Dass die Bedeutung der Vertragsfreiheit insofern betont wird, führt jedoch nicht dazu, dass ein Wettbewerbsverbot im Einzelfall aufgrund seines Umfangs nicht doch entweder bereits in Ermangelung eines ausreichenden unternehmerischen Interesses unzulässig ist und bzw. oder als unangemessene Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Ausscheidenden bewertet wird. Die Tatsache, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für rein kapitalistisch beteiligte Minderheitsgesellschafter, die mangels Einflusses auf die Unternehmensführung und Einblick in Unternehmensinterna keine Gefahr für die Gesellschaft darstellen, als unzulässig bewertet wird,[131] verdeutlicht dies.[132] Führt der Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nicht dazu, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des ausscheidenden Ge-

[129] S. o. C.III.1., 167 ff.; C.III.2, 169 ff.

[130] S. o. A.IV.3.d)dd), 78 f.

[131] S. o. A.IV.3.d)aa), 74 f.

[132] Dass in diesem Fall die Vertragsfreiheit nicht Vorrang hat, könnte zum einen darauf zurückgeführt werden, dass aus dem fehlenden unternehmerischen Interesse in Kombination mit der Stellung als bloßer Minderheitsgesellschafter im Einzelfall auf ein Selbstbestimmungsdefizit geschlossen wird. Ein anderer Erklärungsansatz wäre, dass ohne ein berechtigtes unternehmerisches Interesse eine Beschränkung der Berufsfreiheit durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot unabhängig vom konkreten Umfang desselben grundsätzlich nicht legitimiert sein kann, insbesondere aufgrund der Bedeutung eines Wettbewerbsverbots für den freien Wettbewerb.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sellschafters als unangemessen bewertet wird, so kann das Fehlen einer Karenzentschädigung als bloße Kompensation für die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit auch nicht zu einer anderen Bewertung führen. Vielmehr bleibt es bei dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz.

b) Dienstvertragliche Wettbewerbsverbote

aa) Uneinheitliche Meinungslage

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass auf die Frage, ob eine Karenzentschädigung notwendiger Bestandsteil eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist, bei dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für GmbH-Geschäftsführer noch keine einheitliche Antwort existiert. Dass so viele unterschiedliche Lösungsansätze existieren, ist auch darauf zurückzuführen, dass sich der Geschäftsführer als durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verpflichtete Vertragspartei in einem Anstellungsverhältnis zu der Gesellschaft befindet. Der Übergang zwischen Geschäftsführern und Arbeitnehmern, für die mit den §§ 74 ff. HGB eine Karenzentschädigung vorschreibende gesetzliche Schutzvorschriften existieren, kann im Einzelfall fließend sein.[133] Die Untersuchung hat des Weiteren ergeben, dass sich zur Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung eine Unterscheidung zwischen Kunden- und Mandantenschutzklauseln und umfassenden Tätigkeitsverboten anbietet. Für erstere wird eine Karenzentschädigungspflicht in Übereinstimmung mit BGHZ 91, 1 überwiegend abgelehnt,[134] wohingegen bei umfassenden Tätigkeitsverboten noch Rechtsunsicherheit herrscht.[135]

bb) Kunden- und Mandantenschutzklauseln

Die Auffassung, dass eine Karenzentschädigung bei bloßen Kunden- und Mandantenschutzklauseln grundsätzlich nicht notwendig ist, hält einer Analyse unter Anwendung der herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Grundsätze stand. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive stellt es grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Vertrags- und Berufsfreiheit des ausscheidenden GmbH-Geschäftsführers dar, wenn die Judikative eine ohne Karenzentschädigung vereinbarte nachvertragliche Kunden- und Mandantenschutzklausel aufrechterhält. Wie bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten erfüllt der Staat seine grundrechtlichen Schutzpflichten vielmehr dadurch, dass er die Vereinbarung der Vertragsparteien als Ergebnis der Ausübung der Vertragsfreiheit beider Parteien anerkennt, und im Streitfall bei ihrer

[133] S. o. A.IV.2.a)aa), 40 ff.
[134] S. o. A.IV.2.d)cc)(1), 65.
[135] S. o. A.IV.2.d)cc)(2), 66 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Durchsetzung behilflich ist.[136] Dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot die Wirksamkeit zu entsagen, wäre vielmehr ein Eingriff in die Vertragsfreiheit beider Parteien, auch wenn eine von Ihnen im Nachhinein mit dem Vereinbarten unzufrieden sein sollte.[137] Etwas anderes würde sich nur dann ergeben, wenn aus der Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und den Umständen des Abschlusses desselben auf eine staatliche Schutzpflicht für die Vertrags- und bzw. oder Berufsfreiheit des ausscheidenden GmbH-Geschäftsführers geschlossen werden könnte, die den Zivilrichter dazu verpflichten würde, dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot die Wirksamkeit abzusprechen.

Im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit bedeutet dies, dass aus dem Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, dem Fehlen der Karenzentschädigung und der Stellung des GmbH-Geschäftsführers als Angestellter seines Vertragspartners auf ein individuelles Versagen des Vertragsmechanismus geschlossen werden müsste. Dem entgegen steht zum einen die Gewährleistung von formaler Vertragsfreiheit. Sofern keine der durch den Gesetzgeber zum Schutz der Willensfreiheit geschaffenen Spezialnormen des BGB einschlägig sind, muss zunächst davon ausgegangen werden, dass die privatautonome Vereinbarung wirksam ist. Aus dem Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers kann zudem nicht auf eine strukturelle Unterlegenheit geschlossen werden, die die Judikative dazu verpflichten würde, zum Schutz des Geschäftsführers einzugreifen. Zum einen ist es Aufgabe der Legislative, die Personengruppen festzulegen, die in bestimmten Situationen typischerweise davor geschützt werden müssen, aufgrund von situativen Selbstbestimmungsdefiziten für sie nachteilige Verträge abzuschließen. Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber für Arbeitnehmer mit den §§ 74 ff. HGB nachgekommen. Der Schutz für GmbH-Geschäftsführer kann in Ermangelung einer solchen Schutzregelung[138] nur einzelfallbezogen sein. Dies bedeutet zum einen, dass im Ausnahmefall die Möglichkeit besteht, dass Gerichte Geschäftsführer als Arbeitnehmer einordnen.[139] Zum anderen kann im Extremfall aus der Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit und den Umständen des Vertragsschlusses darauf geschlossen werden, dass der Geschäftsführer nicht in der Lage war, die Tragweiten und Risiken des Vertragsschlusses zu überschauen.[140] Ob dies der Fall ist, kann grundsätzlich nur im Einzelfall beurteilt werden und ist abhängig von der konkreten Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sowie der vorherrschenden Marktsituation. Jedoch beeinträchtigt eine bloße Kunden- und Mandantenschutzklausel die Berufsfreiheit des Ausscheidenden in aller Regel nur geringfügig. Dies gilt umso mehr, als dass das Wettbewerbsverbot bereits den ersten Prüfungsschritt des § 138 BGB bestanden haben muss, bevor eine Karenzentschädigung im Rahmen der Abwägung überhaupt

[136] S. o. B.III.3.b)aa), 133 f.

[137] S. o. B.III.3.b)aa), Fn. 725.

[138] Zur Diskussion um eine durch die h. M. abgelehnte analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB s. o. A.IV.2.a)bb), 43 ff.

[139] S. o. A.IV.2.a)aa), 40 ff.

[140] S. o. B.III.3.b)cc)(3), 137 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

relevant werden kann, das Wettbewerbsverbot also durch ein berechtigtes unternehmerisches Interesse legitimiert ist. Die Karenzentschädigung selbst bzw. deren Fehlen beeinträchtigt zudem nicht die Berufsfreiheit, sondern ist nur eine Kompensation für die erlittene Beeinträchtigung. Aus dem alleinigen Fehlen einer Karenzentschädigung bei einer sonst nicht schwerwiegenden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit auf ein Versagen des Vertragsmechanismus zu schließen, ist somit systematisch nicht angebracht. All dies führt dazu, dass aus dem Fehlen einer Karenzentschädigung bei einer Kunden- und Mandantenschutzklausel für GmbH-Geschäftsführer nicht auf die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zum Schutz der Vertragsfreiheit und/oder der Berufsfreiheit des Ausscheidenden geschlossen werden kann.

Auch zivilrechtliche Grundsätze rechtfertigen in der Regel nicht, einer nachvertraglichen Kunden- und Mandantenschutzklausel für GmbH-Geschäftsführer aufgrund des Fehlens einer Karenzentschädigung die Wirksamkeit zu versagen. Vielmehr gebietet das Konzept der Austauschgerechtigkeit und das hiermit verbundene Prinzip der subjektiven Äquivalenz, den durch die Vertragsparteien vereinbarten Interessenausgleich als gerecht zu akzeptieren. Etwas anderes ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein Selbstbestimmungsdefizit festgestellt werden kann. Hier gilt das bereits im Zusammenhang mit dem Schutz der Vertragsfreiheit dargelegte sinngemäß. Weder ist das Kräfteverhältnis zwischen einem GmbH-Geschäftsführer und der Gesellschaft, bei der er angestellt ist, typischerweise so unausgeglichen, dass ohne einen durch den Gesetzgeber typisierten Fall des Machtungleichgewichts auf die Unfreiwilligkeit der vertraglichen Vereinbarung geschlossen werden kann.[141] Ohne das prozedurale Element der Unfreiwilligkeit kann die Inhaltskontrolle jedoch nicht mit der Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit begründet werden. Vielmehr bleibt hier nur der Maßstab der Sittenwidrigkeit in seiner Rolle als äußere Grenze der Privatautonomie.[142] Da die Beeinträchtigungen durch eine Kunden- und Mandantenschutzklausel jedoch in aller Regel nicht extrem sind und der Zweck der Karenzentschädigung im Ausgleich dieser Beeinträchtigung liegt, kann aus dem Fehlen einer Karenzentschädigung nicht auf die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung geschlossen werden. Dies verändern auch nicht Erwägungen der Verteilungsgerechtigkeit. Die Zahlung einer Karenzentschädigung hat per se nichts mit der Chance des Einzelnen zu tun, an der Gesamtheit der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse teilzunehmen. Diese Chance wird durch den Umfang des Wettbewerbsverbots beeinflusst, wohingegen die Karenzentschädigung nur die wirtschaftlichen Härten der Beeinträchtigung abmildert. Würde der Richter sein Sittenwidrigkeitsurteil nur auf dem Fehlen einer Karenzentschädigung basieren, so würde er hierdurch gesellschaftlichen Wohlstand umverteilen. Aufgrund der politischen Natur des Konzeptes der Verteilungsgerechtigkeit ist es jedoch grundsätzlich Sache des de-

[141] Zur Bedeutung der Freiwilligkeit für die Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit s. o. B.I.2.b), 91 f.

[142] Vgl. B.I.2.b), 91 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mokratisch legitimierten Gesetzgebers, zu entscheiden, wann eine Umverteilung des gesellschaftlichen Wohlstands geboten ist.[143]

cc) Umfassende Tätigkeitsverbote

(1) Analyse

Komplexer ist die Situation bei umfassenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten. Zwar gilt auch grundsätzlich, dass der Staat die Vertragsfreiheit in erster Linie dadurch schützt, dass er privatautonome Vereinbarungen akzeptiert und im Streitfall bei ihrer Durchsetzung behilflich ist. Ohne die typisierte Schutzgewährleistung durch den Gesetzgeber ist die Rechtsprechung darauf beschränkt, Schutz nur in Fällen des individuellen Versagens des Vertragsmechanismus zu gewährleisten, wobei aufgrund des Prinzips der formellen Vertragsfreiheit und aus Gründen der Rechtssicherheit dem Vertrag nur in Extremfällen die Wirksamkeit abgesprochen werden kann.[144] Auch das Konzept der Austauschgerechtigkeit erlaubt eine Inhaltskontrolle nur, wenn ein Selbstbestimmungsdefizit einer der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag. Und ohne eine Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers kommt eine Inhaltskontrolle zum Zweck der Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit nicht aus Umverteilungsgründen in Frage, sondern nur, wenn es um darum geht, die Chance der Einzelperson an der Teilhabe der gesamtgesellschaftlichen Produktionsverhältnisse zu sichern. Auch hier muss allerdings die Bedeutung des Prinzips der Privatautonomie berücksichtigt werden.

Anders als bei Kunden- und Mandantenschutzklauseln schränken umfassende Tätigkeitsverbote jedoch die Berufsfreiheit des Ausscheidenden erheblich schwerwiegender ein, auch wenn das tatsächliche Ausmaß der Beschränkung von der konkreten Gestaltung und den Umständen des Einzelfalles abhängt. Schießt das umfassende Tätigkeitsverbot nicht bereits über das berechtigte unternehmerische Interesse hinaus und hält somit dem ersten Prüfungsschritt der Sittenwidrigkeitsprüfung statt, so könnte es jedoch die Berufsfreiheit des Ausscheidenden unangemessen beeinträchtigen. Sowohl der konkrete Umfang des umfassenden Tätigkeitsverbots als auch das Fehlen einer Karenzentschädigung sind an dieser Stelle relevant, wobei die Karenzentschädigung selbst die Berufsfreiheit nicht beeinträchtigt. Vielmehr kompensiert sie die eigentliche Beeinträchtigung durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Ohne die Kompensation trifft das nachvertragliche Wettbewerbsverbot den Ausscheidenden in voller Härte.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann die im Vergleich zu Kunden- und Mandantenschutzklauseln schwerwiegendere Beeinträchtigung die rechtliche Beurteilung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots an zwei Stellen beeinflussen. Zum einen kann aus dem Umfang der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit auf eine

[143] S. o. B.I.2.c), 93 ff.

[144] S. o. B.III.3.b)dd), 140.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schutzpflicht des Staates zu Gunsten des Ausscheidenden geschlossen werden. Vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Grundrechtsschutzes im Rahmen von vertraglicher Selbstbindung kann die Inhaltskontrolle auf der Basis einer Generalklausel jedoch nur im Extremfall zur Unwirksamkeit der privatautonomen Vereinbarung führen, denn der Umfang der Beeinträchtigung durch die vertragliche Vereinbarung allein rechtfertigt nur im Extremfall eine Durchbrechung der formalen Vertragsfreiheit mit dem Ziel der Gewährleistung materialer Gerechtigkeit.[145] Falls die Beeinträchtigung durch das umfassende Wettbewerbsverbot extrem ist, so kann die Karenzentschädigung als Kompensation die Unwirksamkeit abwenden, sofern das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in seiner Gänze durch ein berechtigtes unternehmerisches Interesse legitimiert wird. In diesem Zusammenhang kann eine Karenzentschädigung also notwendig sein. Übertragen auf das Konzept der Verteilungsgerechtigkeit geht es jedoch im Kern nicht um die Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit dadurch, dass die Zahlung einer Karenzentschädigung für notwendig erklärt wird und damit der gesamtgesellschaftliche Wohlstand umverteilt wird. Aufgrund der politischen Dimension einer Karenzentschädigungspflicht unabhängig von der konkreten Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wäre eine Karenzentschädigungspflicht nur legitim, wenn sie durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber gesetzlich vorgeschrieben wäre. Vielmehr kommt es auch vor dem Hintergrund der Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit auf die Sicherung der Chance des Einzelnen an, am gesamtgesellschaftlichen Produktionsverhältnis teilnehmen zu können, und damit auf den Umfang der Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Die Karenzentschädigung mildert in diesem Zusammenhang die negativen Auswirkungen nur ab.

Die zweite Stelle, an der das Fehlen einer Karenzentschädigung bei umfassenden Tätigkeitsverboten aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu einer anderen Beurteilung als bei Kunden- und Mandantenschutzklauseln führen kann, ist als Indiz für eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Wird das Fehlen einer Karenzentschädigung als Indiz für ein Selbstbestimmungsdefizit betrachtet, so kann dies zu einer aus der Vertragsfreiheit abgeleiteten staatlichen Schutzpflicht führen.[146] Anders als für die aus der Berufsfreiheit abzuleitenden staatlichen Schutzpflicht muss die Beeinträchtigung durch den Vertragsinhalt hier nicht in einem vergleichbaren Ausmaß extrem sein, da die Vertragskontrolle nicht auf dem Inhalt der Vereinbarung aufbaut, sondern diesen nur als Anhaltspunkt nimmt, um einen Fall des individuellen Versagens des Vertragsmechanismus festzustellen. Auch hier muss jedoch im Rahmen der Abwägungsentscheidung des zweiten Prüfungsschrittes der Sittenwidrigkeitsprüfung die Bedeutung der Privatautonomie beider Vertragsparteien berücksichtigt werden. Schon die Rechtsprechung des BVerfG zur Schutzpflicht des Staates in Fällen von strukturellem Machtungleichgewicht zeigt, dass aus einem nachteiligen Verhandlungsergebnis per se nicht auf eine aus der Vertragsfreiheit abgeleitete

[145] *Singer*, JZ 1995, 1133, 1139 f. m. w. N.

[146] Vgl. B.I.2.b), 91 f. zu der Möglichkeit, aus einem Missverhältnis zwischen den Leistungen auf ein Selbstbestimmungsdefizit zu schließen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

staatliche Schutzpflicht geschlossen werden kann.[147] Vielmehr muss ein prozedurales Element vorhanden sein, das auf ein Selbstbestimmungsdefizit schließen lässt. Diese Anforderungen stimmen überein mit den Anforderungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Inhaltskontrolle zur Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit legitim ist.[148] Relevant sind hier also Merkmale in der Person des Ausscheidenden. Liegen diese vor, so kann aus der Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch das umfassende Tätigkeitsverbot in Verbindung mit der Tatsache, dass diese Beeinträchtigung nicht durch eine Karenzentschädigung kompensiert wird, auf eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des Ausscheidenden zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschlossen werden. Somit besteht in diesem Fall das Risiko, dass der Zivilrichter das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ohne eine Karenzentschädigung an § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2, 12 GG scheitern lässt.

Die Analyse zeigt, dass also entweder die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch den konkreten Umfang des umfassenden Tätigkeitsverbots extrem schwerwiegend sein muss, damit eine Karenzentschädigung ein notwendiger Bestandteil für die Zulässigkeit der Vereinbarung ist. Andernfalls kann das Fehlen einer Karenzentschädigung als zusätzliches Indiz bei einem umfassenden Tätigkeitsverbot nur zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führen, wenn zusätzliche Merkmale in der Person des ausscheidenden GmbH-Geschäftsführers auf ein Selbstbestimmungsdefizit deuten. Vor dem Hintergrund des Untersuchungsgegenstandes bietet sich eine Differenzierung an zwischen Fremdgeschäftsführern, Geschäftsführern, die gleichzeitig Minderheitsgesellschafter der GmbH sind, und Geschäftsführern, die Mehrheitsgesellschafter der GmbH sind.[149]

(2) Bedeutung der Analyse für die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung

(a) Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist ein dienstvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen GmbH-Geschäftsführer, der gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist, auch ohne eine Karenzentschädigung zulässig. Ohne eine spezialgesetzliche Regelung, die konkrete Zulässigkeitsgrenzen für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot definiert, gebietet die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit beider Vertragsparteien, von einer Kontrolle des Äquivalenzverhältnisses abzusehen. Weder aus der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Vertragsfreiheit noch aus der zum Schutz der Berufsfreiheit lässt sich etwas

[147] S. o. B.III.3.b)cc)(2), 136 f.

[148] S. o. B.I.2.b), 91 f.

[149] Eine ähnliche Differenzierung findet sich bereits im Zusammenhang mit der generellen Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote wieder. Hier wird – erneut ohne Bezug auf die verfassungsrechtlichen Hintergründe – davon ausgegangen, dass gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote für rein kapitalistisch beteiligte Minderheitsgesellschafter unzulässig seien, da diese nach der Übertragung ihrer Unternehmensanteile keine Gefahr für die Gesellschaft darstellen, s. o. A.IV.3.d)aa), 74 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anderes ableiten. Die Stellung und der Einfluss des Mehrheitsgesellschafters innerhalb der GmbH[150] spricht unabhängig vom konkreten Umfang des Wettbewerbsverbots dagegen, das Fehlen einer Karenzentschädigung als Indiz für ein Selbstbestimmungsdefizit heranzuziehen. Die konkrete Gestaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist dann vielmehr Ausdruck der Privatautonomie der Vertragsparteien, die beide ein bewusstes Risiko eingehen. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Kontrolle des Äquivalenzverhältnisses zur Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit nicht legitim. Solange das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot in seiner Gänze von einem berechtigten unternehmerischen Interesse getragen wird und keine konkreten Anzeichen für ein ausnahmsweise bestehendes Selbstbestimmungsdefizit vorliegen, überlagert die Bedeutung der formellen Vertragsfreiheit zudem die freiwillig vereinbarten Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit, und damit auch der Möglichkeit, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen GmbH-Geschäftsführer, der zugleich Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist, als eine unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit einzustufen.[151] Darauf, ob eine Karenzentschädigung vereinbart wurde, kommt es dann auch nicht an. Auch das Konzept der Verteilungsgerechtigkeit steht diesem nicht entgegen. Da der Einzelne freiwillig auf seine Chance auf Teilhabe am Arbeitsmarkt verzichtet, kann dieser Aspekt grundsätzlich nicht zur Begründung der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung angeführt werden.[152] Etwas anderes würde der Gewährleistung durch Verteilungsgerechtigkeit durch Umverteilung dienen. Wie bereits mehrfach betont ist es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Rechtsprechung, zu entscheiden, wann und in welchem Maße es zu einer solchen Umverteilung kommt.[153]

(b) Fremdgeschäftsführer

Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Fremdgeschäftsführer. Zwar stehen diese nicht im Fokus des Untersuchungsgegenstandes, sie könnten jedoch aufschlussreich sein für die Rechtslage bei Geschäftsführern, die zugleich Minderheitsgesellschafter sind.

Die Position eines Fremdgeschäftsführers unterscheidet sich von der eines Geschäftsführers, der gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist. Zwar sind auch hier die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend, da eine typisierende Schutzgewährleistung durch den Gesetzgeber fehlt. Grundsätzlich kann jedoch davon ausgegangen werden, dass zwischen der GmbH als Vertragspartner und dem Fremdgeschäftsführer eine Kräftedisparität vorherrscht. Zwar kann nicht jede Kräftedisparität direkt dazu führen, dass von dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz

[150] Vgl. *Naber*, NZA 2013, 870, 873.

[151] Zu den Besonderheiten des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang mit vertraglichen Vereinbarungen s. o. B.III.3.b), 133 ff.

[152] Zum Verhältnis zwischen Austauschgerechtigkeit und Verteilungsgerechtigkeit s. o. B.I.2.a), 88 ff.

[153] S. o. B.I.2.c), 93 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abgewichen wird und zum Schutz der schwächeren Vertragspartei eine Inhaltskontrolle vorgenommen wird.[154] Allerdings steigt durch diese Ausgangsposition in Verbindung mit der zumeist schwerwiegenden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, die durch ein umfassendes Tätigkeitsverbot verursacht wird, das Risiko, dass das Gericht von einem Selbstbestimmungsdefizit ausgeht, das sich im Vertragsinhalt niedergeschlagen hat. Die Inhaltskontrolle kann in diesem Zusammenhang mit dem individuellen Versagen des Vertragsmechanismus begründet werden und hält sich somit grundsätzlich an die durch das Untermaß- und Übermaßverbot vorgegebenen grundrechtlichen Grenzen der zivilrechtlichen Vertragskontrolle.[155] Zudem rechtfertigen diese Umstände – sofern sie im Einzelfall auch tatsächlich vorliegen – auch eine Inhaltskontrolle zur Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit.[156] Da das umfassende Tätigkeitsverbot grundsätzlich zudem besonders schwerwiegend in die Berufsfreiheit des Ausscheidenden eingreift und davon ausgegangen werden kann, dass ein Fremdgeschäftsführer auf die berufliche Tätigkeit zur Sicherung seines Lebensunterhalts angewiesen ist,[157] kann das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit und somit als sittenwidrig gewertet werden. Dies bedeutet, dass für die Inhaltskontrolle bei umfassenden Tätigkeitsverboten für Fremdgeschäftsführer zur Begründung zusätzlich auf die Pflicht des Staates zum Schutz der Berufsfreiheit zurückgegriffen werden kann. Auch dieser Begründungsansatz befasst sich mit dem individuellen Versagen des Verhandlungsmechanismus, jedoch wird nicht auf ein Selbstbestimmungsdefizit und damit den Prozess des Verhandelns abgestellt, sondern auf das Verhandlungsergebnis.[158] Wie für die Legitimation der Inhaltskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB notwendig, handelt es sich bei umfassenden Tätigkeitsverboten für Fremdgeschäftsführer unter Umständen um einen Extremfall, der zu einer Durchbrechung des Prinzips der Privatautonomie berechtigt.[159] Da es sich hier um einen Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit handelt, der sich mit der Gewährleistung der Chance beschäftigt, am Wettbewerb teilzunehmen, handelt es sich auch nicht um eine hauptsächlich politische Frage, deren Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten werden muss.[160]

Das Risiko, dass ein umfassendes Tätigkeitsverbot für Fremdgeschäftsführer an der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG scheitert, kann jedoch dadurch reduziert werden, dass die Parteien als Ausgleich für die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit eine Karenzentschädigung vereinbaren. Da die Schwere des

[154] S. o. B.III.3.b)cc)(3), 137 ff.

[155] S. o. B.III.3.b)dd), 140.

[156] Vgl. B.I.2.b), 91 f.

[157] Vgl. *Heller*, GmbHR 2000, 371, 373; vgl. MüKoGmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 379.

[158] Zu dieser Unterscheidung s. *Wiedemann*, JZ 1990, 695, 697, der darauf hinweist, dass es „Imparitäten mit tolerablem Ergebnis, leider aber auch Gleichgewichtslagen mit untragbaren Ergebnissen" gebe.

[159] Vgl. B.III.3.c)bb), 142 f.; B.IV, 144 ff.

[160] Vgl. B.I.2.a), 88 ff.; B.I.2.c), 93 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eingriffs in die Berufsfreiheit, die das umfassende Tätigkeitsverbot durch seinen Umfang ja noch immer beibehält, durch die Zahlung der Karenzentschädigung abgefedert wird, kann aus dem Verhandlungsergebnis trotz der formal gleichbleibenden Stellung des Fremdgeschäftsführers nicht mehr auf ein Selbstbestimmungsdefizit geschlossen werden. Auch verliert der Umfang der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit für die Sicherung des Lebensunterhalts des Fremdgeschäftsführers durch den monetären Ausgleich an Bedeutung, sodass eine Inhaltskontrolle zum Schutz der Berufsfreiheit seine Berechtigung verliert. Mithin ist eine Karenzentschädigung zwar per se kein notwendiger Bestandteil eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für einen Fremdgeschäftsführer einer GmbH. Im Falle eines umfassenden Tätigkeitsverbots kann es jedoch die Vereinbarung vor der Unwirksamkeit bewahren und in diesem Sinne als für die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots notwendiger Ausgleich betrachtet werden.[161]

(c) Sonderfall der marginalen Beteiligung des GmbH-Geschäftsführers

Ein GmbH-Geschäftsführer, der gleichzeitig marginal an der GmbH beteiligt ist, nimmt im Vergleich zu Mehrheitsgesellschaftern und dem Fremdgeschäftsführern eine Mittelposition ein. Auch hier ist für die Beurteilung der Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wieder die Situation im konkreten Einzelfall ausschlaggebend. Allerdings zeigt sich die geringere Macht des Minderheitsgesellschafters im Vergleich zum Mehrheitsgesellschafter bereits an dem durch § 47 Abs. 1 GmbHG normierten Mehrheitsprinzip für Beschlussfassungen im Rahmen von Gesellschaftsverhandlungen. Jedenfalls bei bloßen Bagatell- und Splitterbeteiligungen kann davon ausgegangen werden, dass zwischen den Vertragsparteien bei der Vereinbarung des dienstvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zumindest kein Kräftegleichgewicht vorgelegen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Anteile an der GmbH dem Geschäftsführer als Teil seiner Vergütung angewachsen sind.[162] Schwieriger ist die Situation einzuschätzen, wenn der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer mit einer Sperrminorität im Sinne des § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG an der Gesellschaft beteiligt ist. Dafür, dass auch in diesen

[161] Ob es sich beim monetären Ausgleich auch zwingend um eine Karenzentschädigung handeln muss oder ob auch sonstige vertragliche Leistungen berücksichtigt werden können, kann dahinstehen, da die Klärung dieser Frage für Fremdgeschäftsführer nicht Teil des Untersuchungsgegenstandes ist. Ausführungen zu dieser Frage finden sich bei *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 301 ff. m. w. N. Da jedoch das Risiko besteht, dass Fremdgeschäftsführer im Ausnahmefall doch als Arbeitnehmer qualifiziert werden (s. o. A.IV.2.a)aa), 40 ff.), weshalb dann der eine Karenzentschädigung fordernde § 74 Abs. 2 HGB direkt anwendbar wäre, reduziert die Vereinbarung einer Karenzentschädigung gerade bei Fremdgeschäftsführern das Risiko der Unwirksamkeit eines umfassenden Tätigkeitsverbots.

[162] Vgl. *Naber*, NZA 2013, 870, 873. Ob der Ausscheidende dann zum Zweck der Beurteilung der Zulässigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots als Fremdgeschäftsführer oder als (Minderheits-)Gesellschafter-Geschäftsführer eingeordnet wird, hängt von dem Zeitpunkt ab, zu dem das nachvertragliche Wettbewerbsverbot vereinbart wurde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fällen jedenfalls dann, wenn es sich um keine qualifizierte Sperrminorität handelt,[163] grundsätzlich eine Kräftedisparität zwischen den Vertragsparteien angenommen werden kann, spricht, dass das BSG auch Gesellschafter-Geschäftsführer nur dann als selbstständig Beschäftigte einordnet, wenn sie über eine Mindestkapitalbeteiligung von 50 % oder eine qualifizierte Sperrminorität verfügen.[164] Allerdings handelt es sich hierbei um dem Zivilrecht fremde Wertungen, die nicht unkritisch übernommen werden sollten, um die Grenze festzulegen, ab der von einer für die Vertragsfreiheit relevanten Kräftedisparität ausgegangen werden kann. Gerade aufgrund der Bedeutung der formalen Vertragsfreiheit für die Privatrechtsordnung sollte dann, wenn der Gesetzgeber sich nicht für eine typisierende Gewährleistung von Schutz für eine bestimmte Personengruppe entschieden hat, nur sehr vorsichtig über § 138 Abs. 1 BGB eine Vertragskontrolle aufgrund des individuellen Versagens des Vertragsmechanismus vorgenommen werden.[165] Ein weiterer Ansatzpunkt könnte § 50 GmbHG sein, der ab der in § 50 Abs. 1 GmbHG festgesetzten Grenze eines Mindestanteils am Stammkapital der Gesellschaft von 10 % bestimmte Schutzrechte im Zusammenhang mit der Gesellschafterversammlung vorsieht. Das bedeutet, dass unterhalb dieser Grenze der Einfluss der Gesellschafter im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern grundsätzlich sehr gering ist.[166] Dies bedeutet, dass es für die übrigen Gesellschafter auch nicht mit einem großen Risiko verbunden ist, einem sonst als Fremdgeschäftsführer angestellten Geschäftsführer mit weniger als 10 % an der GmbH zu beteiligen, um eventuelle Konsequenzen aus der Stellung als Fremdgeschäftsführer zu umgehen. In Anbetracht dieser Umstände scheint die in § 50 Abs. 1 GmbHG vorgegebene Grenze geeigneter als Anhaltspunkt für eine eventuell relevantes Selbstbestimmungsdefizit als die durch § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG implizierte Grenze der Sperrminorität. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nur vorsichtig mit dem Instrument der Vertragskontrolle zum Schutz der Vertragsfreiheit einer eventuell schwächeren Vertragspartei umgegangen werden sollte.[167] Ab hier gelten die gleichen Erwägungen wie für Fremdgeschäftsführer. Zwar kommt es für die Unwirksamkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG immer auf die Umstände des Einzelfalles an. Ist der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer jedoch mit weniger als 10 % an der Gesellschaft beteiligt, so kann die zwischen den Vertragspartnern bestehende Kräftedisparität in Kombination mit der meist schwerwiegenden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch ein umfassendes Tätigkeitsverbot im Einzelfall dazu führen, dass von einem für den Schutz der Vertragsfreiheit durch eine gerichtliche Inhaltskontrolle relevanten individuellen Ver-

[163] Zur Unterscheidung zwischen einer qualifizierten und einer auf bestimmte Gegenstände begrenzten Sperrminorität s. BSG, Urteil v. 14. 3. 2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662, 2664.

[164] St. Rspr., stv. s. BSG, Urteil v. 14. 3. 2018 – B 12 KR 13/17 R, NJW 2018, 2662, 2663 f.

[165] S. o. B.III.3.b)cc)(3), 137 ff.

[166] Zum Individualrecht auf Einberufung und Ankündigung außerhalb von § 50 GmbHG Scholz/*Seibt*, 12. Aufl. 2020, Stand Okt. 2019, § 50 Rn. 5 m. w. N.

[167] S. o. B.III.3.b)cc)(3), 137 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sagen der Vertragsfreiheit ausgegangen wird. Diese Inhaltskontrolle würde dann im Einklang mit den Grundsätzen zur Gewährleistung von Austauschgerechtigkeit stehen.[168] Zudem kann davon ausgegangen werden, dass ein mit weniger als 10 % an der GmbH beteiligter Minderheitsgesellschafter in der Regel wie der Fremdgeschäftsführer auf seine berufliche Tätigkeit zur Sicherung seines Lebensunterhalts angewiesen ist. Ist im Einzelfall die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch das umfassende Tätigkeitsverbot erheblich, so besteht das Risiko, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als eine unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit beurteilt wird. Ebenso wie bei Fremdgeschäftsführern kann dieses Risiko dadurch reduziert werden, dass die Vertragsparteien die Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbaren. Da die §§ 74 ff. HGB nicht anwendbar sind, muss die Karenzentschädigung nicht den durch den Gesetzgeber als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes speziell für Arbeitnehmer gedachten Vorgaben entsprechen. Aus grundrechtlicher Perspektive ergibt sich auch nicht zwingend, dass es sich speziell um eine Karenzentscheidung handelt. Da es sowohl für den Schutz der Vertragsfreiheit als auch für den der Berufsfreiheit entscheidend auf den Umfang der durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verursachten Beeinträchtigung ankommt, ist vielmehr ausschlaggebend, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch vertragliche Leistungen abgemildert wird.[169] Auf die konkrete Gestaltung kann es nicht ankommen, das gebietet bereits die Bedeutung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit. In Betracht kommen also sowohl vertragliche Leistungen für die Dauer der Anstellung, die laut der Vereinbarung der Parteien als Ausgleich für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dienen, sowie Sachleistungen, Übergangsgelder, Abfindungen und Betriebsgelder, die allesamt geeignet sind, nach der Beendigung des Anstellungsverhältnisses die Belastung des Ausscheidenden durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu verringern.[170]

c) Analyse der Unterschiede

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten generell nicht davon ausgegangen wird, dass eine Karenzentschädigung für die Wirksamkeit der Vereinbarung notwendig ist. Dasselbe gilt für dienstvertragliche Wettbewerbsverbote, sofern es sich um eine bloße Kundenschutzklausel handelt oder um ein umfassendes Tätigkeitsverbot für einen Geschäftsführer, der zugleich Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist. Weniger eindeutig ist die Situation bei einem umfassenden dienstvertraglichen nachvertraglichen Tätigkeitsverbot für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer der GmbH. Hier kann eine im Einzelfall bestehende Kräftedisparität zwischen den Vertragsparteien dazu führen, dass der

[168] S. o. B.I.2.b), 91 f.

[169] *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 304 ff.

[170] Ausführlich zu diesen Einzelaspekten *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 303 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Richter das vertragliche Austauschverhältnis einer Inhaltskontrolle unterzieht. Als Indiz für eine solche Kräftedisparität kann jedenfalls eine Beteiligung an der Gesellschaft dienen, die die in § 50 Abs. 1 GmbHG festgelegte Grenze von 10 % unterschreitet. In Kombination mit der oft vorliegenden wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit des Geschäftsführers von seinem Anstellungsverhältnis und der zumeist schwerwiegenden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch ein umfassendes Tätigkeitsverbot ergibt sich eine Indizienlage, die im Einzelfall die Überprüfung des Austauschverhältnisses rechtfertigen kann sowie eine Inhaltkontrolle zum Schutz der Berufsfreiheit. Ergebnis dieser Vertragskontrolle kann sein, dass das dienstvertragliche nachvertragliche umfassende Tätigkeitsverbot für den mit weniger als 10 % an der GmbH beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH nicht wirksam ist, da die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Ausscheidenden so schwerwiegend ist, dass sie ohne eine Ausgleichsleistung unangemessen ist und damit gegen § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG verstößt. Ein vergleichbares, wenn auch geringeres Risiko kann je nach Einzelfall bei Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern bestehen, die nicht über eine qualifizierte Sperrminorität verfügen, aber mit mehr als 10 % an der GmbH beteiligt sind. Jedenfalls wird in beiden Fällen das Risiko, dass das umfassende nachvertragliche Tätigkeitsverbot als eine unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit beurteilt wird, erheblich dadurch reduziert, dass die Parteien eine Karenzentschädigung vereinbaren. In dieser Hinsicht kann von der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung gesprochen werden.

Da im Zentrum der Untersuchung die Person des Gesellschafter-Geschäftsführer steht, für den sowohl ein gesellschaftsvertragliches oder unternehmenskaufvertragliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden kann als auch ein dienstvertragliches, ist der sich hier offenbarende Unterschied zwischen gesellschaftsvertraglichen und dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten relevant. Zur Auflösung dieses Widerspruchs kann erneut der Zweck einer Karenzentschädigung aus verfassungsrechtlicher Perspektive herangezogen werden. Eine gerichtliche Inhaltskontrolle ist wegen der Bedeutung der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit nur legitim, wenn diese im Einzelfall entweder zum Schutz der Vertragsfreiheit oder zum Schutz der Berufsfreiheit geboten ist. Dies gilt sowohl für gesellschaftsvertragliche oder unternehmenskaufvertragliche als auch für dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Aufgrund der Struktur der grundrechtlichen Prüfung sowie der aus den Konzepten der Austauschgerechtigkeit und der Verteilungsgerechtigkeit abgeleiteten Grundsätzen kann ein Wettbewerbsverbot, dessen Umfang sowohl von einem berechtigten unternehmerischen Interesse getragen wird als auch die Berufsfreiheit des Ausscheidenden nicht unangemessen beeinträchtigt, nicht alleine aufgrund des Fehlens einer Karenzentschädigung unwirksam sein. In Ermangelung einer gesetzlich normierten Karenzentschädigungspflicht kann vielmehr nur von der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung gesprochen werden, wenn eine Ausgleichsleistung notwendig ist, um eine sonst un-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

angemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit abzumildern.[171] Die Ausgleichsleistung verhindert dann, dass im Fall einer relevanten Kräftedisparität zwischen den Vertragsparteien die schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit als Indiz für ein individuelles Versagen des Vertragsmechanismus gewertet wird bzw. dass eine extrem schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit als unangemessen gewertet wird, und verhindert damit eine Inhaltskontrolle zum Schutz der Vertragsfreiheit bzw. der Berufsfreiheit. Dass außerhalb des Anwendungsbereichs einer spezialgesetzlichen Normierung der Karenzentschädigungspflicht von der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung nur vor dem Hintergrund ihrer Ausgleichsfunktion gesprochen werden kann,bedeutet jedoch auch, dass es auf die konkrete Gestaltung der Ausgleichsleistung nicht ankommen kann. Entscheidend ist nur, dass die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch eine vertraglich vereinbarte Leistung abgemildert wird.[172]

Für dienstvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote wurde bereits herausgearbeitet, dass dieser verfassungsrechtliche Hintergrund im Einzelfall gerade bei Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern, die einen Anteil von weniger als 10 % an der GmbH halten, zu einer Unwirksamkeit des umfassenden Tätigkeitsverbots mangels einer angemessenen Ausgleichsleistung führen kann. Dieselben verfassungsrechtlichen Erwägungen gelten jedoch auch für gesellschaftsvertragliche sowie für unternehmenskaufvertragliche umfassende Tätigkeitsverbote. Zwar disponiert der Gesellschafter in beiden Fällen über seinen Gesellschaftsanteil, was grundsätzlich gegen ein Abhängigkeitsverhältnis spricht, das sowohl vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit als auch im Hinblick auf die Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit eine Inhaltskontrolle rechtfertigen würde. Ist der Minderheitsgesellschafter jedoch zugleich Geschäftsführer, so verändert sich die Ausgangslage. Einen Geschäftsführer, der zur Sicherung seines Lebensunterhalts darauf angewiesen ist, seine beruflichen Fähigkeiten einzusetzen, trifft ein umfassendes Tätigkeitsverbot erheblich. Diese Abhängigkeit wird wegen der Geringfügigkeit des Anteils auch nicht durch die Gesellschafterstellung ausgeglichen. Gleichzeitig muss dieser Hintergrund auch in die Prüfung des umfassenden Tätigkeitsverbots einbezogen werden, da es für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG auf die Gesamtsituation ankommt. Die Stellung als Minderheitsgesellschafter kann hier nicht von der Stellung als Geschäftsführer abgespaltet werden, da der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer der GmbH eine Doppelrolle einnimmt, bei der beide Seiten seine Gesamtsituation prägen.

Aus diesem Grund legitimiert die Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit auch bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen umfassenden Tätigkeitsverboten eine Inhaltskontrolle, sofern die Beteiligung des

[171] Vgl. *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 302 f.

[172] *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1078 m. w. N.; *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 302 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesellschafter-Geschäftsführers marginal ist. Im Fall eines gesellschaftsvertraglichen umfassenden Tätigkeitsverbots tritt zur Inhaltskontrolle zum Schutz der Berufsfreiheit noch möglicherweise im Einzelfall eine Kräftedisparität zwischen den übrigen Gesellschaftern und dem marginal beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer hinzu, die in Kombination mit der umfassenden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit eine Inhaltskontrolle zum Schutz der Vertragsfreiheit legitimieren kann. Auch in diesen Fällen kann eine Karenzentschädigung das Risiko der Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots minimieren, da es die Belastung des Ausscheidenden durch die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit abmildert. Dieser Zusammenhang zeigt jedoch auch, dass die Wirksamkeit des gesellschaftsvertraglichen oder unternehmenskaufvertraglichen umfassenden Tätigkeitsverbot nicht von der Zahlung einer Karenzentschädigung abhängig ist, sondern von der Vereinbarung einer vertraglichen Leistung, die in der Lage ist, die Beeinträchtigung durch das umfassende Tätigkeitsverbot abzumildern. Hierzu sind auch andere Ausgleichsleistungen, wie vertragliche Leistungen für die Dauer der Anstellung, die laut der Vereinbarung der Parteien als Ausgleich für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dienen, sowie Sachleistungen, Übergangsgelder, Abfindungen und Betriebsgelder geeignet.[173] Auch bei gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten sollte also darauf geachtet werden, dass für GmbH-Geschäftsführer, die gleichzeitig marginal an der GmbH beteiligt sind, eine Ausgleichleistung vereinbart wurde, die die Beeinträchtigung des umfassendes Tätigkeitsverbot abmildern kann.

4. Zusammenfassung und Konsequenzen für die Praxis

Da der Gesetzgeber weder für Gesellschafter noch für Geschäftsführer einer GmbH konkretisiert hat, welche Gestaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots er für angemessen hält, obliegt die Entscheidung im Einzelfall dem Richter. Dies bedeutet auch, dass die konkreten Zulässigkeitsgrenzen der §§ 74 Abs. 2, 74a Abs. 1 S. 3 HGB in ihrer Absolutheit nicht auf die Prüfung gesellschaftsvertraglicher, unternehmenskaufvertraglicher und dienstvertraglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote übertragen werden können und folglich auch das Fehlen einer Karenzentschädigung oder die Überschreitung der Maximaldauer von zwei Jahren nicht sofort zur Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots führt. Vielmehr müssen die Zulässigkeitsgrenzen aus den Prüfungsmaßstäben im Einklang mit verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Grundsätzen im Einzelfall ermittelt werden. Die für § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12, 2 GG und § 1 GWB für nachvertragliche Wettbewerbsverbote entwickelten Prüfungsmaßstäbe ermöglichen dies. Trotz der Einzelfallprüfung lassen sich auf diese Weise konkrete Maßgaben für die grundsätzlich zulässige Maximaldauer und die Notwendigkeit einer Karenzentschädigung ermitteln.

[173] Ausführlich zu diesen Einzelaspekten *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 303 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die zulässige Maximaldauer ist dabei maßgeblich davon abhängig, wie lange der ausscheidende Gesellschafter-Geschäftsführer durch seine Kenntnisse und seine Kundenkontakte für die Konsolidierung der GmbH eine Gefahr darstellt. Nur in diesem Umfang kann das unternehmerische Interesse die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des ausscheidenden Gesellschafter-Geschäftsführers rechtfertigen. Zusätzlich darf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot die Berufsfreiheit des Ausscheidenden nicht unangemessen belasten. In der Regel wird davon ausgegangen, dass eine Dauer von zwei Jahren zulässig ist. Längere nachvertragliche Wettbewerbsverbote können im Einzelfall auch zulässig sein, ihre Vereinbarung stellt jedoch immer ein Risiko dar. Dies gilt insbesondere für dienst- und gesellschaftsvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote sowie etwas abgeschwächt für unternehmenskaufvertragliche Wettbewerbsverbote.[174]

Anders als bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten eines Arbeitnehmers führt das Fehlen einer Karenzentschädigung bei dienstvertraglichen, gesellschaftsvertraglichen und unternehmenskaufvertraglichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Vereinbarung. Der Gesetzgeber hat die Karenzentschädigungspflicht als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zum Schutz von Arbeitnehmern vor den Auswirkungen der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit eingeführt. Dies geschah unter der Prämisse, dass Arbeitnehmer bei der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots typischerweise strukturell benachteiligt sind. Ohne eine solche gesetzgeberische Entscheidung müssen die Gerichte im Einzelfall vor allem der Bedeutung der Vertragsfreiheit Rechnung tragen sowie die Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative berücksichtigen. Eine Inhaltskontrolle ist nur zum Schutz der Berufsfreiheit und der Vertragsfreiheit legitim.[175] Vor diesem Hintergrund kann das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht an dem bloßen Fehlen einer Karenzentschädigung scheitern, sondern nur an seinem konkreten Umfang. Dazu zählt der Fall, dass der zeitliche, örtliche und gegenstandliche Umfang des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nicht von einem unternehmerischen Interesse gedeckt ist.[176] Der Faktor der Karenzentschädigung spielt hier keine Rolle. Sofern das nachvertragliche Wettbewerbsverbot diesen Prüfungsschritt besteht, kann die Vereinbarung einer Karenzentschädigung jedoch eine Rolle spielen bei der Prüfung, ob die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit unangemessen ist. Auch hier muss neben der Bedeutung der Berufsfreiheit insbesondere die Bedeutung der Vertragsfreiheit berücksichtigt werden. Die Untersuchungen haben hier zu dem Ergebnis geführt, dass bei umfassenden Tätigkeitsverboten für einen Geschäftsführer, der gleichzeitig

[174] Mit Lösungsansätzen für mögliche Konfliktfälle s. *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 141 ff. m. w. N.

[175] Der den freien Wettbewerb schützende § 1 GWB ist für die Frage nach der Notwendigkeit einer Karenzentschädigung nicht relevant, s. o. C.IV.3.a), 175 ff.

[176] Zur Zweijahresgrenze s. o. C.IV.2., 172 ff.; zu den sachlichen und gegenstandlichen Zulässigkeitsgrenzen s. *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1050 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

marginal an der Gesellschaft beteiligt ist, darauf geachtet werden sollte, dass die Belastungen, die durch die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit entstehen, durch eine Ausgleichleistung abgemildert werden. Dies gilt sowohl für dienstvertragliche als auch für gesellschaftsvertragliche und für unternehmenskaufvertragliche nachvertragliche Wettbewerbsverbote.[177] Als Grenze für die marginale Beteiligung bietet sich hier in Anlehnung an § 50 Abs. 1 GmbHG eine Beteiligung an der Gesellschaft von weniger als 10 % an. Grundsätzlich reichen als Ausgleichsleistung auch vertragliche Leistungen für die Dauer der Anstellung, die laut der Vereinbarung der Parteien als Ausgleich für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot dienen, sowie Sachleistungen, Übergangsgelder, Abfindungen und Betriebsgelder.[178] Aufgrund der noch immer bestehenden Uneinigkeit im Hinblick auf die Notwendigkeit von Karenzentschädigungen bei umfassenden Tätigkeitsverboten wird das Risiko der Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots jedoch am wirksamsten dadurch reduziert, dass eine explizit als solche bezeichnete Karenzentschädigung vereinbart wird.

[177] Zu möglichen Konflikten und jeweiligen Lösungsansätzen s. *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914, 1914 ff. m. w. N.; *Lumper*, Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, S. 141 ff.; *Naber*, NZA 2013, 870, 874; *Rudersdorf*, RNotZ, 509, 522. Zur Konsequenz eines Statuswechsels eines Arbeitnehmers bzw. Geschäftsführers *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, Rn. 1119 ff. m. w. N.

[178] Ausführlich zu diesen Einzelaspekten *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, S. 303 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus: Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467 ff.

Anders, Ralf Peter: Untreue zum Nachteil der GmbH. Versuch einer strafunrechtsbegründenden Rekonstruktion der Rechtspersönlichkeit der Korporation, Berlin u. a. 2012 (zitiert: *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH).

Arnold, Stefan: Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, München 2014 (zitiert: *Arnold*, Vertrag und Verteilung).

Badura, Peter: Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten, in: Böttcher, Reinhard (Hrsg. u. a.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 159 ff. (zitiert: *Badura*, in: FS Odersky).

Baeck, Ulrich/*Winzer*, Thomas: Unanwendbarkeit von § 74c HGB auf Geschäftsführer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, NZG 2008, 775.

Bartholomeyczik, Horst: Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus: Nachvertragliche Wettbewerbsverbot mit Organmitgliedern, in: Bauer, Jobst-Hubertus (Hrsg. u. a.), Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag, München 2003, S. 441 ff. (zitiert: *Bauer*, in: FS Schwerdtner)

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller*, Martin: Karenzentschädigung und bedingte Wettbewerbsverbote bei Organmitgliedern, BB 1995, 1134 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller*, Martin: Koppelung von Abberufung und Kündigung von Organmitgliedern. Zulässige Gestaltung oder sittenwidrige Falle? GmbHR 1998, 809 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller*, Martin: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern, GmbHR 1999, 885 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller*, Martin: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform, NJW 2002, 1609 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/*Diller*, Martin: Wettbewerbsverbote. Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Organmitglieder, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote).

Bäuerle, Michael: Vertragsfreiheit und Grundgesetz. Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2001 (zitiert: *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz).

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Hopt*, Klaus (Hrsg.): Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 39. Aufl., München 2020 (zitiert: Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*).

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Hueck*, Alfred (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbH, 22. Aufl., München 2019 (zitiert: BH/*Bearbeiter*).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB §§ 1 – 96, 185, 186, 9. Aufl. München 2018 (zitiert: *Bechtold/Bosch*, GWB).

Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang/*Brinker*, Ingo: EU-Kartellrecht, 3. Aufl., München 2020.

Becker, Felix: Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098 ff.

Beer, Michael: Die Grundlagen des vertragsbegleitenden Wettbewerbsverbotes im deutschen Arbeitsrecht, Baden-Baden 2017.

Bellstedt, C.: Vertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers nach seinem Ausscheiden, GmbHR 1976, 236 ff.

Beuthien, Volker: Gesellschaftsrecht und Kartellrecht. Kann Gesellschaftsrecht (§§ 1 GenG, 112, 161, 165 HGB, 283 AktG, 68 GenG) Kartellrecht brechen?, ZHR 142 (1978), 259 ff.

Boemke, Burkhard: Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht, ZfA 1998, 204 ff.

Boemke, Burkhard: Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1 ff.

Brenner, Michael: Vertrags und Wettbewerbsfreiheit, in: Merten, Detlef (Hrsg. u. a.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013, S. 313 ff. (zitiert: *Brenner*, in: HdGR V).

Bruns, Alexander: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, JZ 2007, 385 ff.

Bumke, Christian: Ausgestaltung von Grundrechten. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Tübingen 2009 (zitiert: *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten).

Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991.

Calliess, Christian: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis, JZ 2006, 321 ff.

Calliess, Christian: Schutzpflichten, in: Merten, Detlef (Hrsg. u. a.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2013, S. 963 ff. (zitiert: *Calliess*, in: HdGR).

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964 (zitiert: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz).

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 1984, 201 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999.

Canaris, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000), 273 ff.

Daibler, Birgit: Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, JA 2020, 37 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171 ff.

Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005 (zitiert: *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten).

Diller, Martin: BGH: Anrechnung anderweitigen Erwerbs auf Karenzentschädigung bei nachvertraglichem Wettbewerbsverbot eines GmbH-Geschäftsführers, FD-ArbR 2008, 263932.

Diller, Martin: BGH: zulässige Klausel im nachvertraglichen Wettbewerbsverbot eines GmbH-Geschäftsführers, wonach bei außerordentlicher Kündigung durch die Gesellschaft das Wettbewerbsverbot ohne Zahlung einer Karenzentschädigung bestehen bleibt, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-ArbR 2008, 266091.

Dreier, Horst: Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, JURA 1994, 505 ff.

Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar: GG, Bd. II: Artikel 20 – 82, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zitiert: Dreier/*Bearbeiter*).

Ebenroth, Carsten Thomas/*Boujong*, Karlheinz/*Joost*, Detlev/*Strohn*, Lutz (Hrsg.): Handelsgesetzbuch: HGB, Bd. 1: §§ 1 – 342e, 4. Aufl., München 2020 (zitiert: EBJS/*Bearbeiter*).

Eichenhofer, Eberhard: Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte, SR 2012, 76 ff.

Eichholz, Rüdiger R.: Mitarbeiter finden, binden und motivieren mittels steuer- und sozialabgabenfreier Sachleistungen, BC 2018, 231 ff.

Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1. Auflage, Tübingen 2005 (zitiert: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip).

Eidenmüller, Horst: Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814 ff.

Enderlein, Wolfgang: Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: *Müller-Glöge*, Rudi (Hrsg. u. a.), 20. Aufl., München 2020 (zitiert: ErfKomm/*Bearbeiter*).

Fischer, Ulrich: Wettbewerbsverbote, NZA 2009, 835 f.

Fischinger, Philipp S.: Zur Begrenzung des Streikrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, RdA 2007, 99 ff.

Fleck, Hans-Joachim: Das Organmitglied: Unternehmer oder Arbeitnehmer?, in: Dieterich, Thomas (Hrsg. u. a.), Festschrift für Marie-Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., München 1983, S. 117 ff. (zitiert: *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf).

Fleischer, Holger/*Harzmeier*, Lars: Zur Abdingbarkeit der Treuepflicht bei Personengesellschaft und GmbH, NZG 2015, 1289 ff.

Floren, Dieter: Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht. Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung von Zivilrecht, Berlin 1999 (zitiert: *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht).

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992 (zitiert: *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fornasier, Matteo: Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013 (zitiert: *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht).

Gamerschlag, Hans Karl: Nochmals: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung, NJW 1989, 2870.

Gamillscheg, Franz: Gedanken zur Neuregelung der Wettbewerbsvereinbarungen, RdA 1975, 13 ff.

Gaul, Dieter: Die Wettbewerbsbeschränkung des Geschäftsführers der GmbH innerhalb und im Anschluß an den stillschweigend verlängerten Vertrag, GmbHR 1991, 144 ff.

Gerigk, Martin David: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit geschäftsführenden Organmitgliedern und Gesellschaftern, Frankfurt 2014.

Gravenhorst, Anna Caroline: Rechtliche Grenzen für die Vereinbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten mit GmbH-Geschäftsführern. Insbesondere zur Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB, Frankfurt a. M. 1999 (zitiert: *Gravenhorst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit GmbH-Geschäftsführern).

Gsell, Beate: Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, JZ 2012, 809 ff.

Hager, Johannes: Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 ff.

Hanau, Hans: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Geltungsmacht. Zur Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungs wegen, Tübingen 2004 (zitiert: *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Geltungsmacht).

Hayek, Friedrich von: Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971.

Hedemann, Justus Wilhelm: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz I. Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910 (zitiert: *Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert I)

Heidenhain, Martin: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, NZG 2002, 605 ff.

Heinrich, Christian: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000 (zitiert: *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit).

Heller, Matthes: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot bei Geschäftsführern, GmbHR 2000, 371 ff.

Henssler, Martin/*Willemsen*, Heinz Josef/*Kalb*, Heinz-Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zitiert: Henssler/Willemsen/Kalb/*Bearbeiter*).

Hesse, Konrad: Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

Hillgruber, Christian: Grundrechtsschutz im Vertragsrecht – zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469, AcP 191 (1991), 69 ff.

Hillgruber, Christian: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hirschberg, Lothar: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.

Hirte, Heribert: Zivil- und kartellrechtliche Schranken für Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen, ZHR 154 (1990), 443 ff.

Hoffmann-Becking, Michael: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, in: Westermann, Harm P. (Hrsg.), Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin 1991, S. 273 – 286 (zitiert: *Hoffmann-Becking*, in: FS Quack).

Hönn, Günther: Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982.

Hueck, Götz: Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, 25 ff.

Hufen, Friedhelm: Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff.

Hunold, Wolf: Ausgewählte Rechtsprechung zur Vertragskontrolle im Arbeitsverhältnis, NZA-RR 2002, 225 ff.

Hunold, Wolf: Rechtsprechung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, NZA-RR 2007, 617 ff.

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim (Begr.): Wettbewerbsrecht, Bd. 2/GWB Teil 1: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht. §§ 1 – 96, 130, 131, 5. Aufl., München 2015 (zitiert: Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*).

Isensee, Josef (Hrsg.)/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Aufl., München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, StaatsR).

Ivens, Michael: Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters. Der Konflikt der Konkurrenzbeziehung und dessen Lösung durch einen satzungsmäßig geregelten Anspruch auf Unterlassung der Konkurrenzbeziehung unter Berücksichtigung der kartellrechtlichen Problematik, Hamburg 1987 (zitiert: *Ivens*, Das satzungsmäßige Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters).

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.

Jung, Peter: Individualschutz durch Wirtschaftsgrundrechte im Gesellschaftsrecht, JZ 2001, 1004 ff.

Kamanabrou, Sudabeh: Teilverbindlichkeit überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, ZGR 2002, 898 ff.

Klein, Oliver: Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS 2006, 960 ff.

Köhler, Helmut: Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665 ff.

Köhler, Michael: Iustitia distributiva: Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit, ARSP 1993, 457 ff.

Kölner Kommentar zum Kartellrecht: *Busche*, Jan (Hrsg. u. a.), Bd. 1: §§ 1 – 34 a GWB, Köln 2017 (zitiert: KK-KartR/*Bearbeiter*).

Krahforst, Annette: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer – Beurteilungsgrundlagen und Zulässigkeitsmaßstäbe, Berlin 2012 (zitiert: *Krahforst*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Krause, Rüdiger: Mitarbeit im Unternehmen. Tätigkeitsverhältnisse im Spannungsfeld von Gesellschafts-, Dienstvertrags- und Arbeitsrecht, Tübingen 2002 (zitiert: *Krause*, Mitarbeiter im Unternehmen).

Kulick, Andreas: „Drittwirkung" als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, 2236 ff.

Lammel, Siegbert: Vertragsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit. Zur Teilnichtigkeit von Wettbewerbsabreden, AcP 189, 1989, 244 ff.

Langen, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef (Hrsg.): Kartellrecht, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018 (zitiert: Langen/Bunte/*Bearbeiter*).

Larenz, Karl: Richtiges Recht, 1. Aufl., München 1979.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil, 14., neubearbeitete Auflage, München 1987 (zitiert: *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts).

Lembke, Mark: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot von Organmitgliedern auf dem Prüfstand, NZA-RR 2019, 65 ff.

Leuschner, Lars: Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle: Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen, AcP 207, 2007, 591 ff.

Lerche, Peter: Grundrechtswirkungen im Privatrecht, in: Böttcher, Reinhard (Hrsg. u. a.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, 1. Aufl., Berlin 1996, S. 215 ff. (zitiert: *Lerche*, in: FS Odersky).

Leyens, Patrick C./*Schäfer*, Hans-Bernd: Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), 771 ff.

Limbach, Jutta: Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen: Eine Rezensionsabhandlung, KritV 1986, 165 ff.

Lindner, Josef Franz: Der Dritte im System der Grundrechtsdogmatik, JURA 2020, 9 ff.

Lorenz, Stephan: Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, München 1997 (zitiert: *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag).

Lücke, Jörg: Die Drittwirkung der Grundrechte anhand des Art. 19 Abs. 3 GG: Zur horizontalen Geltung der Grundrechte in neuer Sicht, JZ 1999, 377 ff.

Lüdemann, Jörn: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27 ff.

Lumper, Johannes: Kontrollmaßstäbe für nachvertragliche Wettbewerbsverbote und ihre Anwendung im Kollisionsfall, Baden-Baden 2013.

Manger, Robert: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2001, 89 ff.

Mankiw, N. Gregory/*Taylor*, Mark P.: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., Stuttgart 2016.

Martens, Klaus-Peter: Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113 ff.

Maunz, Theodor/*Dürig*, Günter (Begr.): Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: 90. EL., München 2020 (zitiert: Maunz/Dürig/*Bearbeiter*).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Medicus, Dieter: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35 ff.

Melullis, Klaus-J.: Zu Zulässigkeit und Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten anlässlich von Vereinbarungen über das Ausscheiden eines Gesellschafters, WRP 1994, 686 ff.

Menke, Johan-Michel: Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit Geschäftsführern. Verzicht statt Karenzentschädigung, NJW 2009, 636 ff.

Merten, Detlef: Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Stern, Klaus (Hrsg. u. a.), Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister, Heidelberg 2005, S. 227 ff. (zitiert: *Merten*, in: GS Burmeister).

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem, Baden-Baden 1978 (zitiert: *Mestmäcker*, Die sichtbare Hand des Rechts).

Michael, Lothar: Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und des Gleichheitssatzes, JuS 2001, 148 ff.

Michalski, Lutz/*Heidinger*, Andreas/*Leible*, Stefan/*Schmidt*, Jessica (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Bd. 1: Systematische Darstellungen, §§ 1 – 34 GmbHG, 3. Auflage, München 2017, Bd. 2: §§ 35 – 88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Aufl., München 2017 (zitiert: MHLS/*Bearbeiter*).

Michl, Fabian: Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, 1062 ff.

Mirza Khanian, Frederic: Die Inhaltskontrolle von Organanstellungsverträgen am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers, Köln 2008.

Mirza Khanian, Frederic: Die Inhaltskontrolle von Geschäftsführerverträgen, GmbHR 2011, 116 ff.

Münchener Kommentar zum BGB: *Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg. u. a.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018; Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I. §§ 241 – 310, 8. Aufl., München 2019; Bd. V: Schuldrecht Besonderer Teil II. §§ 535 – 630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 8. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKoBGB/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum GmbHG: *Fleischer*, Holger (Hrsg. u. a.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bd. 1: §§ 1 – 34, 3. Aufl., München 2018; Bd. 2: §§ 35 – 52, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: MüKoGmbHG/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum HGB: *Schmidt*, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1; Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1 – 104 a, 4. Aufl., München 2016; Bd. 2: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft. Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105 – 160, 4. Aufl., München 2016 (zitiert: MüKoHGB/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht: *Montag*, Frank (Hrsg. u. a.), Bd. 2: Deutsches Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). §§ 1 – 94, 185, 186. Verfahren vor den europäischen Gerichten, 3. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKoWettbwR/*Bearbeiter*).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Naber, Sebastian: Wettbewerbsverbote in gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen mit Arbeitnehmern und Organmitgliedern, NZA 2013, 870 ff.

Naber, Sebastian/*Peukert*, Matthias/*Seeger*, Börge: Arbeitsrechtliche Aspekte des Geschäftsgeheimnisgesetzes, NZA 2019, 583 ff.

Nassibi, Ghazaleh: Sicherung des Existenzminimums durch Entlohnung im Arbeitsverhältnis?, AR 2012, 305 ff.

Novak, Richard: Zur Drittwirkung der Grundrechte. Die Österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, 133 ff.

Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, München 2019 (zitiert: Oetker/*Bearbeiter*).

Osten, Dinnies von der: Das Wettbewerbsverbot von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern in der GmbH, GmbHR 1989, 450 ff.

Osterkamp, Thomas: Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004 (zitiert: *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit).

Papier, Hans-Jürgen: Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 ff.

Peters, Hans-Rudolf: Wirtschaftssystemtheorie und Allgemeine Ordnungspolitik, 4. Aufl., München 2002.

Preis, Ulrich: Kompensation von Ungleichgewichtslagen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Zivilgerichte – ein Vergleich, AR 1994, 139 ff.

Preis, Ulrich/*Sagan*, Adam: Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 ff.

Reinfeld, Roland: Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Reichweite und Bedeutung der §§ 74 ff. HGB, Heidelberg 1993 (zitiert: *Reinfeld*, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht).

Renner, Wolfgang: Wettbewerbsbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen, DB 2002, 1143 ff.

Richter, Klaus W.: Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914. Eine rechtshistorisch-analytische Untersuchung, Tübingen 2007 (zitiert: *Richter*, Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914).

Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin 1996 (zitiert: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb).

Ritgen, Klaus: Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, 114 ff.

Rittner, Fritz: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101 ff.

Rittner, Fritz: Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, 3330 ff.

Rittner, Fritz: Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, 269 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Röhricht, Volker: Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters und des Geschäftsführers, WPg 1992, 766 ff.

Römermann, Volker: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Freiberuflern, BB 1998, 1489 ff.

Roth, Günther H./*Altmeppen*, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 9. Aufl., München 2019 (zitiert: Roth/Altmeppen/*Bearbeiter*).

Rudersdorf, Martin: Wettbewerbsverbote in Gesellschafts- und Unternehmenskaufverträgen, RNotZ 2011, 509 ff.

Ruffert, Matthias: Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?, JuS 2020, 1 f.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl., München 2018 (zitiert: Sachs/*Bearbeiter*).

Salfeld, Rainer: Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M. 1987.

Sandmann, Bernd: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, Heidelberg 2000.

Schachtschneider, Karl Albrecht: Freiheit in der Republik, Berlin 2007.

Schapp, Jan: Grundrechte als Werteordnung, JZ 1998, 913 ff.

Schladebach, Marcus: Staatszielbestimmungen im Verfassungsrecht, JuS 2018, 118 ff.

Schmidt, Karsten: Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), 169 ff.

Schmidt-Rimpler, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 1941, 130 ff.

Schmolke, Klaus Ulrich: Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2014 (zitiert: *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht).

Schneider, Hans-Peter: Berufsfreiheit, in: Merten, Detlef (Hrsg. u. a.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013, S. 89 ff. (zitiert: *Schneider*, in: HdGR V).

Schnelle, Ulrich: Wettbewerbsverbot für Gesellschafter-Geschäftsführer bei Unternehmensverkauf, GmbHR 2000, 599 ff.

Scholz, Franz (Hrsg.): GmbHG, Bd. 2: 33 35 – 52, 12. Aufl., Köln 2020, Stand Okt. 2019, 11. Aufl., Köln 2014; Bd. 3: §§ 53 – 87, 11. Aufl., Köln 2015 (zitiert: Scholz/*Bearbeiter*).

Sedlmaier, Petra/*Rüppell*, Philipp: Verletzung von Wettbewerbsverboten durch Gesellschafter-Geschäftsführer in der GmbH, BB 2017, 1923 ff.

Singer, Reinhard: Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 ff.

Sorg, Julia: BGH: keine Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf die Karenzentschädigung für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot beim GmbH-Geschäftsführer, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-MA 2008, 262758 (zitiert: *Sorg*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 04. 2008 – II ZR 11/07, FD-MA 2008, 262758).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stagat, Rolf: Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen, NZA-RR 2011, 617 ff.

Staub, Hermann (Begr.): Handelsgesetzbuch: HGB, Bd. 2: §§ 48 – 104, 5. Aufl., Berlin 2008 (zitiert: Staub/*Bearbeiter*).

Staudinger, Julius von (Begr.): *Rieble*, Volker (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil. §§ 134 – 138; Anh. zu § 138: ProstG (Allgemeiner Teil 4 a), 16. Aufl., Berlin 2017 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*).

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988 (zitiert: *Stern*, Band III/1).

Stürner, Michael: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010 (zitiert: *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht).

Stürner, Rolf: Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?, AcP 210 (2010), 105 ff.

Thomas, Stefan: Grundsätze zur Beurteilung vertikaler Wettbewerbsverbote. Die Neubestimmung durch das Subunternehmer II-Urteil des BGH, WuW 2010, 177 ff.

Thüsing, Gregor: Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern. Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur, NZG 2004, 9 ff.

Tversky, Amos/*Kahnemann*, Daniel: Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, New Series, Vol. 185, No. 4157 (Sep. 27 1974), 1124 ff.

Ulmer, Peter: Die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerung, NJW 1982, 1975 ff.

Voet van Vormizeele, Philipp: Kartellrecht und Verfassungsrecht, NZKart 2013, 386 ff.

Vosgerau, Ulrich: Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen: Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, AöR 133 (2008), 346 ff.

Voßkuhle, Andreas/*Kaiser*, Anna-Bettina: Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte, JuS 2011, 411 ff.

Voßkuhle, Andreas/*Wischmeyer*, Thomas: Grundwissen – Öffentliches Recht – Das Sozialstaatsprinzip, JuS 2015, 693 ff.

Vranes, Erich: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, AVR 47 (2009), 1 ff.

Wagener, Dominique/S*chulze*, Jörg-Martin: Zwei Jahre sind genug! Ein Beitrag zu Laufzeiten von Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen, 157 ff.

Wahl, Rainer/*Masing*, Johannes: Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 ff.

Wank, Rolf: Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, RdA 2010, 193 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Weidelener, Johannes: Der richterliche Vertragsschutz am Modell des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots des GmbH-Geschäftsführers, 1. Aufl., Bayreuth 2002 (zitiert: *Weidelener*, Der richterliche Vertragsschutz).

Weil, Klaus: Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und gerichtlicher Kontrolle von Privatvereinbarungen, FPR 2010, 450 ff.

Weitnauer, Wolfgang/*Grob*, Verena: Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote, GWR 2014, 185 ff.

Weller, Marc-Philipp: Wettbewerbsverbote und ihre Drittwirkung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG, ZHR 175 (2011), 110 ff.

Wertheimer, Frank: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, Köln 1998.

Westermann, Harm Peter: Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, AcP 175 (1975), 375 ff.

Westermann, Harm Peter: Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008), 141 ff.

Wiedemann, Gerhard: Regelungszweck und Rechtsquellen, in: Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020 (zitiert: *Wiedemann*, in: Wiedemann, KartR).

Wiedemann, Herbert: Zur Verfassungswidrigkeit des HGB § 90a Abs. 2 S. 2 und eines vertraglich vereinbarten Berufsverbots sowie zur Bedeutung der Grundrechte für das Vertragsrecht und die richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen, JZ 1990, 695 ff.

Wielsch, Dan: Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Vertragsrecht, AcP 213 (2013), 718 ff.

Winterstein, Heinz-Peter: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung, NJW 1989, 1463 ff.

Zöllner, Wolfgang: Der kritische Weg des Arbeitsrechts zwischen Privatkapitalismus und Sozialstaat, NJW 1990, 1 ff.

Zöllner, Wolfgang: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1 ff.

Zöllner, Wolfgang: Vertragskontrolle und Gerechtigkeit, NZA-Beil. 2006, 99 ff.

Abkürzungen nach *Kirchner*, Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin u. a. 2018.

Rechtsstand der Bearbeitung: 26. Juni 2020.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sachverzeichnis

Abfindung 79, 82, 176, 187, 190, 192
Abschlussfreiheit
– individuelle Vertragsfreiheit 132, 133 ff.
– Inhalt und Begrenzung 106 f., 112 ff., 117, 133 ff.
Abschlusskontrolle *siehe* Abschlussfreiheit, Begrenzung
AGB-Kontrolle
– Verbraucher 62
– Verhältnis zu § 138 BGB 62 ff.
– Verhältnis zu §§ 74 ff. HGB 39
Allgemeine Handlungsfreiheit *siehe* Grundrechte
Allokationseffizienz 91, 106 f., 167
Analogie
– §§ 74 ff. HGB analog bei GmbH-Geschäftsführern 43 ff., 64 ff.
– §§ 74 ff. HGB analog bei GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer 69 f.
Anstellungsverhältnis
– Qualifikation als Arbeits- oder Dienstverhältnis 40 ff.
– Verhältnis von Organ- und Anstellungsverhältnis 40 ff.
Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften
– Arbeitnehmerähnlichkeit 54 Fn. 204
– Doppelrolle eines Gesellschafter-Geschäftsführers 32 ff.
– soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit 44 f., 55, 64 ff.
Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften 58 ff., 68, 71 ff.
Äquivalenzprinzip 92, 104, 106 f., 154
Arbeitnehmer
– Schutzvorschriften 35 ff.
– unionsrechtlicher Begriff 40
Asymmetrie *siehe* Kräfteungleichgewicht
ausgleichende Gerechtigkeit 89
Austauschgerechtigkeit
– allgemein 88 ff.
– Verhältnis zur Verteilungsgerechtigkeit 88 f.

Berechtigtes Interesse
– der Gesellschaft/der Gesellschafter als Zulässigkeitsvoraussetzung 150 f., 155 ff.
– des Arbeitgebers 38
– Zusammenhang mit Berufsfreiheit 155 ff.
Berufsfreiheit
– Drei-Stufen-Theorie 141 ff.
– Einfluss auf die Prüfung gem. § 138 BGB 155 ff.
– Wirkung in Privatrechtsverhältnissen 140 ff.
Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Schutz von 28, 57, 70, 80, 143 f., 150, 157 f.
Billigkeit, einer Beschränkung
– allgemeiner Grundsatz 96 ff.
– Kunden- und Mandantenschutzklausel 177 ff.
– Notwendigkeit einer Karenzentschädigung 164 ff., 175 ff.
– örtlich 70 f., 96 f., 102 f.
– sachlich 70 f., 96 f., 102 f.
– Verhältnis zu berechtigtem Interesse 103
– zeitlich 67, 102 f., 103, 164 ff., 172 ff.

Dienstverhältnis *siehe* Anstellungsverhältnis
Drei-Stufen-Theorie *siehe* Berufsfreiheit
Drittwirkung, mittelbare 118 ff., 126 ff., 144 ff.

Eigentumsfreiheit 143 f., 157 f., 160 ff.
Einschätzungsspielraum, des Gesetzgebers *siehe* Gestaltungsspielraum

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Entscheidungsfreiheit
– Verhältnis zu Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit 105 ff.

Fremdbestimmung *siehe* Selbstbestimmungsdefizite
Funktionsbedingungen, des Marktmechanismus 107 ff.
Funktionen, der Vertragskontrolle
– marktkompensatorische 114 ff., 159, 165, 171, 173
– marktkonstitutive 114 ff., 146 f., 159, 171, 173

Gerechtigkeit, ausgleichende *siehe* ausgleichende Gerechtigkeit
gerechtigkeit, Austausch- 88 ff., 162 ff.
gerechtigkeit, Verteilungs- 88 ff., 162 ff.
geschäftliches Interesse, berechtigtes *siehe* berechtigtes Interesse
Geschäftschancenlehre 29 f., 31
Geschäftsführer
– Anstellungsverhältnis *siehe dort*
– Anwendung von Arbeitsrecht 40 ff.
– Arbeitgeberfunktion 42
– Organverhältnis *siehe dort*
Gesellschafter
– Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB 68 ff.
Gestaltungsspielraum, des Gesetzgeber 93 f., 122 ff.,127, 129, 139, 145, 148, 152
Grundrechte
– Abwehrrechtsdimension 121 f.
– Allgemeine Handlungsfreiheit 132
– Berufsfreiheit *siehe* Berufsfreiheit
– mittelbare Drittwirkung *siehe* mittelbare Drittwirkung
– Privatautonomie *siehe* Privatautonomie
– Schutzpflicht, des Gesetzgebers *siehe* Schutzpflicht, grundrechtliche
– Unter- und Übermaßverbot *siehe* Schutzpflicht, grundrechtliche
Grundrechtsschutz *siehe* Schutzpflicht, grundrechtliche
GWB *siehe* Kartellrecht

Inhaltskontrolle
– AGB 62 ff.
– zur Feststellung von Austauschgerechtigkeit 91 f.
Interessen, involvierte 21 ff.
Interessenausgleich
– durch Wettbewerbsverbot 21 f., 25, 52
– gerechter Interessenausgleich 107 ff., 133, 179
– Unangemessenheit 70, 99 ff., 136 ff., 149, 152, 155 ff., 173 ff., 180 ff., 188 ff.
iustitia commutativa *siehe* Austauschgerechtigkeit
iustitia distributiva *siehe* Verteilungsgerechtigkeit

Karenzentschädigung
– Abmilderung der Berufsbeeinträchtigung 25 f.
– allgemeiner Rechtsgrundsatz 104 f.
– Billigkeitsaspekt 25 f., 105, 175 ff.
– Fremd-Geschäftsführer 177 f., 183 ff.
– Funktion 25 f., 105, 175 ff.
– Kunden-und Mandantenschutzklausel 65, 82, 177 ff.
– Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer 177 ff., 182 ff.
– Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer 185 ff.
– Tätigkeitsverbote 66 f., 82, 180 ff.
Kartellrecht 58 ff., 68, 71 ff., 167 ff.
Kooperationsversagen 108 ff., 115 f., 135, 146
Kräfteungleichgewicht, zwischen Vertragsparteien 109 ff., 135 ff., 142, 146 f., 158 ff., 179, 183, 185 f., 187 ff.
Kunden- und Mandantenschutzklausel 65, 82, 177 ff.

Loyalitätspflicht *siehe* Treuepflicht

Machtungleichgewicht *siehe* Kräfteungleichgewicht
Markt, freier
– Funktionsbedingungen *siehe* Funktionsbedingungen. des Marktmechanismus
– idealtypischer Markt 107 ff.
– Prinzip des freien Markts 23 f.
Marktergebniskontrolle 107 ff., 117

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

marktkompensatorische, Funktion der Vertragskontrolle *siehe* Funktionen der Vertragskontrolle
marktkonstitutive, Funktion der Vertragskontrolle *siehe* Funktionen der Vertragskontrolle
Marktversagen 108 f., 113
Marktwirtschaft, funktionierende 107 ff.

Nebenpflicht, Unterlassungspflicht 31, 79, 175
Nichtigkeit *siehe* Sittenwidrigkeitsgeneralklausel, Rechtsfolge

Objektives Äquivalenzprinzip 92
Organverhältnis, Verhältnis zu Anstellungsverhältnis *siehe* Anstellungsverhältnis

Privatautonomie
– allgemeiner Rechtsgrundsatz 94 f.
– Einfluss auf die Vertragskontrolle *siehe* Vertragsfreiheit
– pacta sunt servanda 106
– Verhältnis zur Vertragsfreiheit 107 ff.
Prüfungsmaßstäbe
– Arbeitnehmer 35 ff.
– Einfluss allgemeiner Rechtsgrundsätze 162 ff.
– Einfluss der Grundrechte 126 ff., 155 ff.
– GmbH-Geschäftsführer 40 ff.
– GmbH-Gesellschafter 68 ff.
– GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer 42, 82 f., 162
– historische Entwicklung 96 ff.
Prüfungsnorm
– Analogie §§ 74 ff. HGB 43 ff.
– Arbeitnehmer 35 ff.
– Generalklausel 152 f.
– GmbH-Geschäftsführer 40 ff.
– GmbH-Gesellschafter 68 ff.
– GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer 42, 62, 85

Rationalitätsdefizite 115, 135 f.
Rechtsgrundsatz, allgemeiner
– §§ 74 ff. HGB 83, 96 ff.
– ausgleichende Gerechtigkeit 89
– Austauschgerechtigkeit 88 ff.
– Begriff 88
– berechtigtes Interesse und Unbilligkeit 102 ff.
– Feststellung 87
– Karenzentschädigung 104 f.
– Privatautonomie 94 f.
– Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 95 f.
– Verteilungsgerechtigkeit 88 ff.
– Voraussetzungen 87
– Zwei-Jahres-Frist 103 f.

Schutzpflicht, grundrechtliche
– bei Selbstbestimmungsdefiziten 135 ff.
– Berufsfreiheit 140 ff.
– Eigentumsfreiheit 143 f.
– im Rahmen des § 138 BGB 155 ff.
– im Rahmen des § 1 GWB 167 ff.
– Spielraum des Staates 124 ff.
– Untermaß- und Übermaßverbot 124 ff.
– Verträge zwischen Privatpersonen 133 ff.
– Vertragsfreiheit 135 ff.
Selbstbestimmungsdefizite
– Eingriffsrechtfertigung 134 f.
– staatliche Schutzpflichten 135 ff.
– Verhältnis zur Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit 106 ff.
Sittenwidrigkeitsgeneralklausel
– Funktion der Generalklausel 105, 119 f., 152 ff.
– Rechtsfolge 166
Sozialstaatsprinzip 117
subjektive Äquivalenzprinzip 89, 92, 104, 107, 116, 145 f., 154, 163, 177, 179, 183

Tätigkeitsverbot
– Notwendigkeit einer Karenzentschädigung 57 f., 66 f., 82, 182 ff.
– Zwei-Jahres-Grenze 76 ff., 172 ff.
Täuschung *siehe* Rationalitätsdefizite
Transparenzgebot 62
Treuepflicht 27, 29 ff., 65

Übermaßverbot *siehe* Schutzpflicht, grundrechtliche
Umfang, des Wettbewerbsverbots
– Interessenausgleich 25
– zeitlich 25, 67, 76 ff., 81, 172 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Umverteilung 90, 93 f., 163, 180
Untermaßverbot *siehe* Schutzpflicht, grundrechtliche
unternehmerisches Interesse *siehe* berechtigtes Interesse

Verbraucher *siehe* AGB-Kontrolle
Verhältnis
– § 1 GWB und § 138 BGB 58 ff.
– § 1 GWB und §§ 74 ff. HGB 58
– § 1 GWB und Art. 101 AEUV 58 ff.
– Organ- und Anstellungsverhältnis *siehe* Anstellungsverhältnis
– Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle *siehe* Vertragsfreiheit
Verteilungsgerechtigkeit 83 ff.
Vertragsdisparität *siehe* Vertragsgerechtigkeit
Vertragsfreiheit
– Bedrohung durch Selbstbestimmungsdefizite *siehe* Selbstbestimmungsdefizite
– Grundrecht 133 ff.
– Prinzip der Vertragsfreiheit 105 ff.
– Verhältnis zur Vertragskontrolle 109 ff., 133 ff.
Vertragsgerechtigkeit
– Ausprägungen 88 ff.
– Zusammenhang mit Funktionsbedingungen des Marktmechanismus und Vertragsfreiheit 107 ff.
Vertragskontrolle
– marktkompensatorische und marktkonstitutive Funktion *siehe* Funktionen der Vertragskontrolle
– Verhältnis zur Vertragsfreiheit *siehe* Vertragsfreiheit

Wettbewerb, funktionierender 24, 105 ff., 146 ff.
Wettbewerbsbeschränkung (GWB)
– Anwendbarkeit 58 ff.
– Anwendungsvorrang des EU-Rechts 58 f.
– funktionaler Unternehmensbegriff 59, 71
– Funktionsnotwendigkeit 72 f.
– Spürbarkeit 60 f., 73, 81, 112, 167 f., 170, 174
– Verhältnis zu § 138 BGB *siehe* Verhältnis § 1 GWB und § 138 BGB
– Verhältnis zu §§ 74 ff. HGB *siehe* Verhältnis § 1 GWB und §§ 74 ff. HGB
– Verhältnis zu Art. 101 AEUV *siehe* Verhältnis § 1 GWB und Art. 101 AEUV
– Voraussetzungen 58 ff., 71 ff.
– Wettbewerbsbeschränkung 61, 72, 168 f.
Wettbewerbsverbot
– AGB-Kontrolle *siehe* AGB-Kontrolle
– AG-Vorstandsmitglieder 101
– allgemeines Tätigkeitsverbot *siehe* Tätigkeitsverbot
– Arbeitnehmer *siehe* Arbeitnehmer
– dienstvertraglich 40 ff., 172 ff., 177 ff.
– gesellschaftsvertraglich 68 ff., 173 f., 175 ff.
– gesetzlich 27
– GmbH-Geschäftsführer 40 ff., 190 ff.
– GmbH-Gesellschafter 68 ff., 190 ff.
– Grundrechtsrelevanz *siehe* Grundrechte
– Hintergründe 17 ff.
– individualvertraglich 31
– Interessenausgleich *siehe* Interessenausgleich
– Kundenschutzabreden *siehe* Kunden- und Mandantenschutzklausel
– praktische Relevanz
– Treuepflicht *siehe Treuepflicht*
– Umfang *siehe* Umfang
– unternehmenskaufvertraglich 17 f., 68, 82, 173 ff., 187 ff.
– Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen 37
– Zulässigkeitsgrenzen 171 ff.

Zulässigkeitsgrenzen *siehe* Umfang, Karenzentschädigung
Zwei-Jahres-Grenze *siehe* allgemeiner Rechtsgrundsatz, Umfang, Billigkeit

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58491-8 | Generated on 2025-07-25 13:30:56
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/