

## § 1 Einführung

### A. Problemaufriss

Der Arbeitnehmer ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich frei in seinem beruflichen Fortkommen und darf zu Konkurrenzunternehmen wechseln oder selbständig eine Konkurrenztaetigkeit ausueben. Das Wettbewerbsverbot gem. §§ 60, 61 HGB, welches – auch ohne ausdrueckliche Vereinbarung – in der Zeit des bestehenden Arbeitsverhaeltnisses gilt, ist auf den nachvertraglichen Zeitraum nicht per se uebertragbar, es muss den strengen Anforderungen der §§ 74 ff. HGB genuegen. Das individualvertraglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot setzt insbesondere die Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschaedigung fuer die Dauer des Wettbewerbsverbots, welches bis zu zwei Jahre betragen kann, voraus, § 74 Abs. 2 HGB i.V.m. § 110 GewO. Dadurch werden dem Arbeitgeber nicht unerhebliche finanzielle Lasten auferlegt.

Um sich dieser finanziellen Buerde zu entziehen, ohne sich der Arbeitnehmer zu verlustigen, haben Arbeitgeber sich durch den Abschluss horizontaler Abreden, in Form von Abwerbe- oder gar Einstellungsverboten, zu helfen gewusst. Damit sind Abreden gemeint, in denen sich Arbeitgeber gegenseitig dazu verpflichten, die Abwerbung oder Einstellung der Arbeitnehmer der Gegenseite zu unterlassen. Fuer den Fall der Zuwiderhandlung kann zusaetzlich die Zahlung einer Vertragsstrafe vereinbart werden.

In den Fokus der Oeffentlichkeit sind solche Abwerbeverbote durch das Verfahren des Department of Justice wegen sog. no poaching agreements gegen Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit und Pixar geraten, das im September 2015 durch Abschluss eines Vergleiches, in dem sich die beteiligten Unternehmen zur Zahlung einer EntschaeDIGungssumme in HoehE von 415 Mio. US-Dollar verpflichteten, endete. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde der E-Mail-Verkehr aus dem Jahr 2005 zwischen Apple-Gruender Steve Jobs und Google-Entwickler Sergey Brin oeffentlich, wonach Steve Jobs sein Team mit den Worten zu schuetzen bezweckte: „If you hire a single one of these people that means war.“<sup>1</sup> Die Unternehmen stellten sich gegenseitig Listen mit Arbeitnehmern aus, deren Abwerbung unterlassen werden sollte.

Der „Krieg um die besten Koepfe“ oder auch haeufig „War for Talents“ betitelt, findet genauso im innereuropaeischen Raum statt. Abwerbeverbote sind immer wieder Gegenstand behoerdtlicher sowie gerichtlicher Verfahren gewesen: In den Niederlanden wurden ein zwischen 15 Krankenhaeusern hinsichtlich ihrer Anaesthesisten vereinbartes Abwerbeverbot oder in der Tuerkei ein zwischen Privatschulen hinsichtlich ihrer Lehrkraefte getroffenes Abwerbeverbot aufgedeckt.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> <https://www.businessinsider.com/apple-google-recruitment-emails-lawsuit-2014-1?r=DE&IR=T> (zuletzt aufgerufen am 15.7.2022).

<sup>2</sup> Vgl. *Linsmeier/Maehtle*, NZKart 2015, 258, 260.

In Deutschland ist die Problematik um das Abwerbverbot höchstrichterlich vom BGH am 30.4.2014 entschieden worden.<sup>3</sup> Diese Entscheidung wird eine zentrale Rolle in dieser Arbeit einnehmen, wobei insbesondere die Schwächen der Entscheidung aufgezeigt werden.

In die mediale Aufmerksamkeit ist jüngst eine Vereinbarung zwischen den rheinischen Fußballvereinen des 1. FC Köln, Bayer 04 Leverkusen und Borussia Mönchengladbach gerückt, in der sie sich gegenseitig zur Unterlassung der Abwerbung der Nachwuchstalente verpflichteten. Mit dem Transfer des Kölner Nachwuchsspielers Florian Wirtz zu Bayer 04 Leverkusen erklärte Kölns Präsident Werner Wolf das Gentlemen's Agreement für offiziell beendet.<sup>4</sup>

Es wird deutlich, dass Abwerbverbote in unterschiedlichsten Bereichen getroffen werden und gerade dort Bedeutung erlangen, wo der „War for Talents“ wütet. Neben solchen „nackten Abwerbverboten“ (naked no poaching agreements) können Abwerbverbote in unterschiedlichen Konstellationen Bestandteile eines Gesamtwerkes bilden, beispielsweise im Kontext einer Unternehmensveräußerung oder der Gründung eines Joint Ventures.

Trotz zahlreicher Anwendungsfelder ist das gesetzlich kodifizierte Feld der Regulierung dürftig. Schwerpunktmäßig werden vertikale Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern reguliert (§§ 74 ff. HGB), horizontale Absprachen zwischen Arbeitgebern stellen im Verhältnis dazu lediglich ein Anhängsel dar, das in § 75f HGB Niederschlag findet. Die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, ob Abwerbverbote zwischen Arbeitgebern, mit denen sie sich gegenseitig zur Unterlassung der Abwerbung ihrer Arbeitnehmer verpflichten, nach § 75f HGB und Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB zu beurteilen sind.

## B. Gang der Untersuchung

Den Ausgangspunkt bildet der soeben genannte § 75f HGB, welcher innerhalb seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale untersucht wird: Nach kurzen Ausführungen zur historischen Entwicklung wird der persönliche Anwendungsbereich beleuchtet, bevor der zentralen Fragestellung, ob Abwerbverbote als Sperrabreden i.S.d. § 75f HGB einzuordnen sind, nachgegangen wird. Abschließend wird aufgezeigt, wie mit der defizitären Rechtsfolge des § 75f HGB, nach dessen Wortlaut beiden Teilen der Rücktritt freisteht und weder Klage noch Einrede (aus der Vereinbarung) stattfindet, umzugehen ist.

Im Anschluss wird eine Kasuistik entwickelt, innerhalb derer Abwerbverbote ausnahmsweise wirksam und durchsetzbar sein können. Herangezogen werden dafür die vom BGH in seinem Urteil vom 30.4.2014 angelegten Anforderungen

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, BGHZ 201, 205.

<sup>4</sup> <https://www.sport1.de/news/fussball/bundesliga/2020/09/florian-wirtz-der-nachfolger-von-kai-havertz-bei-bayer-leverkusen> (zuletzt aufgerufen am 15.7.2022).

und die dort angesprochenen Fallgruppen. Diese werden einerseits einer kritischen Würdigung unterzogen und andererseits werden weitere Fallgruppen aufgezeigt, in denen Abwerbeverbote wirksam und durchsetzbar sein können. Angesichts der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt sich die Untersuchung vornehmlich auf die in der Praxis relevanten und häufig anzutreffenden Fälle.

Anschließend wird die kartellrechtliche Relevanz von Abwerbeverboten untersucht. Zunächst wird dabei der Vorfrage, inwiefern Abwerbeverbote, als den Arbeitsmarkt betreffende Regulierungen, vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB erfasst werden, nachgegangen. Dazu wird zunächst der Wettbewerb abstrakt definiert, es werden dessen Funktionen und Ziele dargelegt und untersucht, inwieweit Abwerbeverbote diese Funktionen und Ziele beeinträchtigen können. In diesem Zusammenhang werden die Besonderheiten des Arbeitsmarktes aufgezeigt, um die Frage, ob dieser eine Bereichsausnahme bildet, die der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen ist, zu beantworten.

Daraufhin werden Abwerbeverbote im Hinblick auf das Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB untersucht. Nach kurzen Ausführungen zu Normadressaten und der Verletzungshandlung wird schwerpunktmäßig auf die mit Abwerbeverboten verbundene Wettbewerbsbeschränkung eingegangen. Einer vertieften Auseinandersetzung bedürfen dabei die Fragen nach dem eigenständigen Schutz des Nachfragewettbewerbs um Arbeitskräfte und der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Ein weiterer Schwerpunkt wird auf die Tatbestandsrestriktionen gelegt, in denen aus teleologischen Gründen ausnahmsweise das Abwerbeverbot tatbestandsmäßig nicht unter das Kartellverbot fällt. In diesem Rahmen werden insbesondere auch die Grenzen eines solchen ausnahmsweise zulässigen Abwerbeverbots abgesteckt.

Im darauffolgenden Kapitel werden die gewonnenen Erkenntnisse zu § 75f HGB und Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB zueinander ins Verhältnis gesetzt und Indizien entwickelt, die bei der Frage, wann ein Abwerbeverbot ausnahmsweise zivilrechtlich wirksam und durchsetzbar sein kann, herangezogen werden können.

Abschließend wird eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit präsentiert, bevor die Arbeit mit einem Ausblick auf künftige Entwicklungen schließt.