

# KONKURRENZKLAUSEL UND KONKURRENZVERBOT

## SONDERREGELN FÜR WIRTSCHAFTSTREUHÄNDER?



UNIV.-LEKTOR DR. GEORG BRUCKMÜLLER

Rechtsanwalt

Das Arbeitsrecht bewegt sich stets im Spannungsfeld zwischen den unterschiedlichen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dies wird vor allem auch im Bereich der Vorschriften über Konkurrenzverbote und Konkurrenzklauseln offensichtlich.

Hinsichtlich der Frage, ob Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber Konkurrenz machen dürfen, steht das Bedürfnis des Arbeitgebers nach Schutz vor Verlust von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem von ihm erarbeiteten Know-how in Konflikt mit dem Interesse des Arbeitnehmers, auch nach beendetem Arbeitsverhältnis sein volles wirtschaftliches Potenzial am Arbeitsmarkt entfalten zu können.

Während das Verbot konkurrenzierender Nebentätigkeiten für die Zeit während des aufrechten Arbeitsverhältnisses gesetzlich geregelt ist, ist auch die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots grundsätzlich zulässig. Das Know-how, das vom Unternehmen unter Einsatz von Ressourcen geschaffen wurde, soll nicht ohne Weiteres vom ausgeschiedenen Arbeitnehmer verwertet werden. Solchen Vereinbarungen werden jedoch in den §§ 36 f Angestelltengesetz (AngG) gewisse Grenzen auferlegt, um gleichzeitig auch das Recht des Arbeitnehmers auf Erwerbsfreiheit und sein Interesse daran, seine Fähigkeiten und Kenntnisse auf dem Arbeitsmarkt frei entfalten zu können, zu wahren.

### KONKURRENZKLAUSELN

Konkurrenzklauseln, die den Angestellten für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränken, müssen vertraglich gesondert vereinbart werden.

Sie unterliegen darüber hinaus den Einschränkungen der §§ 36 f AngG. Eine Konkurrenzklausel, durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird, ist demnach nur insoweit wirksam, als

- der Angestellte im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht minderjährig ist,
- sich die Beschränkung auf die Tätigkeit des Angestellten im Geschäftszweig des Dienstgebers bezieht,
- der Zeitraum eines Jahres nicht überschritten wird,
- das Fortkommen des Angestellten durch die Beschränkung nicht unbillig erschwert wird und
- das Entgelt, das dem Arbeitnehmer für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührt, das Zwanzigfache der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG nicht übersteigt (aktuell 2021: EUR 3.700,00 brutto).

Der Arbeitgeber kann Ansprüche aus der Konkurrenzklausel gegen den Arbeitnehmer weiters nicht geltend machen, wenn er durch schuldhaftes Verhalten Anlass zum vorzeitigen Austritt oder zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis löst, es sei denn, dass der Arbeitnehmer hierzu durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass gegeben hat oder der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Dauer der Beschränkung weiterhin das ihm zuletzt zukommende Entgelt leistet.

Auch eine im Rahmen einer Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe unterliegt gewissen Beschränkungen. Zum einen ist eine für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe nur insoweit

wirksam, als sie das Sechsfache des letzten Nettomonatsentgelts nicht übersteigt. Zum anderen kann der Arbeitgeber, wenn er die vereinbarte Konventionalstrafe fordert, Ansprüche auf Erfüllung oder Schadenersatz nicht mehr geltend machen. Das gilt auch für den Ersatz eines Schadens, der über die Vertragsstrafe hinausgeht.

Eine besondere Form von Konkurrenzklauseln stellen nach der Rechtsprechung Klientenschutzklauseln (Mandanten-, Kundenschutzklauseln) dar. Solche Vereinbarungen verbieten es dem Arbeitnehmer, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klienten des früheren Arbeitgebers in einem anderen Arbeitsverhältnis oder als Selbstständiger zu betreuen beziehungsweise diese abzuwerben. Da sie als Konkurrenzklauseln zu qualifizieren sind, unterliegen Klientenschutzklauseln den Einschränkungen der §§ 36 f AngG.

## KONKURRENZVERBOT

Vom nachvertraglichen Beschäftigungsverbot zu unterscheiden ist das Konkurrenzverbot während aufrechtem Dienstverhältnis. Dadurch wird dem Arbeitnehmer verboten, während des Dienstverhältnisses bis zu dessen Beendigung konkurrenzierende Nebentätigkeiten auszuführen. Solche Verbote sind meist gesetzlich geregelt. Die diesbezügliche Regelung für (bei Kaufleuten beschäftigte) Angestellte findet sich in § 7 AngG. Auf bei Wirtschaftstreuhandern angestellte Personen findet § 7 Abs. 4 AngG sinngemäß Anwendung. Aufgrund dieser Bestimmung ist es den erfassten Personen untersagt, ohne Einwilligung des Arbeitgebers Aufträge, die in das Gebiet der geschäftlichen Tätigkeit des Dienstgebers fallen, auf eigene oder fremde Rechnung zu übernehmen, sofern dadurch das geschäftliche Interesse des Arbeitgebers beeinträchtigt wird.

Ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot, wenn also der Arbeitnehmer ein Nebengeschäft im Gewerbe des Arbeitgebers betreibt und ihm somit Konkurrenz macht, stellt eine Verletzung der gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Treuepflicht dar. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall entweder Schadenersatz fordern oder stattdessen verlangen, dass das für Rechnung des Angestellten geschlossene Geschäft als für seine Rechnung geschlossen angesehen wird. Bei den für fremde Rechnung geschlossenen Geschäften kann er die Herausgabe der bezogenen Vergütung oder die Abtretung des Vergütungsanspruchs fordern.

## SONDERREGELUNG IM WTBG

Eine Sonderregelung findet sich im Berufsrecht der Wirtschaftstreuhand. Im Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (WTBG), dem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater unterliegen, ist ein gesetzliches Konkurrenzverbot normiert. Demnach ist es Personen, welche bei einem Wirtschaftstreuhandern beschäftigt sind, verboten, „während, innerhalb und anlässlich der Beendigung“ der Tätigkeit ohne Zustimmung des Arbeitgebers Aufträge oder Bevollmächtigungen von dessen Klienten selbst zu übernehmen oder dessen Klienten anderen Berufsberechtigten

zuzuführen (§ 77 Abs. 10 WTBG). Dieses Verbot gilt nur während des aufrechten Beschäftigungsverhältnisses bis zu dessen Beendigung, es beschränkt den Arbeitnehmer somit nicht für die Zeit danach. Es muss nicht gesondert vereinbart werden, sondern gilt kraft Gesetzes.

## AUSLEGUNG UND GRENZEN VON § 77 ABS. 10 WTBG

Im Kern verbietet die Vorschrift, während eines Dienstverhältnisses oder bei dessen Beendigung Aufträge oder Klienten zu übernehmen.

Zunächst ist der **persönliche Anwendungsbereich** zu untersuchen: Der Wortlaut der Bestimmung stellt auf alle Personen ab, die bei Wirtschaftstreuhandern beschäftigt sind. Der § 77 Abs. 10 WTBG erfasst BuchhalterInnen, LohnverrechnerInnen genauso wie WirtschaftstreuhandernInnen und eine interdisziplinäre Zusammenarbeit iSd § 78 Abs. 1 WTBG. Aufgrund welcher Rechtsbeziehung und in welchem Ausmaß diese Personen für einen Wirtschaftstreuhandern arbeiten, ist ebenso ohne Belang. Auch in einem freien Dienstverhältnis Tätige, auf Werkvertragsbasis Arbeitende und Geschäftsführer einer Wirtschaftstreuhandgesellschaft sind von § 77 Abs. 10 WTBG erfasst.

Arbeiten Steuerberater im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) zusammen, kann man meines Erachtens nicht davon ausgehen, dass diese „bei einem Wirtschaftstreuhandern beschäftigt werden“. Die Mandate werden in diesem Fall nicht an eine juristische Person erteilt, sondern an jeden einzelnen Berufsträger separat. Übernimmt ein Berufsträger anlässlich der Auflösung der GesbR Klienten oder Mandate des anderen, greift § 77 Abs. 10 WTBG nur dann, wenn ein Berufsträger für den anderen Berufsträgern teilweise gearbeitet hat. Denkbar ist, dass sich ein Wirtschaftstreuhandern von einem anderen vorübergehend oder für bestimmte Angelegenheiten vertreten lässt. Diese Lücke lässt sich nur bedingt durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) schließen. Unlauteres Eindringen in einen fremden Kundenkreis, irreführende Geschäftspraktiken oder die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen ergänzen den Rechtsschutz bei Abwerben von Kunden dort, wo § 77 Abs. 10 WTBG nicht greift.

Die Verletzung von § 77 Abs. 10 WTBG stellt aber auch für sich eine den Wettbewerb regelnde Norm dar, deren Verletzung in der Regel einen Rechtsbruch iSd § 1 UWG darstellt. Bei Klagen ist zu beachten, dass bei berufsspezifischen Streitigkeiten vor Beschreiten des Rechtsweges die Angelegenheit dem Schlichtungsausschuss vorzulegen ist. Für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kann hingegen gleich ein Zivilgericht zuständig gemacht werden.

Der **sachliche Anwendungsbereich** ergibt sich aus der Formulierung „anlässlich der Beendigung der Tätigkeit“. Gemeint ist damit jedenfalls, dass ein zeitlicher und/oder sachlicher Zusammenhang zwischen der Beendigung der

Tätigkeit und der Übernahme eines Auftrages bzw. einer Bevollmächtigung vorliegen muss.

Je weiter die beiden Zeitpunkte auseinanderfallen, desto schwieriger wird der Nachweis zu führen sein, dass die Übernahme des Mandates anlässlich der Beendigung erfolgt ist. Es kommt dabei meines Erachtens auch darauf an, welche Arbeiten der Wirtschaftstreuhand für den Klienten bisher zu erbringen hatte. Bei einem Dauerauftrag, wie etwa der laufenden Buchhaltung, ist eine nahtlose Übernahme eines Auftrages unzulässig. Wird ein Dauerauftrag gemäß der in Punkt 9 (3) AAB - Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftstreuhandberufe 2018 genannten Kündigungsfrist von drei Monaten vom Klienten beendet und schließt er dann einen Auftrag ab, kann man meines Erachtens noch davon ausgehen, dass eine Beendigung anlässlich der Beendigung der Tätigkeit erfolgt. Bei Einzelaufträgen wird es darauf ankommen, wie lange dieser vor der Beendigung der Tätigkeit abgeschlossen wurde.

Grundsätzlich ist ein Wirtschaftstreuhand, der sich auf eine Verletzung von § 77 Abs. 10 WTBG beruft, für die Erfüllung der Tatbestandselemente beweispflichtig. Kann dieser einen zeitlichen und/oder sachlichen Zusammenhang im obigen Sinne nachweisen, stellt sich die Frage, ob derjenige, der nach der Beendigung der Tätigkeit ein Mandat oder eine Bevollmächtigung annimmt, den Gegenbeweis antreten kann, dass die Bevollmächtigung nicht anlässlich der Beendigung seiner Tätigkeit erfolgt ist. Meines Erachtens kann dieser den Beweis antreten, dass der Auftragswechsel nicht anlässlich der Beendigung der Tätigkeit erfolgt ist, sondern andere wichtige Gründe, wie etwa Versäumnisse oder Fehlleistungen des Wirtschaftstreuhanders, Ursache des Wechsels waren.

## AKTUELLE JUDIKATUR DES OBERSTEN RICHTSHOFES

Der OGH hat sich erst kürzlich mit dem Verbot nach § 77 Abs. 10 WTBG auseinandergesetzt. Die zentrale Fragestellung in dem gegenständlichen Verfahren war, ob das Verbot des § 77 Abs. 10 WTBG den Beschränkungen für Konkurrenzklauseln gemäß § 36 AngG unterliegt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagten waren beim Kläger, der als Wirtschaftstreuhand tätig ist, als Bilanzbuchhalterinnen beschäftigt. Ihr jeweiliges Bruttomonatsgehalt lag unter der Einkommensgrenze des § 36 Abs. 2 AngG. In den Dienstverträgen der Beklagten fand sich eine Klientenschutzklausel, welche es den Beklagten verbot, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klienten des Dienstgebers zu betreuen. Für den Fall des Zuwiderhandelns wurde eine Konventionalstrafe vereinbart. Die Beklagten kündigten ihre Dienstverhältnisse mit dem Kläger, nachdem sie eine Buchhaltungs-OG gegründet hatten, in deren Rahmen sie selbstständig tätig sind. Der Kläger brachte vor, die Beklagten hätten unter Verstoß gegen das Verbot des § 77 Abs. 10 WTBG noch während ihrer aufrechten Dienstverhältnisse Klienten des Klägers aktiv abgeworben und

seien daher zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet. Die Beklagten wandten u.a. die Unwirksamkeit eines Konkurrenzverbots ein, weil ihre zuletzt bezogenen Gehälter den in § 36 Abs. 2 AngG normierten Grenzbetrag nicht erreicht hätten.

Das Erst- sowie das Berufungsgericht wiesen das Klagebegehren ab, da sich dieses auf eine gesetzliche Konkurrenzklausel stütze, die – ebenso wie eine vertragliche Klientenschutzklausel – den Beschränkungen des § 36 AngG unterliege. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil der Frage, ob die Regelung des § 77 Abs. 10 WTBG in Verbindung mit einer vereinbarten Klientenschutzklausel dem Anwendungsbereich des § 36 AngG unterliegt, eine über den Anlassfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

Der OGH teilte die Rechtsansicht der Unterinstanzen nicht. Er gab der Revision des Klägers Folge und führte begründend aus: Das Verbot des § 77 Abs. 10 WTBG und eine vertraglich vereinbarte, dem § 36 AngG unterliegende Konkurrenzklausel dienen beide dem Schutz eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses des Dienstgebers. Zwischen den für den Dienstgeber tätigen Personen und den von ihnen betreuten Klienten entwickelt sich nämlich oft ein Vertrauensverhältnis, welches das Abwerben dieser Klienten erleichtert. Ohne eine entsprechende Regelung würde der Arbeitnehmer also immer Gefahr laufen, dass ihm seine Klienten durch die eigenen Mitarbeiter – entweder während aufrechten Dienstverhältnisses oder nach Beendigung desselben – „ausgespannt“ werden.

Ogleich den beiden angesprochenen Regelungen also ein ähnlicher Zweck zugrunde liegt, unterscheiden sie sich doch in ihrem Anwendungsbereich.

Eine Konkurrenz- bzw. Klientenschutzklausel gemäß §§ 36 f AngG entfaltet ihre Wirkung erst im Anschluss an die Beendigung des Dienstverhältnisses, sie beschränkt den Dienstnehmer also für die Zeit danach in seiner Erwerbstätigkeit, wohingegen das in § 77 Abs. 10 WTBG normierte Verbot während aufrechten Dienstverhältnisses bis zu dessen Beendigung gilt. Der OGH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Bestimmung des § 77 Abs. 10 WTBG keine in Gesetzesform ergangene Konkurrenzklausel gemäß § 36 AngG darstellt. Das bedeutet, dass die Geltendmachung dieses gesetzlichen Anspruchs nicht den Beschränkungen des § 36 AngG, insbesondere auch nicht der Einkommensgrenze des § 36 Abs. 2 AngG, unterliegt. Auch die arbeitsvertragliche Höchstgrenze für die Vereinbarung einer Konventionalstrafe gilt bei Verletzung von § 77 Abs. 10 WTBG nicht. Es ist daher meines Erachtens zulässig in Dienstverträgen für den Fall der Verletzung dieser berufsrechtlichen Vorschrift eine höhere Konventionalstrafe als das Sechsfache des Nettomonatsgehalts zu vereinbaren.

Der OGH ist hiermit jedoch noch nicht am Ende seiner Ausführungen angelangt: Laut Höchstgericht handelt es sich bei dem Verbot nach § 77 Abs. 10 WTBG vielmehr um eine berufsspezifische

Konkretisierung des Konkurrenzverbots nach § 7 Abs. 4 AngG. Diese Qualifikation hat eine nicht ganz unbedeutende Folge: Für die Geltendmachung eines Anspruchs, der sich auf eine Verletzung dieser Bestimmung stützt, ist die Frist des § 7 Abs. 3 AngG zu beachten. Demnach erlöschen Ansprüche des Dienstgebers in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem er Kenntnis vom Abschluss des Geschäftes erlangt hat, jedenfalls aber in fünf Jahren vom Geschäftsabschluss an. Auch ein Anspruch, der sich auf eine Verletzung der Bestimmung des § 7 Abs. 4 AngG stützt, ist unter sinngemäßer Anwendung des § 7 Abs. 3 AngG geltend zu machen. Wenn die Höhe des Schadens noch nicht bezifferbar ist, ist daher eine Feststellungsklage oder ein Anspruch auf Rechnungslegung erforderlich, um die Ansprüche zu sichern.

## CONCLUSIO

Während die Ansicht des OGH, dass es sich beim Verbot des § 77 Abs. 10 WTBG um keine in Gesetzesform ergangene Konkurrenzklausel handelt und die Geltendmachung dieses gesetzlichen Anspruchs somit auch nicht den Beschränkungen der §§ 36 f AngG unterliegt, aufgrund des unterschiedlichen zeitlichen Anwendungsbereichs durchaus konsequent ist, erscheint die Rechtsansicht des OGH hinsichtlich der Qualifikation des § 77 Abs. 10 WTBG als spezifische Konkretisierung des § 7 Abs. 4 AngG nicht ganz so offensichtlich – und vor allem in Hinblick darauf, dass ein derartiger Anspruch unter sinngemäßer Anwendung der Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 AngG geltend zu machen ist – wobei hier vor allem die Dreimonatsfrist unbedingt zu beachten ist – durchaus etwas bedenklich, zumal bei Verletzung des § 77 Abs. 10 WTBG außerhalb des Anwendungsbereiches des AngG die gesetzlichen Verjährungsfristen für Schadenersatzansprüche von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers gelten.

Soweit das AngG auf eine Beschäftigung für einen Wirtschaftstreuhänder anzuwenden ist, gilt nach der nunmehrigen Rechtsprechung für Ansprüche auf Schadenersatz oder Herausgabe der gemachten Vergütung wegen Verletzung von § 77 Abs. 10 WTBG diese kurze Verjährungsfrist. Es ist also essenziell, schnell zu handeln, sobald von einem (möglichen) Verstoß eines Mitarbeiters gegen ein Konkurrenzverbot Kenntnis erlangt wird. ■

## KONTAKT:

Bruckmüller RechtsanwaltsGmbH  
Landstraße 50  
4020 Linz

Tel.: +43-732-77 55 44-0

E-Mail: team@bruckmueller-law.at

## Sprechstelle Wien:

Grünangergasse 8, 1010 Wien

Tel.: 01/5123798

RA Dr. Georg Bruckmüller, Univ.-Lektor

Partner

- 1 Vgl. *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm3 § 36 AngG Rz 5 f.
- 2 Personen, die vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten bei Wirtschaftstreuhänder angestellt sind, unterliegen dem AngG (Art. II Abs. 1 AngG). Die diesbezügliche Regelung für Arbeitnehmer, auf deren Arbeitsverhältnis das AngG nicht anzuwenden ist, findet sich in § 2c AVRAG.
- 3 § 37 Abs. 1 und 2 AngG.
- 4 § 37 Abs. 3 AngG.
- 5 Vgl. *Reissner in Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 37 Rz 54.
- 6 RIS-Justiz RS0118907; 8 ObA 21/04b ZAS 2005/23.
- 7 Vgl. *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm3 § 36 AngG Rz 42 f mwN; RIS Justiz RS0118907.
- 8 Mit Ausnahme des Verbots der Teilnahme am gleichen Wettbewerb; Art. II Abs. 1 AngG.
- 9 § 1 UWG.
- 10 § 2 UWG.
- 11 §§ 26a ff UWG.
- 12 § 76 WTBG, vgl. *ecolex* 1996, 544.
- 13 Das ist laut Punkt 9 (3) AAB 2018 ist ein befristeter oder unbefristeter Auftrag über, wenn auch nicht ausschließlich, die Erbringung wiederholter Einzelleistungen, auch mit Pauschalvergütungen.
- 14 OGH 8 ObA 48/20x.
- 15 Damals gleichlautend § 88 Abs. 8 WTBG.
- 16 Das überrascht nicht sonderlich, da sich eine Konkurrenzklausel gemäß §§ 36 f AngG und das Verbot nach § 77 Abs. 10 WTBG in ihrem zeitlichen Anwendungsbereich unterscheiden.
- 17 *Stefan Schuster*, Das Konkurrenzverbot im WTBG 2017 und AngG in ASoK 2021, 173.