

RA Dr. Wolfgang Renner LL.M., München

## Wettbewerbsbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen

### I. Einleitung

Das Wettbewerbsverbot des Verkäufers beim Unternehmensverkauf ergibt sich aus der Pflicht der Leistung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB als – ungeschriebene – Nebenpflicht und nachvertragliche Treuepflicht des Verkäufers auch ohne gesonderte Vereinbarung, soweit die Unterlassung von Wettbewerb zur Überleitung des Unternehmens auf den Käufer erforderlich ist<sup>1</sup>. Gemäß § 433 Abs. 1 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, die Kaufsache tatsächlich und rechtlich zu übertragen, d. h. im Fall des Unternehmenskaufs dem Käufer Eigentum an dem Unternehmen mit allen vorhandenen Voraussetzungen seiner Ertragskraft zu verschaffen. Der Verkäufer hat alles zu tun, um diesen Vertragszweck zu erfüllen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Verkäufer auch alles zu unterlassen hat, was die Tätigkeit und Marktstellung des verkauften Unternehmens beeinträchtigen könnte. Der Verkäufer hat daher auch ohne besondere Vereinbarung aufgrund seiner kaufrechtlichen Verschaffungspflichten im sachlich, räumlich und zeitlich gebotenen Umfang Wettbewerb zu unterlassen.

Dennoch empfiehlt sich fast immer die zusätzliche vertragliche Vereinbarung, um gerichtlichen Auseinandersetzungen über Bestand, Umfang und schadensersatzrechtliche Folgen des Wettbewerbsverbots für den Verletzungsfall vorzubeugen und Rechtssicherheit zu schaffen.

### II. Vertragliche Abrede und deren Grenzen

Grundsätzlich spricht nichts dagegen, in einem Unternehmenskaufvertrag ein Wettbewerbsverbot sowie eine Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung des Wettbewerbsverbots vorzusehen. Karenzentschädigungen für den Verkäufer sind nicht erforderlich, denn das ausdrückliche Wettbewerbsverbot konkretisiert regelmäßig nur die kaufrechtliche Unterlassungspflicht und wird daher durch den Kaufpreis mit abgegolten. Ein Verstoß des Verkäufers gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot ist eine positive Vertragsverletzung und begründet entsprechende Schadensersatzansprüche des Käufers.

Die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots findet jedoch ihre Grenzen in § 138 BGB i. V. mit § 12 Abs. 1 GG (Sittenwidrigkeit) und in § 1 GWB, Art. 81 EG-Vertrag, Art. 53 EWR-Abkommen (Verstoß gegen ein Kartellverbot).

Das Wettbewerbsverbot ist gemäß § 138 BGB sittenwidrig, wenn es – insbesondere in gegenständlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht – zu einer unangemessenen Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Verpflichteten führt. Bei der Auslegung von Generalklauseln – wie § 138 BGB eine darstellt – kommt der Wertordnung des Grundgesetzes wesentliche Bedeutung zu<sup>2</sup>. Die Frage der Sittenwidrigkeit eines vertraglichen Wettbewerbsverbots ist damit an den grundrechtlichen Wertmaßstäben des Art. 12 Abs. 1 GG, der die wirtschaftliche und berufliche Tätigkeit des Veräußerers schützt, zu messen. Der BGH vertritt seit jeher die Ansicht, dass sittenwidrige Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht nach § 140 BGB umgedeutet werden können<sup>3</sup>. Die Sittenwidrigkeit führt somit nach Auffassung des BGH – vorbehaltlich der Sittenwidrigkeit wegen überlanger Laufzeit – im Regelfall zur völligen Unwirksamkeit des vertraglichen Wettbewerbsverbots. In den letzten Jahrzehnten war eine Reihe von Oberlandesgerichten dazu gegenteiliger Ansicht<sup>4</sup>; auch von der Literatur wurden die strengen Grenzen kri-

tisiert<sup>5</sup>. Der BGH hat seine Auffassung aber zwischenzeitlich einerseits bestätigt<sup>6</sup>, andererseits für Fälle der Nichtigkeit allein wegen unangemessener Laufzeit auf die Möglichkeit der „geltungserhaltenden Reduktion auf ein vertretbares Maß“ hingewiesen<sup>7</sup>. Allerdings besteht beim Unternehmenskauf nach wie vor der Vorteil, dass die gesetzliche Nebenverpflichtung des Verkäufers gemäß § 433 Abs. 1 BGB i. V. mit § 242 BGB zur Unterlassung von Wettbewerb von der Unwirksamkeit eines vertraglichen Wettbewerbsverbots unberührt bleibt<sup>8</sup>.

Ein kartellrechtlicher Verstoß (§ 1 GWB) liegt vor, wenn das Wettbewerbsverbot eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Eine Verpflichtung des Verkäufers, den Wettbewerb zu unterlassen, ist daher lediglich im Rahmen der Neben- und Treuepflichten des Verkäufers zulässig, damit der Käufer das Unternehmen und den Kundenstamm wirklich übertragen erhält<sup>9</sup>. Soweit das Wettbewerbsverbot erforderlich ist, um die Unternehmensübertragung sicherzustellen, und den Verkäufer in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht mehr beschränkt, als zu diesem Zweck erforderlich ist, ist es der Anwendung des § 1 GWB grundsätzlich entzogen<sup>10</sup>. Geht es darüber hinaus, ist es kartellrechtlich unzulässig, es sei denn die Beschränkung des Wettbewerbs wird durch die Interessen der Allgemeinheit an einer derartigen Beschränkung aufgewogen. Kartellrechtswidrige Wettbewerbsverbote sind nicht unwirksam, sondern werden auf den rechtmäßigen Umfang beschränkt<sup>11</sup>. Zu beachten ist aber das zusätzliche Risiko kartellrechtlicher Sanktionen, wie z. B. die Auferlegung von Bußgeldern.

*Dr. Wolfgang Renner LL.M., Rechtsanwalt (Österreich), Attonay-at-Law (New York), ist Partner der Sozietät Haarmann, Hemmelrath & Partner in München.*

- 1... *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl. 2000, Einl. vor § 1 Rdn. 45; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 242 Rdn. 29; *Picot*, Kauf und Restrukturierung, 1995, Rdn. 145, S. 54; BGHZ 16 S. 71 (75).
- 2... BGH NJW 1979 S. 1605; BGH DB 1989 S. 1620; OLG Hamm MDR 1987 S. 320.
- 3... Z. B. BGH DB 1986 S. 1915 = ZIP 1986 S. 1056 = WM 1986 S. 1251.
- 4... Z. B. OLG Düsseldorf WuW/E OLG 3326; OLG Stuttgart WuW/E OLG 3492; OLG Hamburg WuW/E OLG 3320.
- 5... Z. B. von *Ulmer*, in: NJW 1979 S. 1585 ff. und NJW 1982 S. 1975 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 150 (1986) S. 262 Rdn. 35; *Leupold*, Wettbewerbsverbot bei der Unternehmensübertragung, 1995, S. 24; *Mellulis*, WRP 1994 S. 686 (692). Im Wesentlichen sind die Autoren der Ansicht, dass der BGH die Vertragsfreiheit der Parteien einschneidend beschränke, und dass es nicht Ansicht der Gerichte sein kann, die innere Gerechtigkeit eines Vertrages nachzuprüfen; die Anwendbarkeit des § 138 BGB sollte auf Knebelungsfälle beschränkt werden.
- 6... BGHZ 107 S. 136 = DB 1989 S. 1621 = ZIP 1989 S. 877.
- 7... Vgl. BGH NJW 1979 S. 1605 (1606) (unter Hinweis auf eine frühere Entscheidung BGH NJW 1974 S. 2089 = WM 1974 S. 1042). Vgl. weiter BGH GmbHR 1991 S. 15 (17) (im gegenständlichen Fall wurde das Wettbewerbsverbot nicht allein wegen der überlangen Dauer, sondern auch wegen seiner inhaltlich zu weiten Fassung aufgehoben).
- 8... BGH NJW 1982 S. 2000 (2001); OLG Hamm GRUR 1973 S. 421 (424).
- 9... RGZ 117 S. 176; RGZ 163 S. 311; BGH WM 1974 S. 74.
- 10... WUW/E BGH 153; BGH NJW 1979 S. 1605.
- 11... BGH BB 1984 S. 1826 (1827); GmbHR 1991 S. 15 (17); OLG Hamm GmbHR 1993 S. 655.

Das europäische Kartellrecht ist gemäß Art. 81 Abs. 1 des EG-Vertrages dann anwendbar, wenn durch ein Wettbewerbsverbot der Handel zwischen den Mitgliedstaaten betroffen ist und damit eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts bezweckt oder bewirkt werden soll. Auch im europäischen Recht werden überschießende Wettbewerbsverbote auf das zulässige Maß reduziert; zu beachten ist die Möglichkeit, ein Negativattest der EG-Kommission einzuholen<sup>12</sup>.

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen sollten daher sorgfältig formuliert werden. Im Folgenden werden die Grenzen eines Wettbewerbsverbots in gegenständlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht im Einzelnen erörtert. Auch der „Gesamteindruck“ des Wettbewerbsverbots sollte aber nicht vergessen werden; selbst wenn die von Rechtsprechung und Literatur geschaffenen gegenständlichen, zeitlichen und örtlichen Grenzen eingehalten werden, kann ein Wettbewerbsverbot im konkreten Einzelfall zu einer Knebelungslage des Verkäufers führen oder seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit in unerträglichem Maß einschränken und daher nichtig sein<sup>13</sup>.

## 1. Gegenständlicher Umfang

### a) Aus zivilrechtlicher Sicht

Um nicht als sittenwidrig qualifiziert zu werden, darf das Wettbewerbsverbot einerseits den Verkäufer in seiner Berufsausübung nicht übermäßig beschränken und andererseits die schützenswerten Interessen des Käufers nicht überschreiten<sup>14</sup>. Ob dies der Fall ist, muss jeweils anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilt werden. In jedem Fall kommt dem bisherigen sachlichen Tätigkeitsbereich des Unternehmens maßgebliche Bedeutung zu: Über diesen darf das Wettbewerbsverbot nicht hinausgehen, insbesondere dürfen dem Verkäufer bisher unternehmensfremde Märkte nicht versperrt werden, auf denen das verkaufte Unternehmen oder der Käufer tätig sind oder tätig werden möchten. Nicht zulässig ist auch, dem Verkäufer eine rein kapitalistische Beteiligung an Konkurrenzunternehmen (z. B. Erwerb börsennotierter Wertpapiere) zu verbieten; diese darf dem Verkäufer nur für Fälle untersagt werden, in denen Art und Umfang einer solchen Beteiligung dem Verkäufer unternehmerischen Einfluss eröffnen<sup>15</sup>.

In Fällen, in denen der Verkäufer Alleininhaber und Leiter des verkauften Unternehmens war, wird ein umfassenderes Wettbewerbsverbot zulässig sein. War der Verkäufer am veräußerten Unternehmen rein kapitalistisch beteiligt, ist ein inhaltlich zu weit gehendes Wettbewerbsverbot regelmäßig unzulässig, da der Verkäufer nicht im Besitz von unternehmensspezifischem Know-how ist, welches für konkurrierende Zwecke verwendet werden kann. Es empfiehlt sich die Vereinbarung eines sog. punktuellen Wettbewerbsverbots mit speziellen inhaltlichen Sicherungsmechanismen<sup>16</sup>. Ist der Verkäufer Minderheitsgesellschafter und gleichzeitig Arbeitnehmer des verkauften Unternehmens (gewesen), sind neben den zivil- und kartellrechtlichen Schranken auch arbeitsrechtliche Aspekte zu beachten<sup>17</sup>. Eine weit reichendere Beschränkung des Verkäufers durch das Wettbewerbsverbot wird jedoch dann zulässig sein, wenn dieser kraft seiner Gesellschafterstellung (z. B. Mehrheit der Stimmen einer Kapitalgesellschaft) einen beherrschenden Einfluss auf die Tätigkeit des verkauften Unternehmens ausüben konnte<sup>18</sup>.

### b) Aus kartellrechtlicher Sicht (§ 1 GWB)

Voraussetzung für die Bejahung eines Kartellverstößes nach § 1 GWB ist stets, dass das Wettbewerbsverbot zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen vereinbart wird; diese Voraussetzung wird bei einem Wettbewerbsverbot im Rahmen eines Unternehmenskaufs regelmäßig vorliegen, da die Beteiligten zumindest potentielle Wettbewerber sind<sup>19</sup>.

Nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 1 GWB muss das Wettbewerbsverbot im Rahmen der Unternehmensübertragung funktional erforderlich sein, d. h. die gegenständliche Grenze ist dort zu ziehen, wo dem Käufer der Wettbewerb durch den Verkäufer nicht mehr gefährlicher wäre als der Wettbewerb durch einen beliebigen Dritten<sup>20</sup>. Auch aus kartellrechtlicher Sicht heißt das somit, dass die Bindung des Verkäufers umso stärker sein darf, je größer die Bedeutung des Verkäufers für den Betrieb des Unternehmens war<sup>21</sup>, bzw. je stärker Kundenstamm, Beschäftigte, Geschäftspartner usw. an die Person des Verkäufers gebunden sind<sup>22</sup>. Werden hingegen nur Anlagegüter und weder Goodwill, noch Know-how oder Betriebsgeheimnisse übertragen, könnte ein Wettbewerbsverbot kartellrechtlich gänzlich unzulässig sein<sup>23</sup>.

Bis zur 6. GWB-Novelle war die Verfolgung eines „gemeinsamen Zwecks“ Tatbestandsmerkmal des § 1 GWB. Ein vereinbartes Wettbewerbsverbot wurde von der Rechtsprechung dann als unzulässig erachtet, wenn die Parteien damit ein gemeinsames – über die reine Abwicklung des Kaufvertrages hinausgehendes – Interesse verfolgen; in diesem Fall soll nicht mehr die Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand, sondern ein „gemeinsam angestrebter Zweck“ im Mittelpunkt stehen<sup>24</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob die BGH-Rechtsprechung zum „gemeinsamen Zweck“ nach Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle und der damit verbundenen Streichung des Tatbestandsmerkmals des „gemeinsamen Zwecks“ weitergilt.

### c) Aus europarechtlicher Sicht (Art. 81 EG-Vertrag)

Hat das Wettbewerbsverbot grenzüberschreitende Auswirkungen, ist auch Art. 81 EG-Vertrag zu beachten. Die EG-Kommission vertritt die Auffassung, dass Wettbewerbsverbote trotz ihrer grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Natur nicht unter das in Art. 81 EG-Vertrag ausgesprochene Verbot fallen, wenn neben materiellen Vermögenswerten auch der mit dem Unternehmen verbundene Goodwill, der Kundenstamm und sonstige immaterielle Werte – etwa das Know-how – mitverkauft werden<sup>25</sup>. In gegenständlicher Hinsicht ist das Wettbewerbsverbot dabei auf den bisherigen Geschäftsgegenstand des erworbenen Unternehmens zu beschränken<sup>26</sup>. Solange das Wettbewerbsver-

12... Vgl. *Picot*, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 159, S. 58. Ein Negativattest der EG-Kommission bewahrt zwar nicht vor anschließender gerichtlicher Überprüfung, bewirkt aber, dass ein unzulässiges Wettbewerbsverbot nicht mit einem Bußgeld geahndet werden kann.

13... *Leupold*, a.a.O., S. 44 (Fn. 5). Der Autor betont – zu Recht – auch, dass Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die für eine exogene Sittenwidrigkeit sprechen können, insbesondere die Art und Weise und die Umstände des Zustandekommens des Wettbewerbsverbots.

14... BGH NJW 1979 S. 1605 (1606) = BB 1979 S. 1163.

15... OLG Hamm GmbHR 1993 S. 655; OLG Hamm GRUR 1973 S. 421; *Günther*, a.a.O. (Fn. 15), S. 265; *Weimar*, DB 2001 S. 1477.

16... Vgl. hierzu *Günther*, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 2, 4. Aufl. 1997, S. 266.

17... *Bauer/Diller*, EWIR 1998 S. 131. Im dort besprochenen Fall war der Verkäufer mit 0,83% an der verkauften GmbH beteiligt und gleichzeitig Arbeitnehmer der GmbH; der Anteilskaufvertrag enthielt ein Wettbewerbsverbot, welches nach BGH zusätzlich an arbeitsrechtlichen Maßstäben zu messen war; konkret wurde das Fehlen einer Entschädigung für das Wettbewerbsverbot bemängelt.

18... *Mohr*, GmbH-StB 6/2000 S. 163 (165).

19... *Bechtold*, GWB, 1999, § 1 Rdn. 21.

20... *Leupold*, a.a.O. (Fn. 5), S. 30; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 9. Aufl. 2000, Rdn. 753; vgl. auch *Weimar*, DB 2001 S. 1477.

21... OLG Frankfurt WuW/E OLG 1976 (1977) = WuW 1978 S. 526 (527).

22... *Holzapfel/Pöllath*, a.a.O. (Fn. 20), Rdn. 847.

23... *Holzapfel/Pöllath*, a.a.O. (Fn. 20), Rdn. 848.

24... WuW/E BGH 1458 = WuW 1977 S. 338 = DB 1977 S. 622; BGHZ 68 S. 6 = DB 1977 S. 622. Hierzu *Günther*, a.a.O. (Fn. 15), S. 263.

25... Bekanntmachung der EG-Kommission über Nebenabreden bei Zusammenschlüssen nach der Verordnung 4064/89, ABIEG 1990 Nr. C 203 S. 5.

26... Vgl. *Unilever/Diversey* vom 20. 3. 1996, Tz. 31.

bot ausschließlich dazu dient, den Übergang des vollen Geschäftswerts des Unternehmens auf den Erwerber zu ermöglichen, und über diesen Vertragszweck nicht hinausgeht, liegt kein Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag vor.

## 2. Zeitlicher Umfang

### a) Aus zivilrechtlicher Sicht

Die Dauer des Wettbewerbsverbots soll grundsätzlich dem schutzwürdigen Interesse des Begünstigten entsprechen; dieses besteht nur für einen Zeitraum, in dem die in der Vertragszeit geschaffenen geschäftlichen Beziehungen fortwirken<sup>27</sup>. Unbefristete Wettbewerbsverbote sind grundsätzlich unzulässig<sup>28</sup>. Die Schutzwürdigkeit des Käuferinteresses endet, sobald die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots zur Konsolidierung des Unternehmens und seiner Marktverbundenheit in der Hand des Käufers nicht mehr erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn der Wiedereintritt des Verkäufers in den Wettbewerb keine wesentlich größere Gefahr mehr darstellt als die Konkurrenz eines neu auf den Markt kommenden Unternehmens<sup>29</sup>.

Entscheidend für die zulässige Bindungsdauer sind neben den branchenspezifischen Besonderheiten stets die Umstände des Einzelfalls. Wettbewerbsverbote mit einer Laufzeit von zwei Jahren gelten in der Regel als unbedenklich<sup>30</sup>. Bindungen von drei bis fünf Jahren können im Einzelfall ebenfalls wirksam sein, wenn die Länge der Bindung gerechtfertigt und erforderlich ist<sup>31</sup>. So wurde z. B. die fünfjährige Bindungszeit vom OLG Düsseldorf für zulässig erachtet, weil es sich bei dem streitgegenständlichen Marktsegment um einen Markt für hochspezialisierte Erzeugnisse handelte, die Käuferin auf diesem Gebiet ein Marktneuling war und sich erst das Vertrauen der Kunden erobern musste, was kurzfristig nicht möglich sein konnte; der Verkäufer hingegen war schon lange Zeit auf diesem Markt tätig und hätte un schwer auf frühere Kundenbeziehungen zurückgreifen können. Das OLG berücksichtigte auch, dass sich die Käuferin nicht ungestört auf dem Markt entwickeln konnte, sondern dem un berechtigten Wettbewerb des Verkäufers ausgesetzt war, was zu einer nicht nur unerheblichen Marktverwirrung führte<sup>32</sup>.

Bindungen von sieben<sup>33</sup> bzw. zehn<sup>34</sup> Jahren wurden hingegen von der Rechtsprechung als zu lang erachtet. Andererseits kann bei sachlich und räumlich enger Begrenzung u. U. auch ausnahmsweise ein zeitlich langfristiges Wettbewerbsverbot zulässig sein<sup>35</sup>. So wurde in einem BGH-Urteil ein zehnjähriges Wettbewerbsverbot (zivilrechtlich) als zulässig erachtet, da der Verpflichtete mit 64 Jahren bereits im Ruhestandsalter war und „bei normalem Ablauf der Dinge ohnehin nicht mehr erwerbstätig gewesen wäre“<sup>36</sup>.

Allgemein gilt: Je länger die Bindung, desto höher die Anforderung an ihre Rechtfertigung. Bei Überschreitung des zeitlichen Umfangs lässt der BGH – im Gegensatz zu sonstigen Merkmalen – in Unternehmenskaufverträgen grundsätzlich eine geltungserhaltende Rückführung auf das gerade noch akzeptable Maß zu<sup>37</sup>. Trotzdem ist Vorsicht geboten: Bei überlanger Dauer ist die geltungserhaltende Reduktion keineswegs für alle Fälle gesichert, insbesondere wenn auch der gegenständliche bzw. örtliche Umfang des Wettbewerbsverbots fragwürdig ist<sup>38</sup>.

### b) Aus kartellrechtlicher Sicht

Auch die kartellrechtlich zulässige Dauer eines Wettbewerbsverbots bemisst sich grundsätzlich nach dem Zeitraum, den der Käufer voraussichtlich benötigt, um die Marktposition des erworbenen Unternehmens in seiner Hand zu konsolidieren, so dass ein etwaiges Wiederauftreten des Verkäufers am Markt keine größere Gefahr mehr darstellt als die Konkurrenz eines beliebigen neu auftretenden Marktteilnehmers<sup>39</sup>. Dies ist der Fall, sobald der Käufer den übernommenen Kundenkreis gefestigt hat,

übertragenes Know-how beherrscht und den mit dem Unternehmen verbundenen Goodwill auf sich verlagert hat<sup>40</sup>. Eine allgemeine Aussage über die höchstzulässige Dauer lässt sich nur begrenzt machen. Im Regelfall geht die Rechtsprechung von einer zulässigen Bindungsdauer von etwa zwei Jahren aus<sup>41</sup>. Nach Ansicht des Schrifttums kann beim Unternehmenskauf auch ein dreijähriges bzw. im Einzelfall bis zu fünfjähriges Wettbewerbsverbot erforderlich sein<sup>42</sup>. Das Bundeskartellamt sieht die äußerste Grenze zulässiger Bindungsfristen im Hinblick auf § 1 GWB bei fünf Jahren<sup>43</sup>. Wettbewerbsverbote für Zeiträume von sieben Jahren<sup>44</sup> bzw. zehn Jahren<sup>45</sup> wurden hingegen für ungültig erklärt.

Ein in seinem zeitlichen Umfang kartellrechtlich nicht erforderliches Wettbewerbsverbot wird gerichtlich auf das zeitlich erforderliche Maß reduziert. Zeitlich unbefristete Wettbewerbsverbote werden in befristete Wettbewerbsverbote umgedeutet<sup>46</sup>.

### c) Aus europarechtlicher Sicht

Im Anwendungsbereich des Art. 81 EG-Vertrag hält die europäische Kommission einen Zeitraum von fünf Jahren für zulässig, wenn die Übertragung des Unternehmens den Kundenstamm und das Know-how erfasst; ein Zeitraum von zwei Jahren wird für ausreichend gehalten, wenn nur der Kundenstamm übertragen wird<sup>47</sup>. Die Kommission meint, dass bei Vorliegen besonde-

27... BGH NJW 1979 S. 1605 (1606); BGH GmbHR 1991 S. 15 (16).

28... Günther, a.a.O. (Fn 15), S. 265.

29... BGH DB 1994 S. 34 = ZIP 1994 S. 61 (64).

30... BGH DB 1994 S. 34 = ZIP 1994 S. 61 (64); BGH NJW 1982 S. 2000 (2001); WPM 1990 S. 13 (16); BGHZ 91 S. 1 f.; BGH WPM 1974 S. 74; OLG Hamburg WRP 1987 S. 258; OLG Hamburg WuW/E OLG 3320 S. 3324 = WuW 1985 S. 332.

31... BGH NJW 1964 S. 2203 (drei Jahre); OLG Düsseldorf WuW/E 3326 S. 3328 = WuW 1985 S. 338 (fünf Jahre); enger Weimar, DB 2001 S. 1477, wonach Wettbewerbsverbote über einen längeren Zeitraum als zwei Jahre regelmäßig unzulässig sind.

32... OLG Düsseldorf WuW/E 3326 S. 3328 = WuW 1985 S. 338. Hier wurde ein unbefristetes Wettbewerbsverbot in ein fünfjähriges Wettbewerbsverbot umgedeutet; die geltungserhaltende Reduktion – vgl. auch unten – wurde vom OLG Düsseldorf als „dringendes praktisches Bedürfnis“ erachtet.

33... OLG Hamm GRUR 1973 S. 421 (Nichtigkeit eines siebenjährigen Wettbewerbsverbots für Herstellung und Vertrieb von Textilspitzen).

34... BGH NJW 1979 S. 1605 (vgl. oben); OLG Hamm MDR 1987 S. 320 (Nichtigkeit eines Wettbewerbsverbots für den Betrieb von Imbisslokalen während eines Zeitraums von zehn Jahren).

35... BGH NJW 1982 S. 2000; dazu Ulmer, NJW 1982 S. 1975. In diesem Fall wurde die Dauer des Wettbewerbsverbots an die Kaufpreiszahlung gekoppelt.

36... BGH NJW 1982 S. 2000 (2001) (im vorliegenden Fall war die Frist von zehn Jahren jedoch gemäß § 1 GWB kartellrechtlich unzulässig).

37... Z. B. BGH GmbHR 1991 S. 15 (17); von den Oberlandesgerichten ist dies praktisch einhellig anerkannt; vgl. z. B. OLG Zweibrücken NJW-RR 1990 S. 482; OLG Hamm GmbHR 1993 S. 656.

38... Günther, a.a.O. (Fn. 15), S. 266.

39... Leupold, a.a.O. (Fn. 5), S. 30.

40... BGH NJW 1982 S. 2000 (2001). Vgl. auch Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf, 3. Aufl. 1996, Rdn. 688.

41... BGH ZIP 1990 S. 586 (588) = GmbHR 1990 S. 77; BGH DB 1994 S. 34 ff.; BGH DB 1994 S. 34 = ZIP 1994 S. 61 (64) (hier wurde ein fünfjähriges Wettbewerbsverbot vom BGH auf zwei Jahre reduziert); BGH WM 1997 S. 86-90 = LM UWG § 1 Nr. 722.

42... Holzapfel/Pöllath, a.a.O. (Fn. 30), Rdn. 850 a.

43... WuW/E BKartA 1835 S. 1836 = WuW 1980 S. 755.

44... OLG Hamm, GRUR 1973 S. 421 (423).

45... BGH NJW 1982 S. 2000 (2001).

46... BGH NJW 1982 S. 2000 (ohne Entscheidung über das Ausmaß der Reduzierung eines zehnjährigen Wettbewerbsverbots); OLG Stuttgart WuW/E OLG 3492 = WuW 1985 S. 888 (Reduzierung auf einen Zeitraum von zwei Jahren).

47... Sedemund, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 4. Aufl. 1996, Abschn. VII Rdn. 245; Mohr, in: GmbH-StB 6/2000 S. 165. Vgl. weitere Entscheidungen der EG-Kommission WuW/E EV 1020 (102); WuW/E EV 678 S. 679 = WuW 1977 S. 206 (Reuter/BASF) und des EuGH WuW/E EWG-MUV 690 (691) = WuW 1966 S. 236 (Nutrika).

rer Umstände im Einzelfall ein längerfristiges Verbot anzuerkennen ist; praktisch ist dieser Fall aber noch nicht geworden<sup>48</sup>.

In allerjüngster Zeit wurde dem Problemkreis durch den Entwurf der Bekanntmachung über Nebenabreden zu Unternehmenszusammenschlüssen nach der EG-Verordnung Nr. 4064/89 durch die Europäische Kommission neue Aktualität verliehen. In dem Entwurf ist eine Verkürzung der zulässigen Laufzeit von Wettbewerbsklauseln auf drei Jahre bei Übertragung von Kundenstamm und Know-how vorgesehen (die zulässige Höchstdauer von zwei Jahren bei Übertragung des Kundenstammes soll unverändert bleiben<sup>49</sup>).

#### d) Zusammenfassende Bemerkung

Zusammenfassend ist anzumerken, dass ein Wettbewerbsverbot mit einer Laufzeit von zwei Jahren in der Regel zivil- und kartellrechtlich zulässig sein wird; eine darüber hinausgehende Laufzeit muss im Einzelfall gerechtfertigt sein. Auch die zwei Jahre stellen jedoch nur eine Höchstgrenze dar: Hat sich der Kundenstamm einmal verflüchtigt und ist der Konsolidierungszweck somit unmöglich geworden, ist nicht einmal diese Frist erforderlich und angemessen<sup>50</sup>.

### 3. Örtlicher Umfang

Der räumliche Geltungsbereich des Wettbewerbsverbots muss sich sowohl aus zivilrechtlicher als auch aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich auf den bisherigen räumlichen Tätigkeitsbereich des übertragenen Unternehmens beschränken. Die häufige Praxis, dass sich Verkäufer bisher nur lokal oder regional tätiger Unternehmen überregional oder gar international zur Unterlassung von Wettbewerb verpflichten, ist unzulässig<sup>51</sup>. Auch die Erstreckung des Wettbewerbsverbotes auf erst geplante aber noch nicht durchgeführte räumliche Erweiterungen ist insbesondere kartellrechtlich bedenklich<sup>52</sup>.

Nach einer Entscheidung des OLG Hamburg soll es möglich sein, über das zulässige Maß hinausgehende räumliche Beschränkungen ebenfalls im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf das noch zulässige Maß zurückzuführen; vom BGH wurde diese Frage – soweit ersichtlich – bisher noch nicht entschieden<sup>53</sup>.

### III. Vertragsstraferegulation und deren Grenzen

Vertragsstraferegulationen für den Fall der Verletzung des vereinbarten Wettbewerbsverbots sind zur Vermeidung des im Einzelfall schwierigen Schadensnachweises zu empfehlen. Da etwaige Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot schwerwiegend sein können, sind in der Regel hohe Beträge angebracht<sup>54</sup>. Gegen Überhöhungen ist der Verkäufer durch die Möglichkeit gerichtlicher Herabsetzung gemäß § 343 BGB geschützt<sup>55</sup>. Ansprüche des Käufers auf weiter gehenden Schaden sollten ausdrücklich vorbehalten werden.

Soweit ein Wettbewerbsverbot vertragsstrafebewehrt ist, sollte eine eventuelle Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB n.F. (bisher AGB-Gesetz) beachtet werden<sup>56</sup>. Gemäß § 307 BGB n.F. (bisher § 9 AGBG) sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist. Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt ein formulärmäßiges Vertragsstrafversprechen in einem Unternehmenskaufvertrag nicht gegen § 307 Abs. 1 BGB n.F. = § 9 Abs. 1 AGBG, wenn die Strafe ihrer Höhe nach in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht des Verstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht<sup>57</sup>.

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe ist nach dem gesetzlichen Leitbild des § 339 BGB von einem Verschulden des Verpflichteten abhängig. Kann der Verkäufer beweisen, dass er die Zuwi-

derhandlung nicht zu vertreten hat, entfällt die Vertragsstrafe. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die Vertragsstrafe garantiefähig ausgestaltet ist, d. h. auch dann fällig wird, wenn der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vom Verkäufer nicht zu vertreten ist<sup>58</sup>. Auch hierfür ist aber jedenfalls eine Individualvereinbarung erforderlich<sup>59</sup>.

Eine weitere Frage ist, ob die Vertragsstrafe bei mehreren Verstößen einmal oder mehrmals anfällt. Dies ist im Wege der Auslegung der getroffenen Vereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln<sup>60</sup>. Für einen mehrmaligen Anfall der Vertragsstrafe sprechen Formulierungen wie „für jeden Fall der Zuwiderhandlung“ oder „unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs“. Auch die Aufnahme einer Regelung für Dauerverstöße (z. B. „für jeden angefangenen Monat der Zuwiderhandlung“) ist zur Klarstellung empfehlenswert.

## IV. Nichtigkeitsfragen

### 1. Teil- und Gesamtnichtigkeit des Gesamtvertrages

Eine gegen § 138 BGB verstößende Wettbewerbsklausel ist grundsätzlich – d. h. vorbehaltlich einer geltungserhaltenden Reduktion<sup>61</sup> – nichtig. Gemäß § 139 BGB hat die Nichtigkeit eines Vertragsteils im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge. Dadurch soll vermieden werden, dass den Vertragsparteien ein anderer als der gewollte Vertragsinhalt aufgedrängt wird. Ob die Nichtigkeit eines Wettbewerbsverbots zur Nichtigkeit des gesamten Unternehmenskaufvertrages führt, beurteilt sich daher mangels einer salvatorischen Klausel danach, welche Auswirkungen die Teilnichtigkeit nach dem hypothetischen Parteiwillen zur Zeit des Vertragsschlusses gehabt hätte<sup>62</sup>. Führt eine Auslegung zu dem Ergebnis, dass der Gesamtvertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, so ist der Vertrag zur Gänze nichtig. Um Gesamtnichtig-

*Vertragsstraferegulationen*

48... Vgl. z. B. Kommission, American Cynamide/Shell vom 1. 10. 1993, Tz. 38, 41; Kommission, Tomkins/Gates vom 4. 3. 1996, Tz. 8.

49... Vgl. dazu im Detail *Wagener/Schultze*, NZG 2001 S. 157-161. Zum Text des Bekanntmachungsentwurfs vgl. <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation>

50... *Wagener/Schultze*, NZG 157 S. 159.

51... *Günther*, a.a.O. (Fn. 15), S. 265; *Weimar*, DB 2001 S. 1477.

52... *Günther*, a.a.O. (Fn. 15), S. 265.

53... OLG Hamburg WRP 1987, 258 f.; vgl. *Günther*, a.a.O., S. 264; gegen eine geltungserhaltende Reduktion *Weimar*, DB 2001 S. 1477.

54... *Günther*, a.a.O. (Fn. 15), S. 266.

55... Das gilt allerdings nicht, wenn die Vertragsstrafe von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen wird (§ 348 HGB).

56... Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen zur Anwendung kommen, die von einer Vertragspartei gestellt worden sind (§ 305 Abs. 1 BGB n.F., bisher § 1 Abs. 1 AGBG). Vorformuliert sind die Bedingungen schon dann, wenn sie für eine mehrfache Verwendung aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Sie sind für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt, wenn sie entweder für eine unbestimmte Zahl künftiger Verwendungen oder für eine nicht ganz unbedeutende Zahl bestimmter Fälle bestimmt sind. Vgl. z. B. BGH DB 1988 S. 439 = NJW 1988 S. 410; BGH DB 1998 S. 1507 = NJW 1998 S. 2286 sieht die untere Grenze bei 3 - 5 Verwendungen. Zu beachten ist allerdings, dass das AGB-Gesetz aber bereits im ersten Verwendungsfall greift.

57... BGH DB 1998 S. 1508 = NJW 1998 S. 2600; BGH DB 1999 S. 1899 = NJW 1999 S. 2662 (2663).

58... *Lutje/Dünnebier*, Kauf und Verkauf eines Gewerbebetriebs, 1996, S. 94; OLG Köln, WM 1995 S. 1593 (1595); BGH NJW 1972 S. 883.

59... BGH NJW 1995 S. 56 (57); DB 1999 S. 1899 = NJW 1999 S. 2662 (2664). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe in der Regel nicht vereinbart werden; vgl. z. B. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 1), § 339 BGB Rdn. 3. Formulärmäßige Klauseln sind nur wirksam, wenn gewichtige Gründe vorliegen.

60... *Lutje/Dünnebier*, a.a.O. (Fn. 56), S. 94.

61... Dazu näher unter nachstehend 3.2.

62... BGH DB 1989, 1621; NJW 1986 S. 2575 f.

keit zu vermeiden, empfiehlt sich daher die Aufnahme einer salvatorischen Klausel dahingehend, dass im Fall der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Kaufvertrages dieser gültig bleibt bzw. an Stelle einer unwirksamen Bestimmung eine angemessene (und zulässige) anderweitige Bestimmung gelten soll<sup>63</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass sich trotz der salvatorischen Klausel die Teilnichtigkeit ausnahmsweise auf das gesamte Rechtsgeschäft auswirken kann, wenn der unwirksame Teil von schwerwiegender, grundlegender Bedeutung ist<sup>64</sup>.

## 2. Teil- und Gesamtnichtigkeit der Wettbewerbsklausel

Von der Frage der Teil- bzw. Gesamtnichtigkeit des Vertrags ist die Frage zu unterscheiden, ob ein aufgrund eines Verstoßes gegen § 138 BGB an sich nichtiges Verbot auf das zulässige Maß beschränkt aufrecht erhalten werden kann (sog. „geltungserhaltende Reduktion“). Die geltungserhaltende Reduktion bei Überschreitung der gegenständlichen Grenzen des Wettbewerbsverbots kommt nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Betracht. Der Käufer soll insofern das Risiko der Unwirksamkeit des gesamten Wettbewerbsverbots tragen, da der sittenwidrig Handelnde nicht damit rechnen können soll, durch gerichtliche Festlegung das zu bekommen, was gerade noch vertretbar bzw. sittengemäß ist<sup>65</sup>. Wie bereits erwähnt, hält der BGH hingegen eine geltungserhaltende Reduktion bei alleiniger Überschreitung des zeitlichen Umfangs für zulässig. Auch hier sind aber auf die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen; wurde die überlange Dauer z. B. unter Ausnutzung einer finanziellen Notlage des Verkäufers vereinbart, besteht die Gefahr der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots<sup>66</sup>. Im Übrigen scheidet eine geltungserhaltende Reduktion aus, was zur Nichtigkeit des gesamten Wettbewerbsverbots führt. Das OLG Hamburg bejaht auch im Fall der räumlichen Überdehnung die geltungserhaltende Reduktion<sup>67</sup>; im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung sollte das Wettbewerbsverbot aber in räumlicher Hinsicht vorsichtshalber nicht überdehnt werden. Schließlich ist noch zu erwähnen, dass eine geltungserhaltende Reduktion nur im Fall rein inhaltlicher („endogener“) Sittenwidrigkeit für zulässig erachtet wird<sup>68</sup>.

Im Hinblick auf einen Verstoß gegen § 1 GWB wird eine geltungserhaltende Reduktion von der Rechtsprechung regelmäßig zugelassen<sup>69</sup>. Voraussetzung für eine geltungserhaltende Reduktion ist aber auch hier, dass die Aufrechterhaltung des reduzierten Wettbewerbsverbots dem Parteiwillen entspricht; das ist anzunehmen, wenn der Unternehmenskaufvertrag eine salvatorische Klausel enthält<sup>70</sup>.

## V. Zusammenfassung

Herrschende Lehre und Rechtsprechung beschränken sowohl die zivilrechtliche als auch die kartellrechtliche Zulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsverbote im Rahmen von Unternehmensübertragungen im Wesentlichen auf den für die Konsolidierung des übertragenen Unternehmens notwendigen (voraussichtlichen) minimalen Umfang. In zivilrechtlicher Hinsicht ist bei der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zu beachten, dass eine Überschreitung des zulässigen Umfangs in vielen Fällen zu einer Nichtigkeit des gesamten Wettbewerbsverbots führen kann; der Käufer ist in diesem Fall aber trotzdem durch die vertraglichen Neben- und Treuepflichten des Verkäufers gemäß § 242 BGB geschützt. In kartellrechtlicher Hinsicht wird ein überschießendes Wettbewerbsverbot auf den rechtmäßigen Umfang beschränkt; Verkäufer und Käufer haben aber unter Umständen mit kartellrechtlichen Sanktionen zu rechnen.

- 63... Ausführlich hierzu *Weimar*, DB 2001 S. 1477.  
 64... BGH DB 1976 S. 2106 (2107); OLG Stuttgart, ZIP 1989 S. 60 (63); *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 1), § 139 Rdn. 17.  
 65... BGH NJW 1979 S. 1605 (1606) (unter Hinweis auf BGHZ 68 S. 204 = DB 1977 S. 995 = NJW 1977 S. 1233); BGH DB 1989 S. 1620 = NJW-RR 1989 S. 800 ff.  
 66... Dies trifft zumindest bei konsequenter Anwendung der Entscheidungsgründe des BGH NJW 1979 S. 1605 (1606) zu.  
 67... OLG Hamburg WRP 1987 S. 258; a. A. *Weimar*, DB 2001 S. 1477.  
 68... *Hirte*, ZHR 154 (1990) S. 459; BGH NJW 1979 S. 1605 (1606).  
 69... Vgl. z. B. BGH BB 1984 S. 1826 (1827); BGH GmbHR 1991 S. 17; OLG Hamm GmbHR 1993 S. 655.  
 70... OLG Zweibrücken, NJW-RR 1990 S. 482 (483).

## Entscheidungen

### Aktienrecht/Mitbestimmungsgesetz

#### Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats in einer vermögensverwaltenden Holding, die keine Arbeitnehmer beschäftigt?

#### Anforderungen an die Widerlegung der Konzernvermutung – Zusammenfassung der betroffenen Unternehmen unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens bei bestehender Abhängigkeit – Wegfall nach Entfallen der personellen Verflechtungen in den Leitungsgremien der Holding und der Untergesellschaften

AktG § 18 Abs. 1; MitbestG § 5 Abs. 3

1. Die Konzernvermutung im Mitbestimmungsrecht kann widerlegt sein, wenn keine leitende Tätigkeit der Holding feststellbar ist, die Vorstandsmitglieder der Holding nicht in Vorstand oder Aufsichtsrat der beherrschten Unternehmen vertreten sind und wenn Gegenstand des Unternehmens des herrschenden Unternehmens lediglich die Funktion einer vermögensverwaltenden Holding ist.
2. § 5 Abs. 3 MitbestG setzt voraus, dass an der Spitze des Konzerns ein Unternehmen steht. Dies kann auch eine na-

türliche Person sein, die nach den Umständen des Einzelfalls eine beherrschende Funktion ausübt.

(BayObLG, Beschluss vom 6. 3. 2002 – 3Z BR 343/00)

Die Antragstellerin, eine Gewerkschaft, beantragt festzustellen, dass bei der Antragsgegnerin, einer in der Form einer Aktiengesellschaft geführten Holding, ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 gebildet werden müsse. Die Antragsgegnerin beschäftigt keine Arbeitnehmer, hat aber Beteiligungen an Gesellschaften, die in der Regel mehr als 2 000 Arbeitnehmer beschäftigen. Diesen Antrag wies das LG München zurück. Diese Entscheidung hat der Senat mit Beschluss vom 24. 3. 1998<sup>1</sup> aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das LG zurückverwiesen. Nach der Durchführung weiterer Ermittlungen hat das LG<sup>2</sup> festgestellt, dass bei der Antragsgegnerin ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes 1976 zu bilden ist. Die sofortige Beschwerde des Vorstands der Antragsgegnerin führte zu Aufhebung des LG-Beschlusses und Ablehnung des Antrags.

#### AUS DEN GRÜNDEN

I. . . . III. 1. Das LG ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG nicht widerlegt ist.

- 1... BayObLGZ 1996 S. 85 ff. = DB 1998 S. 973 ff.  
 2... Bundesanzeiger vom 21. 10. 2000.