

## Kapitel 1

# Gründungsphase

Sie haben eine innovative Idee und nun beschlossen, Ihren Traum von einem eigenen Unternehmen zu verwirklichen? Einen Businessplan haben Sie schon erstellt und sind jetzt bereit, Ihr Startup zu gründen. Was Sie in dieser Anfangsphase zu beachten haben, erfahren Sie in diesem Kapitel.

## **Gründung eines Start-ups während eines aufrechten Dienstverhältnisses**

Als Gründer eines Start-ups sind Sie vor neue Herausforderungen gestellt. Aus arbeitsrechtlicher Sicht gibt es etliches zu beachten, damit der Traum von einem eigenen Unternehmen nicht zum Albtraum wird. Es existieren zahlreiche arbeitsrechtliche Bestimmungen, deren Einhaltung essenziell ist. Ignorieren Sie die Bestimmungen, riskieren Sie unerwünschte Konsequenzen, wie zum Beispiel eine Entlassung aus Ihrem noch aufrechten Dienstverhältnis, Geldstrafen oder Zahlungen. Im Folgenden werden für diese Anfangsphase typische Szenarien beschrieben und die sich aus den jeweiligen Situationen ergebenden Konsequenzen erläutert.

### **Was ist bei der Gründung zu beachten?**

Sie sind Dienstnehmer und planen, sich neben Ihrer derzeitigen Tätigkeit selbstständig zu machen? Grundsätzlich gilt, dass eine nicht gesetzwidrige Nebenbeschäftigung zulässig ist und dem Dienstgeber auch nicht gemeldet werden muss. Dennoch bestehen – abhängig davon, ob Sie als Angestellter oder als Arbeiter tätig sind – unterschiedliche Verbote hinsichtlich einer Nebentätigkeit. Es empfiehlt sich daher jedenfalls, die Zustimmung Ihres Dienstgebers einzuholen. Bei mangelndem Einverständnis besteht das Risiko einer Entlassung.



### **DO**

Holen Sie die Einwilligung Ihres Dienstgebers zu Ihrer geplanten selbstständigen Tätigkeit ein. Falls Sie Ihren Dienstgeber nicht darüber informieren und seine Zustimmung nicht einholen, riskieren Sie womöglich Ihre Entlassung.



Die erste Frage, die Sie am Weg in die Selbstständigkeit beantworten müssen, ist: Sind Sie Angestellter oder Arbeiter? Denn je nachdem, welche „Art“ von Dienstnehmer Sie sind, gelangen unterschiedliche Regelungen hinsichtlich

Nebentätigkeiten zur Anwendung. Siehe dazu dieses Kapitel, Abschnitt „Was ist der Unterschied zwischen einem Angestellten und einem Arbeiter?“.

.....

## **DO**

Sollten Sie unsicher sein, ob Sie Angestellter oder Arbeiter sind, sehen Sie auf Ihrem Lohn-/Gehaltszettel bzw. in Ihrem Dienstvertrag nach.

.....

### **Wer unterliegt einem Konkurrenzverbot?**

Angestellte unterliegen dem Konkurrenzverbot. Als Angestellter dürfen Sie gemäß dem Angestelltengesetz nicht ohne die Einwilligung Ihres Dienstgebers ein selbstständiges kaufmännisches Unternehmen betreiben. Ferner dürfen Sie in dem Geschäftszweig Ihres Dienstgebers keine Handelsgeschäfte auf eigene oder fremde Rechnung machen. Der Begriff „Geschäftszweig“ umfasst in diesem Zusammenhang nur die von Ihrem Dienstgeber tatsächlich entfaltete Geschäftstätigkeit und nur die tatsächlich von ihm geführte Warenart.

.....

## **BEISPIEL**

Sie arbeiten in der IT-Branche und entwickeln für Ihren Dienstgeber, der ein Lebensmittelgeschäft betreibt, eine App. Diese App bietet den Kunden des Lebensmittelgeschäfts die Möglichkeit, auf einfache Weise die Vorteile einer Kundenkarte zu nutzen. Da Sie sich mit Ihrem Talent ein zweites Standbein aufbauen möchten, haben Sie in Ihrer Freizeit ein Start-up gegründet. Zurzeit entwickeln Sie dort, um sich etwas dazuzuverdienen, als freier Mitarbeiter für andere Geschäfte ebenfalls Apps, die als Kundenkarten fungieren.

*Vorsicht:* Sie verstößen damit gegen das Konkurrenzverbot und setzen einen Entlassungsgrund.

.....

Bloße Vorbereitungshandlungen zur Gründung eines eigenen Unternehmens, wie der Erwerb eines Gewerbescheins oder der Einkauf von Geräten, stellen jedoch keinen Entlassungsgrund dar. Ebenso ist beispielsweise die bloße Gründung eines Konkurrenzunternehmens noch nicht als verbotswidrige Vorbereitungshandlung anzusehen.

### **Wie lange gilt das Konkurrenzverbot?**

Beachten Sie, dass das Konkurrenzverbot während der gesamten Dauer Ihres Dienstverhältnisses gilt. Das heißt, auch wenn Sie bereits gekündigt haben oder von Ihrem Dienstgeber gekündigt wurden, unterliegen Sie bis zu dem Tag, an dem Ihr Dienstverhältnis endet, dem Konkurrenzverbot – unabhängig von einer etwaigen Dienstfreistellung.

.....

### **BEISPIEL**

Sie arbeiten als leitende kaufmännische Angestellte in einer Schuhmanufaktur und haben plötzlich eine Eingebung für ein neues Schuhdesign, das ein Gefühl der Barfußigkeit vermitteln soll. Sie sind von Ihrer Idee so sehr überzeugt, dass Sie sich selbstständig machen wollen, und überreichen deswegen Ihrer Dienstgeberin Ihre Kündigung. Sie werden von ihr sodann vom Dienst freigestellt. Während dieser Dienstfreistellung gründen Sie Ihre Barfußschuh GmbH, die im Geschäftszweig Ihrer Dienstgeberin tätig werden soll, und lassen sie im Firmenbuch registrieren. Den Geschäftsbetrieb nehmen Sie während der Dienstfreistellung, also während Ihres aufrechten Dienstverhältnisses, noch nicht auf. Sie holen jedoch Informationen über den Kauf von Maschinen sowie über die Finanzierung von Unternehmensgründungen ein.

Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich lediglich um Vorbereitungshandlungen. Auch wenn Sie noch während Ihres Dienstverhältnisses Vorbereitungshandlungen zum Betrieb eines selbstständigen kaufmännischen Unternehmens im Geschäftszweig Ihrer Dienstgeberin für die Zeit nach Beendigung Ihres Dienstverhältnisses setzen, verstößen Sie damit nicht gegen das Konkurrenzverbot.

.....

Bedenken Sie, dass Ihr Dienstgeber bei Verstoß gegen das Konkurrenzverbot auch Schadenersatzansprüche gegen Sie geltend machen bzw. von Ihnen verlangen kann, die bezogenen Vergütungen herauszugeben.

.....

## **BEISPIEL**

Sie haben ein Start-up gegründet und bieten in der Folge den potenziellen Kunden Ihres Dienstgebers an, die Leistungen billiger als Ihr Dienstgeber zu verrichten.

*Vorsicht:* Mit einem derartigen Verhalten verstößen Sie gegen das Konkurrenzverbot und setzen einen Entlassungsgrund.

.....

## **Wer unterliegt einem Verbot der Betreibung eines „abträglichen Nebengeschäfts“?**

Arbeiter unterliegen dem Verbot der Betreibung eines „abträglichen Nebengeschäfts“ – außer der Dienstgeber willigt ein. Als Arbeiter sollten Sie folglich Ihren Dienstgeber über Ihre Nebentätigkeit informieren und falls dieser seine Einwilligung erteilt, dürfen Sie diese sodann verrichten und zwar, ohne dass Sie eine Entlassung befürchten müssen.

Als abträglich gilt eine Nebenbeschäftigung dann, wenn Ihr Dienstgeber durch diese Nachteile hat. Ein Nebengeschäft ist in diesem Zusammenhang die tatsächliche Besorgung von Arbeiten durch einen Dienstnehmer außerhalb des Geschäftsbetriebes seines Dienstgebers in der Absicht, sie wiederholt und in der Art zu verrichten, dass darauf Zeit und Mühe verwendet wird.

Eine abträgliche Auswirkung auf Ihren Dienstgeber ist zum Beispiel gegeben, wenn das Nebengeschäft im Gewerbe Ihres Dienstgebers betrieben wird. Sie machen Ihrem Dienstgeber damit Konkurrenz. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Sie Ihren Dienstgeber bei zu erbringenden Arbeiten preislich unterbieten und dadurch Kunden abwerben. Oder aber, wenn Sie Erwerbsgeschäfte Ihres Dienstgebers dadurch verhindern, dass Sie dem Verhandlungspartner Ihres Dienstgebers die Sache, über die Ihr Dienstgeber mit diesem verhandelt, abkaufen und dabei Ihren Dienstgeber überbieten.

## **BEISPIEL**

Ihr Dienstgeber hat eine Werkstatt, in der Fahrräder repariert werden. Um sich etwas dazuzuverdienen, führen Sie in Ihrer Garage immer wieder Reparaturen auf eigene Rechnung durch.

*Vorsicht:* Es liegt eine unzulässige Konkurrenzaktivität vor.

## **DON'T**

Verrichten Sie keine „Schwarzarbeit“, auch nicht für Bekannte oder Verwandte, da Sie damit einen Entlassungsgrund setzen. Die Tatsache, dass Sie sich hier ebenfalls der Steuerhinterziehung strafbar machen, sollten Sie auch nicht vergessen!

### **Gibt es noch andere Konkurrenzverbote?**

Über die genannten Nebentätigkeitsverbote hinaus gibt es noch weitere gesetzliche Verbote von Nebentätigkeiten. Ferner können einzelvertraglich zusätzliche Nebentätigkeitsverbote vereinbart oder gesetzlich geregelte Verbote erweitert werden – dies jedoch nur bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit. Prüfen Sie daher stets vor Aufnahme einer neuen Tätigkeit, ob Sie diese Tätigkeit auch aufnehmen dürfen.

### **Was ist eine Konkurrenzklausel und wann ist sie zu beachten?**

Eine Konkurrenzklausel ist eine Vereinbarung zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer, mit der sich der Dienstnehmer verpflichtet, bis zu einem Jahr nach dem Ende des Dienstverhältnisses weder selbstständig noch unselbstständig im Geschäftszweig des Dienstgebers tätig zu werden. Sie wird in der Regel in Dienstverträgen festgehalten, kann jedoch auch während des Dienstverhältnisses in einem „Sideletter“ oder einer Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag vereinbart werden. Ebenso kann ein Kollektivvertrag diesbezügliche Bestimmungen enthalten.

Beachten Sie daher, dass Sie auch nach Beendigung des zwischen Ihnen und Ihrem (früheren) Dienstgeber abgeschlossenen Dienstverhältnisses in Ihrer Tätigkeit durch eine (nachvertragliche) Konkurrenzklause eingeschränkt werden können. Diese Beschränkung der Erwerbstätigkeit darf sich jedoch nur auf den Geschäftszweig des Betriebes Ihres (früheren) Dienstgebers beziehen.

.....

## DO

Prüfen Sie, ob in Ihrem Dienstvertrag oder im auf Ihr Dienstverhältnis anwendbaren Kollektivvertrag eine Konkurrenzklause enthalten ist.

.....

## Was passiert bei einem Verstoß gegen eine Konkurrenzklause?

Häufig wird im Zusammenhang mit einer Konkurrenzklause eine Konventionalstrafe festgelegt, die bei Verstoß gegen die Konkurrenzklause durch den (ehemaligen) Dienstnehmer zu zahlen ist. Die Konventionalstrafe ist ein pauschalierter Schadenersatz und gebührt dem Dienstgeber deshalb unabhängig von der Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens. Die Konventionalstrafe unterliegt jedoch dem richterlichen Mäßigungsrecht. Das bedeutet, dass ein Richter die Strafe abmildern kann.

Eine für den Fall des Verstoßes vereinbarte Konventionalstrafe ist – bei ab dem 29.12.2015 abgeschlossenen Vereinbarungen – nur insoweit wirksam, als diese das Sechsfache des für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Nettomonatsentgelts nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Berechnung des Nettoentgelts nicht einzurechnen.

.....

## BEISPIEL

Ein Dienstnehmer erhält ein Nettoentgelt in Höhe von 2.000 Euro pro Monat. Eine Konventionalstrafe kann somit maximal in Höhe von 12.000 Euro (2.000 x 6) wirksam vereinbart werden.

.....

Beachten Sie: Falls Ihr (ehemaliger) Dienstgeber mit Ihnen die Zahlung einer Konventionalstrafe vereinbart hat, hat er bei einem allfälligen Verstoß durch Sie nur Anspruch auf Zahlung dieser Konventionalstrafe. Er hat jedoch keinen darüber hinaus gehenden Anspruch auf Ersatz eines allenfalls vorliegenden weiteren Schadens.

### **MUSTER: (NACHVERTRAGLICHE) KONKURRENZKLAUSEL**

Ein kostenloses Muster einer Konkurrenzklausel finden Sie unter <http://oliviaeliasz.northcote.at>. Damit können Sie eine Konkurrenzklausel besser als solche erkennen.

Sollten Sie – sobald Sie selbst Dienstgeber sind – in den mit Ihrem Dienstnehmer abzuschließenden Dienstvertrag eine Konkurrenzklausel aufnehmen wollen, können Sie dieses Muster ebenfalls verwenden. Die Aufnahme einer Konkurrenzklausel ist zu empfehlen!

Beachten Sie, dass eine Konkurrenzklausel nur dann wirksam ist, wenn Ihr Entgelt bei Beendigung des Dienstverhältnisses einen bestimmten Betrag übersteigt. Für ab dem 29.12.2015 geschlossene Verträge muss das Entgelt bei Beendigung das 20-fache der täglichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage, das ist im Jahr 2017 brutto 3.320 Euro pro Monat, übersteigen, damit die vereinbarte Konkurrenzklausel gültig ist.

Von diesem Entgelt sind nicht nur der Lohn bzw. das Gehalt, sondern auch der Durchschnitt der sonstigen unregelmäßigen Entgeltbestandteile, wie beispielsweise Überstunden, Zulagen oder Provisionen, umfasst. Nicht eingerechnet werden aber anteilige Sonderzahlungen (zum Beispiel Urlaubs- und Weihnachtsgeld).

Für Verträge, die vor dem 29.12.2015 abgeschlossen wurden, müssen geringere Mindestentgeltbeträge überschritten werden, wobei in diesen Fällen  $\frac{1}{2}$  der Sonderzahlungen sowie der Durchschnitt der sonstigen unregelmäßigen Entgeltbestandteile in das Entgelt eingerechnet werden.