

von Rechtsanwältin **Yvonne A. E. Schulten**

## Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Kundenschutzklauseln - die Rechtsprechung des BGH zu Subunternehmer-Verträgen (Teil 2 von 2)

**Im ersten Teil** haben wir das BGH-Urteil vom 12.05.1998 (Az. KZR 18/97) zu Kundenschutzklauseln in Subunternehmerverträgen vorgestellt. Ein weiteres maßgebliches Urteil des BGH zu Subunternehmerverträgen stammt vom 10.12.2008 (Az. KZR 54/08). Darin geht es um die Frage der Zulässigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes in einem Subunternehmervertrag...

### I. Der Sachverhalt

Der Kläger wollte seinem ehemaligen Subunternehmer für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Subunternehmervertrages untersagen lassen, bestimmte Montagen durchzuführen.

Er berief sich auf ein zu Lasten des Beklagten vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot, über dessen Wirksamkeit sich die Parteien bis vor den BGH stritten. In der streitgegenständlichen Vereinbarung hieß es unter anderem:

"I. Der Subunternehmer [Anmerkung: der Beklagte] ist für S. [Anmerkung: der Kläger] ständig in nachfolgenden Bereichen tätig: Montage von [...]II. Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Parteien ein umfassendes Wettbewerbsverbot. Der Subunternehmer darf Montagen der oben genannten Produkte ausschließlich für S. durchführen. Jegliche Tätigkeiten für Mitbewerber von S. betreffend die oben genannten Produkte sind ausdrücklich untersagt.III. Diese Vereinbarung ... endet, wenn entweder S. oder der Subunternehmer schriftlich gegenüber dem jeweiligen anderen Vertragspartner verbindlich erklärt, zukünftig keine Aufträge mehr für die Montage der oben genannten Gegenstände zu erteilen bzw. annehmen zu wollen. Das Wettbewerbsverbot gilt dann nachvertraglich für weitere zwei Jahre ab Zugang dieser schriftlichen Erklärung."

Nachdem der Kläger dem Beklagten schriftlich mitgeteilt hatte, dass künftig keine Aufträge mehr erteilt würden, ließ der Beklagte dem Kläger mitteilen, dass er sich nur bei Zahlung einer Karenzentschädigung an das Wettbewerbsverbot halten werde. Daraufhin wollte der Kläger gerichtlich dessen Verpflichtung zur Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes durchsetzen.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, in zweiter Instanz wurde der Beklagte antragsgemäß

verurteilt. Gegen diese Verurteilung wendete sich der Beklagte und ging in Revision.

## II. Das Urteil

Der BGH gab dem Beklagten Recht. Denn das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot sei nichtig (unten Ziffer 1).

Darüber hinaus stellte der BGH fest, dass die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen hatte, dass sich die kartellrechtliche Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots aus § 1 GWB ergeben könne (unten Ziffer 2) - wenngleich es darauf wegen der Nichtigkeit nach § 138 BGB nicht ankam.

### 1. Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots gemäß § 138 BGB

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote seien mit Rücksicht auf die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nur dann gerechtfertigt und nicht nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn und soweit sie notwendig sind, um einen Vertragspartner vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge seiner Arbeit durch den anderen Vertragspartner zu schützen. Sie sind, so der BGH, nur wirksam, wenn sie in

- räumlicher,
- gegenständlicher und
- zeitlicher Hinsicht

das notwendige Maß nicht überschreiten.

Die Klausel "Jegliche Tätigkeiten für Mitbewerber von S. betreffend die oben genannten Produkte sind ausdrücklich untersagt." sah der BGH als nichtig an. Sie gehe jedenfalls gegenständlich über das für den Subunternehmervertrag notwendige Maß hinaus.

Hinweis: Überschreitet ein Wettbewerbsverbot in gegenständlicher oder räumlicher Hinsicht das notwendige Maß, ist es nichtig. Es kann nicht etwa umgedeutet werden, um eine wirksame Klausel zu erhalten. Lediglich bei Überschreitung des zeitlichen notwendigen Maßes ist es zulässig eine so genannte geltungserhaltende Reduktion auf das noch zu billigende Maß vorzunehmen, ohne dass die Klausel insgesamt nichtig ist (z.B. Reduzierung der Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes von fünf auf zwei Jahre).

Auf das Thema Karenzentschädigung und die Anwendbarkeit des § 74 Abs. 2 HGB ging der BGH nicht näher ein, da es darauf wegen der Nichtigkeit gemäß § 138 BGB nicht ankomme.

Auch auf die Frage der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots gemäß § 1 GWB käme es daher nicht an. Nichtsdestotrotz hat der BGH zu der kartellrechtlichen Problematik Stellung ausführlich genommen (siehe Ziffer 2.)

## 2. Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots gemäß § 1 GWB

Wie im Urteil vom 12.05.1998 monierte der BGH auch hier, dass das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hatte, dass sich die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots aus § 1 GWB ergeben kann.

Er stellte fest:

- § 1 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle sei für die Vereinbarung maßgeblich, denn die Parteien hätten die Vereinbarung als Unternehmen abgeschlossen und das unter Ziffer II. der Vereinbarung vorgesehene Wettbewerbsverbot führe auch zu einer Wettbewerbsbeschränkung: Der Beklagte werde für die Dauer der Zusammenarbeit der Parteien und zwei Jahre darüber hinaus generell daran gehindert, zu der Klägerin in Wettbewerb zu treten; die Mitbewerber der Klägerin würden entsprechend dadurch beschränkt, dass sie nicht mit dem Beklagten zusammenarbeiten können.
- § 1 GWB bedürfe jedoch der einschränkenden Auslegung. Wettbewerbsverbote seien in einem Subunternehmervertrag - ebenso wie in anderen Austauschverträgen - mit § 1 GWB vereinbar, wenn sie als dessen notwendige Nebenabrede erforderlich sind, um den Hauptzweck des als solchen kartellrechtsneutralen Vertrags zu verwirklichen. Dabei sei entscheidend, ob das Wettbewerbsverbot sachlich erforderlich und zeitlich, räumlich und gegenständlich darauf beschränkt sei, den mit dem Austauschvertrag verfolgten Zweck zu erreichen.
- In dem konkreten Fall mangle es an dieser Voraussetzung: Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen könne, so der BGH, nicht davon ausgegangen werden, dass das zwischen den Parteien vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot gegenständlich, räumlich und zeitlich für die Erreichung des Hauptzwecks des Vertrags erforderlich war.
- Zwar schränkte der BGH seine Ausführungen wie folgt ein: Der ausgewogene Leistungsaustausch, der zwischen den Parteien bestanden habe, könne empfindlich gestört werden, wenn der Subunternehmer, der bei der Vertragsabwicklung zwangsläufig in Kontakt mit den Kunden des Hauptunternehmers tritt, mit diesen unmittelbare Vertragsbeziehungen knüpft. Der BGH verwies auf sein Urteil aus dem Jahre 1998 (siehe Teil 1). Entsprechend diesen Grundsätzen bestünden, wie in dem damaligen Urteil festgestellt, keine Bedenken, eine auf ein Jahr beschränkte nachvertragliche Kundenschutzklausel in einem derartigen Subunternehmervertrag als für den Hauptzweck des Vertrages notwendig einzuordnen.
- Er stellte aber für den zu entscheidenden Fall fest, das vereinbarte Wettbewerbsverbot weit über einen solchen als notwendig anzuerkennenden Kundenschutz des Klägers hinaus ginge. Denn dem Beklagten werde jegliche Tätigkeit für Mitbewerber der Klägerin in dem vom Subunternehmervertrag

erfassten Bereich verboten.

Zwar möge der Kläger ein wirtschaftliches Interesse daran haben, seine Mitbewerber generell von der Inanspruchnahme des Beklagten als eines qualifizierten Montageunternehmens auszuschließen. Dieses Interesse sei jedoch mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts nicht zu vereinbaren. Soweit der Beklagte die Möglichkeit zum Kundenkontakt nicht durch die Klägerin im Rahmen des Subunternehmervertrags erhalten habe, fehle es auch an einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertrag.

Das vereinbarte umfassende Wettbewerbsverbot sei somit für die Durchführung des Subunternehmervertrags nicht erforderlich.

Hinweis: Um die Frage der kartellrechtlichen Unwirksamkeit des vereinbarten Wettbewerbsverbotes gemäß § 1 GWB abschließend festzustellen, hätte noch geklärt werden müssen, ob das Wettbewerbsverbot auch geeignet war, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen (Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung) und ob etwa eine so genannte Legalausnahme (vgl. § 2 GWB) vorlag. Aufgrund der Nichtigkeit gemäß § 138 BGB konnte das in dem zu entscheidenden Fall offen bleiben.

### III. Fazit

Die Beurteilungskriterien im Rahmen der Prüfung des § 138 BGB, nämlich die hinreichende Beschränkung des Wettbewerbsverbotes in

- räumlicher,
- gegenständlicher und
- zeitlicher Hinsicht

auf das notwendige Maß, entsprechen denjenigen des § 1 GWB. Bei der kartellrechtlichen Prüfung kommen jedoch weitere Kriterien hinzu, insbesondere die so genannte Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

Autor:

**RAin Yvonne A. E. Schulten**

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Informationstechnologierecht