

TE OGH 2005/4/6 9ObA36/05t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.04.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer als Vorsitzenden, durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Univ. Doz. Dr. Bydlinski sowie durch die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Ladislav und Anton Beneder als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Georg H*****, vertreten durch Dr. Josef Dengg, Dr. Milan Vavrousek und Mag. Thomas Hölber, Rechtsanwälte in St. Johann im Pongau, gegen die beklagte Partei A***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Roland Reichl, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen EUR 32.763,52 brutto sA, infolge Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse EUR 20.536,67 brutto sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 5. Oktober 2004, GZ 11 Ra 84/04h-23, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 10. Dezember 2003, GZ 17 Cga 115/98m-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neue Urteilsfällung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger war vom 1. 4. 1981 bis 17. 6. 1998 als Arbeiter, zuletzt als technischer Betriebsleiter, bei der Beklagten beschäftigt. Nachdem er sein Dienstverhältnis mit Schreiben vom 12. 6. 1998 zum 24. 7. 1998 aufgekündigt hatte, wurde er von der Beklagten am 17. 6. 1998 schriftlich wegen „Vertrauenbruchs“ entlassen. Dem lag zugrunde, dass der Kläger, der Produktionsleiter der Beklagten sowie ein früherer Mitarbeiter im Frühjahr 1998 beschlossen hatten, eine GmbH zu gründen, die im selben Geschäftsfeld wie die Beklagte, nämlich als Zulieferer der Autoindustrie für Rohr- und Schlauchsysteme, tätig werden sollte. Nachdem bereits Verhandlungen mit Banken über einen zur Unternehmensgründung benötigten Kredit in der Höhe von etwa 5 8 Mio geführt worden waren, erhielten die beiden (zukünftigen) Geschäftspartner des Klägers am 1. 4. 1998 von einem Kunden der Beklagten die Zusage, dass die zu gründende GmbH mit einem vereinbarten Mindestvolumen einen seiner Lieferanten, nämlich die Beklagte, ersetzen werde. Der Kläger nahm an diesem Gespräch wegen beruflicher Unabkömmlichkeit und mangels ausreichender Fremdsprachenkenntnisse nicht teil; er war aber mit den von seinen Partnern geführten Verhandlungen

einverstanden. Für die späteren Gesellschafter war die Zusage des Abnehmers, ein bestimmtes Mindestvolumen statt bisher von der Beklagten in Zukunft von der GmbH zu beziehen, ein wichtiger Schritt, weil sie damit schon vor der effektiven Unternehmensgründung und vor der Aufnahme der Produktion einen wichtigen Kunden gewonnen hatten. Darüber hinaus konnten sie die Abnahmезusage auch in den Kreditverhandlungen mit den Banken ins Treffen führen. Zu einer endgültigen Entscheidung über eine Kreditgewährung kam es Ende April/Anfang Mai 1998. Alle genannten Aktivitäten waren dem Geschäftsführer der Beklagten verschwiegen worden. Vielmehr wurde vereinbart, dass der Produktionsleiter der Beklagten möglichst lange für diese tätig sein solle, damit die Lieferung an den Kunden bis zur Produktionsaufnahme durch die zu gründende GmbH gesichert bliebe. Die mit Gesellschaftsvertrag vom 20. 8. 1998 gegründete GmbH wurde am 26. 8. 1998 im Firmenbuch eingetragen, wobei die drei Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt waren und auch als Geschäftsführer fungierten. Die GmbH steht mit der Beklagten im Hinblick auf die erzeugten Waren in einem direkten Konkurrenzverhältnis. Der erwähnte Kunde bezieht Waren sowohl bei der Beklagten als auch bei der GmbH.

Der Kläger begehrte von der Beklagten - nach Klageeinschränkung wegen einer Teilzahlung - zuletzt EUR 32.763,25 brutto samt Zinsen (restliche Überstundenabgeltung S 3.481,85, anteilige Sonderzahlungen S 26.865,15, Kündigungsentschädigung S 40.202,21, Urlaubsentschädigung für 109 Arbeitstage S 161.500,25 und sechs Monatsentgelte als Abfertigung S 195.578,34). Er habe keinen Entlassungsgrund gesetzt. Als Arbeiter unterliege er keinem Konkurrenzverbot. Er habe bloß beabsichtigt, nach Ende seines Dienstverhältnisses Gesellschafter eines neu zu gründenden Unternehmens zu werden.

Die Beklagte stellte die Klageforderung der Höhe nach außer Streit. Soweit dies für das Revisionsverfahren von Interesse ist, wandte sie ein, die Entlassung sei wegen Vertrauensbruchs und Konkurrenzierung gerechtfertigt gewesen. Nach Erhalt des Kündigungsschreibens habe sich herausgestellt, dass der Kläger und andere Personen beginnend mit Mitte März 1998 parallel zur Beklagten ein eigenes Unternehmen gegründet haben, um exakt im selben Geschäftsfeld wie die Beklagte tätig zu sein. Dabei sei auch an Kunden der Beklagten mit der Erklärung herangetreten worden, bereits im Mai 1998 könnte mit der Lieferung von Waren begonnen werden. Die geschäftlichen Aktivitäten der GmbH hätten bereits zu einem Zeitpunkt begonnen bzw beginnen sollen, in dem der Kläger noch Mitarbeiter der Beklagten gewesen sei. Die Entlassung aus dem Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit gründe sich auch darauf, dass der Kläger Kunden der Beklagten (gemeint offenbar: mit seinem Einverständnis) noch während aufrechtem Dienstverhältnis als Gesellschafter einer Konkurrenz-GmbH vorgestellt worden sei.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger EUR 12.226,58 brutto samt Zinsen zu zahlen und wies das darüber hinausgehende Begehr von weiteren EUR 20.536,67 samt Zinsen ab. Der bereits in Rechtskraft erwachsene Zuspruch erfasst das offene Überstundenentgelt sowie Urlaubsentschädigung für 84 Arbeitstage und Urlaubsabfindung für das letzte Urlaubsjahr bis zum Entlassungstag. Das darüber hinaus gehende Begehr sei unberechtigt, weil der Kläger zu Recht entlassen worden sei. Verwirklicht sei der Entlassungsgrund des § 82 lit e GewO, der das Betreiben eines der Verwendung beim Gewerbe abträglichen Nebengeschäftes ohne Einwilligung des Gewerbeinhabers verbiete. Darunter fielen insbesondere Konkurrenztätigkeiten. In der Billigung des Abwerbens eines Kunden des Dienstgebers durch die Geschäftspartner des Klägers sei eine unerlaubte Konkurrenzierung im Sinne einer Verdrängung des Arbeitgebers zu sehen. Darüber hinaus habe der Kläger auch kreditschädigende Äußerungen über die beklagte Partei gebilligt, weshalb auch der Entlassungsgrund der beharrlichen Pflichtenvernachlässigung nach § 82 lit f GewO verwirklicht sei. Das Erstgericht erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger EUR 12.226,58 brutto samt Zinsen zu zahlen und wies das darüber hinausgehende Begehr von weiteren EUR 20.536,67 samt Zinsen ab. Der bereits in Rechtskraft erwachsene Zuspruch erfasst das offene Überstundenentgelt sowie Urlaubsentschädigung für 84 Arbeitstage und Urlaubsabfindung für das letzte Urlaubsjahr bis zum Entlassungstag. Das darüber hinaus gehende Begehr sei unberechtigt, weil der Kläger zu Recht entlassen worden sei. Verwirklicht sei der Entlassungsgrund des Paragraph 82, Litera e, GewO, der das Betreiben eines der Verwendung beim Gewerbe abträglichen Nebengeschäftes ohne Einwilligung des Gewerbeinhabers verbiete. Darunter fielen insbesondere Konkurrenztätigkeiten. In der Billigung des Abwerbens eines Kunden des Dienstgebers durch die Geschäftspartner des Klägers sei eine unerlaubte Konkurrenzierung im Sinne einer Verdrängung des Arbeitgebers zu sehen. Darüber hinaus habe der Kläger auch kreditschädigende Äußerungen über die beklagte Partei gebilligt, weshalb auch der Entlassungsgrund der beharrlichen Pflichtenvernachlässigung nach Paragraph 82, Litera f, GewO verwirklicht sei.

Das Berufungsgericht bestätigte den klageabweisenden Teil dieser Entscheidung und erklärte die ordentliche Revision

für zulässig. Unter einem der Verwendung beim Gewerbe abträglichen Nebengeschäft im Sinne des § 82 lit e zweiter Fall GewO sei die tatsächliche Besorgung von Arbeiten durch einen Dienstnehmer außerhalb des Geschäftsbetriebs seines Dienstgebers in der Absicht, sie wiederholt unter Verwendung von Zeit und Mühe zu verrichten, zu verstehen. Das vom Dienstnehmer betriebene Nebengeschäft müsse sich nachteilig auf die Verwendung des Dienstnehmers im Gewerbe seines Dienstgebers und damit auch auf dessen Betrieb auswirken. Eine schwere Verletzung der gegenüber dem Dienstgeber bestehenden Treuepflicht stelle es dar, wenn der Dienstnehmer das Nebengeschäft im Gewerbe des Dienstgebers betreibt, diesem also Konkurrenz macht. Dies setze jedoch voraus, dass bereits ein Nebengeschäft tatsächlich ausgeübt werde, wogegen die bloße Gründung eines selbständigen Unternehmens ohne Aufnahme des Geschäftsbetriebs für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreiche. Vorbereitende interne Handlungen zur künftigen Ausübung einer selbständigen Berufstätigkeit fielen nicht unter das Konkurrenzverbot. Dem Dienstnehmer bleibe es daher unbenommen, noch während der Dauer seines Dienstverhältnisses Vorbereitungshandlungen zum Betrieb eines selbständigen Unternehmens auch im Geschäftszweig des Dienstgebers für die Zeit nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu setzen. Im vorliegenden Fall sei es jedoch nicht bei bloßen Vorbereitungshandlungen geblieben, vielmehr hätten die Geschäftspartner des Klägers mit seinem Willen und Wissen einen bisherigen Kunden der Beklagten abgeworben. Damit sei nicht nur für die Tätigkeit eines in Gründung befindlichen Unternehmens Werbung entfaltet, sondern bereits ein Offert an einen langjährigen Kunden der Beklagten gestellt worden, das von diesem auch angenommen worden sei und zu einem direkten Konkurrenzverhältnis geführt habe. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes seien Arbeitnehmer etwa nicht befugt, für ein Konkurrenzunternehmen mit Dritten Handlungsgeschäfte abzuschließen oder auch nur anzubahnen, also nach außen hin für das Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Der Berufungswerber weise zwar richtig darauf hin, dass die Aufzählung der Entlassungsgründe des § 82 lit e GewO eine taxative sei, doch lasse der Oberste Gerichtshof eine ausdehnende Anwendung des § 82 lit e GewO auf einen nach Beschaffenheit und Bedeutung gleichwertigen Tatbestand zu. Da somit der genannte Entlassungstatbestand verwirklicht sei, müsse auf die übrigen vom Erstgericht herangezogenen Entlassungsgründe nicht mehr eingegangen werden. Es liege auf der Hand, dass es der Beklagten unzumutbar gewesen wäre, den Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (24. 7. 1998) weiter zu beschäftigen. Das Berufungsgericht bestätigte den klageabweisenden Teil dieser Entscheidung und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Unter einem der Verwendung beim Gewerbe abträglichen Nebengeschäft im Sinne des Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO sei die tatsächliche Besorgung von Arbeiten durch einen Dienstnehmer außerhalb des Geschäftsbetriebs seines Dienstgebers in der Absicht, sie wiederholt unter Verwendung von Zeit und Mühe zu verrichten, zu verstehen. Das vom Dienstnehmer betriebene Nebengeschäft müsse sich nachteilig auf die Verwendung des Dienstnehmers im Gewerbe seines Dienstgebers und damit auch auf dessen Betrieb auswirken. Eine schwere Verletzung der gegenüber dem Dienstgeber bestehenden Treuepflicht stelle es dar, wenn der Dienstnehmer das Nebengeschäft im Gewerbe des Dienstgebers betreibt, diesem also Konkurrenz macht. Dies setze jedoch voraus, dass bereits ein Nebengeschäft tatsächlich ausgeübt werde, wogegen die bloße Gründung eines selbständigen Unternehmens ohne Aufnahme des Geschäftsbetriebs für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreiche. Vorbereitende interne Handlungen zur künftigen Ausübung einer selbständigen Berufstätigkeit fielen nicht unter das Konkurrenzverbot. Dem Dienstnehmer bleibe es daher unbenommen, noch während der Dauer seines Dienstverhältnisses Vorbereitungshandlungen zum Betrieb eines selbständigen Unternehmens auch im Geschäftszweig des Dienstgebers für die Zeit nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu setzen. Im vorliegenden Fall sei es jedoch nicht bei bloßen Vorbereitungshandlungen geblieben, vielmehr hätten die Geschäftspartner des Klägers mit seinem Willen und Wissen einen bisherigen Kunden der Beklagten abgeworben. Damit sei nicht nur für die Tätigkeit eines in Gründung befindlichen Unternehmens Werbung entfaltet, sondern bereits ein Offert an einen langjährigen Kunden der Beklagten gestellt worden, das von diesem auch angenommen worden sei und zu einem direkten Konkurrenzverhältnis geführt habe. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes seien Arbeitnehmer etwa nicht befugt, für ein Konkurrenzunternehmen mit Dritten Handlungsgeschäfte abzuschließen oder auch nur anzubahnen, also nach außen hin für das Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Der Berufungswerber weise zwar richtig darauf hin, dass die Aufzählung der Entlassungsgründe des Paragraph 82, GewO eine taxative sei, doch lasse der Oberste Gerichtshof eine ausdehnende Anwendung des Paragraph 82, Litera e, GewO auf einen nach Beschaffenheit und Bedeutung gleichwertigen Tatbestand zu. Da somit der genannte Entlassungstatbestand verwirklicht sei, müsse auf die übrigen vom Erstgericht herangezogenen Entlassungsgründe nicht mehr eingegangen werden. Es liege auf der Hand, dass es der Beklagten unzumutbar gewesen wäre, den Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (24. 7. 1998) weiter zu beschäftigen.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Frage, ob die Anbahnung von Geschäften für ein in Gründung befindliches Konkurrenzunternehmen mit einem Kunden seines Dienstgebers während aufrechten Dienstverhältnisses eine Entlassung nach § 82 lit e GewO rechtfertigt, in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehe. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Frage, ob die Anbahnung von Geschäften für ein in Gründung befindliches Konkurrenzunternehmen mit einem Kunden seines Dienstgebers während aufrechten Dienstverhältnisses eine Entlassung nach Paragraph 82, Litera e, GewO rechtfertigt, in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehe.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Klägers ist zulässig und in ihrem Aufhebungsantrag berechtigt.

Das Berufungsgericht hat die höchstgerichtliche Judikatur zur Auslegung des § 82 lit e zweiter Fall GewO richtig wiedergegeben, sodass es ausreicht, insoweit auf die berufungsgerichtlichen Entscheidungsgründe zu verweisen. Entscheidend ist somit, ob bloße Vorbereitungshandlungen zur zukünftigen Ausübung eines selbständigen Gewerbes im Geschäftsfeld des Dienstgebers vorliegen oder ob dem Kläger - dem die mit seiner Billigung vorgenommenen unternehmensbezogenen Handlungen seiner Partner zweifellos zuzurechnen sind - vorgeworfen werden kann, durch die Anwerbung eines bisherigen Kunden der Beklagten für die Zeit nach Eröffnung des erst zu gründenden Unternehmens habe er im Sinne des § 82 lit e zweiter Fall GewO ein dem Dienstgeber abträgliches Nebengeschäft bereits betrieben. Das Berufungsgericht hat die höchstgerichtliche Judikatur zur Auslegung des Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO richtig wiedergegeben, sodass es ausreicht, insoweit auf die berufungsgerichtlichen Entscheidungsgründe zu verweisen. Entscheidend ist somit, ob bloße Vorbereitungshandlungen zur zukünftigen Ausübung eines selbständigen Gewerbes im Geschäftsfeld des Dienstgebers vorliegen oder ob dem Kläger - dem die mit seiner Billigung vorgenommenen unternehmensbezogenen Handlungen seiner Partner zweifellos zuzurechnen sind - vorgeworfen werden kann, durch die Anwerbung eines bisherigen Kunden der Beklagten für die Zeit nach Eröffnung des erst zu gründenden Unternehmens habe er im Sinne des Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO ein dem Dienstgeber abträgliches Nebengeschäft bereits betrieben.

Zutreffend hat das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, dass die gesetzliche Aufzählung der Entlassungsgründe als taxativ (abschließend) anzusehen ist. Auch wenn gelegentlich formuliert wurde, eine „ausdehnende Anwendung“ auf einen nach Beschaffenheit und Bedeutung gleichwertigen Tatbestand sei zulässig (Arb 9517, 10.267 ua), kommt lediglich eine an die Grenzen des Wortsinns heranreichende (weite) Auslegung unter Berücksichtigung des erkennbaren Gesetzeszweckes in Betracht, nicht aber eine sinngemäß Anwendung auf ähnlich gelagerte, vom Wortsinn der Norm jedoch nicht erfasste Sachverhalte.

Die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen tragen das Ergebnis, bereits das Gewinnen von Kunden für ein erst in Gründung befindliches Unternehmen durch Werbemaßnahmen stelle den Entlassungsgrund dar, nicht. In Arb 10.267 (4 Ob 48/83) ging der Oberste Gerichtshof ausdrücklich davon aus, dass der Dienstnehmer noch vor Beendigung seines Dienstverhältnisses eine Konkurrenztätigkeit zur Beklagten beginnen habe wollen; er habe sich erbötzig gemacht, noch vor Ende des Dienstverhältnisses Arbeiten billiger als seine Dienstgeberin zu verrichten, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Bemühungen um Kunden erfolgreich waren oder nicht. Auch in der (berufungsgerichtlichen) Entscheidung Arb 10.961 wurde eine Verletzung des Konkurrenzverbotes davon abhängig gemacht, dass bereits ein Nebengeschäft tatsächlich ausgeübt wird. Sei das Unternehmen einmal gegründet, werde meist der Versuch, Geschäfte abzuschließen, als Aufnahme des Geschäftsbetriebes zu werten sein. Im zu beurteilenden Fall habe der Kläger eine Konkurrenztätigkeit bereits während eines aufrechten Dienstverhältnisses aufgenommen und sich die Tätigkeit auch nicht für den Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses vorbehalten.

Geht man nun davon aus, dass für Arbeiter ein (allgemeines) Konkurrenzverbot nicht besteht und diesen nur der Betrieb eines Konkurrenzunternehmens während aufrechten Dienstverhältnisses verboten ist, kommt eine Entlassung unter Berufung auf § 82 lit e zweiter Fall GewO nach Ansicht des erkennenden Senates nur in Betracht, wenn die vorerst nur vorbereitende Tätigkeit darauf abzielt, mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit im Rahmen des geplanten Unternehmens noch vor Ende des bestehenden Dienstverhältnisses zu beginnen. Gerade davon ist im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres auszugehen, wurde doch dem zukünftigen Kunden gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass die GmbH erst gegründet werden soll; für die späteren Gesellschafter war eine (bedingte) Abnahmезusage wesentliche Voraussetzung für die endgültige Entscheidung, die GmbH zu gründen und mit dieser den Betrieb aufzunehmen. Ebenso wie es einem nicht durch ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gebundenen Dienstnehmer, der sich mit der

Absicht trägt, seinen Dienstgeber zu wechseln, nicht verwehrt sein kann, während aufrechten Dienstverhältnisses die Möglichkeit einer - notwendigerweise von der Beendigung seiner bisherigen Tätigkeit abhängigen - Anstellung bei einem Konkurrenzunternehmen zu sondieren und in diesem Zusammenhang allenfalls auch bereits einen erst nach Beendigung seiner bisherigen Tätigkeit wirksamen Dienstvertrag abzuschließen, muss es auch einem Dienstnehmer, der eine selbständige Tätigkeit anstrebt, offen stehen, notwendige Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen, die ihm einen wirtschaftlich vernünftigen Beginn seiner selbständigen Geschäftstätigkeit ermöglichen sollen; in diesem Sinne wies die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung selbst darauf hin, dass sich ein verantwortungsbewusster Firmengründer in der Regel parallel um Aufträge und um die Finanzierung bemühe, da beides für die Gründung eines selbständigen Unternehmens unabdingbar sei. Soll eine namens einer noch nicht bestehenden GmbH getroffene Vereinbarung erst zu einem Zeitpunkt nach Beendigung des Dienstverhältnisses wirksam werden, kann von einem Betreiben eines Nebengeschäfts vor Ablauf der Dauer des Arbeitsverhältnisses in aller Regel nicht die Rede sein. Die beklagte Partei hat nicht behauptet, sie hätte bereits vor dem vom Kläger angestrebten Termin der Beendigung des Dienstverhältnisses Aufträge des betreffenden Kunden verloren. Geht man nun davon aus, dass für Arbeiter ein (allgemeines) Konkurrenzverbot nicht besteht und diesen nur der Betrieb eines Konkurrenzunternehmens während aufrechten Dienstverhältnisses verboten ist, kommt eine Entlassung unter Berufung auf Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO nach Ansicht des erkennenden Senates nur in Betracht, wenn die vorerst nur vorbereitende Tätigkeit darauf abzielt, mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit im Rahmen des geplanten Unternehmens noch vor Ende des bestehenden Dienstverhältnisses zu beginnen. Gerade davon ist im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres auszugehen, wurde doch dem zukünftigen Kunden gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass die GmbH erst gegründet werden soll; für die späteren Gesellschafter war eine (bedingte) Abnahmezusage wesentliche Voraussetzung für die endgültige Entscheidung, die GmbH zu gründen und mit dieser den Betrieb aufzunehmen. Ebenso wie es einem nicht durch ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gebundenen Dienstnehmer, der sich mit der Absicht trägt, seinen Dienstgeber zu wechseln, nicht verwehrt sein kann, während aufrechten Dienstverhältnisses die Möglichkeit einer - notwendigerweise von der Beendigung seiner bisherigen Tätigkeit abhängigen - Anstellung bei einem Konkurrenzunternehmen zu sondieren und in diesem Zusammenhang allenfalls auch bereits einen erst nach Beendigung seiner bisherigen Tätigkeit wirksamen Dienstvertrag abzuschließen, muss es auch einem Dienstnehmer, der eine selbständige Tätigkeit anstrebt, offen stehen, notwendige Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen, die ihm einen wirtschaftlich vernünftigen Beginn seiner selbständigen Geschäftstätigkeit ermöglichen sollen; in diesem Sinne wies die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung selbst darauf hin, dass sich ein verantwortungsbewusster Firmengründer in der Regel parallel um Aufträge und um die Finanzierung bemühe, da beides für die Gründung eines selbständigen Unternehmens unabdingbar sei. Soll eine namens einer noch nicht bestehenden GmbH getroffene Vereinbarung erst zu einem Zeitpunkt nach Beendigung des Dienstverhältnisses wirksam werden, kann von einem Betreiben eines Nebengeschäfts vor Ablauf der Dauer des Arbeitsverhältnisses in aller Regel nicht die Rede sein. Die beklagte Partei hat nicht behauptet, sie hätte bereits vor dem vom Kläger angestrebten Termin der Beendigung des Dienstverhältnisses Aufträge des betreffenden Kunden verloren.

Auch in der Vergangenheit wurde wiederholt ausgesprochen, der Versuch, künftig Geschäfte abzuschließen, könne nicht als beim Gewerbe abträgliches Nebengeschäft beurteilt werden, sofern das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegründet war (Arb 11.579 = 9 ObA 65/97d; DRdA 1988, 32 = 14 Ob 193/86; 9 ObA 8/93 ua). Im vorliegenden Fall war klar, dass der Konkurrenzbetrieb von einer erst zu gründenden GmbH geführt werden sollte. Ist die Wirksamkeit schon vor dem Entstehen der GmbH abgegebener Abnahmezusagen vom zukünftigen Entstehen der Gesellschaft abhängig und besteht kein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass dies bereits vor Ende des Dienstverhältnisses eines Gesellschafter geschehen sollte, könnte nicht davon gesprochen werden, dass dieser Gesellschafter noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein seinem Dienstgeber abträgliches Nebengeschäft betriebe. Für die Frage, ob der Dienstnehmer das von der Rechtsprechung aus § 82 lit e zweiter Fall GewO 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, stellen auch gegenüber Dritten vorgenommene „Vorbereitungshandlungen“ den Entlassungsgrund dar. Auch in der Vergangenheit wurde wiederholt ausgesprochen, der Versuch, künftig Geschäfte abzuschließen, könne nicht als beim Gewerbe

abträgliches Nebengeschäft beurteilt werden, sofern das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegründet war (Arb 11.579 = 9 ObA 65/97d; DRdA 1988, 32 = 14 Ob 193/86; 9 ObA 8/93 ua). Im vorliegenden Fall war klar, dass der Konkurrenzbetrieb von einer erst zu gründenden GmbH geführt werden sollte. Ist die Wirksamkeit schon vor dem Entstehen der GmbH abgegebener Abnahmезusagen vom zukünftigen Entstehen der Gesellschaft abhängig und besteht kein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass dies bereits vor Ende des Dienstverhältnisses eines Gesellschafters geschehen sollte, könnte nicht davon gesprochen werden, dass dieser Gesellschafter noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein seinem Dienstgeber abträgliches Nebengeschäft betriebe. Für die Frage, ob der Dienstnehmer das von der Rechtsprechung aus Paragraph 82, Litera e, zweiter Fall GewO 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, stellen auch gegenüber Dritten vorgenommene „Vorbereitungshandlungen“ den Entlassungsgrund dar.

Zu den dazu erstatteten Prozessbehauptungen der Beklagten haben die Vorinstanzen jedoch keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Diese hat ausdrücklich behauptet, die geschäftlichen Aktivitäten der GmbH hätten bereits zu einem Zeitpunkt begonnen bzw beginnen sollen, zu dem das Dienstverhältnis noch aufrecht gewesen sei. Die Beklagte hat auch das Fehlen von Feststellungen dazu in ihrer Berufungsbeantwortung gerügt. Entgegen der von ihr offenbar vertretenen Auffassung kann eine solche Feststellung aber keineswegs allein auf Grund der vorliegenden Urkunden („Unternehmensprofil“, Zeitplan ...) getroffen werden, zumal der ursprüngliche Zeitplan ersichtlich nicht eingehalten wurde. So hätte etwa die Firmengründung spätestens Ende Juni abgeschlossen sein sollen, wogegen die GmbH tatsächlich erst Ende August entstanden ist. Ob der Kläger bei Einhaltung des Zeitplans sein Dienstverhältnis früher beendet hätte, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren ergänzende Feststellungen zu den - allenfalls noch zu konkretisierenden - Tatsachenbehauptungen der Streitteile zu treffen haben.

Soweit sich die Revisionsgegnerin in ihrer Revisionsbeantwortung mit dem Entlassungsgrund nach § 82 lit f zweiter Fall GewO auseinandersetzt und dem Kläger - im Sinne der Begründung des Erstgerichts - beharrliche Pflichtverletzung durch nachteilige Äußerungen über die beklagte Partei vorwirft, übersieht sie, dass sie einen derartigen Entlassungsgrund im Verfahren erster Instanz gar nicht geltend gemacht hat. Soweit sich die Revisionsgegnerin in ihrer Revisionsbeantwortung mit dem Entlassungsgrund nach Paragraph 82, Litera f, zweiter Fall GewO auseinandersetzt und dem Kläger - im Sinne der Begründung des Erstgerichts - beharrliche Pflichtverletzung durch nachteilige Äußerungen über die beklagte Partei vorwirft, übersieht sie, dass sie einen derartigen Entlassungsgrund im Verfahren erster Instanz gar nicht geltend gemacht hat.

Der Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 2 ASGG, 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf den Paragraphen 2, ASGG, 52 ZPO.

Textnummer

E77026

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:009OBA00036.05T.0406.000

Im RIS seit

06.05.2005

Zuletzt aktualisiert am

05.01.2012

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at