BGH
10.12.2008
KZR 54/08

Subunternehmervertrag II

Nach der Gleichstellung vertikaler und horizontaler Vereinbarungen durch die 7. GWB-Novelle ist einer Auslegung die Grundlage entzogen, die für die - nach wie vor erforderliche - restriktive Auslegung des § 1 GWB ein anzuerkennendes Interesse statt einer durch den Vertragszweck gebotenen Notwendigkeit ausreichen lässt (Abgrenzung von BGH, Urt. v. 14.1.1997 - KZR 35/95, WuW/E BGH 3121, 3125 - Bedside-Testkarten; Urt. v. 14.1.1997 - KZR 41/95, WuW/E BGH 3115, 3118 - Druckgussteile; Urt. v. 6.5.1997 - KZR 43/95, WuW/E BGH 3137, 3138 - Solelieferung).

GWB § 1

LG Ellwangen, Entscheidung vom 02.11.2007 - 5 O 263/07
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 20.03.2008 - 10 U 228/07 -

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2008 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg für Recht erkannt:

> Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 20. März 2008 aufgehoben.
>
> Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Ellwangen vom 2. November 2007 wird zurückgewiesen.
>
> Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines zu Lasten des Beklagten vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots.

Die Klägerin befasst sich bundesweit mit der Entwicklung, Herstellung und Montage von abrollbaren und starren Rauchschürzen, Rauchschutzabschlüssen sowie Feuerschutzabschlüssen und Förderanlagenabschlüssen. Der Beklagte war bis 1999 Arbeitnehmer der Klägerin. Danach machte er sich in seinem bisherigen Arbeitsbereich der Montage selbständig. Er war in den Folgejahren ausschließlich für die Klägerin und deren Tochtergesellschaften tätig.

Im Jahr 2005 beschäftigte der Beklagte neben seiner Ehefrau, die Büroarbeiten erledigte, zwei Elektriker. Zumindest einen Teil der von der Klägerin erteilten Aufträge konnte der Beklagte, der von Beruf Schlosser ist, nur mit Hilfe eines Elektrikers ausführen. Der Beklagte war in seiner Zeiteinteilung frei und wurde auftragsbezogen bezahlt.

Am 21. November 2005 schlossen die Parteien auf Initiative der Klägerin eine Vereinbarung, in der der Beklagte als Subunternehmer bezeichnet wird. Sie hat auszugsweise folgenden Inhalt:

> I. Der Subunternehmer ist für S. ständig in nachfolgenden Bereichen tätig: Montage von - abrollbaren und flexiblen Rauchschürzen nach EN 12101 -

> Rauchschutzabschlüssen nach DIN 18095 - Flexiblen Feuerschutzabschlüssen - Förderanlagenabschlüssen mit zugehörigen Steuerungs- und Notstromanlagen - Brandschutzsektionaltoren.
>
> 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.
>
> IV. Im Falle der Zuwiderhandlung des Subunternehmers gegen das oben genannte Wettbewerbsverbot steht S. ein Vertragsstrafenanspruch in Höhe von 5.000 € für jeden nachgewiesenen Einzelfall zu. ...

Der Beklagte trennte sich im August 2005 und August 2006 jeweils von einem seiner Mitarbeiter. Mit Schreiben vom 13. März 2007 teilte die Klägerin ihm mit, dass künftig keine Aufträge mehr erteilt würden. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte, abgesehen von der Bürotätigkeit seiner Ehefrau, allein tätig. Er ließ durch seine Bevollmächtigten mitteilen, dass er sich nur bei Zahlung einer Karenzentschädigung an das Wettbewerbsverbot halten werde.

Mit der daraufhin erhobenen Klage hat die Klägerin - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt, den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen,

> es bis zum 14. März 2009 zu unterlassen, Montagen von - abrollbaren und starren Rauchschürzen nach EN 12101 - Rauchschutzabschlüssen nach DIN 18095 - Flexiblen Feuerschutzabschlüssen - Förderanlagenabschlüssen mit zugehörigen Steuerungs- und Notstromanlagen - Brandschutzsektionaltoren durchzuführen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat angenommen, das von den Parteien vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot sei wirksam. Zur Begründung hat es ausgeführt:

§ 74 Abs. 2 HGB, der die Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbots an die Gewährung einer Karenzentschädigung knüpft, finde weder direkt noch analog Anwendung. Als Subunternehmer der Klägerin sei der Beklagte nicht entsprechend einem wirtschaftlich abhängigen freien Mitarbeiter zu behandeln. Es fehle an einem Abhängigkeitsverhältnis, das eine Schutzbedürftigkeit wie bei einem kaufmännischen Angestellten begründe. Die Parteien seien übereinstimmend davon ausgegangen, dass der Beklagte die vertraglichen Leistungen nicht persönlich zu erbringen habe, sondern dafür eigenes Personal einsetzen solle und dürfe. Tätigkeiten in den neuen Bundesländern seien nur durch die Mitarbeiter des Beklagten ausgeführt worden. Er habe außerhalb des vom Wettbewerbsverbot umfassten Bereichs auch für andere Unternehmen tätig werden können. Der Beklagte sei in der zeitlichen Gestaltung seiner Tätigkeit frei und nicht in die Betriebsorganisation

der Klägerin eingebunden gewesen. Obwohl er mit seinem Unternehmen faktisch nur für die Klägerin tätig gewesen sei, könne die Stellung des Beklagten unter diesen Umständen nicht als arbeitnehmerähnlich bezeichnet werden.

Das vereinbarte Wettbewerbsverbot sei auch nicht nach § 138 BGB unwirksam. Es überschreite in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht nicht das notwendige Maß. Unstreitig sei die Klägerin auf einem sehr engen Markt tätig und wende Spezialtechniken an, die von ihr beschäftigte Subunternehmer für die Konkurrenz interessant machten. Es sei deshalb angemessen, wenn sich die Klägerin für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung der Zusammenarbeit durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot schütze.

II.

Die Revision des Beklagten ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass sich die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots aus § 1 GWB ergeben kann.

a) Für das erst unter Geltung des neuen Rechts im November 2005 zwischen den Parteien vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist § 1 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle maßgeblich. Nach ihrem Wortlaut erfasst die Norm diese Vereinbarung. Die Parteien haben sie als Unternehmen abgeschlossen. Das unter II vorgesehene Wettbewerbsverbot führt auch zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Der Beklagte wird 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 werden entsprechend dadurch beschränkt, dass sie nicht mit dem Beklagten zusammenarbeiten können.

b) § 1 GWB bedarf jedoch der einschränkenden Auslegung. Wettbewerbsverbote sind 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 ist entscheidend, ob das Wettbewerbsverbot sachlich erforderlich und zeitlich, räumlich und gegenständlich darauf beschränkt ist, den mit dem Austauschvertrag verfolgten Zweck zu erreichen (vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1 Rdn. 353 f.; Bunte in Langen/ Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 1 GWB Rdn. 93 f.).

Der Senat hat allerdings in früheren Entscheidungen Wettbewerbsbeschränkungen in derartigen Verträgen - weitergehend - schon dann als mit § 1 GWB vereinbar angesehen, wenn für die Beschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse bestand (BGH, Urt. v. 14.1.1997 - KZR 35/95, WuW/E BGH 3121, 3125 - Bedside-Testkarten; Urt. v. 14.1.1997 - KZR 41/95, WuW/E BGH 3115, 3118 - Druckgussteile; Urt. v. 6.5.1997 - KZR 43/95, WuW/E BGH 3137, 3138 - Solelieferung). Auf diese Rechtsprechung kann indessen nach der 7. GWB-Novelle nicht mehr zurückgegriffen werden. Sie hatte ihren Grund in der Unterscheidung zwischen stets verbotenen horizontalen Absprachen einerseits und nur einer Missbrauchsaufsicht unterworfenen vertikalen Verträgen andererseits und diente der Einordnung von Absprachen, die - obwohl Teil eines Austauschvertrages - auf eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Wettbewerbern hinausliefen (vgl. BGHZ 154, 21, 27 ff. - Verbundnetz II; Bornkamm in Festschrift Geiß, 2000, S. 539, 554 f.). Nach der Gleichstellung vertikaler und horizontaler Vereinbarungen in § 1 GWB n.F. bei gleichzeitiger Einführung der Legalausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 2 GWB) ist nunmehr einer Auslegung die Grundlage entzogen, die für die - in bestimmten Fällen nach wie vor erforderliche - restriktive Auslegung des § 1 GWB schon ein anzuerkennendes Interesse statt einer durch den Vertragszweck gebotenen Notwendigkeit ausreichen lässt. Dementsprechend geht die Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle davon aus, dass mit der Neufassung des § 1 GWB vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auch dann grundsätzlich vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erfasst sein können, wenn für sie ein anzuerkennendes Interesse besteht (BT-Drucks. 15/3640, S. 24).

Diese Sichtweise steht mit dem europäischen Recht im Einklang, das im Hinblick auf das mit der 7. GWB-Novelle verfolgte Ziel einer Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Recht (vgl. Regierungsbegründung, BTDrucks. 15/3640, S. 21) bei der Auslegung von § 1 GWB heranzuziehen ist. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu Art. 81 Abs. 1 EG werden wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden nur dann nicht vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst, wenn sie mit der Durchführung einer nicht den Wettbewerb beschränkenden Hauptvereinbarung unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (EuGH, Urt. v. 11.7.1985 - 42/84, Slg. 1985, 2545 = WuW/E EWG/MUV 690 Tz. 19 - Remia; Urt. v. 28.1.1986 - 161/84, Slg. 1986, 353 = WuW/E EWG/MUV 693 Tz. 14 ff. - Pronuptia; vgl. auch EuG, Urt. v. 18.9.2001 - T-112/99, Slg. 2001, II-2459 = WuW/E EU-R 469 Tz. 104 ff. - Metropole Television; vgl. zusammenfassend Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABI. EG 2004 Nr. C 101, S. 97, Rdn. 28 ff.).

c) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann 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.
19 Allerdings wäre bei dem festgestellten Sachverhalt gegen eine beschränkte nachvertragliche Kundenschutzklausel möglicherweise nichts zu erinnern gewesen. Zweck der Vereinbarung der Parteien war die arbeitsteilige Durchführung von Montagearbeiten bei bestimmten Brandschutzanlagen, wobei die Klägerin die Kunden akquirieren und der Beklagte die ihm zugeteilten Aufträge mit eigenem Personal und eigenen Geräten ausführen sollte. Dieser ausgewogene Leistungsaustausch kann empfindlich gestört werden, wenn der Subunternehmer, der bei der Vertragsabwicklung zwangsläufig in Kontakt mit den Kunden des Hauptunternehmers tritt, mit diesen unmittelbare Vertragsbeziehungen knüpft. Dementsprechend hat der Senat keine Bedenken gehabt, eine auf ein Jahr beschränkte nachvertragliche Kundenschutzklausel in einem derartigen Subunternehmervertrag als für den Hauptzweck des Vertrages notwendig einzuordnen (BGH, Urt. v. 12.5.1998 - KZR 18/97, WuW/E DE-R 131, 133 - Subunternehmervertrag I).

Im Streitfall geht das Wettbewerbsverbot weit über einen solchen als notwendig anzuerkennenden Kundenschutz des Klägers hinaus. Dem Beklagten wird jegliche Tätigkeit für Mitbewerber der Klägerin in dem vom Subunternehmervertrag erfassten Bereich verboten. Die Klägerin mag ein wirtschaftliches Interesse daran haben, ihre Mitbewerber generell von der Inanspruchnahme des Beklagten als eines qualifizierten Montageunternehmens auszuschließen. Dieses Interesse ist 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 hat, fehlt es auch an einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertrag. Das umfassende Wettbewerbsverbot ist somit für die Durchführung des Subunternehmervertrags nicht erforderlich.

Allerdings kann sich unter besonderen Umständen auch ein weitergehendes Wettbewerbsverbot in einem Subunternehmervertrag als notwendig erweisen (vgl. J. B. Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 1 Rdn. 166). Das kommt etwa in Betracht, wenn zur Ausführung eines Vertrages Betriebsgeheimnisse offenbart werden müssen. Diese Voraussetzungen ergeben sich hier indessen nicht schon daraus, dass - wie das Berufungsgericht angenommen hat - die von der Klägerin angewandten Spezialtechniken die von ihr beschäftigten Subunternehmer für ihre Wettbewerber besonders interessant machen. Das Berufungsgericht hat nämlich keine Feststellungen getroffen, aufgrund deren nachvollzogen werden könnte, dass es sich bei den von der Klägerin angewandten Spezialtechniken um Betriebsgeheimnisse handelte. Gegen eine Bewertung der für die Montage der Produkte der Klägerin erforderlichen Kenntnisse als Betriebsgeheimnis spricht im Übrigen schon, dass der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für mehrere Jahre nach seinem Ausscheiden als Arbeitnehmer der Klägerin keinem Wettbewerbsverbot unterworfen war.

d) Nach allem hängt die Unwirksamkeit der in Rede stehenden Klausel in Anwendung von § 1 GWB entscheidend davon ab, ob das Wettbewerbsverbot auch geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen (vgl. BGH, Urt. v. 3.11.1981 - KZR 33/80, WuW/E 1898, 1900 - Holzpaneele; BGH WuW/E 3115, 3120 - Druckgussteile). Dies kann der Senat aufgrund des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts ebenso wenig abschließend beurteilen wie die Frage, ob eine Anwendung der Legalausnahme des § 2 GWB, auch in Verbindung mit der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999, in Betracht kommt.

2. Indes bedarf es zur Klärung dieser Fragen keiner Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Denn das Wettbewerbsverbot ist jedenfalls nach § 138 BGB nichtig.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote 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 nur wirksam, wenn sie in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten (BGH, Urt. v. 14.7.1997 - II ZR 238/96, WM 1997, 1707, 1708; Urt. v. 8.5.2000 - II ZR 308/98, WM 2000, 1496, 1498; Urt. v. 29.9.2003 - II ZR 59/02, WM 2003, 2334; Urt. v. 18.7.2005 - II ZR 159/03, NJW 2005, 3061, 3062). Diese Beurteilungskriterien entsprechen denjenigen des § 1 GWB, wobei es jedoch einer Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht bedarf. Das Wettbewerbsverbot im vorliegenden Fall ist somit nach § 138 BGB nichtig. Denn es geht jedenfalls gegenständlich über das für den Subunternehmervertrag notwendige Maß hinaus.

b) Das hier vereinbarte Wettbewerbsverbot lässt trotz der unter V. der Subunternehmervereinbarung vorgesehenen Ersetzungsklausel keine geltungserhaltende Reduktion auf eine zulässige Kundenschutzklausel zu. Denn dazu wäre eine Änderung der gegenständlichen Grenzen des Verbots erforderlich. Das kommt nicht in Betracht. Nur dann, wenn das Wettbewerbsverbot das zeitlich zulässige Maß überschreitet, ist eine geltungserhaltende Reduktion auf das noch zu billigende Maß möglich (vgl. BGH NJW 2005, 3061, 3062; WM 2000, 1496, 1498; WM 1997, 1707, 1708).

3. Auf die Frage der Anwendbarkeit des § 74 Abs. 2 HGB kommt es danach für die Entscheidung des Streitfalles nicht an.

Tolksdorf
Bornkamm
Meier-Beck
Kirchhoff
Grüneberg