

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 331

# Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Eine systematisierende Erörterung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der gesetzlichen Wettbewerbsverbote  
gewerblicher Absatzmittler

Von

Gabriel Jakob



Duncker & Humblot · Berlin

GABRIEL JAKOB

Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 331

# Wettbewerbsverbote im Handelsrecht

Eine systematisierende Erörterung unter besonderer  
Berücksichtigung der gesetzlichen Wettbewerbsverbote  
gewerblicher Absatzmittler

Von

Gabriel Jakob



Duncker & Humblot · Berlin

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

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

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

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Meinen Eltern*



## Vorwort

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

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

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

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

Freiburg, im Juni 2021

*Gabriel Jakob*





# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

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

## *2. Teil*

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

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

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

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

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

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

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



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

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

§ 10 Das Wettbewerbsverbot des Kommissionärs ..... 202

- A. Das Kommissionsgeschäft ..... 203
  - I. Die Parteien ..... 203
    - 1. Die Person des Kommissionärs ..... 203
      - a) Die rechtlichen Merkmale des Kommissionärs ..... 203
        - aa) Selbständiger Gewerbetreibender ..... 203
        - bb) Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren ..... 203
        - cc) Keine ständige Betrauung ..... 204

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

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

2. Pflichten des Geschäftsherrn .....	241
IV. Wirtschaftliche Bedeutung .....	242
B. Gesetzliches vertragszeitiges Wettbewerbsverbot .....	243
I. Streitstand .....	243
II. Stellungnahme .....	243
1. Interessenlage .....	244
a) Interessen des Geschäftsherrn .....	244
b) Interessen des Kommissionsagenten .....	245
2. Interessenkonflikte .....	246
3. Interessenkonfliktlösung .....	247
a) Rechtsgrundlage .....	247
b) Konfliktlösung .....	247
c) Verfassungsmäßigkeit .....	248
d) Rechtsfolgen bei Verstoß .....	250
III. Ergebnis .....	250
C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	251
D. Kartellrechtliche Überprüfung .....	252
E. Gesamtergebnis zum Kommissionsagenten .....	253

### *3. Teil*

<b>Gesamtergebnis</b>	254
§ 12 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	254
A. Vertragszeitige Wettbewerbsverbote im Handelsrecht .....	254
I. Ausgangslage .....	254
II. Interessenlage .....	255
III. Interessenkonflikte .....	255
IV. Interessenkonfliktlösung .....	256
B. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Handelsrecht .....	257
I. Ausgangslage .....	257
II. Entsprechende Anwendbarkeit des § 90a HGB .....	258
C. Kartellrechtliche Überprüfung .....	258
<b>Anhang</b> .....	260
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	263
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	277

## Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

## 1. Teil

# Einleitung und Grundlagen

## § 1 Einführung

Für Unternehmen, die Waren und Produkte herstellen oder Dienstleistungen anbieten, stellt sich zu Beginn der Tätigkeit die Frage, wie sie den Absatz der hergestellten oder angebotenen Güter an (End-)Kunden organisieren wollen. Juristisch betrachtet sind hier zwei Möglichkeiten denkbar<sup>1</sup>: Zum einen kann ein produzierendes Unternehmen den Absatz seiner Güter selbst durch Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes übernehmen; zum anderen besteht die Möglichkeit der Auslagerung des Vertriebs an ein anderes Unternehmen, welches sich auf den Absatz von Gütern spezialisiert hat (sog. gewerbliche Absatzmittler<sup>2</sup>).<sup>3</sup> Für welches Absatzsystem sich ein produzierendes Unternehmen entscheidet, hängt von betriebswirtschaftlichen Erwägungen ab.

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

---

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

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

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

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

<sup>5</sup> Vgl. die §§ 59 ff. HGB.



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

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

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

---

<sup>6</sup> Stöber, in: Heymann, HGB, § 84 Rn. 15.

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

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

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

<sup>10</sup> Maier, BB, 1979, S. 500 f.

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

## § 2 Forschungsstand und Forschungsziel

### A. Forschungsstand

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

Eingehend wird die Thematik bis jetzt nur für den Handelsvertreter erörtert. Dieser soll nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung einem vertragszeitigen Wettbewerbsverbot unterliegen, auch wenn eine solche Vereinbarung nicht im Handelsvertretervertrag getroffen wurde.<sup>11</sup> Dass es den Parteien freisteht, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, ergibt sich bereits aus § 90a HGB. Da sowohl Vertragshändler<sup>12</sup>, Franchisenehmer<sup>13</sup> als auch Kommissionsagent<sup>14</sup> als vergleichbar zum Handelsvertreter angesehen werden, soll für diese

---

<sup>11</sup> Vgl. zur Diskussion unter § 6 B. I, S. 75.

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

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

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