

Zu den Ansprüchen des Arbeitgebers nach § 7 Abs 2 AngG

Verstöße gegen das Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers werden in der Praxis scharf sanktioniert. Meist wird unverzüglich die Entlassung ausgesprochen. § 7 Abs 2 AngG räumt in diesen Fällen dem Arbeitgeber daneben anstelle eines Schadenersatzanspruchs ein Eintrittsrecht in die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte ein. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich aus Praktikersicht mit den Rechtsfolgen und Handlungsalternativen bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot mit besonderem Augenmerk auf die gerichtliche Geltendmachung. Anders als bei vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ist im Arbeitsrecht dieses Thema bislang wenig untersucht.

1. Anwendungsbereich des § 7 Abs 1 AngG

Nach § 7 Abs 1 AngG dürfen Angestellte iSd § 1 AngG ohne Zustimmung des Dienstgebers weder (1.) ein selbstständiges Unternehmen betreiben noch (2.) in dem Geschäftszweig des Dienstgebers für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen.

Das Konkurrenzverbot erstreckt sich über die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses und gilt insb während des Urlaubs, der Kündigungsfrist und einer Dienstfreistellung.¹⁾ Ausschlaggebend ist der rechtliche Bestand des Arbeitsvertrages und nicht die tatsächliche Tätigkeit des Arbeitnehmers.²⁾

§ 7 AngG ist nicht in der Liste des § 40 AngG erwähnt und daher grundsätzlich dispositiver Natur. Das Konkurrenzverbot kann daher im Rahmen des Zulässigen (insb § 879 ABGB) vertraglich erweitert oder vereinbart werden (etwa bei nicht von § 7 AngG erfassten Angestellten). Es empfiehlt sich, dieses Thema bereits vor Abschluss des Arbeitsvertrages zu bedenken und bei der Vertragsgestaltung zu beachten. Die Möglichkeit zur vertraglichen Gestaltung ist insb im Lichte der im Folgenden dargestellten restriktiven Judikatur für den Arbeitgeber praktisch von großer Relevanz.

1.1. Betreiben eines selbstständigen kaufmännischen Unternehmens

Mit „Betreiben“ meint der Gesetzgeber das Führen eines kaufmännischen Unternehmens, wobei die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit entscheidend ist. Eine bloß kapitalmäßige Beteiligung an einem Unternehmen fällt nicht darunter.³⁾ Die Rsp verlangt zu Recht ergänzend zur kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft eine Mitwirkung an der Geschäftsführung des Unternehmens.⁴⁾

Bloße Vorbereitungshandlungen, wie etwa die Anmeldung eines eigenen Gewerbes,⁵⁾ die bloße Gründung oder Beteiligung an einer Gründung eines Konkurrenzunternehmens,⁶⁾ das Führen von bloßen Vorbereitungsgesprächen,⁷⁾ der Ankauf einer

für die künftige selbstständige Gewerbeausübung notwendigen Maschine⁸⁾ oder ein nicht näher konkretisiertes Anbot über die künftige Zusammenarbeit mit einem Dritten,⁹⁾ verletzen das gesetzliche Konkurrenzverbot nicht.¹⁰⁾ Ein vertragliches Verbot kann auch auf Vorbereitungshandlungen ausgedehnt werden. Für die Konkurrenzverbotverletzung ist es unwesentlich, ob der Arbeitnehmer aus der Tätigkeit einen Nutzen hatte.¹¹⁾

Das Betreiben eines selbstständigen Unternehmens unterliegt nur dann § 7 Abs 1 AngG, wenn es sich um ein „kaufmännisches“ iSd § 1 HGB¹²⁾ handelt. Selbstständige Erwerbstätigkeiten des Angestellten, welche die Kriterien eines Handelsgewerbes nicht erfüllen, sind demnach erlaubt. Die Rsp ist bei der vom Konkurrenzverbot erfassten unternehmerischen Tätigkeit des Angestellten restriktiv und will dem Angestellten nicht alle Möglichkeiten wirtschaftlichen Tätigwerdens nehmen.

1.2. Handelsgeschäfte im Geschäftszweig des Dienstgebers

Während die erste Alternative des § 7 Abs 1 AngG (Betreiben eines selbstständigen kaufmännischen Unternehmens) mangels eines Hinweises auf den Geschäftszweck des Arbeitgebers die volle Arbeitskraft und die uneingeschränkte Vertretung der Betriebsinteressen durch den Arbeitnehmer gewährleisten soll, ist in dem Verbot der konkurrenzierenden Nebentätigkeit als zweite Alternative primär das Hintanhalten von Wettbewerbsverstößen und unerwünschter Konkurrenz durch den Arbeitnehmer im eigenen Geschäftszweig zu sehen.¹³⁾ Dieser Tatbestand enthält damit ein Konkurrenzverbot (Wettbewerbsverbot) im eigentlichen Sinn.

Zur Auslegung des Begriffes „Handelsgeschäft“ iSd § 7 Abs 1 AngG knüpft die Rsp an Art 271 und 272 des (zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AngG in Geltung gestandenen) Allgemeinen Handelsgesetzbuches (AHGB) idF vor der

1) RIS-Justiz RS0027887; OGH 2. 3. 2000, 9 ObA 8/00t.

2) *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum AngG § 7 Rz 14.

3) RIS-Justiz RS0028890; OGH 24. 1. 2011, 9 ObA 217/00b.

4) OGH 24. 1. 2001, 9 ObA 217/00b; OGH 20. 12. 1989, 9 ObA 339/89.

5) OGH 9. 6. 1993, 9 ObA 118/93.

6) RIS-Justiz RS0027865; RIS-Justiz RS0029505; OGH 17. 3. 1994, 8 ObA 221/94.

7) OGH 17. 3. 1993, 9 ObA 8/93.

8) OGH 5. 3. 1997, 9 ObA 65/97t.

9) OGH 5. 3. 1997, 9 ObA 65/97t.

10) Daraus könnte sich aber uU eine Verletzung etwa der Treuepflicht des Arbeitnehmers oder von wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen ergeben, worauf hier nicht weiter eingegangen wird.

11) RIS-Justiz RS0027849; OGH 14. 1. 1975, 4 Ob 74/74.

12) Das HGB wurde ersetzt durch das UGB (HaRÄG 2005, BGBl I 2005/120).

13) RIS-Justiz RS0027875; OGH 20. 12. 1989, 9 ObA 339/89; OGH 24. 1. 2001, 9 ObA 217/00b.

Novelle 1928¹⁴⁾ an.¹⁵⁾ Darunter fallen jene Rechtsgeschäfte, die nach der Systematik des AHGB schon ihres Inhaltes wegen als Handelsgeschäfte angesehen wurden (Art 271; absolute oder objektive Handelsgeschäfte), sowie jene Rechtsgeschäfte, die über einen bestimmten Inhalt hinaus die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes dadurch erlangen, dass sie gewerbsmäßig ausgeführt werden (Art 272; relative Handelsgeschäfte), unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des Abschließenden iSd § 343 Abs 1 HGB (nunmehr UGB).¹⁶⁾ Handelsgeschäfte sind ua der Verkauf oder die anderweitige Anschaffung von Waren oder anderen beweglichen Sachen, um sie weiterzueräußern, und die Übernahme einer Lieferung von Gegenständen, die der Unternehmer zu diesem Zweck angeschafft hat, wobei die Anschaffung und Weiterveräußerung in einem zweckgerichteten Zusammenhang stehen müssen.¹⁷⁾

Der Begriff „Handelsgeschäfte machen“ umfasst nicht nur den Abschluss oder die Effektivierung eines Handelsgeschäftes, sondern auch den Versuch eines Abschlusses.¹⁸⁾ Tätigkeiten, die nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind, wie etwa die Unterstützung des Angestellten bei der Buchhaltung des Ehegatten,¹⁹⁾ sind hingegen nicht umfasst. Insb der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist nicht als Handelsgeschäft iSd § 7 Abs 1 AngG anzusehen.²⁰⁾ Eine Konkurrenzverbotverletzung sieht der OGH jedoch darin, wenn ein Angestellter nach Art, Ausmaß und Planmäßigkeit maßgeblich zum Zustandekommen oder zur Abwicklung von Geschäften im Geschäftszweig seines Dienstgebers beiträgt.²¹⁾

Der Begriff „Geschäftszweig“ ist eng auszulegen und umfasst lediglich die vom Arbeitgeber tatsächlich entfaltete Geschäftstätigkeit oder die tatsächlich von ihm geführte Warenart.²²⁾

2. Konsequenzen bei Verstoß gegen das Verbot

Unabhängig von § 7 AngG besteht ein Schadenersatzanspruch nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen, wenn der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot verletzt. Die im ersten Halbsatz in § 7 Abs 2 AngG enthaltene Anordnung hat jedoch angesichts der eigenen Präklusivfristen des § 7 Abs 3 AngG erhebliche Bedeutung. Die Ansprüche des Arbeitgebers erlöschen binnen drei Monaten ab Kenntnis, jedenfalls aber binnen fünf Jahren ab Abschluss des Geschäftes.

Breibt der Angestellte ein selbstständiges kaufmännisches Unternehmen, kann der Dienstgeber den Angestellten auch auf Unterlassung des Weiterbetriebes klagen. Zum Teil wird sogar die Auffassung vertreten, dass in diesen Fällen auch ein Beseitigungsanspruch des Arbeitgebers, also ein Anspruch auf Schließung dieses Unternehmens, in Betracht kommt.²³⁾

Praktisch bedeutsamer ist § 27 Z 3 AngG, der dem Arbeitgeber ein Entlassungsrecht einräumt. Nach Ansicht des OGH fällt die wiederholte Vermittlung von Handelsgeschäften gegen Provision über ein Konkurrenzunternehmen des Arbeitgebers

(dh die gewerbsmäßige Vermittlung von Handelsgeschäften für andere) unter § 27 Z 3 zweiter Fall AngG.²⁴⁾ Dieser Entlassungstatbestand dient der Sicherung des Konkurrenzverbotes des § 7 Abs 1 AngG erster Fall.²⁵⁾

3. „Eintrittsrecht“ und Vergütungs- und Abtretungsanspruch

Statt der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen kann der Arbeitgeber verlangen, „dass die für Rechnung des Angestellten gemachten Geschäfte als für seine Rechnung geschlossen angesehen werden“. Dies wird regelmäßig als sog „Eintrittsrecht“ des Arbeitgebers bezeichnet. „Bezüglich der für fremde Rechnung geschlossenen Geschäfte kann er die Herausgabe der hierfür bezogenen Vergütung oder Abtretung des Anspruches auf Vergütung begehren.“

Die Besonderheit der in § 7 Abs 2 AngG vorgesehenen Ansprüche ist, dass sie unabhängig von einem Schadenseintritt bestehen und der Nachweis eines konkret bezifferten Schadens nicht erforderlich ist. In der Praxis ist es nämlich oftmals schwierig bzw nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, den konkreten Schaden zu ermitteln.

3.1. Anspruch bei Betreiben eines selbstständigen Unternehmens?

§ 7 Abs 2 AngG enthält die Rechtsfolgen für sowohl (i) das verbotene Betreiben eines selbstständigen kaufmännischen Unternehmens als auch (ii) den Abschluss verbotener Handelsgeschäfte („Übertritt der Angestellte diese Vorschrift, ...“). Man könnte annehmen, dass die Geltendmachung von Eintritts- und Vergütungsansprüchen beide Tatbestände des § 7 Abs 1 AngG umfasst.

Diese Auslegung wird von der Rsp²⁶⁾ jedoch abgelehnt und mit dem Wortlaut und Zweck der Regelung begründet: Schon der Umstand, dass die in § 7 Abs 2 AngG normierte Alternative zum Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers an „die ... geschlossenen Geschäfte“ anknüpfe, spreche dafür, dass damit (nur) auf das Verbot, im Geschäftszweig des Arbeitgebers Handelsgeschäfte zu machen, Bezug genommen werde. Va spreche dafür der Sinn des Verbotes, das (primär) darauf abziele, dem Arbeitgeber die volle Arbeitskraft des Angestellten und die uneingeschränkte Vertretung der Betriebsinteressen zu sichern und das daher unabhängig von einer unmittelbaren Konkurrenzierung greife. Dem Gesetzgeber könne wohl nicht unterstellt werden, er wolle im Falle des Verstoßes gegen dieses Verbot dem Arbeitgeber den Eintritt in sämtliche Geschäfte des vom Angestellten geführten kaufmännischen Unternehmens ermöglichen bzw ihm die Vergütung des Angestellten für all diese Geschäfte des Unternehmens zukommen lassen, unabhängig davon, ob diese Geschäfte den Geschäftszweig des Arbeitgebers berühren bzw ob derartige Geschäfte überhaupt vom Arbeitgeber getätigt werden.²⁷⁾

Folgt man der Rsp, können die zum Schadenersatz alternativ vorgesehenen Eintritts- und Vergütungsansprüche nur dann geltend gemacht werden, wenn der Angestellte (i) Handelsgeschäfte verrichtet hat und es sich um eine (ii) konkurrenzierende Tätigkeit im Geschäftszweig des Arbeitgebers gehandelt hat.

14) BGBl 1938/63.

15) RIS-Justiz RS0029469; OGH 30. 4. 2012, 9 ObA 42/12k.

16) OGH 10. 9. 1985, 4 Ob 90/85.

17) OGH 24. 1. 2001, 9 ObA 217/00b; OGH 8. 8. 2007, 9 ObA 45/07v; OGH 30. 4. 2012, 9 ObA 42/12k.

18) OGH 13. 3. 1991, 9 ObA 30/91.

19) OGH 30. 4. 2012, 9 ObA 42/12k.

20) OGH 24. 1. 2001, 9 ObA 217/00b.

21) RIS-Justiz RS0027851; OGH 14. 1. 1975, 4 Ob 74/74.

22) RIS-Justiz RS0027854; OGH 2. 3. 2000, 9 ObA 8/00t; OGH 29. 9. 2010, 9 ObA 15/10m.

23) *Dittrich/Tades*, AngG Kurzkommentar § 7 E 12; ZBl 1917/157; *Resch*, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung 64; zust *Pfeil* in Zeller Kommentar § 7 AngG Rz 25.

24) RIS-Justiz RS0027858; OGH 10. 9. 1985, 4 Ob 90/85.

25) RIS-Justiz RS0111110; OGH 25. 11. 1998, 9 ObA 239/98g.

26) RIS-Justiz RS0122011; OGH 28. 3. 2007, 9 ObA 84/06b.

27) OGH 28. 3. 2007, 9 ObA 84/06b.

Der allgemeine Schadenersatzanspruch bleibt in beiden Alternativen bestehen.

3.2. Vorschieben einer Gesellschaft

Was ist, wenn der Angestellte zur Vertuschung der Wettbewerbshandlungen eine eigene Gesellschaft gründet und unter dem Deckmantel dieser Gesellschaft konkurrenzierende Handelsgeschäfte abwickelt? Die Gründung eines Konkurrenzunternehmens *per se* und die Durchführung von Vorbereitungs- und Handlungen zur Eröffnung eines Betriebes verstößt noch nicht gegen § 7 Abs 1 AngG. Erst wenn der Angestellte selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet und das Unternehmen „betreibt“, ist der erste Tatbestand des § 7 Abs 1 AngG erfüllt. In diesem Fall kann der Arbeitgeber nach der Rsp jedoch nicht Eintritt oder Vergütung iSd § 7 Abs 2 AngG begehren. Der zweite Tatbestand des § 7 Abs 2 AngG ist erst dann erfüllt, wenn der Angestellte konkurrenzierende Handelsgeschäfte (auf eigene oder fremde Rechnung) macht.

Im Anwendungsbereich des UWG hat der OGH in einem Fall, in dem der Arbeitnehmer unter dem Deckmantel einer OHG und unter Verwendung eines Pseudonyms gegen ein Konkurrenzverbot verstoßen hat, entschieden, dass dieses Verhalten sittenwidrig iSd § 1 UWG war.²⁸⁾ Ob und wann liegt in einem solchen Fall ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot des § 7 Abs 1 zweiter Fall AngG vor? Unmittelbar einschlägige Rsp liegt dazu nicht vor. In 9 ObA 240/89²⁹⁾ hält der OGH fest, dass der Arbeitnehmer nicht berechtigt ist, für ein Konkurrenzunternehmen mit Dritten Handelsgeschäfte abzuschließen oder anzubahnen, dh nach außen hin – insb Kunden gegenüber – für das Konkurrenzunternehmen tätig zu werden, vorausgesetzt, dass diese Tätigkeiten während des aufrechten Dienstverhältnisses geschehen.³⁰⁾ Um verbotene Konkurrenzgeschäfte handelt es sich auch, wenn der Angestellte unter fingiertem Namen Eigengeschäfte (Handelsgeschäfte) mit dem Dienstgeber oder Geschäfte unter Vermittlung des Dienstgebers als Kommissionär abschließt.³¹⁾

Ein vergleichender Blick auf §§ 112 f UGB, § 24 GmbHG und § 79 AktG, die Parallelen zu § 7 Abs 1 AngG aufweisen, zeigt Folgendes: Die OG kann im Rahmen des § 113 UGB auch die Herausgabe des Gewinns fordern, den der Gesellschafter durch verbotswidrige Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen erzielt hat.³²⁾ Resch knüpft zum AngG an diese Auffassung an und lehrt, dass in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt ist, ein Eintritt des Arbeitgebers in den Unternehmensertrag denkbar erscheint, soweit dieser auf konkrete Geschäfte rückführbar ist.³³⁾ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, soweit es sich dabei um konkurrenzierende Handelsgeschäfte iSd § 7 Abs 1 AngG handelt, da auch der Zweck dieser Bestimmung darin liegt, eine unerwünschte Konkurrenz durch den Arbeitnehmer im eigenen Geschäftszweig zu vermeiden. Die zu § 113 UGB hM kann jedoch nur mit Einschränkungen übernommen werden: Im Gegensatz zu § 113 UGB, der an den Begriff „Geschäfte“ anknüpft, stellt § 7 Abs 1 AngG auf den engeren (und restriktiv interpretierten) Begriff der „Handelsgeschäfte“ ab. § 24 Abs 1 GmbHG und § 79 Abs 2 AktG verbieten es, im

Geschäftszweig der Gesellschaft „Geschäfte“ zu machen, worunter nicht nur rechtsgeschäftliche Tätigkeiten im Rahmen von Handelsgeschäften fallen. Der Begriff der „Geschäfte“ ist viel weiter gefasst.³⁴⁾ Im Lichte der restriktiven Rsp zum Konkurrenzverbot des § 7 AngG ist die Beteiligung des Angestellten an einem Konkurrenzunternehmen allein nicht als Handelsgeschäft iSd § 7 Abs 1 AngG anzusehen.³⁵⁾

Macht man sich diese Gedanken im Arbeitsrecht zunutze, wird ein Eintritts- oder Vergütungsanspruch des Arbeitgebers auch dann gegeben sein, wenn der Angestellte unter dem Deckmantel einer von ihm allein und zu Zwecken der Konkurrenz gegründeten Gesellschaft konkurrenzierende Handelsgeschäfte abwickelt. In der Praxis stößt diese Konstellation freilich regelmäßig auf Beweisschwierigkeiten. Wirft man ergänzend einen Blick auf § 24 Abs 1 GmbHG und § 79 Abs 2 AktG, wird diese Ansicht bekräftigt: Unter § 24 Abs 1 GmbHG fallen nach hM auch Geschäfte, die von einem Vertreter im Namen des Geschäftsführers oder von einem Treuhänder auf seine Rechnung gemacht werden.³⁶⁾ Und: Alles, was dem Vorstandsmitglied durch § 79 Abs 1 AktG verboten ist, darf es selbstverständlich auch nicht durch indirekte Stellvertreter („Strohmann“, verdeckte Treuhänder) tätigen.³⁷⁾

4. Wahlrecht des Arbeitgebers

Der durch die Verletzung des Konkurrenzverbotes betroffene Arbeitgeber hat ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und den in § 7 Abs 2 AngG alternativ dazu vorgesehenen Rechten. Die Ausübung dieses Wahlrechtes erfolgt entweder durch Erklärung an den Angestellten oder durch die Einbringung einer Klage.

Das Recht ist durch die einmal ausgeübte Wahl endgültig konsumiert, insb wenn der Arbeitgeber den Schadenersatzanspruch gerichtlich geltend gemacht hat oder in das Handelsgeschäft eingetreten ist. Auch die Zurückziehung der zugestellten, die Wahl enthaltene Klage kann diese materielle Gestaltung nicht mehr beseitigen. Nach Ablauf der Frist des § 7 Abs 3 AngG kann außerdem aus materiellechtlichen Gründen (Verfristung) keine Klagsänderung mehr erfolgen.³⁸⁾ Für mehrere Geschäfte, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, kann das Eintrittsrecht nur einheitlich ausgeübt werden, und nicht etwa bloß für die wirtschaftlich vorteilhaften³⁹⁾ (keine „Rosinentheorie“).

Im Rahmen der Eintrittserklärung müssen die Geschäfte des Angestellten im Einzelnen spezifiziert werden. Allein die Erklärung des Dienstgebers, in sämtliche verbotswidrige Geschäfte des Angestellten eintreten zu wollen, ist zu unbestimmt.⁴⁰⁾ Eine zu allgemein gehaltene Erklärung führt zu keinem Eintritt.⁴¹⁾ In der Praxis stößt man regelmäßig auf das Problem, dass dem Arbeitgeber die wesentlichen Informationen fehlen, die ihm ermöglichen, eine fundierte Entscheidung zu treffen. Zunächst fordert die Rsp die Kenntnis des Arbeitgebers über die vom Angestellten konkret verrichteten verbotswidrigen Geschäfte.⁴²⁾ Oft weiß der Arbeitgeber nur aus „unsicherer“ Quelle, dass

28) OGH 21. 2. 1961, 4 Ob 307/61.

29) RIS-Justiz RS0027878; OGH 27. 9. 1989, 9 ObA 240/89.

30) OGH 11. 2. 1986, 5 Ob 301/86.

31) Dittich/Tades, AngG Kurzkommentar § 7 E 9; ZBl 1916/15.

32) Artmann in Jabornegg, UGB² § 113 Rz 5 mwN.

33) Resch in Löschnigg, AngG § 7 Rz 37.

34) Straube, GmbH-Gesetz Kommentar § 24 Rz 11.

35) OGH 24. 1. 2000, 9 ObA 217/00b.

36) Straube, GmbH-Gesetz Kommentar § 24 Rz 12.

37) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG Kommentar⁵ §§ 77-84 Rz 74.

38) RIS-Justiz RS0110601; OGH 24. 8. 1998, 8 ObA 199/98t.

39) Resch in Löschnigg, AngG § 7 Rz 39; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 113 Rz 4.

40) Marhold/Burgstaller/Preyer, Kommentar zum AngG § 7 Rz 73.

41) OGH 22. 9. 1966, 5 Ob 156/66.

42) OGH 22. 9. 1966, 5 Ob 156/66.

ein Angestellter konkurrenzierende Tätigkeiten ausübt, und hat keine näheren Informationen über den genauen Inhalt (insb über den möglichen Gewinn) dieser Geschäfte. Wie kommt er zu den Informationen?

Nach Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO kann geklagt und zur Eidesablegung verhalten werden, wer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein Vermögen oder Schulden anzugeben verpflichtet ist. Dies normiert keinen eigenen Auskunftsanspruch, sondern setzt eine materiellrechtliche Auskunftspflicht voraus.⁴³⁾ Wie verhält es sich nun mit § 7 Abs 2 AngG? Diese Bestimmung sieht eine Auskunftspflicht nicht ausdrücklich vor. Die ältere Rsp zog daraus den Schluss, dass § 7 Abs 2 AngG keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Rechnungslegung vorsieht, solange vom Eintrittsrecht nicht Gebrauch gemacht wurde, und lehnte einen Anspruch vor Ausübung des Wahlrechts ab.⁴⁴⁾

Im Schrifttum wird vertreten, dass bei auf gesetzliche Schuldverhältnisse bezogenen Auskunftsansprüchen – im Unterschied zu den auf einer vertraglichen Vereinbarung basierenden – eine unmittelbare und ausdrückliche Anordnung im Gesetz erforderlich sei.⁴⁵⁾ Würde man dieser Ansicht folgen, so hätte dies die eigentümliche Folge, dass auf Basis der Bestimmung des § 7 Abs 2 AngG kein Anspruch auf Rechnungslegung besteht, wogegen in Fällen, in denen das Konkurrenzverbot vertraglich vereinbart wurde, ein solcher Anspruch bestünde. Diese sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung ist abzulehnen.

Der OGH ist vom grundsätzlichen Erfordernis einer ausdrücklichen Regelung in den Materiengesetzen nunmehr abgegangen und vertritt die Auffassung, dass eine Aufklärungspflicht direkt aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis abgeleitet werden könne. Eine erweiterte Aufklärung sei unter zwei Voraussetzungen gegeben: Erstens müsse der Klagsanspruch dem Grunde nach zu Recht bestehen. In dieser Situation soll der Kläger grundsätzlich nicht mehr an Beweisschwierigkeiten betreffend Inhalt und Umfang seiner Forderung scheitern, wie zB auch auf prozessuellem Gebiet § 273 ZPO zeige. Zweitens müsse eine Interessenabwägung zugunsten des Klägers ausfallen.⁴⁶⁾

Im Ergebnis hat der Arbeitgeber somit bereits vor der Ausübung des Wahlrechts einen Anspruch auf Rechnungslegung gegenüber dem Angestellten, sofern dieser Anspruch darauf abzielt, dem Arbeitgeber diejenigen Informationen vermögensrechtlicher Art zu verschaffen, deren er zur Rechtsklärung bedarf. Diese Auffassung harmoniert mit dem Telos des § 7 Abs 2 AngG und trägt den praktischen Problemen bei der Ermittlung des konkreten Schadens des Arbeitgebers Rechnung. Außerdem ist es mit den Folgen von §§ 112 f UGB, § 24 Abs 3 GmbH und § 79 Abs 3 AktG zur Frage der Rechnungslegung konsistent. Dort ist anerkannt, dass ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zusteht.⁴⁷⁾ Aus § 113 HGB (nunmehr UGB), der Gesellschafter müsse die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lassen, geht nach der Rsp hervor, dass er sich wie ein Machthaber behandeln lassen müsse und daher auch § 1012 ABGB gelte, wonach der Gewalthaber schuldig ist, dem Machtgeber Rechnung zu legen.

43) OGH 5. 11. 2002, 4 Ob 237/02k.

44) RIS-Justiz RS0027838; OGH 24. 2. 1952, 4 Ob 12/59.

45) Konecny in Fasching, Zivilprozessgesetze² Art XLII EGZPO Rz 31 mwN.

46) RIS-Justiz RS0106851; OGH 16. 12. 1996, 1 Ob 2370/96b.

47) Koppenteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 24 Rz 14 mwN; RZ 1962,39; OGH 18. 10. 1961, 5 Ob 208/61; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 79 Rz 8 mwN.

5. Zur Qualifikation des Vergütungs- und Abtretungsanspruchs

Über die Qualifikation des „Eintrittsrechts“ besteht Unklarheit. Zum Teil werden alle in § 7 Abs 2 AngG alternativ zum Schadenersatz vorgesehenen Rechtsfolgen gleichbedeutend als „Eintrittsrecht“ bezeichnet.⁴⁸⁾ Zum Teil werden nur die für auf eigene Rechnung des Angestellten verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte vorgesehenen Rechtsfolgen als „Eintrittsrecht“ bezeichnet.⁴⁹⁾

Welche Rechtsfolge des § 7 Abs 2 AngG zur Anwendung gelangt, hängt davon ab, auf wessen Rechnung der Angestellte das verbotswidrige Handelsgeschäft abgeschlossen hat: Tätigt er dieses Geschäft auf eigene Rechnung (Eigengeschäfte), kann der Arbeitgeber anstelle der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen fordern, dass diese verbotswidrigen Geschäfte als für seine Rechnung geschlossen angesehen werden. Tätigt der Angestellte hingegen verbotswidrig Handelsgeschäfte auf fremde Rechnung (Fremdgeschäfte), kann der Arbeitgeber anstelle von Schadenersatz entweder die Herausgabe der hierfür bezogenen Vergütung oder die Abtretung des Vergütungsanspruchs fordern.

Ausschlaggebend für die Frage, ob es sich bei den verbotswidrigen Geschäften um Eigengeschäfte oder Fremdgeschäfte gehandelt hat, ist, unter welchen Bedingungen diese Geschäfte eingegangen wurden. Für fremde Rechnung macht ein Arbeitnehmer Geschäfte, die er im Erwerbsinteresse eines Dritten, sei es im eigenen Namen, sei es als Bevollmächtigter, vornimmt. Im Gegenzug gilt: Hatte der Arbeitnehmer die Absicht, sich das ökonomische Resultat des Geschäfts zuzueignen (sich also den Gewinn zugutekommen zu lassen), wird ein Eigengeschäft vorliegen.⁵⁰⁾ Im Nachfolgenden wird zur Vereinfachung der Begriff „Eintrittsrecht“ verwendet.

5.1. Qualifikation des „Eintrittsrechtes“

Bei den in § 7 Abs 2 AngG vorgesehenen Rechtsfolgen handelt es sich um eine im Arbeitsrecht atypische Bestimmung mit handelsrechtlichem Ursprung. Was ist unter diesem „Eintrittsrecht“ zu verstehen?

Rechtsdogmatisch betrachtet, handelt es sich um kein Eintrittsrecht im engeren Sinn: Das ABGB kennt die Übertragung von Forderungen (Zession) und die Übernahme von Schulden (Schuldübernahme), nicht aber die Übertragung von Schuldverhältnissen als Ganzes. Diese ist nur dann zulässig, wenn alle Beteiligten zustimmen.⁵¹⁾ Neben der rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme sieht das Gesetz nur in einigen wenigen Fällen kraft Gesetzes wirkende Eintritte vor, wie etwa § 12a MRG, § 14 MRG oder § 3 AVRAG. Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, dass das Gesetz jeweils ausdrücklich anordnet, dass der Berechtigte in bestehende Vertragsverhältnisse eintritt. Ein solches Eintrittsrecht ist in § 7 Abs 2 AngG *expressiv verbis* nicht vorgesehen. Der Arbeitgeber kann lediglich „verlangen“, dass die Eigengeschäfte des Arbeitnehmers „als für seine Rechnung geschlossen“ angesehen werden. Eine gesetzliche Vertragsüber-

48) Resch in Löschnigg, AngG § 7 Rz 37; Resch in Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung 66.

49) Pfeil in Zeller Kommentar § 7 AngG Rz 18; Marhold/Burgstaller/Preyer, Kommentar zum AngG § 7 Rz 71.

50) Resch in Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung 58; Lubszynski, Das Eintrittsrecht des Principals in Eigengeschäfte des Gehilfen, ZBl 1892, 129 (II) und 169 (II).

51) Welser, Bürgerliches Recht Band II¹³, 135 mwN.

nahme liegt nicht vor. Das bedeutet, dass das Recht des Arbeitgebers lediglich im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirkt⁵²⁾ und der Arbeitnehmer gegenüber dem Dritten Vertragspartei bleibt. Aufgrund des Wortlautes von § 7 Abs 2 AngG („... kann der Dienstgeber ...“) liegt auch keine Legalzession vor, sondern bedarf die Geltendmachung der Ansprüche der vorherigen Ausübung eines Gestaltungsrechts.

Da die für eine Drittwirkung erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann die „Geschäftsüberlassung“ nur im Innenverhältnis zwischen dem Angestellten und dem Arbeitgeber durch Überlassung des Geschäftsertrages erfolgen. Es handelt sich daher nicht um ein „Recht zum Eintritt“, weil die Geltendmachung des Rechts keine Wirkung gegenüber Dritten hat, sondern um einen Anspruch des Arbeitgebers auf das wirtschaftliche Ergebnis des verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfts. Mit der Verpflichtung, dass der Angestellte das verbotswidrige Geschäft als auf Rechnung des Arbeitgebers gelten lassen muss, ist nur das Ziel des Anspruchs formuliert, wonach die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile des Geschäfts auf den Arbeitgeber übertragen werden. Dahinter steht wohl die Überlegung, dass sich die abgeschöpfte Bereicherung im Regelfall mit jenem Schaden des Arbeitgebers deckt, der dem Arbeitgeber durch den Nichtabschluss dieses Geschäfts entstanden ist. Die schwer durchführbare Schadensberechnung soll vermieden werden.⁵³⁾

Charakterisieren lässt sich das „Eintrittsrecht“ daher als ein besonderer verschuldensabhängiger Anspruch auf Herausgabe einer verbotswidrig erlangten Bereicherung.⁵⁴⁾ Es betrifft das Rechtsverhältnis zwischen dem Angestellten und dem Arbeitgeber. Die diesbezüglichen Rechtsfolgen sind dem Auftragsverhältnis iSd §§ 1002 ff ABGB nachgebildet. Der Anspruch des Arbeitgebers nach § 7 Abs 2 AngG bezieht sich nur auf die einzelnen verbotswidrigen Geschäfte, gleichgültig ob der Arbeitnehmer ein selbstständiges kaufmännisches Unternehmen betreibt oder außerhalb eines solchen geschäftlich tätig geworden ist. Den Eintritt in das vom Arbeitnehmer verbotswidrig betriebene Unternehmen selbst, also in die Stellung des Arbeitnehmers als Inhaber, Gesellschafter etc, sieht § 7 Abs 2 AngG nicht vor.⁵⁵⁾

5.2. Qualifikation des Vergütungs- und Abtretungsanspruchs

Tätigt der Angestellte Handelsgeschäfte auf fremde Rechnung (Fremdgeschäfte), kann der Arbeitgeber gem § 7 Abs 2 AngG anstelle von Schadenersatz entweder die Herausgabe der hierfür bezogenen Vergütung oder die Abtretung des Vergütungsanspruches fordern. Anders als beim oben beschriebenen „Eintrittsrecht“ bei verbotswidrigen Eigengeschäften besteht bei verbotswidrigen Fremdgeschäften ein Anspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe der Vergütung bzw ein Anspruch auf Abtretung des dem Angestellten für das Geschäft zustehenden Vergütungsanspruches.

Der Anspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe der „*hierfür bezogenen Vergütung*“ kann sich nur gegen den Arbeitnehmer richten, da die für die Fremdgeschäfte bezogene Vergütung dem Arbeitnehmer zusteht. Auch der Anspruch auf Abtretung dieser

Vergütung kann sich nur gegen den Arbeitnehmer, nicht aber gegen den Dritten richten, der die Vergütung dem Arbeitnehmer schuldet. Kann aber vom Dritten die an den Arbeitnehmer geschuldete und noch nicht geleistete Vergütung herausverlangt werden? Hier besteht im Schrifttum Uneinigkeit. Insb wird diskutiert, ob die in § 7 Abs 2 AngG vorgesehene Abtretung nur im Innen- oder auch im Außenverhältnis wirkt:

Nach einer Ansicht wirkt die Abtretung nur im Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber; ohne Zustimmung des Dritten bleibt dessen Vertragspartner der Arbeitnehmer.⁵⁶⁾ Um auch Außenwirkung zu erlangen, müssten sämtliche Vertragsparteien, also auch der Vertragspartner des Arbeitnehmers, einer Vertragsübernahme zustimmen.⁵⁷⁾ Zum anderen wird die Meinung vertreten, dass für die Abtretung die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1392 ff ABGB gelten und die Abtretung des Vergütungsanspruches demnach Außenwirkung entfaltet und eine Zustimmung des Dritten nicht erforderlich ist.⁵⁸⁾ Nach dieser Auffassung ist der Arbeitgeber berechtigt, die offene Forderung unmittelbar beim Dritten, also dem Vertragspartner des Angestellten, geltend zu machen.

Dieser Meinungsstreit löst sich auf, wenn man die beiden Rechtsinstitute Forderungsabtretung einerseits und Vertragsübernahme andererseits auseinanderhält. Während die Forderungsabtretung, welche nach den allgemeinen Regeln der §§ 1392 ff ABGB nicht der Zustimmung des Schuldners bedarf und ausschließlich zwischen Zedenten und Zessionar vereinbart wird, die Übertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger zum Inhalt hat, werden bei der Vertragsübernahme (auch Vertragseintritt) sämtliche Verpflichtungen und Forderungen vom Vertragsübernehmer (Eintretenden) übernommen. Letztere bedarf der Zustimmung aller Beteiligten und entfaltet daher immer Außenwirkung.

Der Anspruch auf Abtretung richtet sich ebenso wie der Herausgabeanspruch primär gegen den Angestellten. Bestärkt wird diese Auffassung durch § 113 Abs 1 UGB, nach dem die Herausgabe der pflichtwidrig bezogenen Vergütung bzw die Anspruchsabtretung „von dem Geschäftsführer“ verlangt werden kann. Da sowohl das Wettbewerbsverbot der §§ 112 f UGB als auch das Konkurrenzverbot des § 7 AngG Wettbewerbsverstöße bzw eine unerwünschte Konkurrenz durch den Gesellschafter bzw Arbeitnehmer im eigenen Geschäftszweig hintanhalten möchte, erscheint eine diesbezügliche Anlehnung an § 113 Abs 1 UGB angebracht.

6. Prozessuale Geltendmachung

Wie oben aufgezeigt wurde, handelt es sich bei der in § 7 Abs 2 AngG für Eigengeschäfte des Arbeitnehmers alternativ zum Schadenersatz vorgesehenen Rechtsfolge nicht um ein „Recht zum Vertragseintritt“. Der Arbeitgeber hat lediglich den Anspruch auf Herausgabe des wirtschaftlichen Ergebnisses des verbotwidrig abgeschlossenen Geschäfts. Er kann vom Arbeitnehmer – gegen Ersatz des Aufwandes – die Herausgabe dessen verlangen, was er aus dem verbotswidrigen Geschäft erlangt hat. Aus prozessualer Sicht bedeutet dies, dass die Klage des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer nach

52) Dies war Ende des 19. Jh strittig. Vgl bloß *Lubszynski*, ZBl 1892, 169.

53) *Resch* in *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung* 69; OGH 28. 3. 2007, 9 ObA 84/06b.

54) *Resch*, *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung* 68.

55) *Schuster-Bonnott*, *Wettbewerb und Arbeitsrecht*, ZAS 1973, 83 mwN.

56) *Pfeil* in *Zeller Kommentar* § 7 AngG Rz 19; *Resch*, *Nebenbeschäftigung* 66 f, *Resch* in *Löschnigg*, AngG § 7 Rz 40.

57) *Marhold/Burgstaller/Preyer*, *Kommentar zum AngG* § 7 Rz 72; *Resch*, *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung* 68.

58) So *Marhold/Burgstaller/Preyer*, *Kommentar zum AngG* § 7 Rz 78.

Erklärung des Eintritts mittels Leistungsbegehrens geltend zu machen ist.

Die vom OGH in einer Entscheidung aus 1915⁵⁹⁾ vertretene Meinung, auf die in der Literatur verwiesen wird, wonach der Dienstnehmer auf Duldung des Eintritts des Dienstgebers in das noch pendente Rechtsgeschäft und auf Herausgabe der vom Dienstnehmer aus den bereits abgewickelten Geschäften erzielten und zugekommenen materiellen Vorteile geklagt werden müsse, ist überprüfungsbedürftig. Richtig ist, dass der Dienstgeber gegen den Angestellten grundsätzlich einen Anspruch auf Herausgabe des aus den verbotswidrigen Geschäften erzielten Vorteils hat. Duldungsklagen sind hingegen darauf gerichtet, dem Beklagten die Duldung bestimmter Handlungen aufzutragen; dieses Dulden besteht zB in der Unterlassung der Behinderung bestimmter Handlungen. Bei noch nicht abgewickelten Geschäften hat der Dienstnehmer nichts zu „dulden“, sondern die Geschäfte (nunmehr auf Rechnung des Arbeitgebers) fortzusetzen. Diese Rechtsfolge ergibt sich schon aus dem Gesetz, sobald sie der Dienstgeber geltend gemacht hat.⁶⁰⁾

Die Klage des Arbeitgebers ist daher grundsätzlich eine Leistungs-, nicht Feststellungsklage.⁶¹⁾ Auf Feststellung kann etwa dann geklagt werden, wenn der Arbeitgeber ein rechtliches Interesse hat, insb wenn die verbotswidrigen Geschäfte noch nicht abgewickelt wurden oder die Leistung vom Arbeitneh-

mer sonst nicht verlangt werden kann, weil er diese etwa vom Dritten noch nicht erhalten hat.

7. Zusammenfassung

Die Rsp ist bei Anwendungsbereich und Rechtsfolgen von § 7 AngG restriktiv, insb bei Auslegung der Begriffe Betreiben eines kaufmännischen Unternehmens sowie Handelsgeschäfte. Im Lichte dessen ist es aus Sicht des Rechtsanwenders zu empfehlen, bei der Gestaltung des Arbeitsvertrages auf diesen Tatbestand besondere Aufmerksamkeit zu legen und sowohl Umfang des Konkurrenzverbots als auch die Rechtsfolgen genau zu regeln. Diesbezüglich besteht weitgehend Vertragsfreiheit. Anders als in vielen Gesellschaftsverträgen wird dieses Thema in Arbeitsverträgen bislang weniger umfangreich behandelt.

In der Praxis hat bei einem Verstoß gegen das Konkurrenzverbot für den Arbeitgeber insb das Entlassungsrecht besondere Bedeutung. Unterlassungsansprüche nach dem UWG stehen daneben zu. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist insb aufgrund der kurzen dreimonatigen Präklusivfrist nach § 7 Abs 2 AngG das Eintrittsrecht mit enormen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Informationsdefizite erschweren die Ausübung des Wahlrechts. Soweit für den Arbeitgeber in der Praxis aufgrund des meist bestehenden dringenden Handlungsbedarfs überhaupt machbar, empfiehlt es sich, neben einer sorgfältigen vertraglichen Regelung sehr genaue Nachforschungen zu und Dokumentationen des Sachverhalts durchzuführen bzw zu erstellen, bevor eine endgültige Entscheidung getroffen wird. Hier stellen sich schwierige Abwägungsfragen.

59) OGH 19. 10. 1915, ZBI 1916/15.

60) Schuster-Bonnott, Wettbewerb und Arbeitsrecht, ZAS 1973, 83; OGH 19. 10. 1915, ZBI 1916/15.

61) Dittrich/Tades, AngG Kurzkommentar § 7 E 13.

Foto Barnert Egermann Illigasch
Rechtsanwälte



Der Autor:

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte in Wien. Er ist insb auf die Bereiche Arbeits-, Gesellschafts- und Immobilienrecht spezialisiert. Er ist Fachvortragender insb zum internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht an der FH Eisenstadt sowie zur Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Kontakt: egermann@beira.at

Publikationen des Autors:

ua Mitautor von Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar; Mitautor von Societas Europaea, Das Praxishandbuch für Unternehmen in Deutsch und Englisch.

Die Autorin:

Dr. Sabine Hauer ist Rechtsanwältin bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH in Wien mit den Schwerpunkten Zivil-, Arbeits- und Immobilienrecht.

Kontakt: hauer@beira.at

Foto Barnert Egermann Illigasch
Rechtsanwälte



Personalverrechnung für die Praxis – pvp.lexisnexis.at

- ➔ Viele Beispiele & Fälle aus dem praktischen Alltag der Personalverrechnung
- ➔ Komplexe Inhalte leicht verständlich und praxisbezogen aufbereitet
- ➔ Anschauliche Graphiken, wertvolle Tipps und nützliche Checklisten
- ➔ Übersicht über Gesetzesänderungen und neue Gerichtsentscheidungen

Jahresabonnement 2012
12 Ausgaben um nur € 139,-

Online-Archiv inklusive!

Zeitschriftenarchiv & News zum Thema: pvp.lexisnexis.at

Bestellen Sie jetzt:
E-Mail: bestellung@lexisnexis.at