

## 14

**§ 37 AngG – Geltendmachung der Konkurrenzklausele**

Durch Kündigung des AG wird das Dienstverhältnis noch nicht beendet, sondern lediglich in das Abwicklungsstadium versetzt. Eine vereinbarte Konkurrenzklausele bleibt wirksam, wenn das Dienstverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist im beiderseitigen Einvernehmen aufgelöst wird.

**§ 36 AngG – Grenzen der Konkurrenzklausele**

Der Angestellte kann durch eine Konkurrenzklausele nicht gezwungen werden, seinen erlernten Beruf aufzugeben und damit in eine berufsfremde Sparte mit zwangsläufig geringerem Einkommen überzuwechseln. Konnte der Angestellte infolge fortgeschrittenen Alters trotz ernstlichen Bemühens keinen adäquaten branchenfremden Arbeitsplatz finden, ist ihm die Einhaltung einer vereinbarten Konkurrenzklausele insbesondere dann nicht zuzumuten, wenn er noch für zwei schulpflichtige Kinder zu sorgen hat und für den ehemaligen AG bloß die Möglichkeit eines Wettbewerbsnachteils besteht.

OGH 19. 12. 1984, 4 Ob 142/84; LG Wien 18. 6. 1984, 44 Cg 96/84; AG Wien 17. 1. 1984, 8 Cr 164/83.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die kIP vom Bekl, ihrem ehemaligen AN, die Zahlung eines Betrages von S 100.000,- sA aus dem Rechtsgrunde einer Konventionalstrafe. Das Erstger wies das Klagebegehren ab.

Die kIP hatte mit dem Bekl vereinbart, daß im Falle der Auflösung des Dienstverhältnisses dieser auf ein Jahr jede Tätigkeit für Konkurrenzunternehmen zu unterlassen habe. Im gegenteiligen Fall verpflichtete er sich zu einer Konventionalstrafe in der Höhe von S 100.000,-.

Der Bekl wurde mit Wirkung vom 1. 1. 1978 zum „Gebietsleiter Ost“ bestellt. Infolge des Umsatzrückganges erwies sich die Weiterbeschäftigung des Bekl für die kIP als unrentabel. Da das Angebot, künftig für die kIP als Einkaufsleiter tätig zu sein, für den Bekl eine spürbare Einkommensverringerung ergeben hätte, lehnte er das Angebot ab. Die kIP sprach hierauf mit Schreiben vom 15. 11. 1982 die Kündigung des Bekl zum 15. 2. 1983 aus.

Dieser suchte in der Folge intensiv eine neue Arbeitsstelle und erhielt schließlich von einer Vorarlberger Firma das Anbot, für sie als Vertreter für das „Gebiet Ost“ ab 1. 1. 1983 tätig zu werden. Ein Arbeitsantritt zum 16. 2. 1983 wäre für diese Firma, welche Plastikwaren vertreibt und daher kein Konkurrenzbetrieb zur kIP (diese vertreibt Bürsten und Besen) ist, nicht in Betracht gekommen, weil sie dringend einen Vertreter brauchte.

Der Bekl und die kIP einigten sich am 17. 12. 1982 auf eine Lösung des Arbeitsverhältnisses „im beiderseitigen Einverständnis“ zum 31. 12. 1982. Die kIP ersparte sich dadurch die Zahlung des Entgelts für den Bekl für die Zeit vom 1. 1. 1983 bis 15. 2. 1983.

Da der Bekl bei seinem neuen AG infolge Zahlungsschwierigkeiten monatelang kein Entgelt erhalten hatte, schied er mit 15. 3. 1983 aus diesem Unternehmen wieder aus. Am 8. 7. 1983 wurde der Konkurseröffnungsantrag über dieses Unternehmen mangels Kostendeckung abgewiesen. Der Bekl hat gegen diese Firma einen Exekutionstitel über S 60.000,- für rückständiges Entgelt erwirkt. Er ist 46 Jahre alt und hat für zwei schulpflichtige Kinder zu sorgen. Er versuchte in der Folge intensiv einen Arbeitsplatz bei branchenfremden Firmen zu erhalten, hatte damit aber wegen seines fortgeschrittenen Alters keinen Erfolg. Für ihn war die Aufnahme einer neuen Arbeit dringend notwendig. Er ergriff daher die ihm gebotene Möglichkeit, mit 1. 4. 1983 bei der Firma S. in S. eine Arbeit anzunehmen. Dieses Unternehmen ist ein Konkurrenzunternehmen der kIP.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstger die Auffassung, die kIP könne den Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe nicht geltend machen, weil sie das Arbeitsverhältnis durch eine vom Bekl nicht verschuldete Kündigung aufgelöst habe.

Das BerGer bestätigte diese Entscheidung, war aber der Meinung, die tatsächliche Beendigung sei erst durch die einver-

nehmliche Auflösung zum 31. 12. 1982 herbeigeführt worden. Im Hinblick auf die prekäre wirtschaftliche Situation des Bekl hätte jedoch diesem die Einhaltung der Konkurrenzklausele nicht zugemutet werden können.

Der OGH wies die Revision der kIP ab.

**Entscheidungsgründe des OGH:**

Entgegen der vom Bekl vertretenen Auffassung, das Arbeitsverhältnis sei gar nicht durch eine einvernehmliche Beendigung, sondern durch die von der kIP ausgesprochene Kündigung aufgelöst worden, ist vorweg darauf hinzuweisen, daß nach dem Wortlaut des Schreibens der kIP vom 17. 12. 1982 kein Zweifel daran bestehen kann, daß die Parteien nach Ausspruch der arbeitgeberseitigen Kündigung zum 15. 2. 1982 das Arbeitsverhältnis über Verlangen des Bekl zum 31. 12. 1982 „im beiderseitigen Einvernehmen“ aufgelöst haben. Im übrigen hat der Bekl selbst vorgebracht, daß das Arbeitsverhältnis mit 31. 12. 1982 „im beiderseitigen Einvernehmen“ beendet worden sei.

Durch den Ausspruch der Kündigung am 15. 11. 1982 wurde das Arbeitsverhältnis noch nicht aufgelöst, sondern lediglich in das Auflösungsstadium versetzt. Dies schließt nicht aus, daß das Arbeitsverhältnis während des Laufes der Kündigungsfrist, also während des Auflösungsstadiums, auf eine andere Weise und zu einem anderen Zeitpunkt aufgelöst wird. Dies ist hier über Wunsch des Bekl durch Abgabe übereinstimmender, auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. 12. 1982 gerichteter Willenserklärungen beider Parteien geschehen. Das Arbeitsverhältnis wurde daher durch einvernehmliche Auflösung und nicht durch arbeitgeberseitige Kündigung beendet. Daß dieser einvernehmlichen Auflösung der Wunsch des Bekl nach einer Vorverlegung des Kündigungstermines und damit nach einer Verkürzung der Kündigungsfrist zugrunde lag, vermag an dem Rechtscharakter der selbständigen, die Wirkung der vorangegangenen Kündigung beseitigenden, einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nichts zu ändern. Da die für den AG geltende dreimonatige Kündigungsfrist des § 20 Abs 2 AngG gemäß dem § 40 AngG nicht verkürzt werden kann, blieb den Parteien, um dem Wunsch des Bekl nach einem früheren Ausscheiden aus dem Unternehmen der kIP Rechnung tragen zu können, nur die Möglichkeit einer einvernehmlichen Auflösung. Da somit das Arbeitsverhältnis der Streitparteien durch einvernehmliche Auflösung und nicht durch eine arbeitgeberseitige Kündigung aufgelöst wurde, steht die Bestimmung des § 37 Abs 2 AngG über das fehlende Recht der Geltendmachung der durch die Konkurrenzklausele begründeten Rechte des AG dem Klagsanspruch nicht entgegen.

Die Konkurrenzklausele ist aber aus dem Grunde des § 36 Abs 2 Z 2 AngG unwirksam. Nach dieser Bestimmung ist eine Konkurrenzklausele nur insoweit wirksam, als die durch die Konkurrenzklausele bewirkte Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der AG an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten enthält. Bei der Beurteilung des Vorliegens dieser Wirksamkeitsvoraussetzungen ist davon auszugehen, daß ein Angestellter durch die mit einer solchen Klausele verbundene Erwerbsbeschränkung nicht gezwungen werden kann, seine Kenntnisse und Berufserfahrungen brachliegen zu lassen, einen erlernten Spezialberuf aufzugeben und damit zwangsläufig in eine berufsfremde Sparte mit geringerem Einkommen überzuwechseln. Zur Frage der Wirksamkeit der Beschränkung der Erwerbstätigkeit des Angestellten sind Billigkeitserwägungen anzustellen, wobei sich das Bestreben des Angestellten, seine Arbeitskraft bestmöglich zu verwerten, und das Interesse des AG, in seinem Erwerb nicht geschädigt zu werden, gegenüberstehen (Arb 10190 mit weiteren Hinweisen).

den. Im  
kl hätte  
it zuge-

g, das  
mlische  
gespro-  
darauf  
ns der  
kann,  
eitigen  
über  
eitigen  
r Bekl  
s mit  
endet

1. 1982  
ndern  
chließt  
Laufes  
ngssta-  
anderen  
ch des  
beendi-  
chteter

Das  
e Auf-  
; been-  
vunsch  
rmines  
ngsfrist  
r selbst-  
digung  
rbeits-  
itende  
gemäß

gemäß  
b den  
ihren  
hnung  
ehmli-  
Streit-  
durch  
, steht  
hlende  
zklau-  
1 nicht

de des  
estim-  
m, als  
nkung  
tnis zu  
inhal-

ns des  
iegens  
szuge-  
olchen  
zwun-  
ungen  
aufzu-  
Sparte  
Frage  
tigkeit  
tellen,  
rbeits-  
s AG,  
über-

Das Interesse der kIP an der Einhaltung der gegenständlichen Konkurrenzklausele liegt hier nach ihrem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vorbringen nicht in der Gefahr der Weitergabe spezifischer Produktkenntnisse durch den Bekl, sondern vor allem in der Gefahr der Verwertung der Kenntnisse über die Kunden der kIP. Da diese nicht behauptet hat, daß die Tätigkeit des Bekl für das Konkurrenzunternehmen bis zum Ablauf der einjährigen Wirksamkeitsdauer der Klausel zu einer Abwanderung von Kunden der kIP zu ihrem Konkurrenten, dem neuen AG des Bekl geführt habe oder daß irgendwelche andere konkrete, für die kIP nachteilige Folgen durch das Verhalten des Bekl eingetreten seien, bestand somit nur die bloße **Möglichkeit** einer Beeinflussung dieser Kunden. Eine Beeinträchtigung der geschäftlichen Interessen der kIP infolge des Zuwiderhandelns des Bekl gegen die Konkurrenzklausele lag somit nur in einem geringen Maße vor.

Demgegenüber befand sich der Bekl nach dem - ohne sein Verschulden erfolgten - Ausscheiden aus dem (branchenfremden) Unternehmen, in das er nach Beendigung des gegenständlichen Arbeitsverhältnisses eingetreten war, in einer äußerst prekären finanziellen Situation. Nicht nur, daß ihm gegenüber seinem zahlungsunfähig gewordenen neuen AG noch eine (ihm gerichtlich zuerkannte, aber nicht beglichene) Entgeltforderung von S 60.000,- zusteht, konnte er trotz seiner Bemühungen infolge seines fortgeschrittenen Lebensalters keinen branchenfremden Arbeitsplatz finden. Es war ihm daher nicht zuzumuten, das Anbot eines Konkurrenten der kIP, bei ihm einzutreten, auszusprechen, zumal er für schulpflichtige Kinder zu sorgen hat und Möglichkeiten zu einer beruflichen Veränderung im Hinblick auf sein Lebensalter von 46 Jahren unter Bedachtnahme auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt kaum bestehen. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen führt daher zu dem Ergebnis, daß die Annahme der Wirksamkeit der Konkurrenzklausele für das Fortkommen des Bekl eine unbillige Erschwerung bedeutete (vgl Arb 8613).

## Kommentar:

### I. Die durch die Entscheidung angesprochenen Probleme

In der hier vorliegenden Entscheidung geht es um zwei Probleme: Es ist zu klären, ob durch die einverständliche Verkürzung der Kündigungsfrist die Kündigung des AG entfiel und dadurch eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses bewirkt wurde, so daß § 37 AngG der Anwendbarkeit der Konkurrenzklausele nicht im Wege steht (II.). Sollte das zu bejahen sein, ist darauf einzugehen, ob die nach § 36 Abs 2 AngG vorzunehmende Billigkeitsentscheidung richtig getroffen wurde (III.). Führt die Anwendung dieser Norm zu dem Ergebnis, daß dem AG keine Konventionalstrafe zusteht, erübrigen sich weitere Überlegungen zum richterlichen Mäßigungsrecht gemäß § 38 AngG.

### II. Auswirkungen der einvernehmlichen Verkürzung der Kündigungsfrist (§ 37 AngG)

Kündigt der AG, soll er sich gemäß § 37 AngG nicht auf die vereinbarte Konkurrenzklausele berufen können, weil er Anlaß zum Eintritt des Konventionalfalles gegeben hat. Eine solche Kündigung lag hier vor. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Wirkung dadurch wieder beseitigt wurde, daß während der Kündigungsfrist der Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses einvernehmlich abgeändert wurde. Das Erstger hat das verneint, das BerGer und der OGH haben das bejaht.

Das BerGer und der OGH sind davon ausgegangen, daß die Kündigung des AG das Arbeitsverhältnis bloß in das Abwicklungsstadium versetzt habe, die Beendigung selbst

aber einvernehmlich erfolgte. Da die Konkurrenzklausele ihre Wirkung erst bei Beendigung des Dienstverhältnisses entfalte (vgl OGH in ZAS 1974/29 mit Komm von Heinrich = Arb 9189), sei allein auf die Verhältnisse in diesem Zeitpunkt abzustellen.

Auch die Frage, ob dem Angestellten ein Abfertigungsanspruch gemäß § 23 AngG gebührt, beurteilt der OGH in ständiger Rspr (SZ 5/263; Arb 8936; 9407; 9471; JBl 1985, 308 = RdW 1984, 316) danach, welcher Grund **im Zeitpunkt der Beendigung** des Dienstverhältnisses vorlag. Wurde etwa während der Kündigungsfrist vom AG eine berechtigte Entlassung ausgesprochen, verliert der Angestellte seinen Abfertigungsanspruch (OGH in SZ 5/263; vgl weiters Arb 8936; 9471. *Martinek-Schwarz*, AngG<sup>6</sup> 1984, 491; *Spielbühler* in Floretta-Spielbühler-Strasser, Arbeitsrecht<sup>2</sup> I 1984, 130). Hat der Angestellte gekündigt, ersucht ihn jedoch der AG, das Dienstverhältnis über die Kündigungsfrist hinaus solange fortzusetzen, bis er einen Nachfolger gefunden hat, und erfolgt die Auflösung dann einvernehmlich, steht dem Angestellten ein Abfertigungsanspruch zu, weil das durch die Kündigung des Angestellten ausgelöste Abwicklungsstadium wieder beseitigt worden ist (so OGH in Arb 8150; ZAS 1975/12 mit Komm von Müller). In diesen beiden Entscheidungen mag auch der Umstand eine Rolle gespielt haben, daß die Dauer der Verlängerung des Dienstverhältnisses zwar nicht unbestimmt (bis ein Nachfolger gefunden ist), aber ex ante doch auch nicht geringfügig war.

Eine andere Beurteilung ist aber dann geboten, wenn es bloß um die einverständliche Verlegung des **Zeitpunkts** der Beendigung des Dienstverhältnisses geht, nicht um eine Modifizierung der **Art** (vgl dazu OGH in Arb 3857; RdW 1985, 348. *Martinek-Schwarz*, AngG 494). In der E Arb 3857 hat der OGH ausgesprochen, daß der durch die Kündigung des AG ausgelöste Abfertigungsanspruch dann nicht verloren gehe, wenn sich AG und AN nachträglich darauf einigen, daß das Dienstverhältnis schon vor Ablauf der Kündigungsfrist enden solle. Auch im vorliegenden Fall geht es darum, daß das durch die Kündigung des AG bewirkte Abwicklungsstadium verkürzt wurde. Wie in der E Arb 3857 lag diese Verkürzung auch im Interesse des AG, weil er sich insoweit die Auszahlung des Gehalts ersparte. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte, daß der Kl ein besonderes Interesse daran hatte, daß der Bekl bis 15. 2. 1983 bei keinem anderen Unternehmen tätig sei, was aber auch darauf zurückzuführen ist, daß der Bekl bekanntgab, eine Stelle bei einem Unternehmen anzutreten, mit dem der Kl nicht in einem Konkurrenzverhältnis stand.

Es standen daher mE die besseren Gründe dafür, der Rechtsansicht des ErstG zu folgen, daß sich die Einigung zwischen AG und seinem Angestellten nur auf den **Zeitpunkt**, nicht aber auf die **Modalität** der Beendigung des Dienstverhältnisses bezogen hat, sodaß schon auf Grund des § 37 Abs 2 AngG die Anwendbarkeit der Konkurrenzklausele zu verneinen ist.

Da das BerGer und der OGH jedoch die gegenteilige Ansicht vertreten haben, wird im folgenden noch darauf eingegangen, ob die Interessenabwägung gem § 36 AngG in angemessener Weise vorgenommen worden ist.

### III. Unwirksamkeitsgründe des § 36 AngG

#### 1. Absolute Unwirksamkeitsgründe gem § 36 Abs 2 Z 1 AngG

§ 36 Abs 2 Z 1 AngG nennt zeitliche, örtliche und sachliche Grenzen der Wirksamkeit der Konkurrenzklausele. Die darin genannte Einjahresfrist ist die absolute Obergrenze. Jegliche über ein Jahr hinausgehende Vereinbarung ist daher insoweit unwirksam.

Problematischer ist die Auslegung des Begriffs „Geschäftszweig“. In der Begrenzung der zulässigen Konkurrenzklausele auf den Geschäftszweig des Dienstgebers wird die ausschließliche Berücksichtigung von **Wettbewerbsinteressen** des AG deutlich. Durch Vereinbarung einer Konkurrenzklausele kann sich der AG also nur gegen jene Schäden absichern, die dem Konkurrenten infolge des Überwechselns seines ehemaligen AN zu ihm einen Wettbewerbsvorteil und dem ehemaligen AG somit einen Wettbewerbsnachteil beschert haben. Nicht ersatzfähig ist hingegen der Schaden, den der AG infolge des Austritts seines AN dadurch erleidet, daß er den Dienstposten nicht gleichwertig besetzen kann (H. Böhm, ZAS 1978, 104; Tomandl-Schrammel, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl 1972, 292 weisen treffend darauf hin, daß der AG kein Recht am Marktwert der Arbeitskraft des AN hat).

Die auf solche Weise vorgenommene Eingrenzung der Schäden hat auch Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffs „Geschäftszweig des Dienstgebers“. Es ist zu prüfen, ob der AN beim alten AG bei der Kalkulation, in der Produktion oder im Verkauf solcher Produkte eingesetzt war, die auch der neue AG anbietet und ob er beim neuen AG in eben dieser Sparte tätig ist (vgl dazu die E ZAS 1978/15. In dieser ging es darum, daß der beim ehemaligen AG als Servicemonteure Angestellte, der fallweise die Kunden auch beim Verkauf neuer Geräte beriet, beim neuen AG im Verkauf eingesetzt wurde, wodurch die Wettbewerbsposition des ehemaligen AG aber einer größeren Gefährdung unterlag, als wenn ihn der neue AG „nur“ als Monteur beschäftigt hätte). Schwarz (Gedanken zur Wettbewerbsabrede, in FS-Hämmerle 1973, 365) weist treffend auf das Beispiel hin, daß zwar die Veräußerung von Küchen- und Büromöbeln zur Möbelbranche gehöre, ein Wettbewerbsnachteil aber auszuschließen sei, wenn der AN beim ehemaligen AG in der Küchenabteilung eingesetzt war, beim neuen AG aber in der Büromöbelabteilung tätig wird, weil sich niemand anstatt einer beabsichtigten Kücheneinrichtung Büromöbel anschaffen wird. Bestehen hingegen solche Substitutionsmöglichkeiten, ist mE der Begriff „gleicher Geschäftszweig“ entsprechend weit auszulegen. Maßgeblich ist in jedem Fall der Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Einsatzgebiet des AN, nicht hingegen die gesamte jeweilige Produktpalette der einander konkurrierenden Unternehmen. Bei einer solchen teleologischen Interpretation wird dem von Schwarz (FS-Hämmerle 365) vorgebrachten Bedenken Rechnung getragen, daß die zunehmende Unternehmenskonzentration nicht zu einer vom Gesetzgeber nicht gebilligten Ausweitung des sachlichen Umfangs der Konkurrenzklausele führen soll.

Der OGH hat hinsichtlich des sachlichen Umfangs der Konkurrenzklausele keine Probleme erblickt; er hat lediglich die Feststellung der UnterGer übernommen, daß der neue AG des Bekl ein Konkurrenzunternehmen der kLP sei.

Es fällt auf, daß in § 36 Abs 2 Z 1 AngG eine absolute sachliche und zeitliche Begrenzung normiert wurde, bei der örtlichen eine solche aber fehlt. Dennoch ist auch bei der Beurteilung der örtlichen Ausdehnung der Konkurrenzklausele nicht anders vorzugehen wie bei der sachlichen: Erstreckt sich die Konkurrenzklausele auch auf ein Gebiet, in dem der ehemalige AG seine Waren oder Dienstleistungen bisher nicht angeboten hat und auch keine konkrete Planung hinsichtlich des Markteintritts vorliegt (in der E des OGH Arb 8781 war dem neuen AG der Eintritt eines AN seines Konkurrenten willkommen, weil er beabsichtigte, mit seinem Produkt in einen solchen Markt einzudringen, auf dem er mit dem ehemaligen AG seines neuen AN noch nicht in Konkurrenz gestanden war), ist sie insofern jedenfalls unwirksam.

## 2. Billigkeitsabwägungen gemäß § 36 Abs 2 Z 2 AngG

### a) Verhältnis der gesetzlich genannten Tatbestandselemente zueinander

Selbst wenn eine Konkurrenzklausele im Rahmen des Geschäftszweigs des ehemaligen AG mit einem Jahr nach Beendigung des Dienstverhältnisses befristet war, kann sie gemäß § 36 Abs 2 Z 2 AngG unwirksam sein, wenn sie nach dem Gegenstand, der Zeit und dem Ort das Fortkommen des AN im Verhältnis zum geschäftlichen Interesse des AG unbillig erschwert. Die sachliche, die örtliche und die zeitliche Komponente sind als bewegliches System zu betrachten (vgl dazu F. Bydlinki, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, 368; Kerschner, ZAS 1985, 30): Eine Konkurrenzklausele ist bei einer weiteren örtlichen Erstreckung umso eher zulässig, je geringer die zeitliche und sachliche Komponente ausgeprägt ist. Dieses komparative Modell läßt sich für alle drei Kriterien formulieren, wobei für die zeitliche Komponente die Obergrenze von einem Jahr gilt, hinsichtlich der sachlichen und wohl auch der örtlichen eine besondere Interessenabwägung dann unterbleiben kann, wenn der alte AG nicht in einer Wettbewerbsposition bedroht ist.

Da es beim AN um die Sicherung seiner Existenz geht, ist ein Verbot **jeglicher** Tätigkeit in seinem erlernten Beruf jedenfalls unwirksam, mögen die Interessen des ehemaligen AG auf Sicherung seiner Wettbewerbsposition noch so stark ausgeprägt sein. Hinsichtlich der Einkommensverhältnisse wird auch in dieser E die Meinung vertreten, daß dem AN eine wirtschaftliche Einbuße keinesfalls zumutbar sei (so auch Martinek-Schwarz, AngG 697; Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht 1982, 197; OGH in Arb 9809). Eine weniger weitgehende Ansicht will dem AN keine **wesentlichen** Einkommensverluste zumuten (so der OGH in ZAS 1978/15; ähnlich wohl auch öRdA 1984, 150).

Die Existenzgefährdung ist die stärkste Ausprägung der Beeinträchtigung des besseren Fortkommens, so daß ihr jedenfalls Priorität einzuräumen ist gegenüber weniger gravierenden Verschlechterungen der wirtschaftlichen Situation. Meist wird es dabei – wie in der vorliegenden E – um die des AN gehen, ausnahmsweise kann aber auch die Existenz des AG betroffen sein (vgl etwa die E des OGH in Arb 10.190, bei der der AG seinem ehemaligen AN die Leitung des Betriebes überantwortet hatte und nach dessen Überwechseln zu einem Konkurrenzunternehmen den Ausgleich anmelden mußte). Sowohl vom Gesichtspunkt der Abwägung der Parteiinteressen als auch unter dem volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt des optimalen Faktoreinsatzes soll ein Brachliegen menschlicher Fertigkeiten und Kenntnisse bzw eine Zerstörung eines ansonsten funktionierenden Unternehmens vermieden werden. Innerhalb dieser Grenzen hat aber eine Abwägung der im Gesetz genannten Kriterien je nach der Intensität ihrer Ausprägung zu erfolgen. Neben den im Gesetz genannten läßt eine Billigkeitsentscheidung aber noch die Berücksichtigung weiterer sachgerechter Kriterien zu, was im folgenden erörtert wird.

### b) Berücksichtigung sonstiger Gründe bei der Billigkeitsentscheidung

Die Billigkeitsentscheidung wird umso eher zugunsten des AG und daher iS der Wirksamkeit der Konkurrenzklausele zu treffen sein, wenn eines der folgenden Kriterien gegeben ist: Wenn der AG eine Konkurrenzklausele mit seinem AN vereinbart hat, um eine weitere drohende Abwerbung seiner AN zu vermeiden (so in der E des OGH in Arb 8380); wenn es sich um einen hart umkämpften Markt handelt, bei dem nur wenige Wettbewerber um einen nicht mehr expandierenden Kundenkreis kämpfen (OGH in Arb 9809); wenn auf einem bestimmten Markt die Kaufentscheidung des Kunden weniger von der Pro-

duktqualität, sondern mehr von der Überzeugungskraft der jeweiligen Verkäufer abhängt (OGH in Arb 9809).

Bei einer Vertriebsart, bei der der Verkäufer die Kunden besucht, ist die Abhängigkeit des AG von seinem im Verkauf tätigen Mitarbeiter größer als bei einer Vertriebsart, bei der die Kunden das Geschäftslokal des AG aufsuchen. Die Wettbewerbsgefährdung des AG ist umso größer, je detailliertere Kenntnisse der AN besitzt. Dabei spielen in jüngeren E, wie auch in der vorliegenden, technische Kenntnisse kaum noch eine Rolle, wohl aber die Beziehungen zum Kundenkreis (zB OGH in ZAS 1978/15; öRdA 1981, 383), sowie das Wissen um betriebswirtschaftliche Unterlagen, wobei der Marktstrategie und den Verkaufsplänen (OGH in Arb 9809) größere Bedeutung zukommen als Kalkulationsunterlagen. Die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ist auch davon abhängig, wie hoch der Marktanteil war, den der AN beim alten AG zu betreuen hatte (OGH in ZAS 1985, 27); weiters davon, ob es um die Abwerbung eines bereits bestehenden Kundenkreises oder die Vereitelung von Neuabschlüssen geht.

Die Billigkeitsentscheidung wird umso eher zugunsten des AN ausfallen, wenn es nicht bloß um die Verbesserung der Einkommenssituation des AN, sondern um dessen wirtschaftliche Existenz geht; wenn er sich zur Einhaltung der Konkurrenzklauseel verpflichtet hat, ohne dafür ein Äquivalent, etwa in Form einer Gehaltserhöhung erhalten zu haben; wenn ihn zwar Unterhaltspflichten treffen, ihm aber keine Unterhaltsansprüche zustehen (zur Berücksichtigung von Unterhaltspflichten im Rahmen des richterlichen Mäßigungsrechts gemäß § 1336 Abs 2 ABGB vgl *Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 1969, 139; *M. Binder*, Die Einwirkungen des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie [Art 12 iVm Art 8 Abs 1 MRK] auf das Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 172f. Für die Berücksichtigung bei der Billigkeitsentscheidung in § 36 Abs 2 Z 2 AngG OGH in ZAS 1970/8; öRdA 1984, 150; ablehnend hingegen *Dittrich*, ZAS 1970, 64); wenn er sich an einem bestimmten Ort schon niedergelassen und Investitionen für seinen Wohnsitz getätigt hat; wenn seine Wettbewerbssituation auf dem Arbeitsmarkt schwach ist, was sich darin äußert, daß er trotz Bemühens keine Angebote von Nichtkonkurrenzfirmen erhält. Als Gründe für eine schwache Position auf dem Arbeitsmarkt kommen insbesondere in Betracht das fortgeschrittene Alter des AN (OGH in ZAS 1980/8), wenn er nur einen erlernten Beruf hat oder wenn sich eine bestimmte Branche in einer konjunkturellen oder strukturellen Krise befindet.

Die Zusammenfassung all dieser Kriterien zu einem beweglichen System stößt auf die Schwierigkeit, daß eine abschließende Erfassung aller sachgerechten Entscheidungskriterien kaum gelingen dürfte. Billigkeitsentscheidungen, wie die vorliegende, können aber immerhin daran gemessen werden, ob die von der Literatur herausgearbeiteten und in Vorentscheidungen verwendeten Kriterien auch bei der zu beurteilenden berücksichtigt wurden und ob diese Kriterien sachgerecht sind.

#### IV. Ergebnis

Da sich die Einigung zwischen AG und seinem Angestellten lediglich auf die Dauer, nicht aber auf die Art der Beendigung des Dienstverhältnisses bezog, ist es bei der Kündigung durch den AG geblieben, sodaß die Anwendbarkeit der Konkurrenzklauseel schon auf Grund des § 37 Abs 2 AngG zu verneinen gewesen wäre.

Der OGH hat jedoch die Gegenmeinung vertreten, daß eine einverständliche Beendigung des Dienstverhältnisses vorlag. Deshalb mußte er eine Interessenabwägung gemäß § 36 Abs 2 AngG vornehmen. Im Ergebnis ist ihm dabei zu folgen, wenngleich er nur auf einige der von der Vorjudika-

tur herausgearbeiteten und im Anlaßfall uU auch durchaus beachtenswerten Kriterien zurückgegriffen hat. Er ist insb nicht auf die Wettbewerbsintensität eingegangen. Auch der Hinweis, daß es beim ehemaligen AG zu keinem Absatzrückgang gekommen ist, ist nur beschränkt aussagekräftig. Zum einen kann der Schaden erst in der Zukunft eintreten, somit im Zeitpunkt der Geltendmachung gerade noch ungewiß sein, weshalb ja eine Konventionalstrafe vereinbart wurde; zum anderen kann eine Stagnation gerade darauf zurückzuführen sein, daß infolge des Wechsels des AN eine Umsatzsteigerung unterblieben ist (so auch *Dittrich*, ZAS 1970, 64).

Entscheidend ist aber, daß der AN wegen seines fortgeschrittenen Alters trotz Bemühens keinen anderen Arbeitsplatz gefunden hat und nicht nur seine, sondern auch die Existenz seiner Familie betroffen war. Da die Wettbewerbsposition des ehemaligen AG bloß möglicherweise gefährdet war, die Beeinträchtigung der Existenz des AN und seiner Familie aber konkret feststand und dieser nur durch die Verkettung eines Unglücksfalls (Insolvenz eines AG) in die Lage kam, gegen die Konkurrenzklauseel zu verstoßen, ist das Ergebnis der Entscheidung zu billigen. Die Berufung auf die Konkurrenzklauseel erfolgt gemäß § 36 Abs 2 Z 2 AngG zu unrecht, sodaß es eines Eingehens auf das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 38 AngG nicht mehr bedarf.

*Christian Huber, Wien*