

RdW - Österreichisches Recht der Wirtschaft

■ Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Gesellschaftern in Wirtschaftstreuhand- und Rechtsanwalts-Sozietäten

Sonderheft • Hon.-Prof. RA Dr. Georg Schima • RdW 2009/777 • RdW 2009, 801 • Heft 12a v. 17.12.2009

Wirtschaftstreuhand- und Rechtsanwaltsgesellschaften sehen sich mit einer gegenüber früher verstärkten Fluktuation auch von Partnern konfrontiert. Selbst Abwerbungen sind mittlerweile an der Tagesordnung. Der Schutz der Gesellschaft vor wesentlichen Kundenverlusten durch ausscheidende Partner hat daher an Bedeutung gewonnen. Der folgende Beitrag zeigt die rechtlichen Möglichkeiten der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen mit Partnern in Rechtsanwalts- und Wirtschaftstreuhand-Gesellschaften auf. Neben der wegen der Existenz der §§ 36, 37 AngG wichtigen Frage der Arbeitnehmereigenschaft solcher Partner in Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH muss vor allem die Überlegung im Vordergrund stehen, dass eine nachvertragliche Untersagung der Klientenbetreuung meist sowohl die Sozietät als auch den ausgeschiedenen Partner schädigt. Denn es ist der Mandant, der die Entscheidung für seinen Berater trifft und der üblicherweise an einem Rechtsstreit nicht interessiert ist. Dieser Überlegung entsprechen am besten sogenannte Mandantenübernahmeklauseln, bei denen der ausscheidende Partner an der Weiterbetreuung nicht gehindert wird, sondern nur einen Teil des Umsatzes für einen begrenzten Zeitraum an die Gesellschaft abzuführen hat. Es sprechen gute Gründe dafür, mit der in Deutschland vorherrschenden Sichtweise solche Klauseln nicht als Konkurrenzverbote zu qualifizieren und sie nicht an § 36 AngG zu messen.

1. Einleitung

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit einer Problematik im Grenzbereich zwischen Arbeitsrecht, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht und nicht zuletzt Berufsrecht (der Wirtschaftstreuhand- bzw. Rechtsanwälte). Der Jubilar selbst hat sich vor Jahren - mit etwas anderer Schwerpunktsetzung - mit dem Spannungsverhältnis zwischen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten und dem Grundrecht auf Freiheit der Erwerbsausübung befasst.¹ Wirtschaftstreuhand- können sich schon seit Langem nicht nur in Personengesellschaften, sondern in der Rechtsform der GmbH (oder auch der AG) zusammenschließen und machen insb von der GmbH reichlichen Gebrauch. Rechtsanwälten steht die Möglichkeit der GmbH zwar erst seit 1. Juni 1999² offen, doch hat sich die GmbH zumindest bei den größeren Anwaltssozietäten in Österreich weitestgehend durchgesetzt.

Signifikant verändert hat sich in den letzten Jahren - und dies gilt insb für den Anwaltsmarkt (vor allem in Wien) - die "Mobilitätsbereitschaft" von Berufsträgern, die Partner in Wirtschaftstreuhand- oder Rechtsanwaltsgesellschaften sind. Einmal Partner geworden zu sein, heißt keineswegs mehr, es bis zum Ende des Berufslebens in derselben Gesellschaft sein zu müssen. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Erstens sind die Ansprüche insb jüngerer Rechtsanwälte/Wirtschaftstreuhand- in puncto "Lebensqualität" im weitesten Sinne (Stichwort: "Work-Life-Balance") gegenüber der Situation vor ein oder zwei Generationen deutlich gestiegen und damit auch die Bereitschaft gewachsen, im Falle der Verfehlung des persönlichen Wunsch-Lebensmodells selbst einen gut etablierten Platz in einer renommierten Sozietät wieder aufzugeben.³ Zweitens besteht vor allem in größeren Sozietäten - namentlich solchen mit internationaler Einbindung (was bei den größeren Wirtschaftstreuhandgesellschaften so gut wie immer der Fall ist, bei Rechtsanwaltssozietäten nur ausnahmsweise) ein nicht unerheblicher - und in Zeiten

wirtschaftlicher Krisen noch stärker verspürbarer - Umsatzdruck auf die Partner. Was in London, New York oder Frankfurt gang und gäbe ist - nämlich das mehr oder weniger sanfte "Hinauskomplimentieren" von wirtschaftlich weniger erfolgreichen Partnern -, macht auch vor Österreich nicht ganz Halt. Drittens schließlich sind akquisitionsstarke und dynamische Wirtschaftstreuhandler (Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer) und Rechtsanwälte - und das gab es noch vor einigen Jahren wirklich nicht - das Ziel von mehr oder weniger aggressiven Abwerbungsversuchen. Diese erfassen nicht selten gleich das gesamte Team eines erfolgreichen Partners.⁴ Wer hätte sich noch vor zehn Jahren vorstellen können, dass österreichische Anwaltsgesellschaften sich spezialisierter deutscher Headhun-

ter⁵ bedienen, um junge Talente bei Mitbewerbern gezielt anzusprechen und abzuwerben?

Diese erhöhte "Beweglichkeit am Markt" lässt - zumindest subjektiv - das Bedürfnis innerhalb von Freiberufler-Sozietäten ansteigen, die Interessen des Unternehmens und vor allem dessen - naturgemäß fast ausschließlich im Kundenstock und im qualifizierten Personal bestehendes⁶ - Vermögen durch vertragliche Regelungen zu schützen, die es ausscheidenden Partnern so weit wie möglich erschweren, den Kundenstock der Gesellschaft zu nutzen. Dabei bewegen sich die Vertragspartner rechtlich auf dünnem Eis. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote erfordern generell erhöhte Aufmerksamkeit im Hinblick auf die Sittenwidrigkeitsprüfung - der OGH konnte erst vor wenigen Monaten erstmals zur Frage der zulässigen Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit dem Minderheits-Gesellschafter einer GmbH Stellung beziehen⁷ - und stehen in einem latenten Spannungsverhältnis zur verfassungsrechtlich abgesicherten Freiheit der Erwerbsausübung und zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, insb zur Personenfreizügigkeit.⁸ Hinzu kommt das Problem, dass auch arbeitsrechtliche Vorgaben des Gesetzgebers zumindest dann nicht gänzlich ausgeblendet werden können, wenn es sich nicht um Gesellschafter einer Personengesellschaft handelt, sondern - wie das bei Wirtschaftstreuhandgesellschaften und größeren Rechtsanwaltssozietäten die Regel ist - um als Geschäftsführer tätige (Minderheits-)Gesellschafter einer GmbH (dazu unten 2.).

Das Thema ist also ein überaus komplexes, und der mir hier zur Verfügung stehende Raum reicht für eine erschöpfende Behandlung bei Weitem nicht aus, sodass die folgenden Ausführungen eher Skizzencharakter tragen.

2. WT- und RA-Partner als Arbeitnehmer?

Aufgrund der für nachvertragliche Wettbewerbsverbote in den §§ 36, 37 AngG bestehenden Beschränkungen ist es für die Beurteilung der Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen ausscheidender Partner von wesentlicher Bedeutung, ob diese Arbeitnehmer im Sinne des AngG sind. Bei (persönlich haftenden) Gesellschaftern einer Personengesellschaft, also insb einer GesBR, einer OG oder einer KG, ist dies richtiger Ansicht zufolge⁹ auszuschließen: Man kann nicht gleichzeitig Komplementär und Arbeitnehmer sein.¹⁰

Größere Wirtschaftstreuhand- und Rechtsanwaltssozietäten werden, wie gesagt, aber meist in der Rechtsform einer GmbH geführt. Bei einer entsprechenden Partneranzahl ist es schon arithmetisch unmöglich, dass ein Partner über eine Beteiligung am Gesellschaftskapital verfügt, die - spezielle Satzungsgestaltung (die § 39 GmbHG ermöglicht)¹¹ einmal ausgeklammert - eine "Sperrminorität" in der Gesellschaft vermittelt. Gerade eine solche wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung aber als arbeitsrechtlich entscheidend angesehen: Danach sind Geschäftsführer einer GmbH dann in aller Regel Arbeitnehmer, wenn sie eine hauptberufliche Tätigkeit entfalten, das Weisungsrecht der Gesellschafter nicht speziell ausgeschlossen wurde und - bei Gesellschafter-Geschäftsführern - der Anteil des Geschäftsführers an der Gesellschaft nicht so groß ist, dass er die Fassung von Weisungsbeschlüssen verhindern kann ("Sperrminorität").¹² Kann der Geschäftsführer einen derartigen Einfluss nicht ausüben, sprechen seine Weisungsgebundenheit gem § 20 Abs 1 GmbHG und die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit gem § 16 Abs 1 GmbHG nach herrschender Auffassung regelmäßig für die Bejahung seiner Arbeitnehmereigenschaft.¹³

Der Verfasser dieses Beitrages hat gegenüber dieser Betrachtungsweise schon vor langer Zeit erstmals Kritik geäußert und gemeint, dass das in § 20 Abs 1 GmbHG verankerte Weisungsrecht der

Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern primär die Erteilung *sachlicher* und nicht persönlicher Weisungen betrifft und nur Letztere (nach insoweit unbestrittener Auffassung) für ein Arbeitsverhältnis charakteristisch sind.¹⁴ Diese Kritik kann hier nicht nochmals wiederholt oder gar vertieft werden; an ihrer Aktualität hat sich mE aber nichts geändert.¹⁵

In der Tat ist es ja bei Gesellschafter-Geschäftsführern im Allgemeinen - und Angehörigen freier Berufe, wie Wirtschaftstreuhandern und Rechtsanwälten, die ihre Tätigkeit im Rahmen von Kapitalgesellschaften ausüben, im ganz Besonderen - eher fernliegend, davon auszugehen, dass die übrigen Gesellschafter dem Partner zB die Lage seiner Mittagspause vorschreiben oder ihn dazu anhalten, feste Dienstzeiten zu beachten oder zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt einen ganz bestimmten Mandanten zu besuchen und einen anderen hintanzustellen. Freilich muss

^ Seite 802

man hier die "soziologische Realität" in Freiberufler-Gesellschaften berücksichtigen: Eher absurd ist die Vorstellung (und dies unabhängig von den im Detail getroffenen vertraglichen Regelungen), dass ein namensgebender Seniorpartner einer größeren Rechtsanwaltssozietät, der diese - vielleicht mit einem oder zwei anderen Partnern - zumindest faktisch dominiert (vor allem dann, wenn er sie aufgebaut hat und der Großteil der Mandate nach wie vor von dort kommt), Arbeitnehmer sein soll, bloß weil (schon wegen der großen Anzahl an Partnern) sein Anteil am Gesellschaftskapital der GmbH nur fünf oder zehn Prozent beträgt. So jemand wird vermutlich sogar von jüngeren Partnern (deren Arbeitnehmereigenschaft selbst fraglich ist) in der Regel als "Chef" empfunden werden. Das verhält sich - soweit ich diesbezüglich Einblick habe - in großen Wirtschaftstreuhand-Gesellschaften (vor allem solchen, die den "Big Four" angehören) schon etwas anders. Denn dort ist die Anzahl der Partner noch erheblich größer als in den größeren österreichischen (insb Wiener) Rechtsanwaltssozietäten, und es hat - nicht zuletzt wegen des weltweit bekannten Firmennamens - ein einzelner Partner nicht (mehr) diese Bedeutung, wie sie Seniorpartner größerer Rechtsanwalts-Gesellschaften mancherorts (noch) besitzen. Hinzu kommt, dass insb in größeren Wirtschaftstreuhand-Gesellschaften, aber auch bereits in den großen Rechtsanwalts-Gesellschaften, das eigentliche "Management" von speziellen "Executive Committees" erledigt wird und diese - dem internationalen Vorbild folgend - tendenziell auf den einzelnen Partner schon eine Wirkung ausüben können, die ihn/sie das "Unternehmertum" manchmal vergessen lässt und zumindest stark in die Nähe dessen rückt, was man üblicherweise mit einem Arbeitnehmer - in der Ausprägung des leitenden Angestellten - verbindet.¹⁶

Diesen "rechtssoziologischen" Ausführungen wurde deshalb Raum gewidmet, weil mE in einem Streitfall über die Zulässigkeit der inhaltlichen und zeitlichen Reichweite nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen mit ausgeschiedenen Partnern die Frage der Arbeitnehmereigenschaft durchaus zur Disposition steht und (zumindest von der sich auf das Verbot berufenden Gesellschaft) jedenfalls hinterfragt werden sollte - und dies ganz unabhängig davon, ob der Partner zB nach ASVG versichert war.¹⁷

3. Mandantenschutzklauseln im Spannungsfeld von Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Unternehmensschutz

Dass ein gänzlich Verbot der Betätigung als Rechtsanwalt oder Wirtschaftstreuhand nach dem Ausscheiden aus der Partnerschaft selbst innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 36 AngG so gut wie keine Chance hat, vor § 879 ABGB zu bestehen, scheint klar zu sein.¹⁸ Solche Klauseln kommen in der Praxis auch so gut wie nicht vor. Wer die - gerade in Österreich - langwierige und komplexe Ausbildung zum Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt absolviert, für den bedeutet auch die kurzfristige vertragliche Untersagung, diese Tätigkeit auszuüben, ein tendenziell sittenwidriges Berufsverbot. Dieses kann nicht mit dem möglichen Verweis auf Ausweichmöglichkeiten betreffend die Tätigkeit als Manager im Finanzbereich (für renommierte Wirtschaftsprüfer wäre der CFO eines größeren Unternehmens durchaus innerhalb ihres "Verweisungsfeldes" und vielleicht nicht einmal mit Einkommenseinbußen verbunden) oder als Leiter einer Rechtsabteilung für Rechtsanwälte gerechtfertigt werden. Im Einzelfall mag ein - überschaubar befristetes - Verbot dann anzuerkennen sein, wenn die Gesellschaft ein besonders schutzwürdiges Interesse daran hat, den Ausscheidenden vom Markt zumindest zeitweise fernzuhalten, und der der Beschränkung Unterworfenen finanziell entschädigt wird. Das kann bei Verkauf des

Kundenstocks durch den ausscheidenden Seniorpartner der Fall sein, der außerdem ein Alter erreicht hat, durch das sein Erwerbsinteresse gegenüber einem jüngeren Partner deutlich herabgesetzt ist. Diesbezüglich kann man die für die Zulässigkeit von dem Verkäufer auferlegten Wettbewerbsverboten beim Unternehmenskauf in Lehre und Rsp entwickelten Grundsätze¹⁹ - freilich nicht unbesehen - anwenden.

Sittenwidrig können freilich auch Regelungen sein, die dem ausscheidenden Partner nicht die Tätigkeit in der Branche als solche untersagen, sondern "nur" die Betreuung der Mandanten der Sozietät. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn eine solche "Mandantenschutzklausel" kombiniert ist mit der Versagung einer Entschädigung an den ausscheidenden Partner. GmbH und Personengesellschaft verlangen da nach im Wesentlichen gleichartiger Behandlung. Für Letztere wird vertreten, dass die Entfernung eines Mitgesellschafters und Miteigentümers unter Verfall aller Vermögensrechte und Verfall des Klientenstocks stets sittenwidrig ist.²⁰ Umgekehrt kann durch eine Regelung, die dem Ausscheidenden den Klientenstock abgilt, die Zulässigkeit der Mandantenschutzklausel innerhalb bestimmter Grenzen "erkauft" werden. In Österreich fehlt dazu (insb auch zu Rechtsanwälten) jegliche Judikatur - nicht so in Deutschland. Nach der Rsp des BGH wird bei Zahlung einer Abfindung an

^ Seite 803

einen ausscheidenden Gesellschafter aus einer "Freiberuflerssozietät", die auch den Wert des Mandantenstamms abgilt, ein *implizites* (mangels abweichender Abrede bestehendes) *Verbot* angenommen, demzufolge der ausscheidende Gesellschafter die Mandanten der Sozietät nicht mitnehmen darf, sondern sie längstens für zwei Jahre seinen bisherigen Partnern belassen muss. Mandantenschutzklauseln, die das vom BGH tolerierte zeitliche Ausmaß von zwei Jahren überschreiten, sind teilnichtig und werden auf zwei Jahre begrenzt.²¹

Mandantenschutzklauseln sind nach österreichischer Rechtsprechung²² und Lehre²³ Beschränkungen der Erwerbstätigkeit und fallen unter den Konkurrenzklauselbegriff der §§ 36 f AngG. Erfasst sind nicht nur Verbote, die die konkrete Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit Mandanten/Kunden des ehemaligen Arbeitgebers untersagen, sondern auch reine Abwerbeverbote in Bezug auf Kunden, die bloß das in Abwerbeabsicht erfolgende, aktive Zugehen auf einen Kunden des früheren Arbeitgebers untersagen.²⁴ Beim Abwerben von Mitarbeitern ist die Rechtslage nicht so eindeutig. Hier sprach der OGH - unter heftiger Kritik der Lehre²⁵ - früher aus, dass solche Vereinbarungen nicht unter den Konkurrenzklauselbegriff zu subsumieren sind.²⁶ In einer Folgeentscheidung²⁷ maß das Höchstgericht hingegen eine sogenannte Mitarbeiterschutzklausel an bestimmten Konkurrenzklauselkriterien, ohne dabei aber die Grundfrage zu behandeln.

Das Abwerben von Mandanten des Arbeitgebers wird für Beschäftigte bei einem Wirtschaftstreuhandler freilich schon durch [§ 88 Abs 8 WTBG](#)²⁸ untersagt. Es muss aber ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Beendigung der Tätigkeit in der Wirtschaftstreuhandkanzlei bestehen; nicht jede Übernahme oder jedes Zuführen von Klienten des früheren Dienstgebers während einer unbeschränkten Zeitspanne ist verboten. Nach Meinung des OGH liegt kein Zusammenhang mehr vor, wenn die Übernahme fast ein Jahr nach der Beendigung stattfindet.²⁹ Nichts spricht mE dagegen, in Ergänzung des [§ 88 Abs 8 WTBG](#) einen Abwerbeschutz für zumindest ein Jahr zu vereinbaren, weil ein reines Abwerbeverbot im Rahmen der Höchstdauer des [§ 36 AngG](#) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine "unbillige Erschwerung des Fortkommens" bedeuten sollte.

Abgesehen davon ist zu hinterfragen, ob die Grundsätze der [§§ 36, 37 AngG](#) wirklich bei jeglicher Ausformung von Mandantenschutzklauseln uneingeschränkt angewendet werden können. In Österreich hat sich die Rechtsprechung mit Mandantenschutzklauseln noch kaum befasst; in Deutschland gibt es demgegenüber - wie schon erwähnt - eine ziemlich reichhaltige Judikatur (auch zu Rechtsanwaltssozietäten). Der BGH hat dabei die Grundsätze entwickelt, wonach eine völlige Wettbewerbsbeschränkung auf die Dauer von zwei Jahren für zulässig erachtet wird³⁰ bzw die Zulässigkeit der vertraglichen Untersagung einer Betreuung ehemaliger Mandanten bei *Zahlung einer Abfindung* nach Ausscheiden zeitlich im Regelfall mit zwei Jahren befristet wird.³¹ Die deutsche Gesetzeslage kennt indes keine Höchstdauer für nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern. Die vom BGH vertretene Höchstdauer bei uneingeschränkten Mandantenschutzklauseln wird mit dem Argument begründet, dass sich nach Ablauf von zwei Jahren die während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft geknüpften Mandantenbeziehungen typischerweise so gelockert haben, dass der

ausgeschiedene Partner wie jeder andere Mitbewerber behandelt werden kann.³² Überdies darf sich die Mandantenschutzklausel laut BGH nur auf Mandanten erstrecken, die noch innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters Mandanten der Gesellschaft waren. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass bezüglich der Mandanten, die die Gesellschaft bereits vor längerer Zeit verloren hat, nicht mehr von einer illoyalen Verwertung der Tätigkeit die Rede sein könne.³³ Der Zusammenhang zwischen Abfindung und Mandantenschutzklausel ist in der Tat evident. Zwar ist es grundsätzlich möglich und nicht sittenwidrig (wenngleich aus der Sicht der Gesellschaft unklug), zu vereinbaren, dass der ausscheidende Partner *sowohl* eine Abgeltung des Klientenstocks (zB in Form einer Abfindung in Höhe seines anteiligen Jahresumsatzes) erhält *als auch* die Möglichkeit des Zugriffs auf die bisher von der Sozietät betreuten Mandanten, doch bedeutet dies im Grunde eine *Doppelabgeltung*,³⁴ weshalb eine solche Regelung - dies hat für unklare Gesellschaftsverträge Bedeutung - auch nicht zu vermuten ist. Der Frage, ob der ausscheidende Partner die Mandanten, um deren Betreuung es geht und die ihm verboten werden soll, selbst akquiriert hat, kommt bei der Sittenwidrigkeitsprüfung zweifellos Bedeutung zu - aber nicht unbedingt die alles entscheidende. Denn auch bei Sozietäten, die nach dem "naked in/naked out"-Prinzip funktionieren, wo der eintretende Partner daher für den Erwerb der Gesellschaftstellung nichts zahlen muss, dafür bei Ausscheiden nichts erhält, ist die *entschädigungslose* Untersagung der Weiterbetreuung auch jener Mandanten, die der ausscheidende Partner bislang bearbeitete, mE in aller Regel sittenwidrig. Das hat selbst dann zu gelten, wenn es sich um nicht vom Ausscheidenden geworbene Mandanten handelt.³⁵

4. Mandantenübernahmeklauseln

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass Mandantenschutzklauseln, die ein *Verbot* der Betreuung von Mandanten der Gesellschaft statuieren, auch außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 36 f AngG relativ enge Grenzen gesetzt sind. Bei Arbeitnehmern - und davon muss gemäß hL und Rsp bei Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern einer Wirtschaftstreuhand- oder Rechtsanwalts-GmbH trotz aller rechtlichen Ungereimtheiten (siehe oben 2.) zumindest im Zweifel einmal ausgegangen werden - bildet die einjährige Begrenzung des [§ 36 Abs 1 AngG](#) einen echten Hemmschuh gegenüber sachadäquaten Lösungen, weil ein bloß einjähriger Mandantenschutz bei zB mit 58 Jahren ausscheidenden Partnern - manchmal aber auch bei deutlich älteren - nicht ausreicht. Vor allem die Wirtschaftstreuhand-Branche, seit Kurzem aber auch die Rechtsanwaltsbranche, können einige prominente Beispiele von Berufsträgern vorweisen, die ihre Sozietäten verlassen haben (oder mittels Altersklausel mehr oder weniger elegant verabschiedet wurden) und die in ihrem "zweiten Berufsleben" sehr erfolgreich nochmals durchstarten und sich als nicht zu unterschätzende Mitbewerber ihrer früheren Partner positionieren.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass schon vor Längerem vielerorts die rechtliche Gestaltung des Mandantenschutzes zugunsten der Sozietät überdacht wurde und Regelungen geschaffen wurden, die erstens vor [§ 879 ABGB](#) leichter bestehen und zweitens nicht die Augen vor dem Umstand verschließen, dass es letztlich der Mandant ist, der den Markt macht und entscheidet, welcher Rechtsanwalt/Wirtschaftstreuhandler ihn betreut. Was hat eine Sozietät von einer (rechtlich haltbaren) Mandantenschutzklausel, wenn ihre Durchsetzung es letztlich erfordern würde, dem dagegen verstoßenden Ausgeschiedenen mittels Unterlassungsbegehrens und einstweiliger Verfügung die weitere Betreuung bestimmter Mandanten zu untersagen? Dass Letztere im Falle der Involvierung in einen derartigen Rechtsstreit sicher nicht mehr zur Sozietät zurückkehren oder diese - wenn sie der Ausgeschiedene nur teilweise betreut - dann sogar zur Gänze verlassen werden, liegt auf der Hand.

Diesen Anforderungen sollen sogenannte "Mandantenübernahmeklauseln" gerecht werden. Sie untersagen nicht die Betreuung bestimmter (oder aller) Mandate der Sozietät, sondern verpflichten den früheren Partner, einen bestimmten Anteil am Nettoumsatz (für den er der Gesellschaft gegenüber auch rechnungslegungspflichtig ist) an die Gesellschaft abzuführen. In der deutschen Rechtsanwendung sind derartige Klauseln sehr geläufig. Grundsätzlich werden darauf nach hA in Deutschland nicht die strengen Regeln für Konkurrenzklauseln iSd §§ 74 ff dHGB angewendet.³⁶ Anderes gilt nur, wenn die Vereinbarung so ausgestaltet ist, dass sich die Bearbeitung der Mandate für den ausgeschiedenen Arbeitnehmer/Gesellschafter nicht lohnt.³⁷ Eine derartige Ausgestaltung würde als Umgehung der Regeln

für "echte" Mandantenschutzklauseln ausgelegt werden. In Österreich gibt es - soweit ersichtlich - keine Lehrmeinungen oder gar Rechtsprechung zur Mandantenübernahmeklausel. Eine entsprechende Anlehnung an das deutsche Recht ist aber mE gut argumentierbar, dh eine solche Vereinbarung könnte mit guten Gründen aus dem Anwendungsbereich der §§ 36, 37 AngG ausgeklammert bleiben. Umso mehr sollte das bei Partnern von Wirtschaftstreuhand- und Rechtsanwalts-GmbHs gelten, deren Arbeitnehmereigenschaft auch als nicht über eine Sperrminorität verfügende Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohnehin höchst fraglich ist (siehe oben 2.). Nach deutscher Ansicht ist bei einer Mandantenübernahmeklausel gerade kein Konkurrenzverbot vereinbart, sondern im Gegenteil die Betreuung von Mandanten des ehemaligen Arbeitgebers ausdrücklich zugelassen³⁸ - wenn auch nur gegen Abführung eines Teils des Honorars als "Vermittlungsprovision". Nach hA in Deutschland sind Mandantenübernahmeklauseln auch ohne Verpflichtung des ehemaligen Arbeitgebers zur Zahlung einer Karenzentschädigung (die sich nach deutschem Arbeitsrecht aus § 75d dHGB ergibt) zulässig und verbindlich, soweit sie dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dienen und das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschweren.³⁹

Es bestehen - wie bereits ausgeführt - gute Argumente, dass eine Mandantenübernahmeklausel auch bei (ehemaligen) Angestellten nicht dem Regime des Konkurrenzklausalrechts der §§ 36 f AngG unterliegt. Eine solche Vereinbarung wäre daher bis zu der Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) zulässig. Bei Wirtschaftstreuhand-Gesellschaften kommt es in der Praxis vor, dass ausscheidende Partner noch eine Zeit lang Gesellschafter sein dürfen. Die Vereinbarung, dass der ausgeschiedene Partner entweder als "Nachgesellschafter" aufgrund der Gewinnausschüttungen an den Erträgen aus den Klientenbeziehungen partizipiert oder andererseits - wenn er die Klienten nunmehr selbst betreut - die entsprechenden Honorare lukriert, aber gleichzeitig eine bestimmte Pauschalvergütung für die Übernahme des Klienten zahlt, übervorteilt keinen Beteiligten und ist daher nicht sittenwidrig. Eine solche Klausel ist als (entgeltliche) teilweise Übernahme des Kundenstocks zu qualifizieren. Da nach § 114 WTBG bei Erlöschen der Berechtigung zur Berufsausübung der gesamte vorhandene Klientenstock entgeltlich an einen anderen Berufsberechtigten übertragen werden kann, könnte man folgern, dass die entgeltliche Übernahme einzelner Klienten selbst bei Nichterlöschen der Berechtigung zulässig ist. Auch wenn der Mandantenübernahmeklausel eine gewisse Wettbewerbsbeschränkungswirkung zukommt, so ist diese nicht sittenwidrig iSd § 879 ABGB: Wettbewerbsbeschränkende Klauseln sind nicht nur im Geltungsbereich ausdrücklicher Regelungen (§§ 36, 37 AngG; § 26 HVertrG, der ein explizites Verbot nachvertraglicher Wettbewerbsverbote beinhaltet), sondern ganz allgemein nur beschränkt zulässig. Sie sind insb dann zulässig, wenn sie die Berufs- und Erwerbsinteressen des Verpflichteten nicht über den Rahmen der schutzwürdigen Interessen des Berechtigten hinaus beschränken. Eine solche Beschränkung liegt bei einer zeitlich befristeten Mandantenübernahmeklausel mE nicht vor.⁴⁰ Beachtet werden muss natürlich immer, dass die Höhe des abzuführenden Honorars nicht prohibitiv wirkt. Es lässt sich daher auch kein allgemeingültiger, angemessener Prozentsatz nennen, weil dafür vor allem die Gewinnmarge in der jeweiligen Branche von Bedeutung ist. 20 % vom Nettoumsatz (ohne Umsatzsteuer) sind in Rechtsanwaltssoziäteten mE idR unproblematisch, weil deren Gewinn üblicherweise um die 50 % (die Bandbreiten in der Praxis reichen von 70 % bis 30 %) des Nettoumsatzes ausmacht. In einem großen Wirtschaftstreuhandunternehmen

dürfte die Gewinnmarge niedriger sein, sodass uU ein niedrigerer Prozentsatz angemessen wäre. Zeitlich unbefristet kann freilich auch eine Mandantenübernahmeklausel nicht vereinbart werden. Gegen dreijährige Bindungen bestehen aber keine Bedenken und dies mE auch nicht im grundsätzlichen Anwendungsbereich der §§ 36 f AngG (siehe oben).

5. Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters

Bei ausgeschiedenen Partnern, die (befristet) weiterhin Anteile halten - was insb bei Wirtschaftstreuhandern vorkommt -, bilden neben einem vertraglich vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot die grundsätzlichen Treuepflichten eines GmbH-Gesellschafters eine Rechtsgrundlage für die Beschränkung wettbewerblicher Aktivitäten.

Schon im Jahr 1998 sprach der OGH aus,⁴¹ dass ein GmbH-Gesellschafter, der zugleich Angestellter der Gesellschaft ist und als solcher Kenntnis von Kundendaten und Preisen erlangt, diese Kenntnisse nach

Beendigung des Angestelltenverhältnisses bei Fortbestand der Gesellschafterstellung nicht dazu ausnützen darf, seinem in derselben Branche tätigen Konkurrenzunternehmen, dessen Geschäftsführer und Gesellschafter er ist, durch Preisunterbietung planmäßig Kunden der GmbH zuzuführen. Der OGH anerkannte mit diesem Urteil eine grundsätzliche Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und verbot damit im Ergebnis, dass ein GmbH-Gesellschafter die Kunden seines früheren Arbeitgebers abwirbt. Hat sich ein als Arbeitnehmer ausgeschiedener GmbH-Gesellschafter - wenn auch nur als Minderheitsgesellschafter - in zwischen der GmbH und Dritten bestehende laufende Geschäftsbeziehungen hineingedrängt, indem er diese Geschäftsbeziehungen (für Folgegeschäfte) auf sich selbst oder eine unter seinem beherrschenden Einfluss stehende Konkurrenzgesellschaft überleitet, und damit besondere Handlungsmöglichkeiten ausnützt, die ihm, wenngleich nicht allein aufgrund seiner Gesellschafterstellung, bekannt geworden sind, ist sein Vorgehen treuwidrig. Einem nur auf seine Eigenschaft als Mitgesellschafter einer GmbH zurückzuführenden allgemeinen Wettbewerbs- und damit Berufsverbot unterliegt der GmbH-Gesellschafter hingegen nicht.

¹ *Runggaldier*, Konkurrenzklausele und Erwerbsfreiheit, FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien (1998) 351 ff, 357 ff, 368 ff.

² BGBl I 1999/71.

³ Über die Antinomie zwischen der gegenüber der Situation vor 20 oder gar 40 Jahren signifikant herabgesetzten Bereitschaft junger Freiberufler, "das Letzte für ihr Unternehmen zu geben", und dem in dieser Zeitspanne mindestens ebenso signifikant verschärften Wettbewerb auch auf dem Markt für anwaltliche Dienstleistungen und Wirtschaftstreuhandleistungen und über die Auswirkungen dieser Antinomie bzw die daraus vor allem für größere Sozietäten in puncto Personalpolitik zu ziehenden Schlussfolgerungen könnte man Bücher schreiben; dies führt aber zu weit vom gestellten Thema weg.

⁴ Über den vor rund zwei Jahren erfolgten Wechsel des gesamten Immobilienteams einer Wiener Großsozietät zu einer anderen wurde sogar in den nichtjuristischen Medien berichtet.

⁵ Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass man auf dem engen österreichischen Markt so die erforderliche Diskretion besser gewahrt sieht. Immerhin darf nicht vergessen werden, dass zumindest bei Rechtsanwälten das gezielte Abwerben von Mitarbeitern oder Rechtsanwälten aus standesrechtlichen Gründen vermutlich doch noch etwas engeren Schranken unterliegt als bei gewerblichen Unternehmen.

⁶ Dies für eine Rechtsanwaltssozietät hervorhebend BGH 8. 5. 2000, NJW 2000, 2584.

⁷ OGH 2. 4. 2009, 8 Ob 141/08f RdW 2009, 575 = [ecolex 2009, 597](#) = [wbl 2009, 464](#) = [RWZ 2009, 179](#): Der OGH akzeptierte ein fünfjähriges nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht, sondern erklärte den über zwei Jahre hinausreichenden Teil für sittenwidrig und nichtig.

⁸ Dazu näher *Runggaldier*, FS 100 Jahre WU 351 ff, 357 ff, 368 ff; zu streng *Schrammel*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, [ecolex 1996, 467 ff, 469](#).

⁹ Vgl *Reissner*, ZellKomm § 1151 Rz 163.

¹⁰ Dieses Thema ist von der praktisch - wenn auch nicht in der Rechtsanwalts- und Wirtschaftstreuhand-Branche - bedeutsamen Frage zu unterscheiden, ob nicht *anstatt* eines Gesellschaftsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis vorliegt und mittels der Titulierung und nach außen hin erfolgenden Konzipierung als Gesellschaftsverhältnis die auf Arbeitsverhältnisse anwendbaren Normen (zB in puncto Ausländerbeschäftigung)

umgangen werden sollen.

¹¹ Es ist in der GmbH unbestritten möglich, dass die Kapital- von den Stimmenanteilen der Gesellschafter praktisch völlig entkoppelt werden, dh ein Gesellschafter mit einem Mini-Anteil am Gesellschaftskapital via Satzungsregelung über die Stimmenmehrheit verfügen kann (vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 39 Rz 13; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/291; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹² Rz 1/56; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 8 ff; *G. Schima*, Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH, ZAS 1987, 158.

¹² OGH 21. 10. 1999, 8 Ob A 143/98g wbl 2000, 180 = ASoK 2000, 216 = infas 2000, A 20; OGH 17. 10. 2002, 8 Ob A 68/02m DRdA 2003 178 uva; *Gahleitner*, ZellKomm § 3 AVRAG Rz 35; *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB-Komm V³ § 1151 Rz 34, 39; *Reich-Rohrig*, GmbH-Recht¹² Rz 2/84 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 28; *Radner* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht I Rz 70; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1151 Rz 100; *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 8 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge³ (2006) 5 ff.

¹³ Vgl jüngst auch *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, *ecolex* 2008, 740 mwN.

¹⁴ Vgl *G. Schima*, Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH (Teil II), ZAS 1987, 158.

¹⁵ Vor allem bei Rechtsanwälten kommt hinzu, dass ihr Berufsrecht in das GmbH-Recht - in einer freilich im Einzelnen strittigen Weise - eingreift (vgl dazu zB *Torggler*, Die Rechtsanwalts-GmbH, AnwBl 1999, 600 ff).

Das - an sich nur sachliche Weisungen erfassende - Weisungsrecht der Gesellschafter einer Rechtsanwalts-GmbH ist durch die im anwaltlichen Berufsrecht verbrieft Freiheit der Mandatsausübung zweifellos beschränkt (es wäre ein besonders spannendes Thema, zu untersuchen, wie sich diese These mit der "Realverfassung" in [vor allem internationalen] Großsozietäten verträgt: ein Thema, das sicher Zündstoff bietet). Konsequenterweise müssten sich aus dieser Beschränkung der sachlichen Weisungsgebundenheit auch korrespondierende Beschränkungen des zulässigen Ausmaßes persönlicher Weisungsgebundenheit ergeben.

¹⁶ Bei internationalen Anwaltssozietäten (vor allem solchen britischer Herkunft) gilt dies verstärkt, weil diese wie Konzerne geführt werden, noch wesentlich stärker "zahlengesteuert" agieren und Partner dort zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht mehr oder weniger strikten Vorgaben (insb in puncto Umsatz) unterliegen, deren Nichteinhaltung schon einmal dazu führen kann, dass dem Partner die Bearbeitung anderer Rechtsgebiete "nahegelegt" wird.

¹⁷ Die lohnsteuerrechtliche Behandlung ist ohnehin ein eigenes Thema. Denn wie das Beispiel von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (vgl *VwGH 24. 2. 1999, 97/13/0234f*, ÖStZB 1999, 509; *LStR 2002, Rz 982*; *W. Doralt*, EStG⁶ § 4 Tz 79; *Staringer*, Die Besteuerung von Abfertigungen für Vorstandsmitglieder einer AG, *ecolex* 1995, 581 ff, 582) zeigt, schafft es die Finanzverwaltung (in einer mE das Gesetz und § 47 Abs 2 EStG nicht ganz korrekt anwendenden Art und Weise) seit jeher, Personen steuerrechtlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren, bei denen die zivil- bzw arbeitsrechtliche Rechtsprechung

einheitlich und seit Jahrzehnten die Arbeitnehmerstellung (ja - wie der OGH - sogar die Stellung als arbeitnehmerähnliche Person) verneint. So wird dies auch bei Gesellschafter-Geschäftsführern gesehen. Weisungsfrei gestellte GmbH-Geschäftsführer, die weniger als 25 Prozent der Anteile halten, sind bei "sonstigem" Vorliegen der Dienstnehmereigenschaft arbeitsrechtlich - ähnlich den Vorstandsmitgliedern der AG - wegen der Weisungsfreiheit keine Dienstnehmer, steuerrechtlich hingegen schon (vgl *Risak*, "Abfertigung Neu" für GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, GeS 2003, 163). Selbst eine Sperrminorität des Geschäftsführers, die einem arbeitsrechtlichen Dienstnehmerbegriff klar entgegenstehen würde, weil er damit Beschlüsse (und somit auch Weisungen) verhindern könnte, stünde der steuerlichen Betrachtung als Dienstverhältnis nicht entgegen (*Felbinger*, Freiwillige Abfertigungszusage für GmbH-Geschäftsführer und Vorstände - die Besteuerung von freiwilligen Abfertigungen - Managerabfertigung unter der Lupe, *SWK* 2005, 619). Eine solche Konstellation ist wegen der 25%-Grenze in [§ 22 Z 2 EStG](#) freilich nur dann möglich, wenn in der Satzung der GmbH für die Fassung von Weisungsbeschlüssen der Gesellschafter eine Mehrheit vorgesehen wird, die *über* einer Dreiviertelmehrheit liegt.

¹⁸ Selbst eine umfassende finanzielle Entschädigung für den Beschränkungszeitraum beseitigt - anders als bei bloßen Mandantenschutzklauseln (dazu im Text) - die Zweifel an der Zulässigkeit nicht zur Gänze und mE nur im Ausnahmefall (siehe im Text).

¹⁹ Vgl *Runggaldier*, FS 100 Jahre WU Wien (1998) 351 ff; *Reich-Rohrwig*, Firma der GmbH, Kundenstock und Wettbewerb durch Gesellschafter, in FS Krejci 787 ff; [OGH 2. 4. 2009, 8 Ob 141/08 f wbl 2009, 464 ff](#); OGH als KOG, 9. 12. 1996, [16 Ok 3/96 ÖBI 1997, 196 ff](#); KOG 14. 12. 1993, Okt 6/93 ÖBI 1993, 266 ff.

²⁰ *Ulmer* in MünchKomm BGB⁵ § 738 Rz 67.

²¹ Vgl BGH 8. 5. 2000 NJW 2000, 2584 f.

²² [OGH 29. 9. 1986, 4 Ob 366/86 RdW 1987, 168](#); [OGH 17. 6. 1987, 14 Ob A 82/87 DRdA 1990, 49 ff](#) mit Anm *Holzer* = ZAS 1988, 132 ff mit Anm *Weilinger*; [OGH 15. 4. 2004, 8 Ob A 21/04b ZAS 2005, 138 ff](#) mit Anm *Grießer* = ASoK, 2005, 32.

²³ Vgl *Reissner*, ZellKomm § 36 AngG Rz 45 ff mwN; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge³ 98.

²⁴ So zuletzt [OGH 14. 10. 2008, 8 Ob A 58/08z ARD 5977/8/2009](#).

²⁵ *Reissner*, ZellKomm § 36 AngG Rz 45 ff mwN.

²⁶ [OGH 14. 6. 1987, 14 Ob A 82/87 DRdA 1990, 49 ff](#) (krit *Holzer*) = ZAS 1988, 132 ff (zust *Weilinger*) = Arb 10.669 = wbl 1987, 341 = RdW 1988, 20 = infas 1988, A 34 = ARD 3908/9/87.

²⁷ [OGH 22. 11. 1995, 9 Ob A 160/95 ARD 4717/16/96](#) = OLG Wien 22. 5. 1995, 9 Ra 33/95, ARD 4670/34/95; ASG Wien 15. 11. 1994, 30 Cga 5/94 ARD 4639/36/95s.

²⁸ "*Personen, die für einen Berufsberechtigten in welchem Rechtsverhältnis auch immer tätig sind, dürfen während, innerhalb und anlässlich der Beendigung dieser Tätigkeit nur mit Zustimmung des Berufsberechtigten*

1. *Aufträge oder Bevollmächtigungen von dessen Klienten selbst übernehmen oder*
2. *dessen Klienten anderen Berufsberechtigten zuführen*

²⁹ [OGH 29. 9. 1986, 4 Ob 366/86](#) (die E behandelt § 35 Abs 3 WTBO, den "Vorläufer" des §

88 Abs 8 WTBG).

³⁰ BGH II ZR 286/94 NJW-RR 1986/741.

³¹ BGH II ZR 308/98 NJW 2000, 2584 f.

³² BGH NJW 2002, 2584 f; BGH 29. 9. 2003 NJW 2004, 66.

³³ *Hülsmann*, Anwaltssozietät: Rechtsprechungsreport zu Austrittsfolgen, NZG 2001, 625 ff, 630.

³⁴ BGH 8. 5. 2000 NJW 2000, 2584.

³⁵ Darüber kann man sicher streiten. Zu bedenken ist aber immer, dass sich das Problem nur dann stellt, wenn die Mandanten selbst willens sind, mit dem Ausscheidenden "mitzugehen". Das werden sie - vor allem wenn sie der betroffene Partner gar nicht selbst akquiriert hat - idR nur machen, wenn es dieser geschafft hat, eine Kundenbindung zu etablieren, die bei aufrechter Gesellschafterstellung (auch) der Gesellschaft zugutekommt und die man durchaus als Vermögenswert betrachten kann, den der Ausscheidende durch seine Tätigkeit im Unternehmen, das er nun verlässt, geschaffen hat. Dafür keine Entschädigung vorzusehen und gleichzeitig die weitere Bearbeitung dieses Kundenstammes zu untersagen, läuft idR doch auf ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Regelung geförderten und den durch sie beeinträchtigten Interessen iSd [§ 879 ABGB](#) hinaus. Bei ausscheidenden Nicht-Gesellschaftern ist dagegen die sich auf nicht selbst geworbene Mandanten beziehende Mandantenschutzklausel ohne Entschädigung mE rechtlich problemlos - falls es sich um Arbeitnehmer handelt, freilich nur innerhalb der zeitlichen Grenzen des [§ 36 AngG](#) - möglich.

³⁶ Vgl BAG 7. 8. 2002, 10 AZR 586/01.

³⁷ *Moll*, Münchener Anwaltsbuch Arbeitsrecht § 30 Rz 51.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ BAG 7. 8. 2002, 10 AZR 586/200.

⁴⁰ *Krejci in Rummel*, ABGB³ I § 879 ABGB Rz 81d.

⁴¹ [OGH 23. 2. 1999, 4 Ob 27/99w wbl 1999, 420.](#)

RdW - Österreichisches Recht der Wirtschaft

Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Gesellschaftern in Wirtschaftstreuhand- und Rechtsanwalts-Sozietäten

Erstellt von Julia Toferer 7.1.2021