jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2007/6/25 9ObA64/07p

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.06.2007

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Gillinger und Mag. Thomas Kallab als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Daniel S*****, *****, vertreten durch Dr. Harald Burmann ua, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Manfred S*****, *****, vertreten durch DDr. Patrick Vergörer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen EUR 8.485,06 sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 14. März 2007, GZ 13 Ra 10/07d-36, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 24. Oktober 2006, GZ 47 Cga 180/05m-29, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger war im Betrieb des Beklagten „Der K*****" vom 1. 10. 1997 bis 17. 6. 2005 beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Entlassung.

Beim Eintritt wurde zwischen den Streitteilen folgender Dienstvertrag geschlossen: „Auf das gegenständliche Dienstverhältnis finden die Bestimmungen des Handelsarbeiter-Kollektivvertrages Anwendung. Das Dienstverhältnis wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ....

1. Dienstverwendung

Der Arbeitnehmer wird vornehmlich zur Verrichtung folgender Arbeiten aufgenommen: Automatenbetreuung. Dem Arbeitgeber bleibt es jedoch vorbehalten, dem Dienstnehmer auch eine andere Dienstverwendung in der gleichen oder in einer anderen Betriebsstätte vorübergehend oder dauernd zuzuweisen.

....

4. Kündigung des Dienstverhältnisses

Für die Kündigung des Dienstverhältnisses gelten die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Handelsarbeiter.

...

6. Allgemeine Pflichten des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, alles zu unterlassen, was dem Betrieb des Arbeitgebers abträglich ist und einen dem Betrieb drohenden Schaden nach Kräften abzuwenden. ...

7. Nebenbeschäftigung

Während der Dauer des Dienstverhältnisses darf der Arbeitnehmer ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers keine Nebenbeschäftigung ausüben.

Nach dem Kollektivvertrag für Handelsarbeiter beträgt die Kündigungsfrist nach 5-jähriger Betriebszugehörigkeit .....

"

Der Kläger wurde zunächst am 1. 10. 1997 als Arbeiter zur Sozialversicherung angemeldet. Im November 1997 wurde über Veranlassung des Klägers rückwirkend eine Änderungsmeldung bei der Gebietskrankenkasse eingereicht, dass das Arbeitsverhältnis den Regeln des Angestelltengesetzes unterliege. Der Kläger war zunächst tatsächlich als Automatenbetreuer tätig und wurde erst später zum „technischen Leiter" befördert. In dieser Eigenschaft übte er folgende Funktionen aus: Die Betreuung von Kaffeeautomaten, die Vorbereitungen für das Aufstellen von Kaffeeautomaten und die Aufstellung selbst, das Bestellen von Ersatzteilen ohne Rücksprache mit dem Beklagten, und zwar ohne Einkaufslimit, die Programmierung der E-Proms im Zusammenhang mit der Euro-Umstellung. Der Kläger hatte nicht zuletzt auf Grund seiner persönlichen Beziehung zum Beklagten - er hatte mit dessen Stieftochter zwei Kinder - eine besondere Vertrauensstellung. Ihm unterstanden, solange er technischer Leiter war, die Mitarbeiter des Beklagten. Er hatte die Zugangscodes zu sämtlichen Räumlichkeiten und Computern, den Zugang zu Passwörtern und Datenfiles, welche für die Erkennung von Münzen und Banknoten notwendig sind. Er hatte allerdings nichts mit dem Verkauf von Kaffeeautomaten zu tun. Auch hatte der Kläger nicht die Kompetenz, Mitarbeiter einzustellen oder Arbeitsverhältnisse aufzulösen. Anlässlich einer Firmenbesprechung am 23. 6. 2004 legte der Kläger die Funktion als „technischer Leiter" im Einvernehmen mit dem Beklagten zurück, diese Aufgabe übernahm ein anderer Mitarbeiter. Ab diesem Zeitpunkt arbeitete der Kläger wieder als Automatenbetreuer und war überdies als Servicetechniker mit der Behebung von Störungen bei Kundenautomaten befasst. An der Entlohnung änderte sich dadurch nichts (es wurde allerdings auch nicht festgestellt, dass sich beim ersten Wechsel vom Automatenbetreuer zum technischen Leiter eine Lohnänderung ergeben hätte).

Mit Schreiben vom 25. 3. 2005 kündigte der Beklagte den Kläger zum 30. 6. 2005. Der Beklagte verzichtete ausdrücklich bis zum Kündigungstermin auf jede Erbringung von Arbeitsleistungen durch den Kläger.

Ende April 2005 fassten der Bruder des Klägers, Peter S*****, welcher ein Frisörgeschäft betrieb und der Bautechniker Thomas H***** den Plan, ein Unternehmen zu gründen, welches sich ebenfalls mit dem Vertrieb und der Aufstellung von Kaffeeautomaten beschäftigen sollte. Im Mai 2005 fragten sie den Kläger, ob auch dieser sich dafür interessiere. Der Kläger sagte zu, sodass es am 2. 6. 2005 zur Gründung der S***** KEG kam, deren Eintragung am 11. 6. 2005 erfolgte. Der Kläger ist alleiniger persönlich haftender Gesellschafter und vertrat die Gesellschaft von Anfang an selbständig. Kommanditisten sind sein Bruder Peter S***** und Ing. Thomas H*****.

Der Beklagte hatte mit der H***** GmbH und der „A***** *****" Kooperationsvereinbarungen getroffen, welche im Wesentlichen in Gebietsaufteilungen bestehen. Der Beklagte betreute die Gebiete S***** bis K*****, A*****l und Z*****l. Die beiden anderen Unternehmen betreuten andere Gebiete. Die S***** GmbH entfaltete ihre Tätigkeit zunächst in V***** und I***** und weitete diese, wobei der Zeitpunkt nicht festgestellt werden kann, auf ganz Tirol aus. Johann K*****, Bauleiter des Bauunternehmens S***** in K*****, sah im Juni 2005 im Frisörladen des Peter S***** einen Kaffeeautomaten stehen und wollte diesen ausprobieren. Der Kläger brachte daher den in der Verfügungsgewalt seines Bruders stehenden Kaffeeautomaten zur Firma S*****, von wo er diesen am 28. 6. 2005 wieder abholte. Am 14. 6. 2005 war der Kläger auf der von Walter G***** gepachteten OMV-Tankstelle in S***** im Z*****. Walter G***** ist seit 1995 Kunde des Beklagten. Das Erstgericht konnte nicht feststellen, ob der Kläger am 14. 6. 2005 versucht hat, Walter G***** als Kunden abzuwerben. Im Juli 2005 bekam das Bauunternehmen B***** eine Kauffeemaschine der S***** KEG.

Am 13. 6. 2005 stellte der Kläger mit einem Kollegen bei der Firma K***** in I*****/***** eine bei der S***** KEG

bestellte Kaffeemaschine auf. Die Kontakte waren durch Ing. H***** geknüpft worden, dessen Cousin bei K***** in einer Führungsposition tätig war. K***** war nie Kunde des Beklagten gewesen, sondern betreffend Kaffeeautomaten von einem anderen Unternehmen betreut worden. Am 1. 7. 2005 stellte der Kläger namens der S***** KEG einen Kaffeeautomaten auf einer Baustelle der Firma B***** in S***** auf. Dass die Kontaktanbahnung schon vor der Entlassung des Klägers erfolgt wäre, konnte nicht festgestellt werden. Am 13. 6. 2005 wurde eine Kaffeemaschine der S***** KEG an die Raika W***** geliefert, am gleichen Tag an die A***** *****. Beide Unternehmen waren keine Kunden des Beklagten und hatten ihre jeweiligen Betriebsstätten auch außerhalb des vorgenannten Vertriebsgebietes des Beklagten. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger während der Dauer des aufrechten Dienstverhältnisses, insbesondere im Zeitraum der Dienstfreistellung bis zur Entlassung am 17. 6. 2005, Kunden des Beklagten abwarb bzw abzuwerben versuchte.

Am 17. 6. 2005 entließ der Beklagte den Kläger mit der Begründung, erfahren zu haben, dass der Kläger bei zwar gekündigtem, aber noch aufrechtem Dienstverhältnis namens der neu gegründeten S***** KEG Konkurrenzautomaten aufgestellt habe.

Der Kläger begehrte die Zuerkennung von Abfertigung und Kündigungsentschädigung. Er habe keinen Entlassungsgrund gesetzt. Zum ersten sei sein Dienstverhältnis nicht dem Angestelltengesetz unterlegen, er habe auch keine Angestelltentätigkeiten verrichtet. Überdies habe er auch keine verbotenen Konkurrenzhandlungen gesetzt. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens (eine im Verfahren erster Instanz eingewendete Gegenforderung wurde im Berufungsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten). Der Kläger sei als Angestellter zu beurteilen, sodass er gegen das Konkurrenzverbot des § 7 AngG verstoßen habe. Überdies sei im Dienstvertrag noch ein besonderes Konkurrenzverbot festgelegt worden, sodass die konkurrenzierende Tätigkeit des Klägers jedenfalls auch wegen des darin gelegenen Vertrauensverlustes zur Entlassung durch den Beklagten berechtigt habe.Der Kläger begehrte die Zuerkennung von Abfertigung und Kündigungsentschädigung. Er habe keinen Entlassungsgrund gesetzt. Zum ersten sei sein Dienstverhältnis nicht dem Angestelltengesetz unterlegen, er habe auch keine Angestelltentätigkeiten verrichtet. Überdies habe er auch keine verbotenen Konkurrenzhandlungen gesetzt. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens (eine im Verfahren erster Instanz eingewendete Gegenforderung wurde im Berufungsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten). Der Kläger sei als Angestellter zu beurteilen, sodass er gegen das Konkurrenzverbot des Paragraph 7, AngG verstoßen habe. Überdies sei im Dienstvertrag noch ein besonderes Konkurrenzverbot festgelegt worden, sodass die konkurrenzierende Tätigkeit des Klägers jedenfalls auch wegen des darin gelegenen Vertrauensverlustes zur Entlassung durch den Beklagten berechtigt habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass es durch die Zurücklegung der Funktion eines technischen Leiters zumindest schlüssig zu einer Vertragsänderung dahin gekommen sei, dass ein allenfalls vorhandenes Angestelltenverhältnis des Klägers in ein normales Arbeitsverhältnis umgewandelt worden sei. Dieser habe auch zuletzt nur Nicht-Angestelltentätigkeiten durchgeführt. Sein Verhalten sei daher unter dem Blickwinkel des § 82 lit e GewO 1859 zu betrachten. Die Nebenbeschäftigung des Klägers sei seiner Arbeit für den Beklagten schon deshalb nicht abträglich gewesen, weil keine Arbeitsverpflichtung mehr bestanden habe. Die Tätigkeit des Klägers für die S***** KEG sei ebenfalls nicht abträglich gewesen, weil der Kläger dabei nur zulässige Vorbereitungshandlungen gesetzt habe. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten schon aus rechtlichen Gründen statt und ließ die gleichzeitig erhobene Tatsachenrüge unerledigt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass ungeprüft bleiben könne, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers dem Angestelltengesetz unterlegen sei oder nicht. Durch sein Verhalten habe er sowohl den Entlassungsgrund nach § 27 Z 3 AngG als auch noch § 82 lit e GewO 1859 gesetzt. Er habe sich vertraglich dazu verpflichtet, während der Dauer des Dienstverhältnisses ohne vorherige schriftliche Zustimmung durch den Beklagten keine Nebenbeschäftigung auszuüben. Es komme nicht darauf an, ob das Unternehmen des Klägers Verträge nur mit Kunden außerhalb des bisherigen Tätigkeitsgebietes der Beklagten geschlossen habe, weil die bloß faktische Gebietsaufteilung des Beklagten mit zwei anderen Unternehmen nicht die Verpflichtung in sich getragen habe, dass der Beklagte nur in „seinem" Gebiet tätig werden könne. Die S***** KEG habe daher das Unternehmen des Beklagten während aufrechten Dienstverhältnisses des Klägers unzulässig konkurrenziert. Die Entlassung sei daher zu Recht erfolgt.Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass es durch die Zurücklegung der Funktion eines technischen Leiters zumindest schlüssig zu einer Vertragsänderung dahin gekommen sei, dass ein allenfalls vorhandenes Angestelltenverhältnis des Klägers in ein

normales Arbeitsverhältnis umgewandelt worden sei. Dieser habe auch zuletzt nur Nicht-Angestelltentätigkeiten durchgeführt. Sein Verhalten sei daher unter dem Blickwinkel des Paragraph 82, Litera e, GewO 1859 zu betrachten. Die Nebenbeschäftigung des Klägers sei seiner Arbeit für den Beklagten schon deshalb nicht abträglich gewesen, weil keine Arbeitsverpflichtung mehr bestanden habe. Die Tätigkeit des Klägers für die S***** KEG sei ebenfalls nicht abträglich gewesen, weil der Kläger dabei nur zulässige Vorbereitungshandlungen gesetzt habe. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten schon aus rechtlichen Gründen statt und ließ die gleichzeitig erhobene Tatsachenrüge unerledigt. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass ungeprüft bleiben könne, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers dem Angestelltengesetz unterlegen sei oder nicht. Durch sein Verhalten habe er sowohl den Entlassungsgrund nach Paragraph 27, Ziffer 3, AngG als auch noch Paragraph 82, Litera e, GewO 1859 gesetzt. Er habe sich vertraglich dazu verpflichtet, während der Dauer des Dienstverhältnisses ohne vorherige schriftliche Zustimmung durch den Beklagten keine Nebenbeschäftigung auszuüben. Es komme nicht darauf an, ob das Unternehmen des Klägers Verträge nur mit Kunden außerhalb des bisherigen Tätigkeitsgebietes der Beklagten geschlossen habe, weil die bloß faktische Gebietsaufteilung des Beklagten mit zwei anderen Unternehmen nicht die Verpflichtung in sich getragen habe, dass der Beklagte nur in „seinem" Gebiet tätig werden könne. Die S***** KEG habe daher das Unternehmen des Beklagten während aufrechten Dienstverhältnisses des Klägers unzulässig konkurrenziert. Die Entlassung sei daher zu Recht erfolgt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage die Revision nicht zulässig sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragte, die Revision als unzulässig zurückzuweisen; hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und im Umfang des Aufhebungsantrages auch berechtigt.

Nach den vorgenannten Feststellungen war der Kläger seit ca einem Jahr vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund einer jedenfalls schlüssig vereinbarten Vertragsänderung nur mehr als Automatenbetreuer und Servicetechniker, welcher Störungen bei Kaffeeautomaten behob, beschäftigt. Diese Tätigkeit ist, wie schon vom Erstgericht zutreffend beurteilt hat, nicht als Angestelltentätigkeit im Sinn des § 1 AngG zu bewerten. Der Beklagte hat zwar in der Rechtsrüge seiner Berufung einen rechtlichen Feststellungsmangel dahin geltend gemacht, dass noch darüber hinausgehende Tätigkeiten des Klägers festzustellen gewesen wären. Dabei übersieht der Beklagte jedoch, dass der Vorwurf des rechtlichen Feststellungsmangels (= dass das Erstgericht infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen nicht getroffen und notwendige Beweise nicht aufgenommen habe) nicht erfolgreich erhoben werden kann, wenn zu einem bestimmten Thema ohnehin Feststellungen getroffen wurden, welche aber den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers zuwiderlaufen (RIS-Justiz RS0043480 [T15; T19]). Derartige Feststellungen hat das Erstgericht getroffen, diesbezüglich enthält die Berufung jedoch keine Beweisrüge. Lediglich der Vollständigkeit sei darauf verwiesen, dass EDV-Anwendungen für sich allein nicht den Schluss zulassen, dass „höhere Dienste" iSd § 1 AngG ausgeübt werden, zumal derartige Fähigkeiten heute bereits in vielen Handwerksberufen (man denke zB an Elektrotechniker oder Kfz-Mechaniker) Standard sind.Nach den vorgenannten Feststellungen war der Kläger seit ca einem Jahr vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund einer jedenfalls schlüssig vereinbarten Vertragsänderung nur mehr als Automatenbetreuer und Servicetechniker, welcher Störungen bei Kaffeeautomaten behob, beschäftigt. Diese Tätigkeit ist, wie schon vom Erstgericht zutreffend beurteilt hat, nicht als Angestelltentätigkeit im Sinn des Paragraph eins, AngG zu bewerten. Der Beklagte hat zwar in der Rechtsrüge seiner Berufung einen rechtlichen Feststellungsmangel dahin geltend gemacht, dass noch darüber hinausgehende Tätigkeiten des Klägers festzustellen gewesen wären. Dabei übersieht der Beklagte jedoch, dass der Vorwurf des rechtlichen Feststellungsmangels (= dass das Erstgericht infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen nicht getroffen und notwendige Beweise nicht aufgenommen habe) nicht erfolgreich erhoben werden kann, wenn zu einem bestimmten Thema ohnehin Feststellungen getroffen wurden, welche aber den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers zuwiderlaufen (RIS-Justiz RS0043480 [T15; T19]). Derartige Feststellungen hat das Erstgericht getroffen, diesbezüglich enthält die Berufung jedoch keine Beweisrüge. Lediglich der Vollständigkeit sei darauf verwiesen, dass EDV-Anwendungen für sich allein nicht den Schluss zulassen, dass „höhere Dienste" iSd Paragraph eins, AngG ausgeübt werden, zumal derartige Fähigkeiten heute bereits in vielen Handwerksberufen (man denke zB an

Elektrotechniker oder Kfz-Mechaniker) Standard sind.

Zur Entlassung von Angestellten wurde bereits judiziert, dass eine über die Bestimmung des § 7 AngG hinausgehende Beschränkung der privaten Betätigungsfreiheit (insb auch eine Verpflichtung zur Unterlassung von Nebenbeschäftigungen) selbst, wenn sie eigens vertraglich vereinbart ist, keine Erweiterung des Entlassungstatbestandes des § 27 Z 3 AngG zu bewirken vermag. Ein Verstoß gegen eine solche weitergehende Vereinbarung könnte nur dann eine Entlassung rechtfertigen, wenn darin auch eine Verletzung der Treuepflicht gelegen wäre oder der Angestellte ein Verhalten eingenommen hätte, das ihn des Vertrauens seines Dienstgebers unwürdig gemacht hätte (stRsp RIS-Justiz RS0027828). Da aber § 82 GewO 1859 keinen dem § 27 Z 1, dritter Fall AngG vergleichbaren Vertrauenstatbestand kennt, kann sich der Beklagte auf keinen entlassungsrelevanten Verstoß des Klägers nur wegen Vertragspflichtverletzung stützen. Zur Entlassung von Angestellten wurde bereits judiziert, dass eine über die Bestimmung des Paragraph 7, AngG hinausgehende Beschränkung der privaten Betätigungsfreiheit (insb auch eine Verpflichtung zur Unterlassung von Nebenbeschäftigungen) selbst, wenn sie eigens vertraglich vereinbart ist, keine Erweiterung des Entlassungstatbestandes des Paragraph 27, Ziffer 3, AngG zu bewirken vermag. Ein Verstoß gegen eine solche weitergehende Vereinbarung könnte nur dann eine Entlassung rechtfertigen, wenn darin auch eine Verletzung der Treuepflicht gelegen wäre oder der Angestellte ein Verhalten eingenommen hätte, das ihn des Vertrauens seines Dienstgebers unwürdig gemacht hätte (stRsp RIS-Justiz RS0027828). Da aber Paragraph 82, GewO 1859 keinen dem Paragraph 27, Ziffer eins,, dritter Fall AngG vergleichbaren Vertrauenstatbestand kennt, kann sich der Beklagte auf keinen entlassungsrelevanten Verstoß des Klägers nur wegen Vertragspflichtverletzung stützen.

Das Verhalten des Klägers ist daher ausschließlich am Tatbestand des § 82 lit e, zweiter Fall GewO zu messenDas Verhalten des Klägers ist daher ausschließlich am Tatbestand des Paragraph 82, Litera e,, zweiter Fall GewO zu messen.

Das vom Dienstnehmer betriebene Nebengeschäft muss der Verwendung beim Gewerbe abträglich sein. Es muss sich also nachteilig auf die Verwendung des Dienstnehmers im Gewerbe seines Dienstgebers oder auf dessen Betrieb auswirken. Dies kann einerseits dadurch geschehen, dass das Nebengeschäft im Gewerbe des Dienstgebers betrieben wird, der Dienstnehmer also seinem Dienstgeber Konkurrenz macht. Andererseits kann aber auch ein Nebengeschäft, das in einem fremden Gewerbe betrieben wird, für den Dienstgeber nachteilig sein, weil es den Dienstnehmer, der dem Dienstgeber grundsätzlich seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, an der Entfaltung seiner vollen Leistungsfähigkeit im Rahmen des Dienstvertrages hindern kann (4 Ob 48/83 = Arb 10.267). Letzterer Fall scheidet schon deshalb aus, weil der Kläger zu Arbeitsleistungen für den Beklagten nicht mehr verpflichtet war. Es bleibt also ein allfälliger Konkurrenzverstoß zu prüfen. Für die Frage, ob der Dienstnehmer das von der Rechtsprechung aus § 82 lit e zweiter Fall GewO 1859 abgeleitete Konkurrenzverbot verletzt, ist auf den Zweck der Vorschrift abzustellen, die den Betrieb eines Nebengewerbes untersagt, das sich bei bestehendem Dienstverhältnis auf das Unternehmen des Dienstgebers nachteilig auswirkt. Eine unternehmerische Tätigkeit des Dienstnehmers darf also nicht so angelegt sein, dass eine nachteilige Wirkung für den Dienstgeber bereits während des Dienstverhältnisses eintreten soll bzw mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Ist eine solche nachteilige Wirkung beabsichtigt oder zumindest objektiv betrachtet ernstlich zu besorgen, können auch schon gegenüber Dritten vorgenommene Vorbereitungshandlungen den Entlassungsgrund darstellen (9 ObA 36/05t). Dazu zählt zB, wenn der Arbeitnehmer Kunden seines Arbeitgebers anbietet, dieselben Tätigkeiten billiger durchzuführen und sich daraus eine gewisse Planmäßigkeit ableiten lässt (Arb 10.267; RIS-Jusitz RS0060554). Im konkreten Zusammenhang kann es zunächst nicht nur darauf ankommen, ob der Kläger als einzig vertretungsbefugter Gesellschafter der neu gegründeten KEG Geschäfte persönlich angebahnt hat, zumal der Geschäftszweck dieses Unternehmens bereits feststand und die vom Kommanditisten H***** betriebenen Geschäfte zweifelsohne der KEG zugute kommen sollten und auch zugute kamen. Soweit solche Anbahnungen von Geschäften noch während des aufrechten Arbeitsverhältnisses des Klägers festgestellt werden konnten, betrafen diese aber ausschließlich Geschäftspartner, deren Betriebe bzw Aufstellungsorte für Kaffeeautomaten außerhalb des Tätigkeitsgebietes des Beklagten lagen und von denen auch nicht festgestellt werden konnte, dass sie je in den Einflussbereich des Beklagten gelangt wären. Selbst wenn es dem Beklagten, wie von ihm dargelegt und vom Berufungsgericht angenommen, theoretisch möglich gewesen wäre, auch dort tätig zu werden, so kann in den konkret vorgenommenen Geschäftshandlungen im Rahmen des Unternehmens des Klägers weder eine aktuelle noch eine geplante nachteilige Konkurrenzierung des Beklagten erkannt werden.Das vom Dienstnehmer betriebene Nebengeschäft muss der Verwendung beim Gewerbe abträglich sein. Es muss sich also nachteilig auf die Verwendung

des Dienstnehmers im Gewerbe seines Dienstgebers oder auf dessen Betrieb auswirken. Dies kann einerseits dadurch geschehen, dass das Nebengeschäft im Gewerbe des Dienstgebers betrieben wird, der Dienstnehmer also seinem Dienstgeber Konkurrenz macht. Andererseits kann aber auch ein Nebengeschäft, das in einem fremden Gewerbe betrieben wird, für den Dienstgeber nachteilig sein, weil es den Dienstnehmer, der dem Dienstgeber grundsätzlich seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, an der Entfaltung seiner vollen Leistungsfähigkeit im Rahmen des Dienstvertrages hindern kann (4 Ob 48/83 = Arb 10.267). Letzterer Fall scheidet schon deshalb aus, weil der Kläger zu Arbeitsleistungen für den Beklagten nicht mehr verpflichtet war. Es bleibt also ein allfälliger Konkurrenzverstoß zu prüfen. Für die Frage, ob der Dienstnehmer das von der Rechtsprechung aus Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO 1859 abgeleitete Konkurrenzverbot verletzt, ist auf den Zweck der Vorschrift abzustellen, die den Betrieb eines Nebengewerbes untersagt, das sich bei bestehendem Dienstverhältnis auf das Unternehmen des Dienstgebers nachteilig auswirkt. Eine unternehmerische Tätigkeit des Dienstnehmers darf also nicht so angelegt sein, dass eine nachteilige Wirkung für den Dienstgeber bereits während des Dienstverhältnisses eintreten soll bzw mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Ist eine solche nachteilige Wirkung beabsichtigt oder zumindest objektiv betrachtet ernstlich zu besorgen, können auch schon gegenüber Dritten vorgenommene Vorbereitungshandlungen den Entlassungsgrund darstellen (9 ObA 36/05t). Dazu zählt zB, wenn der Arbeitnehmer Kunden seines Arbeitgebers anbietet, dieselben Tätigkeiten billiger durchzuführen und sich daraus eine gewisse Planmäßigkeit ableiten lässt (Arb 10.267; RIS-Jusitz RS0060554). Im konkreten Zusammenhang kann es zunächst nicht nur darauf ankommen, ob der Kläger als einzig vertretungsbefugter Gesellschafter der neu gegründeten KEG Geschäfte persönlich angebahnt hat, zumal der Geschäftszweck dieses Unternehmens bereits feststand und die vom Kommanditisten H***** betriebenen Geschäfte zweifelsohne der KEG zugute kommen sollten und auch zugute kamen. Soweit solche Anbahnungen von Geschäften noch während des aufrechten Arbeitsverhältnisses des Klägers festgestellt werden konnten, betrafen diese aber ausschließlich Geschäftspartner, deren Betriebe bzw Aufstellungsorte für Kaffeeautomaten außerhalb des Tätigkeitsgebietes des Beklagten lagen und von denen auch nicht festgestellt werden konnte, dass sie je in den Einflussbereich des Beklagten gelangt wären. Selbst wenn es dem Beklagten, wie von ihm dargelegt und vom Berufungsgericht angenommen, theoretisch möglich gewesen wäre, auch dort tätig zu werden, so kann in den konkret vorgenommenen Geschäftshandlungen im Rahmen des Unternehmens des Klägers weder eine aktuelle noch eine geplante nachteilige Konkurrenzierung des Beklagten erkannt werden.

Die festgestellten Handlungen erlauben aber noch keine abschließende Beurteilung. Der Beklagte hat in seiner Berufung ausdrücklich die Feststellung gerügt, wonach der Kläger bzw die Mitarbeiter der S***** KEG keine Kunden des Beklagten abgeworben haben. Insbesondere begehrte der Beklagte die alternative Feststellung, dass der Kläger versucht habe, den Tankstellenpächter G***** im Z*****, einen Kaffeeautomatenkunden des Beklagten, abzuwerben. Ausgehend von seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsauffassung hat es das Berufungsgericht unterlassen, auf diese Beweisrüge einzugehen, sodass das Berufungsverfahren diesbezüglich mangelhaft geblieben und ergänzungsbedürftig ist.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Anmerkung

E845419ObA64.07p

Schlagworte

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inARD 5822/9/2007 = ecolex 2007/337 S 788 - ecolex 2007,788 = ARD5837/10/2008 = DRdA 2007,497 = infas 2007,172/A69 - infas 2007 A69 =DRdA 2008,418/39 (Pfeil) - DRdA 2008/39 (Pfeil)XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2007:009OBA00064.07P.0625.000

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2009

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at