

Universitäts-Professor Dr. Christian Koenig, LL.M.,
und Ulrike Steiner, Bonn

Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags*

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind für Arbeitgeber nach wie vor ein effektives arbeitsvertragliches Instrument zum Schutz ihrer legitimen Interessen. Sie werden den Arbeitnehmern – oft begleitet von Konventionalstrafenvereinbarungen – auferlegt, um zu verhindern, dass diese nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Geschäftsgeheimnisse oder den Kundenstamm ihres ehemaligen Arbeitgebers kurzerhand zur Konkurrenz „mitnehmen“. Ein konventionalstrafenbewehrtes nachvertragliches Konkurrenzverbot kann einen Arbeitnehmer daran hindern, seinen Arbeitsplatz innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nach Belieben zu wechseln und muss sich daher vor allem am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG messen lassen. Maßgeblich für die Beurteilung ist insbesondere das Urteil des EuGH im Fall Bosman.

I. Die Ausgangslage

Angenommen, ein in Österreich ansässiges Unternehmen, das in seinem Betrieb Spezialchemikalien für die gewerbliche Textilpflege (Wäscherei, chemische Reinigung) herstellt und seine Produkte innerhalb der gesamten Europäischen Gemeinschaft vertreibt, vereinbart in den individuell ausgehandelten Dienstverträgen mit seinen Arbeitnehmern folgende Klausel: „Der Dienstnehmer verpflichtet sich, auf die Dauer eines Jahres nach Beendigung des Dienstverhältnisses, aus welchen Gründen auch immer, sowohl im Inland als auch im Ausland ohne Erlaubnis der Dienstgeberin in keinem Unternehmen, welches Wasch- und Reinigungsmittel oder den Produkten der Dienstgeberin ähnliche Produkte erzeugt oder vertreibt, irgendeine Tätigkeit zu übernehmen oder sich an der Gründung oder dem Betriebe eines solchen Unternehmens mittelbar oder unmittelbar mit Rat oder Tat in irgendeiner Weise zu beteiligen, sowie auch selbst kein derartiges Unternehmen zu gründen oder zu betreiben. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Konkurrenzklausel verpflichtet sich der Dienstnehmer zur Zahlung einer Konventionalstrafe in Höhe des zehnfachen Betrags des im letzten Monat vor der Beendigung des Dienstverhältnisses bestandenen Bruttogehalts“.

Solche Vereinbarungen sind nach österreichischem Recht gem. §§ 36 und 37 des österreichischen Angestelltengesetzes¹ grundsätzlich erlaubt.

Ein Arbeitnehmer des österreichischen Unternehmens, ein österreichischer Staatsbürger, der nicht in einer Führungsposition beschäftigt ist, bewirbt sich noch während der Laufzeit seines Arbeitsvertrags um eine Stelle bei einem Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das die gleiche Produktpalette herstellt und EG-weit vertreibt wie das österreichische Unternehmen. Zwischen dem deutschen Unternehmen und dem Arbeitnehmer kommt es zum Abschluss eines Arbeitsvertrags. Der Arbeitnehmer kündigt daraufhin seinen noch laufenden Arbeitsvertrag beim früheren Arbeitgeber und beginnt sogleich seine Tätigkeit bei dem deutschen Unternehmen. Tatsächlich fordert der frühere Arbeitgeber sodann von seinem ehemaligen Arbeitnehmer die Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe.

Wären das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot und die damit zusammenhängende Konventionalstrafenvereinbarung auf Grund eines Verstoßes gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG nichtig², könnte der Arbeitnehmer die Zahlung verweigern oder, falls er bereits gezahlt hat, das Geleistete nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern³.

II. Verstoß des konventionalstrafenbewehrten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EG

1. Keine lex specialis hinsichtlich eines konventionalstrafenbewehrten nachvertraglichen Konkurrenzverbots auf Grund EG-Sekundärrechts

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird durch eine Vielzahl sekundärrechtlicher Bestimmungen konkretisiert⁴, von denen jedoch keine eine Spezialregelung über die Unzulässigkeit eines konventionalstrafenbewehrten nachvertraglichen Konkurrenzverbots enthält. Die EG-rechtliche Unzulässigkeit dieses Verbots kann sich daher nur aus Art. 39 EG selbst ergeben.

2. Arbeitnehmerverhältnis i. S. des Art. 39 EG

Der von dem Konkurrenzverbot betroffene Unionsbürger hat gemäß der Definition des EuGH „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen (erbracht), für die (er) als Gegenleistung eine Vergütung (erhielt)“⁵ und ist damit unzweifelhaft Arbeitnehmer i. S. des Art. 39 EG⁶.

3. Grenzüberschreitender Bezug

Aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass Art. 39 EG nicht auf Sachverhalte angewandt werden kann, die keinen Anknüpfungspunkt zu einem anderen EG-Mitgliedstaat aufweisen⁷. Im Ausgangsfall steht zwar ein Arbeitsvertrag zwischen einem österreichischen Arbeitnehmer und einer österreichischen Gesellschaft in Rede, der nach Art. 30 II EGBGB, § 44 I 1 österr. IPRG österreichischem Arbeitsrecht unterliegt; der österreichische Arbeitnehmer hat sich aber bei einer deutschen Gesellschaft um eine Anstellung beworben. Es handelt sich daher um einen Fall der Bewerbung um eine tatsächlich angebotene Stelle in einem anderen Mitglied-

* Der Autor Koenig ist Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn, die Autorin Steiner ist dort wissenschaftliche Referentin. – Der Aufsatz beruht auf einem für die *Kreussler & Co. GmbH* angefertigten Gutachten.

1) Österr. Bundesgesetz v. 21. 5. 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten – AngG, BGBl 1921, 292 i. d. F. BGBl 1993, 502.

2) Im deutschen Recht nach § 134 BGB; vgl. z. B. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Mai 2001, Vorb. Art. 39–55 EG Rdnr. 85; ausdrücklich zur Arbeitnehmerfreizügigkeit als Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB *Palandt/Heinrichs*, BGB, 60. Aufl. (2001), § 134 Rdnr. 2. Im österr. Recht gilt § 879 I ABGB: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig“.

3) Ein Kondiktionsanspruch würde sich im Ausgangsfall nach österr. BereicherungsR beurteilen, vgl. Art. 38 I i. V. mit Art. 30 II EGBGB, ebenso § 46 S. 2 i. V. mit § 44 I 1 österr. IPRG. Ein mit der Sache befasstes nationales Gericht würde bei der Beurteilung eines solchen Anspruchs wohl den Weg einer Vorlage an den EuGH wählen.

4) Die wichtigsten sind die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und die Richtlinie 64/221/EWG. Nachw. z. B. bei *Schneider/Wunderlich*, in: *Schwarze*, EU, 2000, § 39 EG Rdnr. 3.

5) EuGH, Slg. 1986, 2121 = DVBl 1986, 883 Rdnr. 17 – Lawrie-Blum.

6) Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt unmittelbar nur für Staatsangehörige der EG-Mitgliedstaaten, vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1984, 2631 Rdnr. 7 – Meade.

7) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 89 – Bosman; *Schneider/Wunderlich* (o. Fußn. 4), § 39 EG Rdnr. 29 m. w. Nachw.

staat gem. Art. 39 III lit. a EG und damit um einen Anwendungsfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁸.

4. Private Arbeitgeber als Adressaten des Beschränkungsverbots nach Art. 39 EG

Art. 39 EG verpflichtet in erster Linie die Mitgliedstaaten; darüber hinaus gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit aber auch zwischen Rechtssubjekten des Privatrechts. Dies vertritt der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung mit der Begründung, dass die effektive Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs dadurch zunichte gemacht werden könnte, dass privatrechtliche Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen. Ferner wäre anderenfalls die gleiche Anwendung des EG-Rechts in allen Mitgliedstaaten gefährdet, da in deren verschiedenen Rechtsordnungen die Arbeitsbedingungen teilweise durch Gesetze oder Verordnungen, teilweise aber durch von Privatpersonen geschlossene Verträge oder sonstige Akte geregelt sind⁹. Bestätigt wird dies ferner durch Art. 7 IV Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, der ausdrücklich bestimmt, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung oder alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen „von Rechts wegen nichtig“ sind, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen¹⁰. Zwar findet die spezielle Nichtigkeitssanktion des Art. 7 IV Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 keine Anwendung, wenn der benachteiligte Arbeitnehmer Inländer (im Ausgangsfall österreichischer Staatsangehöriger) ist, also nicht, wie die Vorschrift voraussetzt, zu den „Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten“ gehört. Dennoch steht hinter der Bestimmung der allgemeine Gemeinschaftsrechtsgrundsatz, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch im Privatrechtsverhältnis wirkt.

Das das Konkurrenzverbot und die Konventionalstrafe nicht Bestandteile einer gesetzlichen Regelung, sondern eines individuellen Arbeitsvertrags sind, hindert daher nicht die Anwendbarkeit des Art. 39 EG. Vielmehr bindet die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch einen privaten Arbeitgeber als Vertragspartner des Arbeitsvertrags.

5. Beschränkung der Freizügigkeit

Das im Arbeitsvertrag festgeschriebene nachvertragliche Konkurrenzverbot, bei dessen Nichtbeachtung eine Konventionalstrafe zu zahlen ist, müsste eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen.

a) *Keine Diskriminierung*. Art. 39 II EG verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Eine unmittelbare Diskriminierung durch das Konkurrenzverbot ist nicht festzustellen, denn die arbeitsvertragliche Regelung stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit ab. Auch eine mittelbare Diskriminierung ist nicht ersichtlich: Die Regelung ist nicht so gestaltet, dass sie trotz herkunftsunabhängiger Geltung im Wesentlichen oder ganz überwiegend Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten betrifft oder Inländer faktisch gegenüber EG-Ausländern besser stellt.

b) *Beschränkung*. Darüber hinaus hat der *EuGH* indes entschieden, dass alle Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats tatsächlich oder potenziell, mittelbar oder unmittelbar daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, eine

Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden¹¹. Der *Gerichtshof* begründete dies mit einer Parallele zur Niederlassungsfreiheit, die ebenfalls als Beschränkungsverbot zu verstehen sei¹². Ein Mitgliedstaat dürfe seine Staatsangehörigen und die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften nicht daran hindern, sein Hoheitsgebiet zu verlassen, um sich in einem anderen Mitgliedstaat anzusiedeln. Dasselbe müsse aber im Zusammenhang mit Art. 39 EG bei Regeln gelten, die die Freizügigkeit der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates beeinträchtigen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine unselbstständige Tätigkeit ausüben wollen¹³. Weder die Mitgliedstaaten noch private Arbeitgeber dürfen also ihre inländischen Arbeitnehmer daran hindern, ihr Herkunftsland zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung auszuüben oder sich um eine solche zu bewerben (es sei denn, die Behinderung wäre gerechtfertigt).

Anhaltspunkte dafür, in welchen Fällen eine solche Behinderung bejaht werden kann, lassen sich dem Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Bosman* entnehmen. Dort lag eine Vereinbarung einer Vereinigung von Fußballvereinen vor, die für den Fall, dass ein professioneller Spieler den Verein wechseln wollte, die Zahlung einer Ablösesumme durch den übernehmenden Verein vorsah. Der *EuGH* hielt diese Regeln für geeignet, die Freizügigkeit der Spieler, die ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen, einzuschränken, indem sie die Spieler sogar nach Ablauf ihrer Arbeitsverträge daran hindern, ihren Verein zu verlassen. „Die genannten Regeln beeinträchtigen (...) die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, da sie vorsehen, dass ein Berufsfußballspieler seine Tätigkeit nicht bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen, neuen Verein ausüben kann, wenn dieser Verein dem bisherigen Verein nicht die Transferentschädigung gezahlt hat ...“¹⁴. Und: „Der Umstand, dass die Vereine als Arbeitgeber verpflichtet sind, bei der Einstellung eines Spielers von einem anderen Verein Entschädigungen zu zahlen, beeinflusst (...) die Möglichkeiten für die Spieler, eine Beschäftigung zu finden, wie auch die Bedingungen, zu denen diese Beschäftigung angeboten wird“¹⁵.

Die Lage im Ausgangsfall ist durchaus vergleichbar. Der betroffene Arbeitnehmer unterliegt auf Grund seines Arbeitsvertrags für eine bestimmte Anzahl von Monaten einem Arbeitsverbot in der Branche, in der sein ehemaliger Arbeitgeber tätig ist. Geht er dennoch ein neues Beschäftigungsverhältnis ein, ist er vertraglich einer Konventionalstrafenregelung unterworfen. Bewirbt er sich um

8) Mit ders. Begr. hat der *EuGH* im Urteil *Bosman*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 90, die Anwendbarkeit des Art. 39 EG bejaht.

9) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnrn. 83, 84 – *Bosman*; Slg. 1974, 1405 Rdnrn. 18, 19 – *Walrave*. Seither auch *EuGH*, Slg. 1998, I-2521 = EuZW 1998, 601 Rdnr. 24 – *Clean Car Autoservice*; Slg. 2000, I-4139 = NJW 2000, 2634 Rdnrn. 32, 33 – *Angonese*.

10) Bestätigt durch *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 82 – *Bosman*.

11) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 96 – *Bosman*. Vgl. auch *EuGH*, Slg. 1991, I-1119 Rdnrn. 18 und 19 – *Massio*. Seither auch *EuGH*, Slg. 2000, I-493 = NZA 2000, 413 Rdnrn. 21-23 – *Graf*. Ebenso Schlussanträge des *GA Alber* v. 22. 6. 1999 in der Rs. *Jyri Lehtonen*, Slg. 2000, I-2681 Rdnr. 44.

12) Zur Niederlassungsfreiheit *EuGH*, Slg. 1988, 5483 Rdnr. 16 = NJW 1989, 2186 – *Daily Mail*.

13) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 97 – *Bosman*.

14) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnrn. 99, 100 – *Bosman*.

15) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 75 – *Bosman*.

eine in einem anderen EG-Mitgliedstaat tatsächlich angebotene Stelle (Art. 39 III lit. a EG), so ist das nachvertragliche Konkurrenzverbot geeignet, eine solche Bewerbung für ihn unattraktiv oder gar finanziell untragbar zu machen. Eine solche Vereinbarung behindert, obwohl sie weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend wirkt, faktisch den reibungslosen Wechsel von Arbeitskräften von einem Mitgliedstaat in den anderen und stellt daher eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.

c) *Tatbestandseinschränkung nach der Keck-Rechtsprechung?* Da die Arbeitnehmerfreizügigkeit mittlerweile wie alle Grundfreiheiten dahin gehend ausgelegt wird, dass sie auch als Beschränkungsverbot wirkt¹⁶, kommt auch hier die Notwendigkeit einer Tatbestandsreduktion zur Verhinderung einer ausufernden Kontrolle des nationalen Rechts in Betracht. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit hat der *EuGH* im Urteil *Keck*¹⁷ den Verbotstatbestand des Art. 28 EG eingeschränkt. Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen können danach nur noch produktbezogene nationale Regelungen sein, während unterschiedslos angewandte Regelungen von Verkaufsmodalitäten von vornherein nicht mehr an Art. 28 EG zu messen sind¹⁸. Eine ähnliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der *EuGH* im Urteil *Graf*¹⁹ vorgenommen. Er stellte fest, dass Art. 39 EG nur durch solche nationalen Maßnahmen beeinträchtigt werden kann, die „den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen“. Auch in der Literatur wird teilweise vertreten, Art. 39 EG gewährleiste als Freiheitsrecht nur den unmittelbaren Zugang zum Arbeitsmarkt in anderen Mitgliedstaaten (vgl. Art. 39 III lit. a und c EG). Das Beschränkungsverbot erfasse daher nur solche Maßnahmen oder Bestimmungen, die geeignet sind, in spezifischer Weise Unionsbürger an der Aufnahme eines Berufs in einem anderen Mitgliedstaat zu hindern. Bloße Berufsausübungsmodalitäten fielen dagegen nur unter das Diskriminierungsverbot²⁰. Dem Urteil *Graf* lässt sich ferner entnehmen, dass der Gerichtshof Art. 39 EG nicht für beeinträchtigt hält, wenn nationale Maßnahmen das Verhalten der Arbeitnehmer allenfalls „indirekt“ beeinflussen und der Einfluss in hohem Maße „ungewiss“ ist²¹.

Ein konventionalstrafenbewehrtes nachvertragliches Konkurrenzverbot ist indessen keine bloße Berufsausübungsregelung, denn es bezieht sich auf die Beendigung der alten und die Aufnahme einer neuen Beschäftigung. Indem es den Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber sanktioniert, gilt es gerade außerhalb des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses und behindert damit vor allem auch die Einstellung bei einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat. Eine direkte und unmittelbare Erschwerung des Zugangs zu den Arbeitsmärkten anderer Mitgliedstaaten ist mithin gegeben. Dass auch eine der vorliegenden Konventionalstrafenvereinbarung vergleichbare Ablöseregelung geeignet sein kann, den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates unmittelbar negativ zu beeinflussen und somit die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen, hat der *EuGH* bereits im Urteil *Bosman* festgestellt. Ablöseregeln können nach Auffassung des *EuGH* daher nicht den Regelungen über die Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichgestellt werden, die nach dem Urteil *Keck* nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG fallen²².

Der Konkurrenzverbotregelung kann im Übrigen keineswegs ein nur „indirekter“ oder „ungewisser“ Einfluss auf das Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberverhalten zugeschrieben werden. Vielmehr werden die finanziellen Auswirkungen einer derartigen Wettbewerbsverbots- und Vertragsstrafenregelung viele Arbeitnehmer davon abhalten, sich durch Aufnahme einer Beschäftigung in einem ande-

ren Mitgliedstaat einer Zahlungsverpflichtung in einer derartigen Höhe auszusetzen. Ferner bewirkt die Regelung, dass potenzielle neue Arbeitgeber in anderen Mitgliedstaaten zögern werden, den betroffenen – zur Erfüllung einer so hohen Verpflichtung in aller Regel finanziell nicht fähigen – Arbeitnehmer einzustellen, weil sich ihnen in diesem Fall die Erstattung der Vertragsstrafe aufdrängt, damit sie den Arbeitnehmer überhaupt beschäftigen können. Auch nach dem Urteil *Graf* wäre die vorliegende Regelung daher am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu überprüfen.

Abgesehen davon ist, wie der Generalanwalt *Alber* in seinen Schlussanträgen im Fall *Lehtonen* dargelegt hat, auch unabhängig vom Einzelfall eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG – anders als bei Art. 28 EG – nicht notwendig. Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit war die Ausgrenzung der nicht diskriminierenden Regelungen von Verkaufsmodalitäten aus dem extrem weiten Anwendungsbereich des Art. 28 EG nach dem Urteil *Dassonville*²³ erforderlich. Regelungen, die Verkaufsmodalitäten betreffen, berühren regelmäßig den Warenverkehr nur sehr mittelbar, weil sie nicht das Produkt und die Produktion selbst und auch nicht notwendigerweise denjenigen berühren, der ein Produkt aus- oder einführt, sondern erst den weiteren Absatz an den Endverbraucher. Unmittelbar oder mittelbar diskriminierende oder produktbezogene Regelungen fallen hingegen nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* immer unter die Freiheit des Warenverkehrs. Berufsausübungsregeln sind den produktbezogenen Regeln meist²⁴ viel näher als den Regelungen von Verkaufsmodalitäten, denn sie beziehen sich unmittelbar auf den Prozess der Herstellung des auf dem relevanten Arbeitsmarkt nachgefragten Gegenstands, nämlich der zu leistenden Arbeit. Außerdem sind ihre Voraussetzungen – wie bei den produktbezogenen Regelungen – unmittelbar von dem Unionsbürger zu erfüllen, der die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Anspruch nehmen will²⁵. Aus diesen Gründen kommt eine Tatbestandsreduktion nicht in Betracht.

d) *Zwischenergebnis.* Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot in Verbindung mit einer für den Fall seiner Missachtung vereinbarten Konventionalstrafe beeinträchtigt daher die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Form des nach der Rechtsprechung des *EuGH* in Art. 39 II EG enthaltenen Beschränkungsverbots.

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung auf Grund zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls

1. Die Anwendbarkeit der *Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung*²⁶

Nichtdiskriminierende Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind nach der Rechtsprechung des *EuGH*

16) So allg. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-4165 = NJW 1996, 579 Rdnr. 37 – Gebhard.

17) *EuGH*, Slg. 1993, I-6097 = NJW 1994, 121 – Keck und Mithouard.

18) *Schneider/Wunderlich*, in: *Schwarze* (o. Fußn. 4), § 39 EG Rdnr. 42. Dazu ausf. *Becker*, in: *Schwarze* (o. Fußn. 4), § 28 EG Rdnr. 47.

19) *EuGH*, Slg. 2000, I-493 – Graf.

20) *Schroeder*, JZ 1996, 254 (255 f.); *Brechmann*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 1999, Art. 39 EG Rdnr. 50.

21) *EuGH*, Slg. 2000, I-493 Rdnr. 23, 24 – Graf. Was unter einem „indirekten“ und „ungewissen“ Einfluss zu verstehen sei, erläutert der *Gerichtshof* indessen nicht.

22) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 103 – Bosman.

23) *EuGH*, Slg. 1974, 837 = NJW 1975, 515 Rdnr. 5 – Dassonville.

24) Anders ist dies z. B. bei Arbeitszeitregeln, die den Verkaufsmodalitäten näher stehen, da sie den allgemeinen Ordnungsrahmen betreffen, vergleichbar den Ladenöffnungszeiten.

25) Schlussanträge des GA *Alber*, Slg. 2000, I-2681; Rdnr. 48 – Jyri Lehtonen.

26) *EuGH*, Slg. 1979, 649 = NJW 1979, 1766 – Cassis de Dijon. Demnach sind in „Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung“ nichtdiskriminierende „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft (...) hinzunehmen, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“.

zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist²⁷. Der geschriebene Rechtfertigungsgrund des Art. 39 III EG ist hingegen auf diesen Fall nicht anwendbar²⁸. Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellte der *Gerichtshof* bei der Rechtfertigung in manchen Urteilen – anders als bei den anderen Grundfreiheiten – nicht ausdrücklich auf die Cassis-Formel ab, prüfte aber, ob eine Beschränkung auf Grund von „objektiven Erwägungen“²⁹ oder „sachlichen Erwägungen“³⁰ gerechtfertigt sei. In der Sache wurde damit nichts anderes als eine Rechtfertigung auf Grund zwingender Gemeinwohlinteressen geprüft³¹. Im Urteil *Bosman* verwandte der *EuGH* dementsprechend die Formulierung, die beschränkenden Regelungen stellten dann keine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, „wenn diese Regeln einen mit dem Vertrag zu vereinbarenden berechtigten Zweck verfolgen würden und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wären. In diesem Fall müsste aber außerdem die Anwendung dieser Regeln geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist“³². Diese Formulierung bestätigt, dass die Rechtfertigung nach den Prinzipien der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung erfolgen muss.

2. Die Motive des früheren Arbeitgebers als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls

Der Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch ein im Arbeitsvertrag enthaltenes konventionalstrafenbewehrtes nachvertragliches Konkurrenzverbot ist dann gerechtfertigt, wenn die Zwecke, die der frühere Arbeitgeber damit verfolgt, mit dem Vertrag zu vereinbarenden zwingenden Gründen des Allgemeininteresses darstellen. Die bisher vom *EuGH* als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses anerkannten Tatbestände sind nicht erschöpfend; grundsätzlich können daher alle öffentlichen Interessen als zwingende Erfordernisse qualifiziert werden³³.

Zweck eines Konkurrenzverbots wie des vorliegenden ist regelmäßig der Schutz der Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers sowie des im Verlaufe langer Geschäftstätigkeit aufgebauten Vertrauens zwischen Kunden und Mitarbeitern vor der Verwertung und Ausnutzung durch Konkurrenten. Zwar handelt es sich dabei zunächst um wirtschaftliche Privatinteressen des Arbeitgebers; diese Interessen dienen darüber hinaus aber auch der Allgemeinheit. Für das Funktionieren von innovativen Industrien in einer Volkswirtschaft und zur Förderung von Investitionen ist es unerlässlich, dass die geschäftlichen Geheimnisse sowie der langsam aufgebaute Kunden- und Lieferantennstamm der einzelnen Unternehmen hinreichend vor unbefugtem Zugriff durch die Konkurrenz geschützt werden. Daher lassen auch die Rechtsordnungen vieler Mitgliedstaaten die Vereinbarung nachvertraglicher Konkurrenzverbote zu³⁴. Diese Regelungen dienen daher mithin dem öffentlichen Interesse. Ein öffentliches Interesse ist vor allem dann als zwingendes Erfordernis anzuerkennen, wenn es mit einem der Rechtfertigungsgründe des *ordre-public*-Vorbehalts zum Beispiel des Art. 30 EG vergleichbar ist. Art. 30 EG schützt unter anderem das gewerbliche und kommerzielle Eigentum. Dazu gehören Patent-, Warenzeichen- und Urheberrechte sowie Rechte an Geschmacks- und Gebrauchsmustern³⁵. Bei diesen Interessen handelt es sich auch in erster Linie um wirtschaftliche Rechtsgüter von Privatpersonen bzw. Unternehmen; sie sind aber dennoch in den Katalog des Art. 30 EG aufgenommen wor-

den, weil dahinter in weitem Umfang volkswirtschaftliche Belange stehen. Für die Rechtfertigung auf Grund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses kann aber nichts anderes gelten als für die EG-vertraglich festgelegten Rechtfertigungsgründe. Da das Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung seiner betriebs- und kundenbezogenen Informationen vergleichbar ist mit dem durch Art. 30 EG geschützten gewerblichen und kommerziellen Eigentum, ist es als zwingendes Erfordernis im Sinne der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung anzuerkennen.

3. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die zwingenden Erfordernisse im Sinne der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung können die Beschränkung einer Grundfreiheit nur dann rechtfertigen, wenn und soweit die in Rede stehende Regelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird. Sie muss tatsächlich geeignet sein, den mit ihr verfolgten, als legitim anerkannten Zweck zu verwirklichen, und sie muss zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sein; ferner muss im Wege der Güterabwägung festgestellt werden, dass das gewählte Mittel zu dem damit verfolgten Zweck nicht in einem unangemessenen Verhältnis steht³⁶.

a) *Geeignetheit*. Das konventionalstrafenbewehrte nachvertragliche Wettbewerbsverbot müsste ein geeignetes Mittel sein, um den Schutz der Geschäftsgeheimnisse und der Kundenbeziehungen des Arbeitgebers zu gewährleisten. Dadurch, dass der Arbeitnehmer sich zur Einhaltung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots verpflichtet, ist er – da er von der Wirksamkeit der Verpflichtung ausgeht – ein Jahr lang daran gehindert, jegliche Tätigkeiten in der Wasch- und Reinigungsmittelbranche auszuführen. Bei Einhaltung des Verbots (und der Erzwungung der Einhaltung dient die Konventionalstrafe) kann er nicht seine zur Zeit seines Arbeitsverhältnisses mit dem früheren Arbeitgeber erworbenen Insiderkenntnisse über dessen Unternehmen, seinen Kundenstamm und seine Betriebsgeheimnisse im Rahmen einer Tätigkeit in derselben Branche an ein Konkurrenzunternehmen weitergeben. Nach Ablauf eines Jahres sind zumindest hochaktuelle Informationen über betriebsinterne Vorgänge und Strategien so weit veraltet, dass eine unmittelbare Gefahr nicht mehr befürchtet werden muss. Ferner wird durch das Arbeitsverbot in der Branche des Arbeitgebers verhindert, dass der Arbeitnehmer, soweit er für das Unternehmen Vertrauensbeziehungen zu Kunden aufgebaut hatte, diese Beziehungen über-

27) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 – *Bosman*. Für alle Grundfreiheiten: *EuGH*, Slg. 1995 I-4145 (4197f.) – *Gebhard*.

28) *Schneider/Wunderlich* (o. Fußn. 4), § 39 EG Rdnr. 43; *Schroeder*, JZ 1996, 254 (255f.).

29) *EuGH*, Slg. 1996, I-2617 (2638) – O’Flynn; Slg. 1998, I-47, 67 – *Schöning-Kougebetopoulou*; Slg. 1998, I-2521 – *Clean Car Autoservice*.

30) *EuGH*, Slg. 2000, I-4133 Rdnr. 42 – *Angonese*.

31) *Weiβ*, *EuZW* 1999, 493 (497); *Koenig/Haratsch*, *EuropaR*, 3. Aufl. (2000), Rdnr. 546.

32) *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 Rdnr. 104 – *Bosman*, m. Verw. auf *EuGH*, Slg. 1995, I-4165 Rdnr. 37 – *Gebhard*.

33) *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 20), Art. 28 EG Rdnr. 22; *Müller-Graff*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, *EU-/EG-Vertrag I*, 5. Aufl. (1997), Art. 30 EGV Rdnr. 203.

34) Vgl. die rechtsvergleichende Darstellung bei *Wank*, *Arbeiter und Angestellte*, 1992, S. 389–400. Zulässig sind nachvertragliche Konkurrenzverbote z. B. in Belgien, Dänemark, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Spanien und im Vereinigten Königreich.

35) *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 20), Art. 30 EG Rdnr. 33.

36) *EuGH*, Slg. 1979, 649 (664) = NJW 1979, 1766 – *Cassis de Dijon*; Slg. 1990, I-4827 (4828) – *Pall*; Slg. 1995, I-1923 (1942) = NJW 1995, 3243 – *Mars*; Slg. 1997, 3689 (3716) = *EuZW* 1997, 471 – *Familiapress*; *Leible*, in: *Grabitz/Hilf* (o. Fußn. 2), Art. 28 EG Rdnr. 21.

gangslos für die Gründung eines eigenen Unternehmens oder für seine Tätigkeit bei der Konkurrenz nutzt, so dass dem ehemaligen Arbeitgeber die Kunden abgeworben werden. Insgesamt ist weder die Geeignetheit eines Konkurrenzverbots für die genannten Ziele noch die der Konventionalstrafenvereinbarung, um die Einhaltung des Verbots zu erzwingen, in Zweifel zu ziehen.

b) *Erforderlichkeit.* Die Erforderlichkeit einer Maßnahme muss immer dann verneint werden, wenn das angestrebte Schutzziel durch andere, gleich geeignete, aber weniger beschränkende Maßnahmen ebenso gut erreicht werden kann³⁷.

aa) *Das Fehlen einer Karenzentschädigung.* Der Arbeitsvertrag verpflichtet den Arbeitnehmer im Ausgangsfall, für die Dauer eines Jahres nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei dem früheren Arbeitgeber keine Tätigkeiten in der gesamten Wasch- und Reinigungsmittelbranche zu übernehmen. Im Gegenzug fehlt indessen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer für die Zeit seiner erzwungenen Untätigkeit eine angemessene Entschädigung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zu zahlen. Diese einseitig den Arbeitnehmer belastende Regelung hat zur Folge, dass dem Arbeitnehmer eine ordentliche Kündigung praktisch weitgehend unmöglich gemacht wird, da er sich dadurch selbst in die Lage bringen würde, ein Jahr lang ohne angemessenen Lebensunterhalt verbringen zu müssen. Zur Vermeidung dieser Situation wäre er gezwungen, die Wettbewerbsabsprache mit dem ehemaligen Arbeitgeber zu brechen und sich damit dessen Konventionalstrafenforderungen auszusetzen. Dass der Arbeitnehmer in einer anderen Branche eine gleichwertige Arbeitsstelle findet, ist keineswegs gewährleistet, da genau die Berufserfahrung, die er in seiner eigenen Branche erworben hat, ihn als Arbeitskraft wertvoll macht. In einer anderen Branche müsste er unter Umständen weniger qualifizierte und damit schlechter bezahlte Tätigkeiten übernehmen und sich im Laufe der Zeit erneut Kenntnisse und Fähigkeiten erwerben. Er hat also ein berechtigtes Interesse, in seiner eigenen Branche weiterarbeiten zu können. Hat er diese Möglichkeit nicht und wird ihm zusätzlich eine angemessene Entschädigung für den zeitweiligen Entzug dieser Möglichkeit vorenthalten, wird er sich in aller Regel in einer wirtschaftlich äußerst prekären Lage befinden.

In vielen EG-Mitgliedstaaten wie zum Beispiel Dänemark, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, den Niederlanden und Spanien sind nachvertragliche Konkurrenzverbote von Gesetzes wegen nur bei Vereinbarung einer angemessenen Ausgleichszahlung zulässig³⁸. Diese Regelungen sollen eine unerträglich starke Belastung und Knebelung des Arbeitnehmers vermeiden.

Es wäre eine ebenso geeignete, für den Arbeitnehmer aber erheblich weniger belastende Lösung, wenn im Gegenzug zu dem Konkurrenzverbot eine so genannte Karenzentschädigung für den Arbeitnehmer vereinbart worden wäre. Eine solche Regelung würde einen gerechten Ausgleich zwischen den berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers, dass die in seinem Betrieb erlangten Kenntnisse und geschäftlichen Beziehungen nicht zu seinem Schaden ausgenutzt werden, und den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers, nach Beendigung seines Dienstverhältnisses seine Arbeitskraft frei nutzen zu können, herstellen³⁹. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot ohne ausgleichende Entschädigungszahlungen durch den Arbeitgeber erfüllt daher nicht die Voraussetzungen eines erforderlichen Mittels.

bb) *Die Geltung des Konkurrenzverbots für alle denkbaren Tätigkeiten in der Wasch- und Reinigungsmittelbranche.* Das Wettbewerbsverbot im Ausgangsfall verpflichtet den Arbeitnehmer, „in keinem Unternehmen, welches Wasch- und Reinigungsmittel oder ähnliche Produkte erzeugt oder vertreibt, irgendeine Tätigkeit zu übernehmen“. Das bedeutet, dass ihm jegliche Tätigkeiten in Unternehmen der Wasch- und Reinigungsmittelbranche verschlossen bleiben. Das Verbot erscheint auch in seiner diesbezüglichen sachlichen Reichweite nicht erforderlich, um die Ziele des Arbeitgebers effektiv zu erreichen.

Ein Arbeitnehmer, der keine Führungskraft ist, besitzt regelmäßig nur einen Überblick über seinen eigenen Tätigkeitsbereich und Zugang zu denjenigen Informationen, die diesen Tätigkeitsbereich berühren. Daher kann er im Falle eines Wechsels zu einem anderen Unternehmen derselben Branche nur dann im Rahmen seiner dortigen Tätigkeit betriebsinterne Informationen des alten Arbeitgebers zu dessen Nachteil verwerten oder dessen Kundenkreis umwerben, wenn zumindest ein konkreter Bezug zwischen der früheren und der neuen Tätigkeit besteht⁴⁰. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber, wenn es nicht um leitende Angestellte geht, nur dann ein berechtigtes Interesse an einem Wettbewerbsverbot, wenn dieses Arbeiten im neuen Betrieb verbietet, die der früheren Tätigkeit vergleichbar sind⁴¹. Es genügt zum Schutz des alten Arbeitgebers daher vollauf, das Konkurrenzverbot auf identische oder ähnliche Tätigkeiten zu beschränken. Ein Verbot jeglicher Tätigkeiten in der Branche des Arbeitgebers ist hingegen nicht erforderlich.

cc) *Der zeitliche Umfang des Konkurrenzverbots.* Das nachvertragliche Konkurrenzverbot wurde im Ausgangsfall für den Zeitraum eines Jahres vereinbart. Dieser Zeitraum erscheint erforderlich und angemessen, um die dargestellten Interessen des Arbeitgebers zu wahren⁴². Der Jahreszeitraum selbst hält sich daher im Rahmen des Erforderlichen und Angemessenen. Die Grenze zur Unangemessenheit wird allerdings dann überschritten, wenn man die Dauer im Zusammenhang mit der Entschädigungslosigkeit des Wettbewerbsverbots betrachtet. Dass der Arbeitnehmer ein Jahr lang ohne Lebensunterhalt bleiben soll, ist weder erforderlich noch angemessen.

dd) *Vereinbarung der Verpflichtung des Arbeitnehmers, Betriebsgeheimnisse zu wahren, als milderer Mittel?* Denkbar wäre ferner, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer statt eines Konkurrenzverbots die Vereinbarung treffen, dass der Arbeitnehmer sich im Falle der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses und der Aufnahme

37) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1994, I-3303 Rdnr. 25 – Kommission/Deutschland; Slg. 1988, 547 Rdnrn. 15 ff. – Kommission/Vereinigtes Königreich; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 20), Art. 30 EG Rdnr. 47.

38) Vgl. *Wank* (o. Fußn. 34), S. 399f. Im deutschen Recht erhebt § 74 II HGB die Vereinbarung einer Karenzentschädigung zur Wirksamkeitsvoraussetzung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Zur Interessenlage *Wank*, in: *Münchener Hdb. z. ArbeitsR.*, 2. Aufl. (2000), § 130 Rdnr. 1.

39) Zum deutschen Recht vgl. *u. Hoyningen-Huene*, in: *MünchKomm-HGB*, 1996, § 74 a Rdnr. 4 m. w. Nachw.

40) Zum deutschen Recht so z. B. BAG, AP Nr. 16 zu § 133 f GewO; AP Nr. 44 zu § 611 BGB; *u. Hoyningen-Huene*, in: *MünchKomm-HGB* (o. Fußn. 37), § 74 a Rdnr. 5.

41) Ebenfalls zum deutschen Recht *Wank* (o. Fußn. 34), § 130 Rdnr. 21. Ähnlich *Koller*, in: *Koller/Morck/Roth*, HGB, 2. Aufl. (1999), § 75 d Rdnr. 5.

42) In den meisten Mitgliedstaaten ist die Höchstdauer von Wettbewerbsverboten begrenzt, vgl. *Wank* (o. Fußn. 34), S. 399f. Im österreichischen Recht beträgt die Höchstdauer ein Jahr, vgl. § 36 II Nr. 1 AngG; in der BRep. Dtschld. sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote bis zur Dauer von zwei Jahren erlaubt, vgl. § 74 a I 3 HGB.

einer neuen Beschäftigung bei einem anderen Unternehmen derselben Branche verpflichtet, Betriebsgeheimnisse des alten Arbeitgebers zu wahren. Eine solche Vereinbarung wäre zweifellos ein erheblich milderes Mittel, aber in nicht annähernd gleichem Maße zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers geeignet. Wenn der Arbeitnehmer bei einem Konkurrenzunternehmen eine vergleichbare Tätigkeit wie beim alten Arbeitgeber ausübt, wird er nicht umhin können, seine im Rahmen der früheren Tätigkeit erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse – auch betreffend Tatsachen, die den Betrieb und den Kundenstamm des vorherigen Arbeitgebers betreffen – am neuen Arbeitsplatz einzusetzen und zu nutzen. Er befände sich in einem Loyalitätskonflikt: Hätte er eine Entscheidung zu treffen, wäre er seinem neuen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, die für diesen günstigste Handlungsvariante zu wählen. Wäre ihm dabei am alten Arbeitsplatz erworbenes Insiderwissen behilflich, so wäre er daran gehindert, dieses zu verwerten. Eine solche Situation kann durch ein Konkurrenzverbot vermieden werden. Die bloße Verpflichtung zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen kommt daher nicht als gleich effektive Alternative in Betracht.

ee) *Die Höhe der Vertragsstrafe.* Die Höhe der Vertragsstrafe (im Ausgangsfall zehn Monatsgehälter) muss zur Durchsetzung des Wettbewerbsverbots erforderlich sein. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, der Konkurrenzverbotsvereinbarung, soweit sie rechtlich zulässig ist, eine Vertragsstrafenregelung an die Seite zu stellen, die deren Einhaltung sichert. Damit die Konventionalstrafenvereinbarung hinreichend abschreckend auf den Arbeitnehmer wirkt, ist eine gewisse Höhe erforderlich; sie darf aber nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers übersteigen⁴³. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das österreichische Angestelltengesetz in seinem § 38 ein richterliches Mäßigungsrecht für Konventionalstrafen vorsieht (vergleichbar § 343 I 1 BGB). Dieses gewährleistet, dass der Arbeitnehmer nicht Verpflichtungen ausgesetzt wird, die völlig außer Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stehen. Eine Vertragsstrafe in Höhe von zehn Monatsgehältern ist durchaus erforderlich, um die Einhaltung des Konkurrenzverbots zu gewährleisten.

IV. Ergebnis und Ausblick

Ein Konkurrenzverbot von einjähriger Dauer, das für alle erdenklichen Tätigkeiten in der Branche des Arbeitgebers gilt und keine Karenzentschädigung für den Arbeitnehmer vorsieht, entspricht nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das Konkurrenzverbot und eine zu seiner Durchsetzung bedungene Konventionalstrafenvereinbarung sind weder erforderlich noch angemessen zur Erreichung der Ziele des Arbeitgebers und können daher nicht als gerechtfertigt nach den Grundsätzen der Casside-Dijon-Rechtsprechung in ihrer derzeitigen Ausprägung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden. Solche Vereinbarungen stellen daher einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EG dar⁴⁴. Arbeitgeber, die in ihren Arbeitsverträgen derartige Klauseln verwenden, täten im Hinblick auf die zunehmende gerichtliche Kontrolle vertraglicher Regelungen am Maßstab des EG-Rechts gut daran, diese Klauseln auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 39 EG hin zu überprüfen. Das gilt vor allem für diejenigen Arbeitsverträge, die den Rechtsordnungen solcher Mitgliedstaaten unterliegen, die – wie das österreichische Angestelltengesetz – ein nachvertragliches Konkurrenzverbot ohne die

Gewährung einer Karenzentschädigung grundsätzlich erlauben.

43) Zum deutschen Recht *Gottwald*, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2001), Vorb. § 339 Rdnr. 24.

44) Der österr. OGH hat sich in seinem Urt. v. 26. 8. 1999 – 8 Ob A 196/99 b (ARD 5104/1/2000) mit der Vereinbarkeit einer Konkurrenzklausele im Rahmen der §§ 36 und 37 AngG mit Art. 39 EG auseinandergesetzt; seine Ausführungen bleiben allerdings allgemein und unverbindlich. Die österreichische Regelung der Konkurrenzklausele sei im Hinblick auf Art. 39 EG „nicht zu beanstanden“. „Eine Konkurrenzklausele kann eine im Einzelfall sachlich gerechtfertigte Beschränkung der Freizügigkeit sein, wenn sie sich als verhältnismäßig darstellt, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und sich unterschiedslos an Inländer und Ausländer richtet. Die Verhältnismäßigkeit der nationalen österreichischen Regelungen dürfte angesichts der in §§ 36 II und 37 AngG verfügten Einschränkungen gewahrt sein. Die genannten Bestimmungen sind auch nicht staatsbürgerbezogen. Ob eine Konkurrenzklausele einem zwingenden Allgemeininteresse dient, kann allerdings nur im Einzelfall beurteilt werden. Insoweit ist den nationalen Gerichten auch eine am Gemeinschaftsrecht orientierte Sachlichkeitsprüfung aufgetragen“. Die genauere Prüfung des Ausgangsfalls hat ergeben, dass ein nach §§ 36, 37 AngG erlaubtes entschädigungsloses Konkurrenzverbot kein erforderliches und angemessenes Mittel zur Verfolgung eines zwingenden Allgemeininteresses ist.