

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 183737**

**letzte Aktualisierung: 11. Juni 2021**

**HGB § 60**

**Wettbewerbsverbot bei Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an einer GmbH; nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen Minderheitsgesellschafter**

**I. Sachverhalt**

Die A-GmbH ist 100 %-ige Muttergesellschaft der X-GmbH. Die A-GmbH hat reine Holdingfunktion, die X-GmbH ist operativ tätig. V ist mit 15 % an der A-GmbH beteiligt (ohne Geschäftsführer zu sein) und will diese Anteile für 1 Mio. € an den Mitgesellschafter K verkaufen. Dabei soll vereinbart werden, dass V 50 % des Kaufpreises zurückzahlen hat, wenn er innerhalb von fünf Jahren in Wettbewerb mit der X-GmbH tritt.

**II. Fragen**

1. Gilt die Zwei-Jahres-Grenze für nachvertragliche Wettbewerbsverbote auch in diesem Fall?
2. Würde es einen Unterschied machen, wenn der Kaufpreis 500.000 € beträgt und derselbe Betrag als „Prämie“ für das Wohlverhalten während der fünf Jahre bezahlt würde (im Voraus oder später)?

**III. Zur Rechtslage**

**1. Prüfungsmaßstab für Wettbewerbsklauseln**

Wettbewerbsverbote sind am Maßstab des § 138 BGB sowie des § 1 GWB zu messen. Beide Normen führen im Ergebnis zu einer Abwägung nach ähnlichen Kriterien, so dass es sich letztlich bei der Zulässigkeit jedes Wettbewerbsverbots um eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls handelt. Eine abschließende Antwort vermögen wir daher in einem Rechtsgutachten nicht zu geben, bemühen uns jedoch, nachfolgend die maßgeblichen Kriterien aufzuzeigen.

§ 1 GWB prüft entsprechende Klauseln daran, ob die Beschränkung des freien Wettbewerbs als solches hingenommen werden kann. § 138 BGB dagegen berücksichtigt die Einschränkung der Freiheit gewerblicher Betätigung auf Seiten des Verpflichteten (vgl. allgemein zu den Maßstäben von Wettbewerbsbeschränkungen bei einem Unternehmensverkauf Wagener/Schulze, NZG 2001, 157). Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Ein Verstoß gegen § 1 GWB durch eine wett-

bewerbsbeschränkende Klausel in einem Gesellschaftsvertrag kommt daher grundsätzlich nur bei spürbarer Beeinflussung der Marktverhältnisse in Betracht. Dies ist bei kleinen GmbHs regelmäßig nicht der Fall (Lieder, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 233). Bei der Unternehmensveräußerung muss das Verbot „nach Zeit, Ort und Gegenstand auf das Maß beschränkt werden, das erforderlich ist, damit der Erwerber die ihm bei der Unternehmensübertragung überlassenen Kundenbeziehungen festigen kann“ (Schnelle, GmbHR 2000, 599, 600). Die Prüfung am Maßstab des § 138 BGB erfordert, dass das Wettbewerbsverbot vollständig durch ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten abgedeckt sein muss. Außerdem muss es sich hinsichtlich der zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Beschränkungen im Rahmen des Angemessenen halten (BeckOGK-BGB/Fehrenbach, Std.: 1.5.2021, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 305).

Für die Rechtfertigung von Wettbewerbsverboten gelten je nach Kontext unterschiedliche Anforderungen. Unterschieden werden im Gesellschaftsrecht insbesondere vertragliche von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, die häufig in Gesellschaftsverträgen bzw. Anstellungsverträgen für Geschäftsführer und/oder Gesellschafter vereinbart werden. Die Anforderungen sind dabei strenger, wenn es sich um nachvertragliche Wettbewerbsverbote handelt; sie sind für Minderheitsgesellschafter außerdem strenger als für Geschäftsführer oder Gesellschafter mit maßgeblichem Einfluss auf die Gesellschaft (vgl. BeckOGK/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 187 ff.).

Vorliegend handelt es sich jedoch um eine in zweierlei Hinsicht atypische Konstellation. Einerseits ist die Klausel nicht in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart (und regelt – wie typisch – Pflichten gegenüber der Gesellschaft), sondern wird – soweit unser Verständnis des Sachverhalts – im Verhältnis zwischen zwei (ehemaligen) Mitgesellschaftern im Zuge eines Anteilskaufvertrags vereinbart. Andererseits betrifft die Klausel nicht den Wettbewerb zu der Gesellschaft, an der eine direkte Beteiligung besteht, sondern zu deren Tochtergesellschaft. Der Einfluss beider Punkte auf das zu prüfende Wettbewerbsverbot soll nachfolgend untersucht werden.

## 2. Prüfungsmaßstab für Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen

### a) Ausgangspunkt

Bei einem Unternehmenskaufvertrag ist danach zu differenzieren, welchen Umfang die Transaktion hat. Bei einem Verkauf des gesamten Unternehmens besteht ein Interesse des Neugesellschafters daran, dass der Altgesellschafter den Wettbewerb unterlässt (Lieder, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 13 Rn. 260). Dies dürfte sogar bereits im Unternehmenskauf als Nebenpflicht enthalten sein, so dass es sich bei der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zunächst lediglich um eine Ausformulierung dieser bereits bestehenden Pflicht handeln dürfte (BeckOGK-BGB/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 304; vgl. auch BGH NJW-RR 2006, 1037: Geschäftsgrundlage).

Dagegen wird das Interesse bei einem Erwerb eines Minderheitsanteils (wie vorliegend der 15 %) verneint. Entsprechend geht *Lieder* davon aus, dass ein Wettbewerbsverbot bei Verkauf der Beteiligung eines Minderheitsgesellschafters nichtig sein soll (Lieder, § 13 Rn. 262), allerdings ohne dies weiter zu begründen. Auch wenn diese Beurteilung in die richtige Richtung gehen mag, lässt sich die Aussage in ihrer Allgemeinheit nicht halten. Richtigerweise wird – wie stets bei Wettbewerbsverboten – zu differenzieren sein. Hat der Minderheitsgesellschafter im vorliegenden Fall die Kon-

trolle ausgeübt (etwa über Sonderrechte im Gesellschaftervertrag) oder hatte er sonst prägenden Einfluss auf die Gesellschaft oder insbesondere Zugang zu Know-how oder sonstigen Geschäftsgeheimnissen, würde auch bei einer Konkurrentätigkeit eines Minderheitsgesellschafters eine nachträgliche Wertminderung der verkauften Anteile drohen (so Rudersdorf, RNotZ 2011, 509, 522). Dies kann ein Interesse des Erwerbers an einem Wettbewerbsverbot begründen. Ähnliches dürfte im Fall einer personalistisch geprägten GmbH gelten oder dann, wenn die Mitarbeit des Veräußerers in besonderer Weise das Geschäft geprägt hat. In jedem Fall wird zu fordern sein, dass der Minderheitsgesellschafter in erheblicher Weise über eine bloße Finanzbeteiligung hinaus tätig geworden ist (Rudersdorf, RNotZ 2011, 509, 522).

## **b) Zwischenergebnis**

Entsprechend halten wir ein Wettbewerbsverbot für einen Minderheitsgesellschafter bereits grundsätzlich für äußerst problematisch. Anhaltspunkte, die ein Interesse des Erwerbers an einem so weitreichenden Wettbewerbsverbot begründen, könnten sich jedoch aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, die für uns aus dem Sachverhalt aber nicht ersichtlich sind. Wir beschränken uns daher auf die folgenden, allgemein gehaltenen Hinweise.

Die Lage ist hier ähnlich wie im Verhältnis Gesellschaft/Gesellschafter, bei dem die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ebenfalls eingeschränkt ist (nur zulässig, wenn diese beherrscht haben, Geschäftsführer waren oder Gesellschafter in einer personalistischen GmbH, Lieder, § 52 Rn. 246). Tatsächlich kann sogar ein weitgehender Gleichlauf zu dieser Konstellation bestehen, wenn der Erwerber Alleingesellschafter wird oder mit dem Erwerb jedenfalls einen so großen Anteil an der Gesellschaft hält, dass sein Interesse auch das der Gesellschaft ist. Für die nachfolgenden Überlegungen kann daher auch auf Literatur zurückgegriffen werden, die sich mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Gesellschafter befasst. Dabei ist aus unserer Sicht jedoch zu beachten, dass als schützenswertes Interesse des Erwerbers im Verhältnis zum Veräußerer nur die Wertminderung des vom Veräußerer verkauften Anteils von 15 % zu berücksichtigen ist.

## **c) Bei der Einzelabwägung zu berücksichtigende Kriterien**

### **aa) Schützenswertes Interesse**

Es muss ein schützenswertes Interesse vorliegen, hier ein solches des Erwerbers. Dieses kann mit dem der Gesellschaft korrespondieren. Bei einem Ausscheiden eines Gesellschafter-Geschäftsführers werden grundsätzlich nur zwei berechnigte Interessen anerkannt, der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie der Schutz des vorhandenen Kunden- und Lieferantenkreises (Schnelle, GmbH 2000, 599, 601). Ist der Verkäufer nur Gesellschafter, kann ein Interesse des Erwerbers jedenfalls dann begründet sein, wenn er – etwa wegen Zugriff des Veräußerers auf Know-how oder Geschäftsgeheimnisse – bei einer Konkurrentätigkeit des Veräußerers um eine Wertminderung der erworbenen Anteile fürchten muss.

**bb) Inhaltlicher Umfang**

Bei einem Wettbewerbsverbot ist vom sachlichen Umfang her zwischen einem umfassenden Tätigkeitsverbot und einer (bloßen) Kunden- bzw. Mandantenschutzklausel zu unterscheiden. Ein umfassendes Tätigkeitsverbot beeinträchtigt die Berufsfreiheit stärker als eine bloße Kundenschutzklausel und ist daher (allenfalls) zulässig, wenn eine Kunden- bzw. Mandantenschutzklausel keinen hinreichenden Schutz bietet, etwa wenn der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beabsichtigt ist und die Gesellschaft auch ein nachvollziehbares Interesse an dem umfassenden Verbot hat (Lieder, § 13 Rn. 247; Schnelle, GmbHR 2000, 599, 601).

**cc) Zeitlicher Umfang**

Teilweise werden für den Unternehmenskauf längere Fristen als zwei Jahre gehandelt. Gegen die Orientierung an der Frist nach §§ 74a Abs. 1 S. 3, 90a Abs. 1 S. 2 HGB spreche, dass der Unternehmer anders als befristete Angestellte nicht wirtschaftlich von seinem Arbeitgeber abhängig sei und in der Regel nicht darauf angewiesen sei, sich seinen Lebensunterhalt durch den Einsatz seiner Fähigkeiten zu verdienen (BeckOGK-BGB/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 309).

Abzustellen ist dabei auch auf den konkreten Zweck des Wettbewerbsverbots; handelt es sich darum, dass Know-how geschützt werden soll, können u. U. längere Fristen angemessen sein, als wenn es sich um den Schutz von Mandanten handelt. Überwiegend wird für eine Mandanten- bzw. Kundenschutzklausel eine Begrenzung des Wettbewerbsverbots in zeitlicher Hinsicht auf zwei Jahre für angemessen gehalten (Lieder, § 13 Rn. 250; Jedoch nicht als generelle Obergrenze anzusehen, wenn dargelegt werden kann, warum sich die Kundenbeziehungen nach zwei Jahren noch nicht verflüchtigt haben; so wohl auch BeckOGK-BGB/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 310; bis maximal drei Jahre). Geht es um die Übertragung von Know-how, sollen drei Jahre in Anlehnung an Äußerungen der Europäischen Kommission als Höchstgrenze gelten (Rudersdorf, RNotZ 2011, 509, 520; Lieder, § 13 Rn. 261; Europäische Kommission, Bekanntmachung Nebenabreden, ABl. 2005 C 56/24, Rn. 20; früher für Know-how-Schutz wohl fünf Jahre: Schnelle, GmbHR 2000, 599, 600). Andere halten auch in Unternehmenskaufverträgen stets zwei Jahre für ausreichend (Wagener/Schultze, NZG 2001, 157).

Das OLG Karlsruhe (DStRE 2020, 1533) hat in einem jüngeren Fall sogar ein Betätigungsverbot von fünf Jahren (mit räumlich beschränktem Umfang) im Fall des Verkaufs einer Freiberuflerpraxis für zulässig gehalten (siehe auch OLG München NJW-RR 1995, 1191; fünf Jahre bei einer Sanierung). Dabei wurden jedoch alle Anteile verkauft und die Tätigkeit (Steuerberater) war stark durch die persönlichen Mandantenkontakte geprägt. Dies kann sogar eine zeitlich unbeschränkte Mandantenschutzklausel rechtfertigen (OLG Karlsruhe DStRE 2020, 1533; BeckOGK-BGB/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 307). Vor einer Verallgemeinerung einzelner Elemente der Entscheidung – ohne etwa den räumlichen Bezug oder die übrigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen – muss gewarnt werden.

**dd) Räumlicher Umfang**

Empfohlen wird auch, in ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot eine räumliche Komponente aufzunehmen, da im Zweifel Wettbewerbsverbote sonst bundes- oder gar weltweit gelten und an einem solchen Verbot kein schützenswertes Interesse bestehe. Ein Wettbewerbsverbot dürfe räumlich nicht weiter gefasst sein, als der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft reiche (Lieder, § 13 Rn. 251; BeckOGK-BGB/Fehrenbach, § 307 Wettbewerbsverbotsklausel Rn. 308).

**ee) Karenzenschädigung**

Eine Karenzenschädigung wird für die Prüfung nach GWB nicht gefordert (Schnelle, GmbHR 2000, 599, 600). Im Bereich des § 138 BGB kann sie dagegen eine Sittenwidrigkeit abwenden, insbesondere dann, wenn es sich um umfassende Tätigkeitsverbote handelt (Lieder, § 13 Rn. 245, 256; Schnelle, GmbHR 2000, 599, 601). Wird die berufliche Tätigkeit des Verpflichteten nur *ingeschränkt*, kann eine entschädigungslose Karenz ggf. zulässig sein.

**ff) Geltungserhaltende Reduktion**

Ob ein umfassendes Wettbewerbsverbot mittels geltungserhaltender Reduktion auf einen zulässigen Inhalt zurückgeführt werden kann, ist noch nicht abschließend geklärt. Der BGH hat bisher lediglich entschieden, dass Überschreitungen des *zeitlichen* Maßes geltungserhaltend korrigiert werden können (vgl. etwa BGH DNotZ 1998, 905). In der neueren Literatur und auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch u. E. die Tendenz erkennbar, dass Überschreitungen des räumlichen Maßes ebenfalls geltungserhaltend korrigiert werden können, dies zumindest dann, wenn nicht auch ein Verstoß gegen das sachliche und/oder zeitliche Übermaßverbot vorliegt (Lieder, § 13 Rn. 255; Traub, WRP 1994, 802; Melullis, WRP 1994, 686; Hirte, ZHR 1990, 443; OLG Hamburg WRP 1987, 258). Ob eine salvatorische Klausel in diesem Zusammenhang hilft, wird unterschiedlich beurteilt, wohl überwiegend aber bejaht (OLG Köln NZG 2001, 165; Lieder, § 13 Rn. 255; a. A.: Gitter, NZG 2001, 169).

**3. Beurteilung des Verbots von Wettbewerb zu einer Tochtergesellschafts**

Wenig ergiebig ist die Literaturlage zur Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn das Wettbewerbsverbot zur Tochtergesellschaft besteht. Grundsätzlich erhöht der Umstand, dass die durch das Wettbewerbsverbot geschützte Tätigkeit in einer Tochtergesellschaft stattfindet, also mediatisiert und von der Gesellschaft (bzw. hier sogar dem Gesellschafter), die das Wettbewerbsverbot vereinbart, weiter entfernt ist, nicht das schutzwürdige Interesse desjenigen, der vom Wettbewerbsverbot profitiert. Bei einer Konstellation wie der vorliegenden – insbesondere, wenn man unterstellt, dass die Tochtergesellschaft nicht nur zu 100 % von der Holding gehalten wird, sondern auch der einzige Vermögensgegenstand der Holding ist – dürfte jedoch kein wesentlicher Unterschied bestehen. Für die Bewertung nach Maßstäben der Sittenwidrigkeit oder der Beschränkung des freien Marktes macht es keinen Unterschied, ob die Tätigkeit in der Mutter- oder der Tochtergesellschaft stattfindet, wenn es sich wirtschaftlich um das gleiche Unternehmen handelt. Entsprechend dürfte der Umstand, dass die Tochtergesellschaft alleine operativ tätig ist, keine Verschiebung der oben genannten Maßstäbe bedeuten.