

# TE OGH 1992/5/27 9ObA101/92

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht 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.Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Robert Göstl und Franz Murmann als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, Angestellter, \*\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwalt \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei B\*\*\*\*\* Mineralölvertrieb, \*\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwälte \*\*\*\*\*, wegen S 290.262 brutto sA (im Revisionsverfahren S 227.741 brutto sA), infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28.Jänner 1992, GZ 12 Ra 107/91-47, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Kreisgerichtes Ried i.l. als Arbeits- und Sozialgericht vom 13. Juni 1991, GZ 4 Cga 59/88-41, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß des Berufungsgerichtes wird in seinem noch streitverfangenen Teil aufgehoben und in der Sache selbst die Entscheidung des Erstgerichtes wiederhergestellt.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 8.501,40 (darin S 1.416,90 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit S 22.200,60 (darin S 1.700,10 Umsatzsteuer und S 12.000 Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger war seit 1.Dezember 1972 bei der beklagten Partei als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Sein Arbeitsverhältnis endete am 30.Juni 1988 durch Entlassung.

Mit der vorliegenden Klage begeht er letztlich einen Betrag von S 290.262 brutto sA an Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Urlaubentschädigung, anteiligen Sonderzahlungen und Provision für Juni 1988, da seine Entlassung zu Unrecht erfolgt sei.

Die beklagte Partei beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Der Kläger habe mehrere Entlassungsgründe zu verantworten. Er habe unberechtigt höhere Bezüge verrechnet, sich von einem Konkurrenzunternehmen abwerben lassen und an der Abwerbung anderer Arbeitnehmer in der Absicht mitgewirkt, das Unternehmen der beklagten Partei wirtschaftlich zu vernichten. Er habe bei aufrechtem Arbeitsverhältnis ungeachtet des Konkurrenzverbotes und der vereinbarten Konkurrenzklause für dieses Konkurrenzunternehmen Tätigkeiten entfaltet, die beklagte Partei gegenüber Kunden herabgesetzt und ihren Ruf sehr geschädigt. Er sei trotz wiederholter Aufforderung Weisungen der

beklagten Partei nicht nachgekommen. Durch dieses pflichtwidrige Verhalten habe die beklagte Partei im zweiten Halbjahr 1988 und im Jahr 1989 Umsatzeinbußen in Höhe von insgesamt S 2,310.000 erlitten. Dieser erhebliche Schaden werde gegen die Klageforderung bis zur Höhe des Klagebegehrens aufrechnungsweise eingewendet.

Das Erstgericht erkannte die Forderung des Klägers in der Höhe von S 227.741 brutto sA als zu Recht, die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und gab dem Klagebegehr hinsichtlich eines Teilbetrages von S 227.741 brutto sA statt. Das Mehrbegehr von S 62.521 brutto sA sowie ein Zinsenmehrbegehr wies es ab. Es traf im wesentlichen folgende Feststellungen:

Seit dem Beginn seiner Tätigkeit hatte der Kläger die Aufgabe, die von der beklagten Partei angebotenen Öle und Schmierprodukte im Außendienst zu vertreiben. Dafür stand ihm eine Provision in Höhe von 2,4 % seines Umsatzes zu. Im schriftlichen Dienstvertrag vom 24. Oktober 1972 verpflichtete sich der Kläger, für den Fall des Ausscheidens aus dem Unternehmen der beklagten Partei ein Jahr lang nicht als Vertreter in derselben Branche und im selben Gebiet tätig zu sein. Als sich Anfang des Jahres 1988 durch den Eintritt eines neuen Geschäftsführers das Betriebsklima weiter verschlechterte, entschloß sich der Kläger ebenso wie mehrere andere Arbeitnehmer der beklagten Partei, diese zu verlassen, wenn er in derselben Branche eine Beschäftigung finden könne.

Er nahm am 24.Juni 1988 an einer Besprechung der Außendienstmitarbeiter teil, bei der unter anderem über Pläne zur Gründung einer "neuen Firma" gesprochen wurde. Dabei wurden auch der Tätigkeitsbereich, die Verdienstmöglichkeiten und die weitere Vorgangsweise erörtert. Der Kläger hatte von seinem Schwager, der die beklagte Partei ebenfalls verlassen wollte, bereits die Zusicherung erhalten, daß er in einer "neu zu gründenden Firma" mitarbeiten könne. Nähere Einzelheiten darüber und welche Arbeitnehmer sich beteiligen würden, waren dem Kläger nicht bekannt. Im Anschluß an diese Besprechung verfaßte ein Arbeitnehmer die Kündigungsschreiben, die vorerst noch nicht abgeschickt werden sollten, um keine vorzeitigen Unstimmigkeiten aufkommen zu lassen.

Am 27., 28. und 29.Juni 1988 absolvierte der Kläger noch seine vorgesehenen Kundenbesuche für die beklagte Partei. Er verabschiedete sich zum Teil von diesen mit der Bemerkung, daß er sich beruflich verändern werde. Es kann nicht festgestellt werden, daß er dabei das Unternehmen der beklagten Partei herabgesetzt oder dessen Ruf beeinträchtigt hätte. Auf Wunsch verschiedener Kunden gab er diesen eine Telefonnummer, unter der er in Zukunft zu erreichen sein werde, bekannt. Es war dies die Telefonnummer eines Unternehmens, bei dem sich der künftige Arbeitgeber des Klägers einmieten wollte.

Es kann nicht festgestellt werden, daß der Kläger unberechtigt höhere Bezüge verrechnet hätte, daß er Arbeitnehmer der beklagten Partei abgeworben oder während des aufrechten Arbeitsverhältnisses Tätigkeiten für ein Konkurrenzunternehmen entfaltet hätte. Auch ein weisungswidriges Verhalten ist nicht feststellbar. Nach seiner am 30. Juni 1988 erfolgten Entlassung besuchte der Kläger mit anderen ehemaligen Arbeitnehmern der beklagten Partei vom 11.Juli bis 16. Juli 1988 die Firma Beverol in Holland. Am 1.August 1988 begann er seine Tätigkeit bei der MVR, dem neu gegründeten Konkurrenzunternehmen der beklagten Partei. Er hatte dort weitgehend dasselbe Gebiet und teilweise dieselben Kunden wie früher zu betreuen.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß der Kläger ungerechtfertigt entlassen worden sei. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung sei nicht erwiesen. Es liege auch keine Vertrauensunwürdigkeit im Sinne des § 27 Z 1 3.Fall AngG vor. Der Kläger habe keine unrichtigen Provisionsabrechnungen erstellt und nicht an der Abwerbung von Arbeitnehmern mitgewirkt. Er habe die beklagte Partei nicht herabgesetzt und ihren Ruf nicht geschädigt. Seine vorbereitete Kündigung, in der Absicht, bei einem anderen Arbeitgeber weiterzuarbeiten, und die zur Vorbereitung des Arbeitsplatzwechsels erforderliche Kontaktnahme zum neuen Arbeitgeber seien ebensowenig als treuwidriges Verhalten zu qualifizieren wie seine gegenüber Kunden gemachte Mitteilung über die berufliche Veränderung sowie seine künftige Erreichbarkeit. Derartige Vorbereitungshandlungen lägen bei einem zulässigen Arbeitsplatzwechsel in der Natur der Sache. Konkurrenzierende Tätigkeiten habe der Kläger während des aufrechten Arbeitsverhältnisses nicht entfaltet. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers durch seine Kündigung aber mit 31.7.1988 geendet hätte, stehe ihm eine Kündigungsentschädigung nur bis zu diesem Zeitpunkt zu.

Zufolge der Lösung des Arbeitsverhältnisses durch ungerechtfertigte Entlassung, zu der der Kläger nicht schuldhaft Anlaß gegeben habe, könne die beklagte Partei die durch die Konkurrenzklause begründeten Rechte gemäß § 37 Abs 2 AngG nicht geltend machen. Feststellungen über Grund und Höhe der compensando eingewendeten Forderung seien entbehrlich.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil im streitverfangenen Umfang auf - die Teilabweisung war unbekämpft geblieben - und wies die Arbeitsrechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als unbedenklich und vertrat im übrigen die Rechtsauffassung, daß die Entlassung des Klägers berechtigt erfolgt sei. Der Kläger sei für die beklagte Partei vertrauensunwürdig geworden, da er seine künftige Beschäftigung unter Mißachtung der Konkurrenzklause vereinbart habe. Diese Konkurrenzklause sei mangels eines entsprechenden Einwandes als wirksam anzusehen und habe den Zweck gehabt, zu verhindern, daß der Kläger Mitbewerber im wirtschaftlichen Wettbewerb fördere. Vertrauensunwürdigkeit treten nicht nur dann ein, wenn ein Arbeitnehmer während des aufrechten Arbeitsverhältnisses Tätigkeiten entfalte, zu deren Unterlassung er sich vertraglich verpflichtet habe, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer durch Vereinbarung eines neuen Arbeitsverhältnisses, durch das dem Arbeitgeber eine ernst zu nehmende Konkurrenz droht, zu erkennen gebe, daß ihm nichts an der Wahrung der Interessen des Arbeitgebers liege.

Das Begehren des Klägers sei daher hinsichtlich der entlassungsabhängigen Ansprüche nicht berechtigt. Über die Höhe nach außer Streit gestellten entlassungsunabhängigen Ansprüche auf Provision und Urlaubsabfindung könne aber noch nicht entschieden werden, da vorerst noch Feststellungen zu der damit in rechtlichem Zusammenhang stehenden Gegenforderung zu treffen seien.

Gegen diesen Beschuß richtet sich der aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Rekurs des Klägers mit dem sinngemäß Antrag auf Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung. Die beklagte Partei beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Wie der Oberste Gerichtshof in einem ähnlich gelagerten Fall bereits ausgeführt hat (vgl Arb 9189 = ZAS 1974 mit zustimmender Besprechung von Heinrich, 224 ff), soll der Schutz des Arbeitgebers vor Konkurrenzierung durch eine Konkurrenzklause im Sinne des § 36 AngG nicht weiter ausgedehnt werden als im Gesetz vorgesehen ist und daher auch keine Vorauswirkung äußern, weil damit die im Gesetz vorgesehene Interessenabwägung zu Ungunsten des Arbeitnehmers verändert würde. Einerseits endet nämlich die Treuepflicht des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber regelmäßig mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses; andererseits bezieht sich der zeitliche Geltungsbereich von Konkurrenzklauseln, die inhaltlich lediglich Schadenersatzansprüche sowie allenfalls Unterlassungsansprüche begründen, aber expressis verbis gemäß § 36 Abs 1 AngG nur auf die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Bei der Prüfung, ob ein berechtigter Entlassungsgrund vorliegt, ist entgegen der Ansicht der beklagten Partei von den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen der Vorinstanzen auszugehen; die in der Rekursbeantwortung wiederholte Beweisrügen ist insoferne unzulässig. Die schriftliche Kündigung des Klägers zum 31.Juli 1988 ist der beklagten Partei unbestritten (S 25, 33, 47 ua) am 29.Juni 1988 zugegangen. Da eine Kündigung zwar empfangsbedürftig, aber nicht annahmebedürftig ist (vgl Floretta in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht3 I 261 ff), hätte sie kraft ihrer Gestaltungswirkung das Arbeitsverhältnis zum 31.Juli 1988 (§ 20 Abs 4 erster Satz AngG) unter anderem mit den Rechtsfolgen des § 23 Abs 7 AngG beendet. Die am 30.Juni 1988 ausgesprochene Entlassung des Klägers erfolgte sohin zwar zu einem Zeitpunkt, als sich das Arbeitsverhältnis bereits im Auflösungsstadium befand, hatte aber zur Folge, daß das Arbeitsverhältnis nicht mehr mit Ablauf der Kündigungsfrist, sondern mit sofortiger Wirkung durch Entlassung beendet wurde (vgl Arb 10.581 ua). Für den Fall der ungerechtfertigten Entlassung stehen dem Kläger daher sämtliche entlassungsabhängigen Ansprüche zu (Arb 8936 ua).

Nach den vorliegenden Verfahrensergebnissen haben sich sämtliche schwerwiegende Vorwürfe der beklagten Partei als haltlos herausgestellt. Der Kläger hat während des aufrechten Arbeitsverhältnisses weder eine konkurrenzierende Tätigkeit entfaltet (§ 27 Z 3 AngG) noch an einem "Komplott" zur Abwerbung anderer Arbeitnehmer teilgenommen (§ 27 Z 1 AngG; Arb 10.622). Den Feststellungen der Vorinstanzen ist dazu lediglich zu entnehmen, daß er sich wegen des zunehmend schlechter werdenden Betriebsklimas beruflich verändern wollte und daß er von seinem Schwager die "Zusicherung" erhalten hatte, in einer "neu zu gründenden Firma" mitarbeiten zu können. Insoweit handelte es sich um in der Natur der Sache gelegene bloße Vorbereitungsgespräche, die im Hinblick auf die grundsätzlichen Zielsetzungen des Bestandschutzes und der Freiheit der Arbeitsplatzwahl sowie der verfassungsrechtlich

gewährleisteten Erwerbsfreiheit im Sinne des Art 6 StGG (vgl Mayer-Maly/Marhold, Arbeitsrecht I 109 f) als unbedenklich anzusehen sind (vgl Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz, AngG7 § 27 Erl 16). Die Zusammenarbeit des Klägers mit der beklagten Partei hätte somit frühestens mit der Arbeitsaufnahme in der "neu zu gründenden Firma" wesentlich beeinträchtigt werden können, also erst zu einem Zeitpunkt, der nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur beklagten Partei gelegen wäre (vgl Heinrich aaO 226 f).

Eine gewisse Rückwirkung auf das bestehende Arbeitsverhältnis könnte sich allenfalls daraus ergeben, daß der Arbeitnehmer - ohne dadurch gegen das Konkurrenzverbot zu verstößen - Handlungen setzt, die schon während des aufrechten Dienstverhältnisses die Konkurrenz begünstigen und daher im Lichte der Konkurrenzklause schwerwiegender zu beurteilen sind als ohne eine solche Klausel. So läge es etwa im Interesse des Arbeitgebers, daß der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist seine Betriebskenntnisse nicht mehr erweitert, keine neuen Kunden wirbt oder ihm keine weiteren Geschäftsgeheimnisse mehr bekannt werden undl mehr. Derartig qualifizierende Umstände liegen aber nicht vor. Nach den Feststellungen absolvierte der Kläger nach dem Verfertigen des Kündigungsschreibens bis zur Entlassung vielmehr noch seine vorgesehenen Kundenbesuche für die beklagte Partei. Daß er sich von diesen zum Teil mit der Bemerkung verabschiedete, daß er sich beruflich verändern werde, entspricht der Konvention und ist ihm nicht als Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten anzulasten. Soweit er verschiedenen Kunden seine neue Telefonnummer bekanntgab, geschah dies über Wunsch der Kunden und betraf überdies seine künftige Tätigkeit für ein noch nicht konkurrierendes Unternehmen. Da der Kläger in seinem Kündigungsschreiben der beklagten Partei ohnehin angeboten hatte, seinen Urlaub während der Kündigungsfrist zu verbrauchen, hätte es die beklagte Partei in der Hand gehabt, weitere Kundenbesuche des Klägers durch eine Urlaubsvereinbarung zu unterbinden. Hätte sie dies tun wollen, wäre sie nicht veranlaßt gewesen, den Kläger zu kündigen oder vom Dienst freizustellen.

Selbst wenn man daher wie das Berufungsgericht von der Wirksamkeit der Konkurrenzklause ausgeht, kann somit insgesamt nicht gesagt werden, daß sich der damals fast 49 Jahre alte Kläger unmittelbar vor seiner Entlassung - sein vorheriges Verhalten blieb unbeantwortet - einer Handlung schuldig gemacht hätte, die ihn im Sinne des § 27 Z 1 3.Fall AngG des Vertrauens der beklagten Partei unwürdig erscheinen ließe. Dabei kommt es nämlich nicht auf das subjektive Empfinden des Arbeitgebers an, sondern darauf, ob für den Arbeitgeber vom Standpunkt vernünftigen kaufmännischen Ermessens die objektiv gerechtfertigte Befürchtung bestand, daß seine Belange während des aufrechten Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer gefährdet seien (vgl Kuderna, Das Entlassungsrecht 88 f; Martinek aaO § 27 Erl 12 mwH). Auch ein in der Gewichtung gleich schwerer, im § 27 AngG nicht angeführter Entlassungsgrund ist nicht gegeben (vgl Heinrich aaO 225).

Abgesehen davon ist die Wirksamkeit einer Konkurrenzklause unter Umständen dann in Frage gestellt, wenn im Verhältnis zu den geschützten Interessen des Arbeitgebers ihre Einhaltung eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten beinhaltet (§ 36 Abs 2 Z 2 AngG; Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht4 237 ff; Arb 10.670, 10.190, 9809, 8613 ua). Die Absicht, eine solche Konkurrenzklause nicht einzuhalten, kann daher unter Umständen bloß bedeuten, einer unwirksamen Vereinbarung nicht entsprechen zu wollen. Dem Arbeitgeber muß nämlich klar sein, daß ihm die Konkurrenzklause nur einen insoweit bedingten Schutz gegen eine Konkurrenzierung durch den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gibt.

Da die Entlassung des Klägers sohin ungerechtfertigt erfolgte, kann auch die vereinbarte Konkurrenzklause keine Wirkung entfalten (vgl Martinek aaO § 37 Erl 6), so daß es keiner weiteren Feststellungen über den infolge der Konkurrenzaktivität des Klägers entstandenen Schadens mehr bedarf.

Die Kostenentscheidungen sind in den §§ 41 und 50 ZPO begründet.

#### **Anmerkung**

E29388

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:009OBA00101.92.0527.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920527\_OGH0002\_009OBA00101\_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)