

# Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Haftung der Gesellschaft bei Vereinbarung einer unwirksamen Regelung mit dem GmbH-Geschäftsführer?



**Georg Kalenbach**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht,  
Partner | rugekrömer  
Fachanwälte für Arbeitsrecht

## 1. Die Ausgangslage: Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

Während der Dauer des Anstellungsvertrages ist dem GmbH-Geschäftsführer jede Konkurrenzaktivität in Bezug auf die Gesellschaft untersagt. Er unterliegt einem umfassenden Wettbewerbsverbot, ohne dass dies im Anstellungsvertrag ausdrücklich geregelt sein müsste. Das Wettbewerbsverbot ist vertragsimmanent. Es ergibt sich quasi von selbst aus der Treuepflicht des GmbH-Geschäftsführers, die für ihn während der Dauer seines Geschäftsführeramtes und der Laufzeit seines Anstellungsvertrages besteht.

Nach seinem Ausscheiden hat der GmbH-Geschäftsführer § 85 GmbHG zu beachten. Hierbei handelt es sich um eine strafrechtliche Vorschrift, nach der mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft wird, wer ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer bekannt geworden ist, unbefugt offenbart. Dieses Verbot gilt auch dann, wenn der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers keine expliziten Geheimhaltungsregelungen enthält. Da es sich bei § 85 GmbH um ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft handelt, kann die Gesellschaft den Geschäftsführer bei einer Verletzung der nach § 85 GmbHG strafbewehrten Geheimhaltungspflicht in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB auch zivilrechtlich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

§ 85 GmbHG verbietet jedoch nur die Offenbarung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses. Dagegen ist es dem GmbH-Geschäftsführer nicht untersagt, nach der Beendigung seines Anstellungsverhältnisses mit der Gesellschaft in Konkurrenz zu treten und hierbei

sein erworbenes Know-how zu verwerten. Denn der durch Art. 12 GG gewährleistete Schutz der Berufsausübungsfreiheit ermöglicht dem GmbH-Geschäftsführer die Aufnahme einer neuen Tätigkeit auch dann, wenn diese mit der Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einhergeht.

Sofern die Gesellschaft eine Konkurrenzaktivität ihres ausgeschiedenen Geschäftsführers verhindern möchte, muss sie mit ihm im Anstellungsvertrag oder gesondert ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist auch erforderlich, wenn die Gesellschaft nicht (nur) eine Konkurrenzaktivität verhindern möchte, sondern wenn es ihr darum geht, den Wechsel ihres Geschäftsführers zu Kunden oder Lieferanten zu verhindern. Denn ein Verbot, zu einem Konkurrenzunternehmen zu wechseln, schützt in der Regel nicht vor einem Wechsel des GmbH-Geschäftsführers zu Kunden oder Lieferanten.

## 2. Nichtigkeit des zu weit gefassten Wettbewerbsverbots

Die Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gegenüber Arbeitnehmern richtet sich nach den Regelungen der §§ 74 ff. HGB. Ob diese Vorschriften auch für GmbH-Geschäftsführer gelten, die regelmäßig nicht auf Grundlage eines Arbeitsvertrages, sondern eines Dienstvertrages für die Gesellschaft tätig werden, ist stark umstritten. Die herrschende Meinung in der Literatur und Teile der untergerichtlichen Rechtsprechung wenden die §§ 74 ff. HGB auch auf Fremdgeschäftsführer an und begründen dies mit der einem Arbeitnehmer vergleichbaren wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit. Dies ist

sehr gut nachvollziehbar, zumal sich gerade im Konzernverbund die Stellung von Geschäftsführern kaum von denjenigen leitender Angestellter unterscheidet.

Dennoch lehnt es der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ab, die §§ 74 ff. HGB auch auf GmbH-Geschäftsführer anzuwenden (grundlegend BGH, Urteil v. 26.3.1984 – II ZR 229/83).

Stattdessen prüft der Bundesgerichtshof, ob die Regelungen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und deshalb nichtig sind. Dies ist der Fall, wenn ein Wettbewerbsverbot nicht dem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient oder wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert.

Daneben unterliegen die mit GmbH-Geschäftsführern vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbote einer AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, sofern sie – wie in der Regel – von der Gesellschaft vorformuliert und nicht individuell ausgehandelt wurden.

Ein fundamentaler Unterschied der beiden Ansätze (Anwendung der §§ 74 ff. HGB oder Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB) zeigt sich in den Fällen eines inhaltlich zu weit gefassten Wettbewerbsverbots.

Nach § 74a Abs. 1 HGB ist ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses der Gesellschaft dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Karenzentschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers enthält. Das Wettbewerbsverbot wird also auf das zulässige Maß „zurechtgestutzt“ (sog. geltungserhaltende Reduktion).

Bei Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB führt ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot dagegen zur Nichtigkeit und ist damit insgesamt unwirksam. Die Unwirksamkeit kann von jedermann geltend gemacht werden und damit auch von der Gesellschaft, die die Nichtigkeit durch die zu weite Fassung des Wettbewerbsverbotes verursacht hat. Ist demnach der Geschäftsführer zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots bereit und verlangt die Karenzentschädigung, so kann sich die Gesellschaft auf die Nichtigkeit berufen und die Zahlung verweigern.



### 3. Schadensersatzpflicht der Gesellschaft

Ein solches zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot war Gegenstand der Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil v. 15.12.2020 – 6 U 172/18). Dort verlangte eine Geschäftsführerin eine Karenzentschädigung in Höhe von 383.078,39 Euro mit der Begründung, sie habe sich an das im Anstellungsvertrag vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot gehalten. Dieses lautete auszugsweise wie folgt:

*„Während der Dauer dieses Vertrages sowie der auf seine Beendigung folgenden drei Jahre ist es dem Geschäftsführer nicht gestattet, für eigene oder fremde Rechnung, selbständig oder unselbständig in einem Betrieb tätig zu werden, der gleichartig mit der GmbH ist oder mit ihr in Wettbewerb treten könnte. In gleicher Weise ist es dem Geschäftsführer untersagt, einen solchen Betrieb zu beraten oder gelegentlich zu unterstützen. Er wird sich während des genannten Zeitraumes auch nicht an Geschäften beteiligen, die von der GmbH getätigt werden könnten.“*

Das OLG Brandenburg war der Auffassung, bereits die Vereinbarung einer dreijährigen Geltungsfrist sei unwirksam. Es sei grundsätzlich von einer Geltungsdauer von höchstens zwei Jahren auszugehen.

Auch der räumliche Umfang des Wettbewerbsverbots überschreite das notwendige Maß. Die Vereinbarung grenze den räumlichen Wirkungsbereich des Tätigkeitsverbots in keiner Weise ein und erschwere damit nicht lediglich das berufliche Fortkommen der Geschäftsführerin in ihrem Tätigkeits- und Erfahrungsbereich, sondern

schließe es de facto aus. Es könne kein schutzwürdiges Interesse der GmbH daran bestehen, dass der ehemalige Geschäftsführer für eine gewisse Zeit nach Vertragsbeendigung vollständig als Wettbewerber ausgeschaltet werde.

Schließlich überschreite auch der gegenständliche Umfang des Wettbewerbsverbots die erlaubten Grenzen. Das OLG Brandenburg begründete dies damit, dass der Geschäftsführerin nach der vorgenannten Regelung jede Art von Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen verboten sei, ohne dass die Art ihrer Tätigkeit oder ihrer Stellung eingegrenzt worden wäre. Ein Verstoß wäre danach auch dann gegeben, wenn sie bei einem Konkurrenzunternehmen in untergeordneter oder fachfremder Stellung, wie z. B. als Hausmeister tätig würde. Ein rechtliches Interesse an einer so weitgehenden Einschränkung der beruflichen Tätigkeit sei nicht erkennbar (zum „Hausmeisterargument“ vgl. bereits OLG München v. 2.8.2018 – 7 U 2107/18).

Dies führte nach Auffassung des OLG Brandenburg zur Sittenwidrigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes und damit zur Nichtigkeit der Regelung (§ 138 Abs. 1 BGB). Eine geltungserhaltende Reduktion schied nach dem Vorgesagten ebenfalls aus, sodass die Klägerin aufgrund der Unwirksamkeit der Regelung auch keinen vertraglichen Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung hatte.

Das OLG Brandenburg half der Geschäftsführerin dennoch. Denn es erkannte der Geschäftsführerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe der geschuldeten Karenzentschädigung zu. Das Gericht begründete dies damit, dass sich derjenige wegen Verschuldens bei Vertragsschluss haftbar machen kann, der einen von ihm verfassten, aber unwirksamen Vertrag mit seinem Partner schließt. Hier habe

sich die Gesellschaft dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, dass sie den unwirksamen Vertragstext formuliert habe und damit bei der Geschäftsführerin das Vertrauen hervorgerufen habe, dass sie ihr eine Karenzentschädigung zahlt, wenn sie nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses von der Aufnahme einer Tätigkeit für einen Mitbewerber Abstand nimmt.

Ein anderer möglicher Ansatz kann in solchen Fällen darin bestehen, es als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzusehen, wenn sich die Gesellschaft auf die selbst herbeigeführte Nichtigkeit der Regelung beruft.

#### 4. Praxistipp

Die oben genannte Rechtsprechung, wonach umfassende Wettbewerbsverbote, die keine Ausnahme für untergeordnete Tätigkeiten vorsehen (z. B. als Hausmeister), unwirksam sind, hat viel Kritik erfahren. Dennoch wird sich die Praxis darauf einstellen müssen. Es sollte daher bei der Formulierung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote darauf geachtet werden, für solche Fälle eine Ausnahme vom Tätigkeitsverbot zu formulieren. Diese könnte wie folgt lauten:

*„Das Verbot gilt nicht für untergeordnete Tätigkeiten, die keinen Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen vermitteln und solche Funktionen betreffen, die mit der bisherigen Tätigkeit als Geschäftsführer in keinem Zusammenhang stehen.“ ■*

