



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

III ZR 196/02

Verkündet am:  
10. April 2003  
F r e i t a g  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

HGB § 74

Die für kaufmännische Angestellte geltenden Wettbewerbsregelungen der §§ 74 ff HGB sind wegen des vergleichbaren Schutzbedürfnisses auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter (Subunternehmer) anzuwenden.

BGH, Urteil vom 10. April 2003 - III ZR 196/02 - OLG Frankfurt am Main

LG Darmstadt

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Mai 2002 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Der Kläger ist EDV-Fachmann mit besonderen Kenntnissen der Programme R/2 und R/3 der Firma S. . Die in D. belegene Niederlassung der Deutschen Post AG hatte seit 1994 begonnen, diese Programme einzusetzen.

Zu diesem Zweck beauftragte die Deutsche Post AG die Firma C & L (im folgenden: C & L) mit der Einführung und Betreuung des Programms. Diese schaltete die Beklagte als Subunternehmerin ein. Die Beklagte beauftragte ihrerseits neben einem ihrer Angestellten den

Kläger als ihren Subunternehmer mit der Erbringung der tatsächlichen Leistungen. Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien war ein von der Beklagten vorformulierter Subunternehmervertrag vom 26./31. Juli 1995. Darin hieß es unter anderem:

Tz. 10.1:

"Der Subunternehmer (Kläger) räumt der - Beklagten - Mandantenschutz gemäß Projekteinzelauftrag ein".

Tz. 10.3:

"Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine oder mehrere Bestimmungen der Tz. 10 dieses Vertrages sowie für den Fall des schuldhaften oder grob fahrlässigen Vertragsbruchs unterwirft sich der Subunternehmer (Kläger) einer Vertragsstrafe der im Projekteinzelauftrag bezeichneten Höhe. Die Geltendmachung eines die Vertragsstrafe übersteigenden Schadensersatzanspruchs bleibt vorbehalten."

Dieser Subunternehmervertrag wurde durch zeitlich (jeweils auf ein halbes Jahr) befristete und aufeinander folgende Projekteinzelaufträge, zuletzt denjenigen vom 13./21. Januar 1998 mit einer Laufzeit bis zum 30. Juni 1998, ausgefüllt. In jenem letzten, wiederum von der Beklagten vorformulierten Einzelauftrag hieß es unter Nr. 6 Mandantenschutz:

"Der Subunternehmer (der Kläger) verpflichtet sich, während der Laufzeit dieses Vertrages und innerhalb von zwölf Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bzw. der Zusammenarbeit (weder auf eigene Rechnung noch für Dritte) mit dem in Tz. 5 genannten Auftraggeber ein Vertragsverhältnis einzugehen, also

nicht für diesen Auftraggeber tätig zu werden oder seine Dienstleistungen anzubieten."

Nr. 7 Vertragsstrafe:

"Die Vertragsstrafe betreffend Tz. 10 des Subunternehmervertrages vom 26./31.07.1995 beträgt DM 30.000."

Die Deutsche Post AG hatte mit Wirkung zum 1. Januar 1996 den Vertrag mit der Firma C & L insoweit nicht mehr verlängert, als er den Teilbereich betraf, in dem der Kläger tätig wurde. Insoweit war die Deutsche Post AG in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu der Beklagten, also unter Ausklammerung der früher zwischengeschalteten Firma C & L, getreten; dementsprechend wurde in dem vorstehend zitierten Projekteinzelauftrag vom 13./21. Januar 1998 die Deutsche Post AG, D. , als Auftraggeber des Hauptunternehmers (der Beklagten) bezeichnet.

Im Mai 1998 trat die Deutsche Post AG an den Kläger heran, um unmittelbar mit ihm einen Beratervertrag zu schließen. Dementsprechend verlängerte sie das Vertragsverhältnis mit der Beklagten, soweit es den Tätigkeitsbereich des Klägers betraf, nicht über den 30. Juni 1998 hinaus. Neuer Vertragspartner der Deutschen Post AG wurde eine von der Ehefrau des Klägers gegründete und von ihr als Geschäftsführerin geleitete GmbH, deren einziger fachkundiger Mitarbeiter der Kläger ist.

Aus seiner Tätigkeit für die Beklagte für den Monat Juni 1998 stehen dem Kläger Ansprüche in rechnerisch unstreitiger Höhe von 38.188,80 DM zu. Die Beklagte rechnet hiergegen mit einer Forderung von 30.000 DM Vertrags-

strafe und 8.188,80 DM Schadensersatz auf. Hilfsweise stützt sie die Aufrechnung auch hinsichtlich des Betrages von 30.000 DM auf Schadensersatz. Sie trägt vor, der Kläger habe durch seine Vereinbarungen mit der Deutschen Post AG gegen die im Projekteinzelauftrag und im Subunternehmervertrag enthaltenen Mandantenschutz- und Vertragsstrafenklauseln verstoßen. Dadurch habe er sie im Umfang seines Tätigkeitsbereichs aus dem Geschäft mit der Deutschen Post AG gedrängt und ihr zugleich einen Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns zugefügt.

Der Kläger hat die Wirksamkeit der Vertragsstrafenklausel bestritten und zugleich in Abrede gestellt, sich vertragswidrig verhalten zu haben.

Das Landgericht hat gegen die Forderung des Klägers auf Vergütung für Juni 1998 die Aufrechnung wegen der Vertragsstrafe in Höhe von 30.000 DM durchgreifen lassen und die Beklagte lediglich zur Zahlung des Restbetrages von 8.188,80 DM verurteilt. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte in vollem Umfang antragsgemäß verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

Der Beklagten stehen gegen die unstreitige Klageforderung aufrechenbare Gegenansprüche weder unter dem Gesichtspunkt der Vertragsstrafe noch unter demjenigen des Schadensersatzes zu.

1. Allerdings hat der Senat Zweifel, ob die Vertragsstrafenklausel der Tz. 10.3 des Subunternehmervertrages in Verbindung mit Nr. 7 des Projekteinzelauftrages bereits tatbestandsmäßig gegen das Klauselverbot des § 11 Nr. 6 Fallgruppe 3 AGBG (jetzt: § 309 Nr. 6 BGB n.F.) verstößt.

a) Außer Streit steht, daß es sich bei den fraglichen Vertragsbestimmungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.) handelt. Nach § 11 Nr. 6 Fallgruppe 3 AGBG ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die dem Verwender, hier der Beklagten, für den Fall, daß der andere Vertragsteil, hier der Kläger, sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. Das Berufungsgericht meint, der hier zu beurteilende Sachverhalt unterfalle dieser Bestimmung deshalb, weil der Kläger noch während der Laufzeit des letzten Projekteinzelauftrages Verhandlungen mit der Deutschen Post AG als der Auftraggeberin der Beklagten aufgenommen und die Beklagte auf diese Weise nach dem Ablauf des Projekteinzelauftrages aus dem Vertragsverhältnis mit der Deutschen Post AG hinausgedrängt habe und so zugleich die zugunsten der Beklagten mit ihm, dem Kläger, im Subunternehmervertrag vereinbarte Option einer Vertragsverlängerung vereitelt habe. Indessen war die bloße Nichtverlängerung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien über den Ablauf des jeweiligen Projekteinzelauftrages hinaus nicht Gegenstand des Vertragsstrafeversprechens gewesen. Dieses bezieht sich nach dem klaren Wortlaut und Sinn der Tz. 10.3 des Subun-

ternehmervertrages lediglich auf den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine oder mehrere Bestimmungen der Tz. 10. Diese Bestimmungen betreffen indes nur den Mandantenschutz (Tz. 10.1) und die Verpflichtung des Subunternehmers, während der im Projekteinzelauftrag genannten Zeit gegenüber dem Auftraggeber nur unter dem Namen und im Interesse der Beklagten aufzutreten (Tz. 10.2). Die Vertragsstrafe diene damit gerade nicht dem Ziel, den Kläger zu zwingen, nach Ablauf des Projekteinzelauftrages einen neuen mit der Beklagten abzuschließen. Deswegen ist dem Senat nicht erkennbar, daß hier die Nichtweiterführung des Vertragsverhältnisses als solche mit der Vertragsstrafensanktion bewehrt war. Die in Tz. 10 weiter genannten Tatbestände (schuldhafter oder grob fahrlässiger Vertragsbruch) sind zu unbestimmt, als daß sie die Grundlage einer Vertragsstrafe bilden könnten.

b) Wollte man dies anders sehen und annehmen, daß mit der Androhung der Vertragsstrafe auf den Kläger der Zwang ausgeübt werden sollte, den Rahmenvertrag zwischen den Parteien über die Dauer des jeweiligen Projekteinzelauftrages hinaus fortzusetzen, so wäre die Vertragsstrafenregelung insoweit aus den vom Berufungsgericht aufgezeigten Gründen in Verbindung mit den Erwägungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 12. Mai 1998 (KZR 18/97 = NJW-RR 1998, 1508) wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 6 Fallgruppe 3 AGBG unwirksam.

2. Als einziger Ansatzpunkt für die Verwirkung der Vertragsstrafe kommt daher in Betracht, daß der Kläger durch die Tätigkeit für die GmbH seiner Ehefrau gegen die in Tz. 10.1 des Subunternehmervertrages in Verbindung mit Nr. 6 des Projekteinzelauftrages enthaltene Mandantenschutzklausel verstoßen hat. Diese Bestimmungen, durch die sich der Kläger verpflichtet hatte, während

der Laufzeit jenes Projekteinzelauftrages und innerhalb von zwölf Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses kein Vertragsverhältnis mit der Deutschen Post AG einzugehen, sind jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, wegen Fehlens einer Karenzentschädigung unwirksam. Insoweit gilt § 74 Abs. 2 HGB entsprechend.

a) Soweit die Mandantenschutzklausel es dem Kläger verwehrte, während der Laufzeit des Vertrages mit der Beklagten für deren Auftraggeber, die Deutsche Post AG, tätig zu werden oder seine Dienstleistungen anzubieten, ist eine Vertragsverletzung des Klägers nicht feststellbar. Der Kläger war bis zum Ende des Projekteinzelauftrages unstreitig nicht unmittelbar für die Deutsche Post AG tätig geworden und hatte dieser auch nicht angeboten, während jenes Zeitraums Dienstleistungen für sie zu erbringen. Sollte mit diesem Verbot auch gemeint gewesen sein, daß es dem Kläger verwehrt war, bereits während des laufenden Vertrages mit dem Auftraggeber über eine spätere Tätigkeit nach Vertragsende zu verhandeln, so unterlag diese Wettbewerbsabrede ebenfalls den durch §§ 74 ff HGB gezogenen Beschränkungen.

b) Wie auch die Revision nicht in Abrede stellt, hatte der Kläger als Subunternehmer im Verhältnis zur Beklagten die Stellung eines "freien Mitarbeiters". In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht, das sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stützen kann (BAG NJW 1998, 99, 100), hat auch der Senat keine durchgreifenden Bedenken dagegen, die für kaufmännische Angestellte geltenden Wettbewerbsregelungen der §§ 74 ff HGB wegen des vergleichbaren Schutzbedürfnisses auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter anzuwenden.



c) Trotz der formalen Selbständigkeit des Klägers als Subunternehmer bestand hier im Verhältnis zur Beklagten eine Abhängigkeit, die ein Schutzbedürfnis im vorbezeichneten Sinne begründete. Dazu weist die Revisionserweiterung zutreffend auf folgende Gesichtspunkte hin: Zwar konnte der Kläger Zeit und Ort seiner Arbeit frei bestimmen und wurde stundenweise bezahlt. Tatsächlich war er aber durch seine Arbeit bei der Post voll ausgelastet. Weitere Aufträge von anderer Seite anzunehmen, war ihm nicht möglich. Dies war 1998 schon im dritten Jahr so. Er war zwar fachlichen Weisungen nicht unterworfen, war aber in die Betriebsorganisation der Post eingebunden. Er war insoweit einem Arbeitnehmer mit gleitender Arbeitszeit in etwa gleichgestellt. Aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit im Postbereich hatte er sich dort ein spezielles "Know-how" erworben, welches sein wesentliches wirtschaftliches Potential darstellte.

d) Daraus hat das Berufungsgericht mit Recht gefolgert, daß das nachvertragliche Wettbewerbsverbot trotz seiner zeitlichen Beschränkung auf zwölf Monate, trotz seiner Beschränkung auf einen einzigen Geschäftspartner und trotz seiner zwischen den Parteien unstreitigen örtlichen Beschränkung auf die Niederlassung der Deutschen Post AG in D. für den Kläger von einschneidender Bedeutung war. Auch wenn er vielseitig einsetzbar war, so konnte nicht angenommen werden, daß er nach mehrjähriger Tätigkeit im Spezialbereich der Deutschen Post AG ohne weiteres und ohne finanzielle Einbußen einen anderen Einsatzbereich hätte finden können. Unter diesen Umständen belastete - auch bei voller Würdigung der von der Revision aufgezeigten berechtigten Interessen der Beklagten - das Wettbewerbsverbot den Kläger in einem Maße, daß er es zumindest nicht entschädigungslos hinzunehmen brauchte.

3. Der Umstand, daß im Vertragsverhältnis der Parteien eine Karenzentschädigung nicht vorgesehen war, bewirkte von Gesetzes wegen, daß das Wettbewerbsverbot nicht verbindlich geworden ist (§ 74 Abs. 2 HGB; vgl. auch § 75d HGB). Auf die Frage, ob die entsprechenden Vertragsklauseln einer Inhaltskontrolle nach dem AGBG (jetzt: nach §§ 307 bis 309 BGB n.F.) standhalten, kommt es daher nicht an. Dies hat die Folge, daß der Kläger weder die Vertragsstrafe verwirkt hat noch sich mit der nach Auslaufen des Projekteinzelauftrages unmittelbar für die Deutsche Post AG aufgenommenen Tätigkeit vertragswidrig verhalten hat. Für die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche der Beklagten fehlt es daher an einer Grundlage.

4. Die Beklagte ist nach alledem mit Recht zur Zahlung verurteilt worden; das Berufungsurteil war unter Zurückweisung der Revision zu bestätigen.

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr