



Dr. Peter Hammacher

Selbstverständliches Wettbewerbsverbot für Subunternehmer?

Das Kammergericht Berlin hat in einem Beschluss vom 25.03.2011 (– 5 W 62/11 –, juris) unter Berufung auf zwei Entscheidungen des BGH (Urteil v. 12.05.1998 – KZR 18/97 –, juris – „Subunternehmervertrag“; Urteil v. 30.11.2004 – X ZR 109/02 –, juris – „Wettbewerbsverbot für GmbH-Alleingeschafter“) entschieden, es gebe auch ohne ausdrückliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot eine „selbstverständliche Nebenpflicht des Subunternehmers“, nicht unmittelbar nach Beendigung der Subunternehmertätigkeit mit dem vom Generalunternehmer geworbenen Kunden einen eigenen Vertrag abzuschließen. Diese Feststellung des KG könnte zu gravierenden Missverständnissen in der Praxis und damit zu einer Kette von Rechtsstreitigkeiten führen. Sie bedarf dringend der Richtigstellung.

In der Entscheidung ging es um das illoyale Verhalten der Mitarbeiterin eines Immobilienmaklerbüros. Diese hatte Grundstücke, die ihr während ihrer Tätigkeit für das Maklerbüro zur Vermittlung übertragen worden waren, nach Beendigung des Vertrages auf eigene Rechnung vermittelt. Ein Wettbewerbsverbot hatten die Parteien nicht vereinbart. Dem Antrag auf einstweilige Verfügung hat das KG stattgegeben.

Das wäre angesichts des auf der Hand liegenden treuwidrigen Verhaltens noch nicht der Rede wert, wenn sich das Gericht über das Fehlen eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbotes nicht mit folgender Begründung (unter AI.3.) hinweggeholfen hätte:

„Es ist hier ebenso wenig entscheidend, dass die Parteien (anders als im Fall des BGH „Subunternehmervertrag“; im Fall des BGH „Wettbewerbsverbot für GmbH-Alleingeschafter“ war das umfassende vertragliche Wettbewerbsverbot nichtig) nicht ausdrücklich eine Kundenschutzklausel in die „Provisionsvereinbarung“ aufgenommen hatten. Wenn das Verbot, unmittelbar nach Beendigung der Subunternehmertätigkeit mit dem vom Generalunternehmer geworbenen Kunden und hinsichtlich desselben Objektes einen eigenen Vertrag abzuschließen, nur eine selbstverständliche Nebenpflicht der Vereinbarungen zur Subunternehmertätigkeit darstellt (so ausdrücklich BGH, a.a.O., juris Rdnr. 18, Subunternehmervertrag; a.a.O., juris Rdnr. 21 f., Wettbewerbsverbot für GmbH-Alleingeschafter), dann ist dieses Verbot auch ohne ausdrückliche Regelung im Subunternehmervertrag als vertragliche Nebenpflicht verankert (dahingehend auch BGH, a.a.O., juris Rdnr. 21 f., Wettbewerbsverbot für GmbH-Alleingeschafter)“.

Zunächst: Die Entscheidungen des BGH, auf die sich das KG stützt, betreffen Fälle von Subunternehmern, die noch während des Bestehens eines Rahmenvertrages mit ihren Auftraggeber begonnen hatten, Kunden abzuwerben. In beiden Fällen hatte sich der BGH mit der Frage zu beschäftigen, ob ein in dem Rahmenvertrag mit dem Subunternehmer vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot im konkreten Einzelfall wirksam sei. In diesem Zusammenhang

formulierte der BGH (Urteil v. 12.05.1998 – KZR 18/97 –, unter III.): „Insofern wird durch Nr. 6 Abs. 3 hinsichtlich des Karenzzeitraums die schon aus dem Rahmenvertrag folgende selbstverständliche Nebenpflicht konkretisiert, dass der Subunternehmer den durch den Generalunternehmer herbeigeführten Kontakt zu dem Kunden nicht dazu benutzen darf, an Stelle des Hauptauftragnehmers eine eigene Vertragsbeziehung mit dem Kunden zu begründen.“ Der BGH hat also die Wettbewerbsklausel für zulässig erachtet, weil sich aus dem konkreten Rahmenvertrag eine Nebenpflicht des Subunternehmers ergab.

Das KG hat ohne ausreichende Berücksichtigung dieses Zusammenhangs hieraus gefolgert, es gebe eine selbstverständliche Nebenpflicht des Subunternehmers zu dem ehemaligen Auftraggeber, nicht in Konkurrenz bezüglich des Kunden zu treten, und weiter, da es diese selbstverständliche Nebenpflicht gebe, brauche man auch keine Wettbewerbsklausel.

Damit stellt das KG die Rechtslage leider auf den Kopf. Das verfassungsrechtlich geschützte Berufsausübungsrecht kann nur ausnahmsweise eingeschränkt werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies mit Wettbewerbsklauseln möglich ist, war gerade Gegenstand der Prüfung des BGH und ist Gegenstand einer unendlichen Zahl von Entscheidungen der ordentlichen wie der Arbeitsgerichte (vgl. OLG Dresden, v. 13.09.2011 – 5 U 236/11 –, BeckRS 2011, 27497; LAG Rheinland-Pfalz, v. 05.03.2009 – 1 Sa 442/08 –, BeckRS 2009, 63467). Die rechtswidrige Einschränkung des Wettbewerbs ist das Problem, nicht der Wettbewerb selbst. Die vom KG postulierte Nebenpflicht des Subunternehmers würde zu einem Wettbewerbsverbot unter Erlaubnisvorbehalt führen, statt umgekehrt zum freien Wettbewerb, der nur bei wirksamer Vereinbarung beschränkt werden kann.

Dass diese Wertung des KG nicht richtig sein kann, ergibt auch aus § 74 HGB, wonach ein Wettbewerbsverbot einer Vereinbarung bedarf, die nur dann wirksam ist, wenn sie schriftlich geschlossen wurde und wenn dem Auftragnehmer eine Karenzentschädigung für seine Enthaltung gezahlt wird. Auch wenn § 74 HGB auf einen Werk- oder Dienstvertrag nicht unmittelbar angewendet werden kann, so würde doch auch hier eine Wettbewerbsklausel, die den Subunternehmer ohne Entschädigung auf längere Zeit ausschließt, nach § 307 BGB, § 1 UWG, § 1 UWG unwirksam sein.

Ein Subunternehmer muss die Möglichkeit haben, sich nach Beendigung des Auftrages um neue Aufträge zu bemühen – auch bei dem Kunden seines bisherigen Vertragspartners, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Die Wirtschaft käme zum Erliegen, wenn ein Subunternehmer nach Beendigung seines Auftrages erst einige Zeit abwarten müsste, bevor er in Konkurrenz zu seinem früheren Auftraggeber treten dürfte.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Peter Hammacher, Heidelberg