

# TE OGH 1992/10/21 9ObA215/92

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.10.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith und Dr.Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Christian Kleemann und Mag.Gabriele Jarosch als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ing.H\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\*, Angestellter,\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei K\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\*, Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wegen 285.287 S brutto sA (Revisionsstreichwert 222.799 S brutto), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 30.April 1992, GZ 8 Ra 118/91-17, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 5.August 1991, GZ 33 Cga 14/91-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen über die Klagsforderung sowie über die auf den Titel Saldo aus Provisionszahlungen gestützte Gegenforderung der beklagten Partei werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung einschließlich des unangefochten gebliebenen Teiles insgesamt als Teilurteil zu lauten hat:

"Die Klagsforderung besteht mit 63.510 S brutto zu Recht, mit weiteren 221.777 S brutto hingegen nicht zu Recht.

Die Gegenforderung der beklagten Partei, soweit damit ein Saldo aus Provisionszahlungen geltend gemacht wird, besteht nicht zu Recht.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 63.510 S brutto samt 4 % Zinsen seit 29.November 1990 binnen vierzehn Tagen bei Exekution zu zahlen.

Das Mehrbegehren von 221.777 S brutto samt 4 % Zinsen seit 29. November 1990 wird abgewiesen.

Die Kostenentscheidung wird der Endentscheidung vorbehalten".

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird der Endentscheidung vorbehalten.

2. den

Beschluß

gefaßt:

Im übrigen - das ist im Ausspruch über die auf den Titel des Schadenersatzes gestützte Gegenforderung der beklagten Partei - wird die Entscheidung des Berufungsgerichtes aufgehoben und die Rechtssache in diesem Umfang zur

neuerlichen Entscheidung nach allfälliger neuerlicher Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die diesbezüglichen Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war seit 4.Juli 1988 bei der beklagten Partei beschäftigt. Geschäftsführer der beklagten Partei waren F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* und Mag.R\*\*\*\*\* G\*\*\*\*. F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* hatte dem Kläger erklärt, die beklagte Partei werde den Apparateanlagenbau aufbauen, wobei der Kläger als Schweißfachmann und Außendienstmitarbeiter benötigt werde. Sie veranlaßte ihn dadurch zum Wechsel zur beklagten Partei. Der Kläger sollte als Außendienstmitarbeiter vereinbarungsgemäß ein Fixum von 12.000 S und eine Umsatzprovision von 2 % erhalten, die mit 18.000 S monatlich zu akontieren war. Da sich herausstellte, daß zum Aufbau des Geschäftszweiges Apparatebau in größerem Umfang die Anwesenheit des Klägers im Betrieb erforderlich war und der Kläger deswegen weniger Aufträge brachte, einigten sich die Streitteile für die Zeit ab 1.Jänner 1989 auf ein Fixum von 30.000 S monatlich. Zuletzt erhielt der Kläger 31.650 S monatlich ausgezahlt. F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* wollte dann wieder zu der ursprünglichen Aufteilung in Fixum und Provisionskonto zurückkehren, doch lehnte der Kläger dieses Ansinnen ab. Dennoch wurde mit Juni 1990 das Gehalt des Klägers in ein Fixum von 13.030 S und ein Provisionskonto von 18.620 S monatlich aufgeteilt, wogegen der Kläger sofort bei der Geschäftsführung remonstrierte. Am 27.November 1990 kam es nach Dienstschluß zu einem Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der beklagten Partei F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* und dem Kläger, bei dem der Kläger seine finanziellen Probleme darlegte. Zu diesem Gespräch brachte der Kläger ein Handdiktiergerät, mit dem er das Gespräch heimlich aufnahm. Als F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* dies dennoch wahrnahm, verlangte er die Herausgabe des Tonbandes. Nachdem der Kläger diesem Verlangen nachgekommen war, erklärte ihm F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* , er solle sich am nächsten Tag bei der Geschäftsleitung einfinden, um deren Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen. Am 28.November 1990 wurde der Kläger entlassen. Er wollte das Gespräch aufnehmen, weil er nicht überrumpelt werden wollte.

Der Kläger hatte Kenntnis nur von seinen Aufträgen. Zu den wöchentlichen Dienstbesprechungen wurde er nicht beigezogen, sodaß ihm die Auslastung der Betriebsstätte nicht bekannt war. Die Arbeitseinteilung zur Durchführung der Aufträge war Aufgabe des Geschäftsführers F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*.

Der Kläger erhielt im November 1990 lediglich 12.784,62 S an Fixum.

Der Kläger begehrte 285.287 S brutto sA an Urlaubsentschädigung, Nachzahlung von Gehaltsbestandteilen und Kündigungsentschädigung bis 31. März 1991. Die Verwendung eines Tonbandgerätes sei gerechtfertigt gewesen, weil der Kläger nicht überrumpelt werden wollte. Er habe alles unternommen, um die Aufträge rechtzeitig zu erledigen; Verzögerungen in der Abwicklung seien durch die mangelhafte Organisation der beklagten Partei verursacht worden. Die Entlassung sei ungerechtfertigt.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Mit dem Kläger sei vereinbart worden, daß er die Bereiche Verkaufsrepräsentanz, Schweißtechnologie und Projektleitung eigenverantwortlich übernehme. Der Kläger habe erklärt, er könne dem Unternehmen jährlich einen Umsatz von zumindest 30 Millionen S zukommen lassen. Es seien ein monatliches Fixum von 12.000 S sowie 2 % vom Umsatz und ein Fahrtgeld von monatlich 2.000 S vereinbart worden. Der Kläger habe die von ihm vorgegebenen Verkaufsziffern aber nicht erreicht, sondern im zweiten Halbjahr 1988 lediglich einen Umsatz von 1,515.208 S erzielt. Daraufhin sei in einem Gespräch mit dem Geschäftsführer F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* ein monatliches Fixum von 30.000 S vereinbart worden und der Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers mit Technik und Kalkulation festgelegt worden. Im Jahre 1988 seien die Ergebnisse des Klägers im Bereich Kalkulation, nicht jedoch bezüglich der technischen Betreuung der Kunden zufriedenstellend gewesen. Im Jahre 1988 habe der Kläger Aufträge von zirka 7 Millionen S akquiriert. Da die beklagte Partei ein eigenes technisches Büro mit einem technischen Leiter eingerichtet habe, sei mit dem Kläger im Jänner 1990 vereinbart worden, daß er als Verkaufsrepräsentant sowie als Projektleiter und Schweißtechniker nur für den Apparate- und Anlagenbauverkauf zuständig sei. Als Limit für den Verkauf im Jahre 1990 sei vom Kläger ein Betrag von 36 Millionen S vorgeschlagen und auf dieser Grundlage eine Gehaltsvereinbarung getroffen worden. Der Kläger habe für die beklagte Partei völlig eigenverantwortlich Aufträge bearbeitet und Projekte geleitet. Er habe bei Spezialaufträgen - darunter seien solche zu verstehen, die einer Abnahmegenehmigung durch den TÜV bedurften - alleine bestimmt, welche Anlagenteile zugekauft werden sollten. Der Kläger habe aber bei drei Aufträgen dem zuständigen Einkäufer und dem Geschäftsführer der beklagten Partei Mag.R\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* wichtige Informationen vorenthalten.

Im Rahmen der Ausführung eines Auftrages der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG habe der Kläger für den Einkauf eines benötigten Flansches ungenügende technische Angaben gemacht. Für den Flansch seien 4.000 S aufgewendet worden; bis zur Lieferung des richtigen Teiles habe man 6 Wochen warten müssen und habe der Kunde wegen des Lieferverzuges eine Pönaleforderung von 100.000 S geltend gemacht. Der Kläger habe zunächst in Abrede gestellt, den falschen Flansch vorgegeben zu haben und den Geschäftsführer Mag.R\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* für die Falschlieferung verantwortlich gemacht; erst nach langer Diskussion hatte der Kläger eingeräumt, daß er den Flansch falsch bestellt habe.

Im Rahmen eines weiteren vom Kläger akquirierten Auftrages der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG zur Herstellung eines Schlauchtrommelbehälters habe der Kläger als verantwortlicher Projektleiter unvollständige Aufzeichnungen über die ihm von den Technikern der Kundin erteilten Informationen gemacht; dadurch sei es teilweise zur Falschlieferung gekommen, teilweise habe auch der mit der Herstellung beschäftigte Werkmeister falsche Anweisungen vom Kläger erhalten. Vor Herstellung des Apparates, der vom TÜV zu genehmigen gewesen sei, habe der Kläger nicht wie üblich eine Abstimmung mit dem TÜV vorgenommen. Dies habe dazu geführt, daß die Abnahmekosten durch den TÜV bedeutend höher gewesen seien. Das TÜV-Prüfungsmitglied habe mehrfach aus Klagenfurt anreisen müssen, zumal der Kläger die entsprechenden Vorbereitungen unterlassen habe. Es seien dadurch Unkosten von ca. 40.000 S entstanden; weiters sei es zu einem Lieferverzug von 2 Wochen gekommen, was zu einer Pönaleforderung von 10.000 S geführt habe. Im Oktober 1990 habe der Geschäftsführer F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* den Kläger aufgefordert, binnen 3 Tagen einen Fertigungsplan für den Schlauchtrommelbehälter und die Verdampfer herzustellen sind die Aktennotizen über seine Gespräche mit dem Kunden zu übergeben. Der Kläger habe nach 10 Tagen zwar die Fertigungspläne, nicht aber die Aktennotizen übergeben.

Diese Vorkommnisse, bei denen sich der Kläger offensichtlich auch falscher Angaben bedient habe, um die ihm zur Last gelegten Verfehlungen abzuschwächen, seien der Anlaß dafür gewesen, daß der Geschäftsführer F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* den Kläger für den 27.November 1990 zu einem Gespräch zu sich ins Büro eingeladen habe. Es sollten die Verfehlungen des Klägers und seine schlechten Leistungen besprochen werden. Nach längerer Dauer des Gespräches habe es plötzlich "Klacks" gemacht, als F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* den Telefonhörer abgenommen habe, und der Kläger sei völlig überraschend aus dem Büro hinausgestürmt. Kurze Zeit später sei der Kläger mit einem Aktenordner zurückgekommen, offenbar um anzudeuten, daß er in der Zwischenzeit nur eine Unterlage holen wollte. F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* habe den Kläger jedoch auf das Geräusch angesprochen und ihm gesagt, er sei nicht mehr bereit, mit dem Kläger Gespräche zu führen, wenn dieser etwas versteckt mitlaufen lasse. Er solle seine Sachen zusammenpacken und das Tonband samt Kassette im Büro lassen. Dies sei auch geschehen. Es habe sich um ein Tonbandgerät gehandelt, das die beklagte Partei dem Kläger für seine Arbeit zur Verfügung gestellt hatte. Der Kläger habe bereits vor der Entlassung mehrfach unrichtige Angaben gemacht, um die ihm zur Last gelegten Verfehlungen abzuschwächen oder zu verbergen; durch das versteckte Mitlaufenlassen des Tonbandgerätes beim Gespräch vom 27. November 1990 sei die Vertrauensbasis völlig verloren gegangen; die Entlassung sei daher zu Recht erfolgt.

Weiters wandte die beklagte Partei einen Saldo von 286.308 S zu ihren Gunsten aus Provisionszahlungen und einen Betrag von 345.148 S wegen schuldhaften und rechtswidrigen Fehlverhaltens des Klägers als Gegenforderungen compensando ein. Zu den Provisionsforderungen erstattete die beklagte Partei keinerlei weiteres Vorbringen. Bezuglich des Betrages von 345.148 S brachte sie vor, daß sich dieser zusammensetze aus 100.000 S aus dem Auftrag zur Geschäftszahl P 88/157 an Mehrkosten für den Kraneinsatz infolge Unterlassung der Konsultierung eines Statikers für die statische Auswertung eines Behälterdeckels; weiters 102.282 S an Vertragsstrafe zu P 90/102 bei der Firma W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*; 40.000 S an zusätzlichen TÜV-Abnahmekosten zu diesem Geschäftsfall; weiters 92.866 S an Zusatzkosten für die nicht verrechbaren Zusatzleistungen, die der Kläger in Umgehung der Geschäftsführung zu Lasten der beklagten Partei vereinbart habe, sowie 10.000 S aus dem Auftrag der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG Geschäftszahl P 90/167 durch zusätzliche TÜV-Abnahmekosten.

Das Erstgericht sprach aus, das die Klagsforderung mit 222.799 S brutto zu Recht, die Gegenforderung aber nicht zu Recht bestehe und gab dem Klagebegehren mit 222.799 S brutto sA statt.

Es stellte neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest, daß einige Zeit nach Beginn des Arbeitsverhältnisses des Klägers Dipl.Ing.K\*\*\*\*\* als technischer Leiter angestellt worden sei, der mit seinem Büro die Ausführung der Aufträge vorbereiten sollte. Gegenüber dem TÜV sei der Kläger als Schweißfachmann namhaft gemacht worden, dem es auch obliegen sollte, die entsprechenden Abnahmetermine zu vereinbaren. Im Rahmen der Ausführung eines

Auftrages der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG zur Herstellung eines Wärmetauschers seien ungeeignete Flansche für den Druckbehälter bestellt worden, doch sei der Kläger hiezu nicht befragt worden. Die Terminverzögerung sei auf Koordinationsschwierigkeiten in der Werkstätte der beklagten Partei zurückzuführen gewesen. Die Bearbeitung des vom Kläger im Frühjahr 1990 akquirierten Auftrages der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG über den Bau eines Schlauchtrommelbehälters sei dem Kläger aus der Hand genommen worden. Dipl.Ing.K\*\*\*\*\* habe die Pläne erstellt. Im Herbst 1990 habe der Kläger über Auftrag des Geschäftsführers F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* in Kürze einen Fertigungsplan erstellt. Die Konstruktion eines freitragenden Deckels für einen Druckbehälter in A\*\*\*\*\* sei von der Geschäftsleitung der beklagten Partei "abgesegnet" worden; bei der Montage sei der Geschäftsführer F\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* anwesend gewesen und habe die entsprechenden Absprachen durchgeführt.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß die heimliche Aufnahme eines Gespräches zu Beweiszwecken für die Entlassung nicht ausreiche, zumal der Kläger durch die von der beklagten Partei (unrichtigerweise) behauptete Gehaltsvereinbarung habe mißtrauisch sein müssen. Dem Kläger stünden daher die geltend gemachten Ansprüche auf Basis eines Gehaltes von zuletzt 31.650 S zu. Die begehrte Urlaubsentschädigung von 62.488 S sei nicht zuzuerkennen, weil ein offener Urlaubsrest nicht festgestellt werden könne. Was die Gegenforderungen betreffe, sei dem Kläger ein schuldhaftes Verhalten nicht nachgewiesen worden, sodaß "auch unter Berücksichtigung des § 293 Abs 3 EO eine Schadenersatzforderung nicht festgestellt werden könne". Eine Überzahlung an Provision sei nicht festgestellt worden.

Das Berufungsgericht bestätigte das nur von der beklagten Partei angefochtene Ersturteil und vertrat die Rechtsauffassung, daß die heimliche Aufnahme des Gespräches vom 27.November 1990 die Entlassung des Klägers nicht rechtfertige. Das Verhalten des Klägers begründe nicht den Tatbestand nach § 120 StGB, weil ein Mißbrauch der Tonbandaufnahme durch den Kläger nicht erwiesen sei. Da der von der beklagten Partei primär herangezogene Grund die Entlassung nicht gerechtfertigt habe, reichten hiezu auch allfällige kleinere Fehlhandlungen im Zusammenhang mit Bestellungen, auf die sich die beklagte Partei weiters zur Rechtfertigung der Entlassung gestützt habe, nicht aus. Im Ergebnis richtig habe das Erstgericht über die Gegenforderungen der beklagten Partei entschieden, da das diesbezügliche Vorbringen der beklagten Partei von vorneherein unzureichend gewesen sei. Bezuglich der Provisionszahlungen habe die beklagte Partei nur einen Saldo von 286.308 S zu ihren Gunsten behauptet; dieses Vorbringen erscheine im Hinblick auf die Außerstreitstellung, daß ab dem Jahre 1989 die Zahlung eines Fixgehaltes vereinbart worden sei, unverständlich. Gleichermaßen gelte für die Gegenforderung von 345.148 S aus dem Titel des Schadenersatzes. Die beklagte Partei habe lediglich behauptet, der Kläger habe ihr rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden zugefügt und die Schadenersatzbeträge angeführt, ohne das Verhalten des Klägers näher zu bezeichnen. Damit habe die beklagte Partei die eingewendete Gegenforderung nicht ausreichend konkretisiert. Es erübrige sich daher eine Auseinandersetzung mit den zur Gegenforderung getroffenen, von der Berufungswerberin bekämpften Feststellungen des Erstgerichtes.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Mit der Verfahrensrüge macht die Revisionswerberin geltend, daß das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, die beklagte Partei habe zu den geltend gemachten Gegenforderungen kein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstattet; es habe sich daher weder mit der Bekämpfung der diesbezüglichen Feststellungen des Erstgerichtes noch mit den von der beklagten Partei in diesem Zusammenhang geltend gemachten Feststellungsmängeln befaßt.

Diese Ausführungen sind im Rahmen der Stellungnahme zur Rechtsrüge zu behandeln, weil damit inhaltlich das Fehlen von Feststellungen im Sinne eines sekundären Verfahrensmangels gerügt wird.

Zu Recht wendet sich die Revisionswerberin gegen die rechtliche Beurteilung der entlassungsabhängigen Ansprüche durch das Berufungsgericht.

Entscheidend für den Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit im Sinne des § 27 Z 1, 3. Tatbestand, AngG

ist, ob infolge des Verhaltens des Arbeitnehmers vom Standpunkt vernünftigen dienstlichen und geschäftlichen Ermessens für den Arbeitgeber die objektiv gerechtfertigte Befürchtung besteht, daß seine Interessen durch den Arbeitnehmer gefährdet sind. Das Verhalten des Arbeitnehmers muß nicht strafbar, aber schuldhaft und rechtswidrig sein (siehe Kuderna Entlassungsrecht 88 f; Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz AngG 7 603 und 609 mwH).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes ist daher für die Beurteilung der ohne Wissen und Zustimmung des Arbeitgebers erfolgten Aufnahme des Gespräches vom 27.November 1990 durch den Kläger nicht entscheidend, daß nicht die heimliche Aufzeichnung des Gespräches sondern nur die Weitergabe der Aufnahme an einen Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, gemäß § 120 Abs 2 StGB strafbar ist. Es ist vielmehr zu prüfen, ob nicht aus dem in§ 16 ABGB normierten allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht am gesprochenen Wort abzuleiten ist, sodaß eine heimliche Aufnahme von Gesprächen auch ohne Veröffentlichung rechtswidrig wäre. Koziol (Haftpflichtrecht II 2 13) ist darin beizupflichten, daß eine heimliche Aufnahme durch den Gesprächspartner den Interessen des Sprechenden widerspricht, da flüchtige, keineswegs stets wohlüberlegte Worte festgehalten werden, daß allein schon durch die Möglichkeit der Verbreitung die Vertraulichkeit des Gespräches zerstört wird und die heimliche Aufnahme in jedes Gespräch Mißtrauen einführen würde (siehe auch Aicher in Rummel ABGB I 2 § 16 Rz 22).

In der deutschen Rechtsprechung wird ein Recht am gesprochenen Wort angenommen, das einen Schutz gegen die heimliche Aufnahme von Gesprächen gewährt (siehe BGH vom 20.Mai 1958, BGHZ 27, 284; BVerfG vom 31.Jänner 1973 in NJW 1973, 891; BGH vom 13.Oktober 1987 in NJW 1988, 1016; vgl. BAG vom 2.Juni 1983 in NJW 1983, 1691).

Wie der deutsche Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung vom 20.Mai 1958 überzeugend darlegte, läßt der vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährte Rechtsschutz dem Menschen in seinem innersten Persönlichkeitsbereich die im gebührende Freiheit und Selbstbestimmung zukommen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit unerlässlich ist. Hiezu gehört auch die Befugnis des Menschen, selbst darüber zu bestimmen, ob seine Stimme mit Hilfe eines Tonträgers festgehalten werden darf. Nur wo das Persönlichkeitsrecht des Sprechers überhaupt nicht berührt wird, wie bei telefonischen Durchsagen, die Bestellungen, Börsenachrichten etc enthalten, wird der Sprecher durch die Fixierung seiner Worte nicht beschwert sein können. Bei einem dem Gedanken- oder Meinungsaustausch dienenden persönlichen Gespräch kommt hingegen immer die besondere Persönlichkeit des Sprechers zum Ausdruck, der ein Recht darauf hat, das Gespräch frei, unbefangen und ohne Gefühl des Mißtrauens zu führen. In einer gesprächsweisen Auseinandersetzung sollen die einzelnen Gesprächsphasen das Ziel des Gespräches erst vorbereiten. Hiebei werden Äußerungen gemacht, die nur in einer bestimmten Gesprächssituation Bedeutung haben, aber durch spätere Äußerungen überholt und getilgt sein sollen. Ohne Unbefangenheit, bei der nicht jedes Wort in allen Konsequenzen bedacht wird, wird ein sinnvolles Gespräch kaum möglich sein.

Es würde daher eine schwere Beeinträchtigung des Menschen in der Entfaltung seiner Persönlichkeit bedeuten, wenn ein Gesprächspartner befürchten müsse, daß durch eine Aufnahme ohne sein Wissen jede Wendung des Gespräches, aber auch der Klang seiner Stimme mit allen Besonderheiten und Unvollkommenheiten festgehalten wird. Mit dieser Befürchtung wäre untrennbar das Gefühl ständigen Argwohns und Mißtrauens verbunden. Damit wäre der Raum für eine vertrauensvolle Auseinandersetzung mit den Mitmenschen verbaut.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß die Überlassung einer Tonbandaufnahme eines Gespräches an einen Dritten eine Angelegenheit des persönlichen Vertrauens ist, weil damit die Möglichkeit einer vom Gesprächspartner nicht zu kontrollierenden mißbräuchlichen Verwendung gegeben ist. Der Besitzer einer Tonbandaufnahme kann - auch ohne Fälschung - allein schon durch Kürzungen den Sinnzusammenhang entstellen und schon durch die Wahl des Zeitpunktes der Wiedergabe dem Gespräch eine andere Bedeutung geben, als es ursprünglich hatte. Wer eine heimliche Tonaufnahme eines Gespräches befürchten muß, wird kaum mehr unbefangen sprechen, sodaß die präzise Gesprächsfixierung mit einer einschneidenden Behinderung der Persönlichkeitsentfaltung erkauft würde.

Entgegen der von Nowotny in RdW 1989, 214 f vertretenen Auffassung erachtet daher der Oberste Gerichtshof die heimliche Aufnahme auch einer geschäftlichen Besprechung unter vier Augen durch den Gesprächspartner als rechtswidrig. Soweit Nowotny ins Treffen führt, es sei merkwürdig, daß gerade wegen der Nähe zur Wirklichkeit die Tonbandaufnahme bedenklicher sein solle als das Mithören durch einen geheimen Zeugen, ist zu erwidern, daß auch eine solche Vorgangsweise des Gesprächspartners in rechtswidriger Weise in das Persönlichkeitsrecht des anderen Teiles eingreift (siehe BAG vom 2. Juni 1982, NJW 1983, 1691). Eine Auseinandersetzung mit der Abhandlung Kobergers

"Grenzenloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandgeräten?" ÖJZ 1990, 330 ff, erübrig sich hingegen, weil sich der Autor nur mit den strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Tonbandaufnahmen und deren Weitergabe oder Vorlage bei Gericht beschäftigt.

Da der Kläger demnach mit der heimlichen Aufnahme des Gespräches rechtswidrig handelte, bleibt zu prüfen, ob diese Vorgangsweise des Klägers nach den gewöhnlichen Anschauungen der beteiligten Kreise als so schwerwiegend angesehen werden muß, daß dem Arbeitgeber infolge des dadurch verursachten Vertrauensverlustes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst während der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (siehe Kuderna aaO 89; Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz aaO 607 f mWh). Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war der Kläger mit dem Aufbau des Geschäftszweiges Apparatebau sowie als Außendienstmitarbeiter mit der Akquisition von Aufträgen befaßt. Diese Position erforderte eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung. Die heimliche Aufzeichnung eines Gespräches mit dem Geschäftsführer der beklagten Partei war daher geeignet, diese notwendige Vertrauensbasis soweit zu erschüttern, daß der beklagten Partei die Weiterbeschäftigung des Klägers in dieser Stellung auch nur für die Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar war. Die bloße Befürchtung, der Gesprächspartner werde den Verlauf des Gespräches nicht wahrheitsgetreu wiedergeben, vermag die Vorgangsweise des Klägers nicht zu rechtfertigen. Ein schwerwiegendes Fehlverhalten der beklagten Partei, das die Verfehlung des Klägers in einem mildernden Licht erscheinen ließe, wurde nicht festgestellt; die einseitige Änderung der Auszahlungsmodalitäten des Gehaltes des Klägers durch die beklagte Partei reichte für eine solche Annahme nicht aus.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen war die Entlassung des Klägers daher gerechtfertigt, sodaß die Sache im Sinne einer Abweisung der entlassungsabhängigen Ansprüche des Klägers auf Kündigungsentschädigung im Betrage von 159.289 S brutto sA spruchreif ist.

Über die verbleibenden Ansprüche auf restliches Entgelt einschließlich anteiliger Sonderzahlungen für den Zeitraum bis 28. November 1990 im Betrage von 63.510 S brutto sA kann hingegen noch nicht abschließend abgesprochen werden, weil das Berufungsgericht, wie die Revisionswerberin zu Recht rügt, das detaillierte Vorbringen der beklagten Partei im Schriftsatz ON 3 über schuldhaftes Fehlverhalten des Klägers und dadurch verursachte Schäden unbeachtet ließ und daher zu dem durch die Aktenlage nicht gedeckten Schluß gelangte, die beklagte Partei habe ein konkretes Fehlverhalten des Klägers im Zusammenhang mit der compensando geltend gemachten Schadenersatzforderung nicht behauptet. Zumindest bezüglich des als Gegenforderung geltend gemachten Betrages von 40.000 S an zusätzlichen TÜV-Abnahmekosten ergibt sich eine auch betragsmäßige Übereinstimmung mit dem in ON 3 zu TB 5 dargestellten Vorfall, was dazu führt, daß trotz betragsmäßiger Abweichung auch die im Zusammenhang mit diesem Geschäftsfall schließlich geltend gemachte Pönaleforderung der W\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* AG von 102.282 S dem im Schriftsatz dargestellten Vorfall zuzuordnen ist.

Das Berufungsgericht hat, ausgehend von der unrichtigen Beurteilung, die beklagte Partei habe kein entsprechendes Vorbringen erstattet, weder die zur Gegenforderung (aus dem Titel des Schadenersatzes) getroffenen Feststellungen überprüft noch sich mit den in der Berufung behaupteten Feststellungsmängeln auseinandergesetzt, sodaß diesbezüglich ein sekundärer Verfahrensmangel vorliegt.

Was hingegen die auf den Titel eines Saldos aus Provisionszahlungen gestützte Gegenforderung der beklagten Partei anlangt, ist die Beurteilung des Berufungsgerichtes, die beklagte Partei habe dazu kein ausreichendes Vorbringen erstattet, zutreffend (§ 48 ASGG).

Da die auf den Titel des Schadenersatzes gestützte Gegenforderung des Arbeitgebers mit der Engelforderung des Arbeitnehmers in keinem rechtlichen Zusammenhang im Sinne des § 391 Abs 3 ZPO steht (4 Ob 146/84 ua), war mit Teilurteil über die Klagsforderung sowie über die auf dem Titel Saldo aus Provisionszahlungen gestützte Gegenforderung der beklagten Partei abzusprechen und lediglich die Entscheidung des Berufungsgerichtes über die compensando eingewendete Schadenersatzforderung der beklagten Partei aufzuheben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 392 Abs 2 und 52 Abs 2 ZPO.

## Anmerkung

E32104

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:009OBA00215.92.1021.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19921021\_OGH0002\_009OBA00215\_9200000\_000

**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](http://www.jusline.at)