

# TE OGH 1987/6/17 140bA82/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.06.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon.- Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Maier sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Josef Fellner und Mag. Karl Dirschmied als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Helmut N\*\*\*, M\*\*\*-B\*\*\*-Gesellschaft mbH, Wien 9., Günthergasse 3, vertreten durch Dr. Helmut Neudorfer und Dr. Klaus Griensteidl, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Max Ulrich S\*\*\*, Geschäftsführer, Linz, Grüntalerstraße 37, vertreten durch Dr. Alfred Haslinger, DDr. Heinz Mück und Dr. Peter Wagner, Rechtsanwälte in Linz, wegen S 532.684,09 netto sA (Revisionsstreitwert S 400.000,--), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten vom 26. November 1986, GZ. 12 Cg 13/86-28, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Arbeitsgerichtes Linz vom 25. November 1985, GZ. 3 Cr 19/85-12, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Der Beklagte ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 13.036,65 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (davon S 1.185,15 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte war seit Mai 1977 als Personalberater bei der klagenden M\*\*\*-B\*\*\* angestellt, die sein Dienstverhältnis zum 30.9.1984 aufkündigte. In Punkt VI. des Dienstvertrages verpflichtete sich der Beklagte, "während eines Zeitraumes von zwei Jahren nach einem eventuellen Ausscheiden,....

Mitarbeiter der Dienstgeberin oder von Partnerfirmen, die zur Zeit seines Ausscheidens oder in den letzten zwölf Monaten vor diesem Zeitpunkt angestellt waren", nicht "abzuwerben, zu beschäftigen oder mit ihnen in anderer Weise zusammenzuarbeiten. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Vereinbarung" verpflichtete sich der Beklagte, "eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe in Höhe des einfachen Jahresbezuges des obenangeführten jeweiligen Mitarbeiters (an die klagende Partei) zu zahlen." Der Beklagte gründete während der Kündigungszeit ein eigenes Betriebsberatungsunternehmen, die S\*\*\*-Ges.m.b.H., die am 1.10.1984

in Linz ihren Geschäftsbetrieb aufnahm. An diesem Tag stellte der Beklagte die bis 30.9.1984 bei der klagenden Partei als Sekretärin beschäftigt gewesene Eleonore K\*\*\* im neu gegründeten Unternehmen an. Am 16.11.1984 nahm er Dr. Gerhard H\*\*\*, der bis 15.11.1984 bei der klagenden Partei angestellt gewesen war, als Personalberater in die S\*\*\* Ges.m.b.H. auf.

Die klagende Partei begehrte zuletzt vom Beklagten die Zahlung einer Konventionalstrafe von S 532.684,09 sA (Jahresnettobezug Dr. Gerhard H\*\*\* S 327.328,20 + Jahresnettobezug Eleonore K\*\*\*

S 205.355,89) mit der Begründung, daß der Beklagte die Verpflichtung, Angestellte seiner bisherigen Dienstgeberin nicht in seinem neugegründeten Konkurrenzunternehmen zu beschäftigen, verletzt habe. Da die abgeworbenen Mitarbeiter langjährige Berufserfahrung und genaue Branchenkenntnisse besäßen, habe der Beklagte der klagenden Partei binnen kurzem entscheidende Marktanteile weggenommen.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, daß das vereinbarte Beschäftigungsverbot eine Konkurrenzklausel im Sinne des § 37 Abs 2 AngG sei, auf die sich die klagende Partei nicht berufen könne, da sie das Dienstverhältnis des Beklagten ohne begründeten Anlaß aufgelöst habe. Der Beklagte habe die beiden früheren Angestellten der klagenden Partei nicht abgeworben. Das Beschäftigungsverbot sei für die Mitarbeiter der klagenden Partei eine sittenwidrige Knebelung. Jedenfalls unterliege die Konventionalstrafe der richterlichen Mäßigung.

Das Erstgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung einer Konventionalstrafe von S 150.000,-- sA und wies das Mehrbegehren von S 382.684,09 sA ab.

Es traf folgende wesentliche Feststellungen:

Bei den Gesprächen der Streitteile anlässlich der Einstellung des Beklagten wurde dieser auch über die Unternehmensstruktur der Dr. N\*\*\*-F\*\*\* informiert; ohne die juristische Verflechtung der einzelnen Gesellschaften und die Firmenbeteiligungen genau zu kennen, war ihm klar, daß die klagende Partei zum damaligen Zeitpunkt eine Art Muttergesellschaft für Österreich war, die mit einer Vielzahl von N\*\*\*-Firmen im In- und Ausland in enger Verbindung stand.

Bis 1979 war der Beklagte mit der Leitung des Regionalbereiches Südösterreich in Graz betraut, ehe er als Bereichsleiter nach Oberösterreich wechselte. Von Linz aus leitete er ab 1981 zusätzlich auch die Bereiche Steiermark/Kärnten. Die Zusammenarbeit zwischen den Streitteilen entwickelte sich für beide Teile zur vollsten Zufriedenheit. Der Beklagte überschritt durch seinen intensiven Einsatz die monatliche Umsatzerwartung von S 300.000,-- und erreichte zuletzt in den ersten fünf Monaten des Jahres 1984 für den Bereich Oberösterreich einen Gesamtumsatz von knapp S 3.000.000,-- (einschließlich Anzeigengeschäft).

Die Linzer Niederlassung der klagenden Partei wurde im wesentlichen von zwei Personalberatern betreut. Während dem Beklagten als Bereichsleiter hauptsächlich die Anwerbung von Aufträgen ("Akquisition") oblag, besorgte Dr. Gerhard H\*\*\*

überwiegend deren Abwicklung. Eleonore K\*\*\* war Sekretärin dieses Büros; sie warb selbst keine Aufträge an, leistete aber, wie dies von guten Sekretärinnen verlangt wird, entsprechende Mithilfe bei einfachen Auftragsabwicklungen.

Mit der Neubestellung von Dr. K\*\*\* als Geschäftsführer für Österreich im Jahr 1982 verschlechterte sich das bis dahin ausgesprochen gute Klima, ohne daß der Arbeitseinsatz des Beklagten nachließ. Bei ihm reifte aber der Gedanke, in absehbarer Zeit aus den Diensten der klagenden Partei auszuschcheiden und sich selbständig zu machen. Den endgültigen Entschluß dazu teilte er Dr. N\*\*\* in einem Gespräch am 12.3.1984 mit. Die Streitteile kamen überein, daß der Beklagte noch so lange bei der klagenden Partei bleiben könne, bis er - voraussichtlich im November - die Betriebsberaterprüfung abgelegt haben werde. Gleichzeitig erteilte Dr. N\*\*\* dem Beklagten Auflagen für seine weitere Tätigkeit: keine Illoyalität in Gesprächen mit Klienten und Kandidaten, kein Beiseiteschaffen von Unterlagen, ordentlicher Arbeitseinsatz und internes Wohlverhalten. Außerdem stellte Dr. N\*\*\* klar, daß er an der vereinbarten Vertragsstrafe bei Abwerbung oder Beschäftigung von Mitarbeitern der klagenden Partei ohne deren schriftliche Zustimmung festhalte. Der Beklagte war mit den Auflagen einverstanden, erklärte aber, daß er die Risiken einer Abwerbung vielleicht in Kauf nehmen würde. Am 30.5.1984 kam es zu einer neuerlichen Aussprache zwischen Dr. N\*\*\* und dem Beklagten. Der Beklagte warf Dr. N\*\*\* vor, er habe ihn bei der V\*\*\*-A\*\*\* angeschwärzt; Dr. N\*\*\* möge ihm, falls er künftig wieder Anlaß zur Beschwerde habe, dies selbst sagen. Dr. N\*\*\* war über diesen Vorwurf empört, weil er den Beklagten bei diesem Klienten nicht schlecht gemacht hatte. Er erwiderte, daß er sich eine derartige Unterstellung von einem Mitarbeiter nicht gefallen lasse und machte dem Beklagten im Beisein von Dr. K\*\*\* klar, daß

wegen dieses Vorfalles eine weitere Beschäftigung nicht mehr möglich sei. Der Beklagte wurde mit sofortiger Wirkung vom Dienst freigestellt. Da er ein Anbot der klagenden Partei auf einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses zum 31.12.1984 nicht annahm, kündigte diese mit Schreiben vom 25.6.1984 das Dienstverhältnis zum 30.9.1984 auf.

Dadurch war der Beklagte nicht mehr in der Lage, die Betriebsberaterprüfung abzulegen. Als einzige Möglichkeit, sich selbständig zu machen, blieb ihm nur die Gründung einer Ges.m.b.H. mit einem zweiten (gewerberechtlichen) Geschäftsführer, den er in der Person des Wiener Betriebsberaters Dr. Manfred W\*\*\* fand. Dieser ist mit 15 %, der Beklagte mit 25 % und dessen Ehefrau mit 60 % an der S\*\*\* Ges.m.b.H. beteiligt. Der Beklagte ist als Geschäftsführer selbständig vertretungsbefugt.

Das Unternehmenskonzept für diese Firmengründung wurde im August 1984 endgültig beschlossen. Der Beklagte glaubte, zunächst mit einer Sekretärin auszukommen. Mit Fernschreiben vom 31.8.1984 kündigte Eleonore K\*\*\* unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ihr Dienstverhältnis zur klagenden Partei zum 30.9.1984 auf und wurde - wie bereits oben erwähnt - am 1.10.1984 als Sekretärin der S\*\*\* Ges.m.b.H. eingestellt. Ob sie vom Beklagten abgeworben wurde, kann nicht festgestellt werden.

Dr. Gerhard H\*\*\* hatte bereits im Frühjahr 1984 der klagenden Partei angekündigt, bei einem entsprechenden Angebot "in die Privatwirtschaft" zu wechseln. Aus diesem Grunde lehnte er die ihm angebotene Nachfolge auf dem Posten des Beklagten als Leiter der Linzer Niederlassung ab. Die klagende Partei kündigte daraufhin Dr. Gerhard H\*\*\* zum 15.11.1984. Mit 16.11.1984 wurde er vom Beklagten - wie schon eingangs festgestellt - als Personalberater aufgenommen. Dr. Gerhard H\*\*\* hatte sich im Dienstvertrag unter der Sanktion einer Konventionalstrafe in Höhe eines Jahresbezuges verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Beendigung seines Dienstverhältnisses mit der klagenden Partei bei keinem Konkurrenzunternehmen in Österreich, Deutschland oder der Schweiz in irgendeiner Form tätig zu werden.

Die Klägerin konnte den Posten von Dr. Gerhard H\*\*\* reibungslos neu besetzen. Auch die Neubesetzung des Postens der Sekretärin Eleonore K\*\*\* bereitete ihr keine nennenswerten Schwierigkeiten, doch ist ein Personalwechsel in dieser Branche allgemein nachteilig, weil die Kunden auf Diskretion und ständige persönliche Betreuung besonderen Wert legen. Zu einem Geschäftsausfall kam es durch die Kündigung von Eleonore K\*\*\* nicht.

Wesentlich schwieriger war es, für den Beklagten als Leiter der Niederlassung in Linz einen Nachfolger zu finden. Diese Stellung nahm vorübergehend Mag. Reinhard H\*\*\* ein, der über eine geringe einschlägige Praxis verfügte und es besonders im ersten halben Jahr schwer hatte, bis das nötige Vertrauen bei den Kunden wieder aufgebaut und eine marktwirksame Tätigkeit möglich war. Dadurch gingen der klagenden Partei in Oberösterreich entscheidende Marktanteile größtenteils an die S\*\*\* Ges.m.b.H. verloren. Der Anteil der klagenden Partei betrug im Jahre 1983 im Anzeigengeschäft in den OÖ.-Nachrichten noch etwa 2/3 und ging im Vergleichszeitraum 1985 auf knapp 20 % zurück, während die S\*\*\* Ges.m.b.H. nunmehr über 1/4 des Marktes hält.

Wie weit diese Verschiebung auf der Tätigkeit des Beklagten beruhte und in welchem Umfang Dr. Gerhard H\*\*\* Geschäfte zur S\*\*\* Ges.m.b.H. gebracht hat, kann nur schwer festgestellt werden. Nur ca. 25 % der Kunden kommen ohne Anwerbung zum Betriebsberater. Andererseits ist neben der Anwerbung von Aufträgen auch deren Abwicklung wesentlich.

Der Schwerpunkt der Anwerbungstätigkeit liegt beim Beklagten. Dr. Gerhard H\*\*\* arbeitet überwiegend in der Auftragsabwicklung. Er hat aber innerhalb eines Jahres auf Grund seiner Verbindungen in etwa fünf Fällen Aufträge, die von Klienten früher ausschließlich an die klagende Partei vergeben wurden, zur S\*\*\* Ges.m.b.H. gebracht, wodurch der klagenden Partei ein Honorar von rund S 250.000,-- entgangen ist.

Die S\*\*\* Ges.m.b.H. entwickelt sich zur vollsten Zufriedenheit des Beklagten. Es handelt sich um ein äußerst erfolgreiches und expandierendes Unternehmen. Der Beklagte muß für drei Kinder und seine Frau sorgen. Er bezieht einen Geschäftsführergehalt von S 40.000,--. Auf Grund des guten Geschäftsganges hat er die nötigen Investitionsrücklagen geschaffen, um in Kürze eine Niederlassung in Graz zu eröffnen.

Das Erstgericht war der Ansicht, daß das im Dienstvertrag vereinbarte Abwerbe- und Beschäftigungsverbot keine Konkurrenzklausele iS des § 36 AngG sei, weil es nicht die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers beschränke, sondern im Interesse des Dienstgebers verhindern solle, daß innerhalb kurzer Zeit weitere Mitarbeiter sein Unternehmen verlassen. Eine solche Vereinbarung werde mit Dienstnehmern in führenden Stellungen häufig geschlossen. Sie sei

zulässig, es wäre denn, daß ein krasses Mißverhältnis zwischen den vom Dienstgeber mit der Beschränkung verfolgten Interessen und den entgegengesetzten Interessen des Dienstnehmers bestehe. Diese Abwägung falle im vorliegenden Fall klar zugunsten der klagenden Partei aus, die in ihrem Geschäftszweig ein hervorragendes Interesse an der Wahrung der Kontinuität des Personalstandes habe. Dagegen sei der Beklagte in seinem Interesse, gerade ehemalige Arbeitskollegen abzuwerben und zu beschäftigen, nicht schutzwürdig.

Zu erwägen wäre allerdings die analoge Anwendung der §§ 36 ff AngG, weil das Verbot der Beschäftigung von Angestellten in einem Wirtschaftsunternehmen in gewisser Weise den Erwerb des Unternehmers beeinträchtige. Mit einer solchen analogen Anwendung wäre aber für den Beklagten nichts gewonnen, weil in diesem Fall die Vereinbarung nach § 36 Abs 2 Z 2 AngG nur dann unwirksam wäre, wenn die Beschränkung nach Gegenstand, Zeit oder Ort im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung habe, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Dienstnehmers bewirke. Wenn die strittige Vereinbarung (bei Anwendung der §§ 36 ff AngG) auch hinsichtlich des vereinbarten Zeitraumes (zwei Jahre) und des Ausschlusses des richterlichen Mäßigungsrechtes teilnichtig wäre, so stelle doch das Beschäftigungsverbot während des gesetzlich zulässigen Zeitraums von einem Jahre in einem örtlich ganz begrenzten Gebiet keine unbillige Erschwerung dar.

Auch die Berufung des Beklagten auf § 37 Abs 2 AngG sei verfehlt. Zwar habe die klagende Partei als Dienstgeberin sein Dienstverhältnis aufgelöst, der Beklagte aber selbst durch sein schuldhaftes Verhalten, nämlich den Vorwurf, der Chef habe ihn angeschwärzt, begründeten Anlaß zur Lösung gegeben. Die Vereinbarung einige Personen nicht zu beschäftigen, liege außerhalb des Normzwecks des § 37 AngG. Der Beklagte habe als Geschäftsführer der S\*\*\* Ges.m.b.H. die Abwerbung persönlich zu verantworten. Unter Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechtes sei bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Beklagten, seines Verschuldens und der Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens eine Vertragsstrafe von S 150.000,- angemessen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei, die nur die Abweisung eines Teilbetrages von S 250.000,- bekämpfte, Folge, nicht aber der Berufung des Beklagten, und änderte daher das Ersturteil dahin ab, daß es der klagenden Partei S 400.000,- sA zusprach.

Das Berufungsgericht verhandelte die Rechtssache gemäß § 25 Abs.1 Z 3 ArbGG von neuem. Es traf dieselben Feststellungen wie das Erstgericht und stellte ergänzend fest, daß der klagenden Partei nicht nur durch die Schwierigkeiten, für den Posten des Beklagten einen Nachfolger zu finden, sondern auch allein deshalb, weil das ganze Team der Linzer Niederlassung der klagenden Partei für die S\*\*\* Ges.m.b.H. tätig war, entscheidende Marktanteile verloren gingen. Der Schaden sei nicht eingrenzbar.

Das Berufungsgericht billigte die Rechtsansicht des Erstgerichtes, daß das vereinbarte Abwerbe- und Beschäftigungsverbot keine Konkurrenzklausele im Sinne des § 36 AngG sei, weil es die Freizügigkeit des Dienstnehmers in der Berufswahl nicht beschränke. Das vereinbarte Abwerbe- und Beschäftigungsverbot diene offenkundig den Interessen des Dienstgebers an der Erhaltung der Linzer Niederlassung.

Die mit diesem Verbot verbundene Einschränkung der Erwerbstätigkeit stehe gegenüber der Wahrung wichtiger Dienstgeberinteressen völlig im Hintergrund. Auch eine analoge Anwendung des § 37 Abs 2 AngG sei nach dem Normzweck nicht möglich.

Mit einer solchen Anwendung wäre aber, wie schon vom Erstgericht ausgeführt wurde, für den Beklagten nichts gewonnen, weil er durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung begründeten Anlaß gegeben habe. Sowohl nach § 1336 ABGB als auch nach § 38 AngG könne das richterliche Mäßigungsrecht in Anspruch genommen werden. Die Vertragsstrafe sei vor allem dann übermäßig, wenn der erlittene Schaden unverhältnismäßig kleiner als die bedungene Vergütung sei. Den Betrag des wirklichen Schadens dürfe aber der Richter niemals unterschreiten. Ein Schaden von S 250.000,- sei festgestellt, darüber hinaus sei aber der Schaden auch durch Anwendung des § 273 ZPO nicht zu beziffern und insbesondere die künftigen Schäden nicht eingrenzbar. Es sei daher ein namhafter "Sockelbetrag" zugrunde zu legen, der wesentlich über dem konkret im Einzelfall nachweisbaren Schaden liegen müsse, wenn man anhand der tatsächlich eingetretenen Markteinbußen die vorkalkulierbaren Nachteile berücksichtige. Infolge vorsätzlichen Zuwiderhandelns des Beklagten scheidet auch der Mäßigungsgrund des (fehlenden oder geringen) Verschuldens des Verpflichteten aus. Der Ersatz sei daher nur auf S 400.000,-, also jenen Betrag, den die klagende Partei im Berufungsverfahren noch geltend mache, zu mäßigen.

Die gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger

rechtlicher Beurteilung erhobene Revision des Beklagten ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt schon deshalb nicht vor, weil sich die vom Berufungsgericht übernommene Feststellung, Dr. Gerhard H\*\*\* habe auf Grund seiner Verbindungen Aufträge von Klienten, die früher ausschließlich die klagende Partei beauftragt hatten, mit einem Honorar von rund S 250.000-- zur S\*\*\* Ges.m.b.H. gebracht, auf die Firmen B\*\*\* und I\*\*\* bezieht (AS 60 f, 142), mit der von der zweiten Instanz abgelehnten Vernehmung der Zeugen Dr. Markus Ö\*\*\*, Dr. Heimo K\*\*\*, Dr. Klaus K\*\*\* und Dipl.Kfm. Dr. Georg O\*\*\* (AS 156) aber ausschließlich die Abwerbung anderer Kunden (Firma Konrad R\*\*\* KG, Ö\*\*\* B\*\*\* AG, Firma P\*\*\* K\*\*\*, Firma W\*\*\* & H\*\*\* KG) widerlegt werden sollte. Die vom Berufungsgericht nicht zugelassene Frage an den Zeugen Mag. Peter G\*\*\* betraf einen neuen Auftrag, den die klagende Partei wieder an sich ziehen konnte und damit nicht das Beweisthema der Abwerbung von Kunden der klagenden Partei durch Dr. Gerhard H\*\*\*. Dieser Vorgang wurde auch nicht gerügt. Im übrigen wird zu diesem Revisionsgrund auf § 510 Abs 3 ZPO verwiesen.

Der Ansicht des Revisionswerbers, daß die von ihm übernommene Verpflichtung, nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb der klagenden Partei zwei Jahre hindurch andere Dienstnehmer dieses Unternehmens nicht zu beschäftigen, eine Konkurrenzklausel (Wettbewerbsabrede) iS der §§ 36 ff AngG sei, ist nicht zu folgen. Das Gesetz definiert Konkurrenzklauseln als Vereinbarungen, durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird. Die Beschränkung erfaßt - je nach Gestaltung der Konkurrenzklausel - sowohl künftige unselbständige Tätigkeiten des Angestellten in einem weiteren Dienstverhältnis als auch selbständige Tätigkeiten als Unternehmer. Die Vereinbarung einer solchen Beschränkung ist - neben anderen Voraussetzungen - gemäß § 36 Abs 1 Z 2 AngG nur wirksam, wenn sie sich auf die Tätigkeit in dem Geschäftszweige des Dienstgebers bezieht. Der Beklagte wurde durch die vorliegende Vereinbarung weder an einer selbständigen noch in einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Geschäftszweig seines bisherigen Dienstgebers gehindert. Auf die Geltendmachung der zu diesem Zweck außerdem gemäß Punkt VI 2. des Dienstvertrages vereinbarten Konkurrenzklausel hat Dr. N\*\*\* namens der klagenden Partei schon anlässlich der Vereinbarungen vom 12.3.1984 verzichtet. Er stellte damals dem Beklagten, der endgültig entschlossen war, sich selbständig zu machen, frei, bis zur Ablegung der Betriebsberaterprüfung bei der klagenden Partei zu bleiben, forderte für diese Übergangszeit Loyalität und erinnerte ihn daran, daß er (nur) an der für den Fall der Abwerbung oder Beschäftigung von Mitarbeitern der klagenden Partei vereinbarten Vertragsstrafe festhalte.

Dem Beklagten war es somit nach seinem Ausscheiden aus den Diensten der klagenden Partei - unabhängig von der Frage, ob er durch schuldbares Verhalten zur Lösung des Dienstverhältnisses durch die klagende Partei begründeten Anlaß gegeben hatte (§ 37 Abs 2 Ang) - nicht verboten, im Geschäftszweig seiner bisherigen Dienstgeberin tätig zu sein, hiebei auch Aufträge von Klienten seiner Dienstgeberin entgegenzunehmen und sich sogar aktiv um solche Klienten zu bemühen und damit in den Kundenkreis seiner ehemaligen Dienstgeberin einzudringen. Es ist daher nicht richtig, wenn der Revisionswerber behauptet, das strittige Verbot, Dienstnehmer des bisherigen Dienstgebers zu beschäftigen, komme in seiner Wirkung den sogenannten Mandantenschutzklauseln gleich, die von der Lehre und der deutschen Rechtsprechung als Konkurrenzklauseln (iS der §§ 36 ff AngG bzw 74 ff HGB) angesehen werden (vgl dazu Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht 3 196; Löschnigg, Klientenschutzvereinbarung eines angestellten Wirtschaftstreuhänders, RdA 1981, 415; Schaub, Arbeitsrechthandbucn5

274; Schlegelberger-Schröder, KommzHGB5 Rz 4 zu § 74, 287). Das zwischen den Streitparteien vereinbarte Verbot hatte nicht den ausschließlichen Zweck, den Klientenkreis des Arbeitgebers zu schützen. Hauptzweck einer solchen Vereinbarung ist es, zu verhindern, daß ein ausscheidender Dienstnehmer, der sich selbständig macht, bewährte Arbeitskollegen "mitnimmt", sich mit ihrer beruflichen Erfahrung den Aufbau des eigenen Betriebes wesentlich erleichtert, und der bisherige Dienstgeber durch ein mehr oder weniger gleichzeitiges Ausscheiden mehrerer Dienstnehmer empfindlich geschädigt wird, weil er erfahrungsgemäß nicht sofort gleichwertige Ersatzkräfte finden kann. Diese typischen Nachteile des Abwerbens bisheriger Arbeitskollegen treten unabhängig davon ein, ob die in das Unternehmen des Abwerbenden überwechselnden Arbeitskräfte auf Grund ihrer bisherigen Ausbildung und Funktion überhaupt in der Lage sind, Kunden ihres bisherigen Dienstgebers für den neuen Dienstgeber abzuwerben. Daß die

Vereinbarung der Streitteile allerdings auch die Verhinderung dieses Nachteiles bezweckte, ergibt sich daraus, daß sich das Verbot des Beschäftigens auch auf Mitarbeiter bezog, die in den letzten zwölf Monaten vor dem Ausscheiden des Beklagten bei der klagenden Partei beschäftigt waren.

Das ändert aber nichts daran, daß die Verpflichtung, die der Beklagte für den Fall der Gründung eines Konkurrenzunternehmens gegenüber der klagenden Partei übernommen hat, seine eigene Erwerbstätigkeit nur mittelbar und ganz geringfügig beschränkte, weil er bezüglich der Abwerbung von Kunden der klagenden Partei völlig frei war und ihm, was die Einstellung von Arbeitskräften betraf, mit Ausnahme der Angestellten der klagenden Partei der gesamte Arbeitsmarkt zur Gewinnung von geeigneten Mitarbeitern offenstand. Berücksichtigt man, daß ein planmäßiges Herüberziehen wichtiger Arbeitskräfte zu dem Zweck, die Erfahrungen und Leistungen des Mitbewerbers nutzbar zu machen oder ihm mit den abgeworbenen Kräften seine Kunden "abzujagen" (im vorliegenden Fall ist das zwar nicht bewiesen, doch hat der Beklagte immerhin in der Werbung das Überwechseln des gesamten Teams zur S\*\*\* Ges.m.b.H. herausgestellt), sogar als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG angesehen wird (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>14</sup> Rz 519 zu § 1 UWG, 790 f) und daher auch ohne vertragliche Vereinbarung verboten ist, so kann ein erhebliches schutzwürdiges Interesse des Beklagten, in der Auswahl seiner Dienstnehmer auch bezüglich der Mitarbeiter seiner bisherigen Dienstgeberin nicht vorübergehend beschränkt zu sein, nicht anerkannt werden. Der Dienstgeber hat hingegen gerade in einem so sensiblen Geschäftszweig, wie es die Personalberatung ist, ein ganz gewichtiges geschäftliches Interesse an der Erhaltung eines entsprechend eingearbeiteten und bei den Kunden eingeführten Mitarbeiterstabes. Die die Erwerbstätigkeit des Klägers nur mittelbar berührende Klausel wäre - wie das Erstgericht zutreffend formulierte - nur dann unzulässig, wenn ein grobes Mißverhältnis zwischen den vom Dienstgeber mit der Beschränkung verfolgten Interessen und den entgegengesetzten Interessen des Dienstnehmers bestünde; das ist aber, wie aufgezeigt, nicht der Fall. Eine Rücksichtnahme auf die Gründe, aus denen der Gesetzgeber Konkurrenzklauseln in Arbeitsverträgen untersagt oder in ihrer Wirkung beschränkt, hat nur im Rahmen einer solchen allgemeinen Interessenabwägung, also im Wege der "Rechtsanalogie" (Gesamtanalogie) zu erfolgen. Die sinngemäße Anwendung der §§ 36 ff AngG im Wege der "Gesetzesanalogie" (Einzelanalogie) (zu den beiden Begriffen Bydlinski in Rummel ABGB Rz 4 und 5 zu § 7 ABGB) hat hingegen nicht stattzufinden. Sie hätte zur Folge, daß die von den Streitteilen getroffene Vereinbarung bei Dienstgeberkündigung - vom Sonderfall des § 37 Abs 2 AngG abgesehen - unwirksam wäre. Das aufgezeigte Interesse des Dienstgebers an der Erhaltung seines Personalstandes ist aber gegenüber einem ausscheidenden Dienstgeber, der sich selbständig macht, auch dann schutzwürdig, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber erfolgt. Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, daß der erste Anstoß zur Auflösung des Dienstverhältnisses ohnehin vom Beklagten ausgegangen ist, als er Dr. N\*\*\* ankündigte, er wolle sich selbständig machen, und daß erst die Meinungsverschiedenheiten über die vom Beklagten erhobenen Vorwürfe, Dr. N\*\*\* habe ihn bei Kunden angeschwärtzt, zu einer Zeit zur Dienstgeberkündigung führten, als der Beklagte ohnehin längst entschlossen war, sich selbständig zu machen. Das als berechtigt erkannte Dienstgeberinteresse besteht nicht nur im Falle einer (positiven) Abwerbung durch den ausscheidenden Angestellten, sondern auch für die Vereinbarung eines bloßen Beschäftigungsverbotes. Entscheidend für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Vereinbarung ist die typische Interessenlage. An der Verpflichtung des Beklagten, diese Vereinbarung auch bezüglich des Angestellten Dr. Gerhard H\*\*\* einzuhalten, änderte es daher nichts, daß Dr. H\*\*\* nicht selbst gekündigt hatte, sondern von der klagenden Partei gekündigt worden war.

Da somit die §§ 36 ff AngG auf die strittige Vereinbarung auch nicht analog anwendbar sind, braucht auf die von der Revision behandelte Frage, ob der Beklagte durch schuldbares Verhalten, nämlich durch den Vorwurf, Dr. N\*\*\* habe ihn bei Kunden angeschwärtzt, begründeten Anlaß zur Dienstgeberkündigung gegeben hat (§ 37 Abs 2 AngG), nicht eingegangen zu werden.

Auf die behauptete Nichtigkeit der Vereinbarung wegen angeblichen Verstoßes gegen das Kartellgesetz ist nicht einzugehen, weil sich eine solche Nichtigkeit aus dem beiderseitigen Parteivorbringen in erster und zweiter Instanz nicht ergibt.

Die Vereinbarung der Streitteile brachte auch keine sittenwidrige Knebelung der davon betroffenen anderen Dienstnehmer der klagenden Partei (die der Beklagte nicht beschäftigen durfte) mit sich, weil sie damit in der Möglichkeit einer Arbeitsplatzwahl nur vorübergehend und nur bezüglich eines einzigen in Betracht kommenden Arbeitsplatzes beeinträchtigt waren. Eine einem Boykott ähnliche Situation lag daher nicht vor.

Die durch Konventionalstrafe gesicherte Vereinbarung der Streitteile ist daher voll wirksam. Der Verfall hängt nach hM

nicht von einem Schadenseintritt ab (Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 1336 mwN; Ehrenzweig-Mayerhofer, Schuldrecht, Allgemeiner Teil 3 215; Koziol-Welser 7 I 191; JBl 1974, 368; SZ 54/46 uva). Besonders gilt dies, wenn nach der Parteienabsicht durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe verstärkter Druck zur sorgfältigen Vertragserfüllung ausgeübt werden soll (Ehrenzweig-Mayerhofer aaO FN 5), was hier zutrifft. Der Verfall der Vertragsstrafe setzt zwar, weil sie eine Art Schadenersatz ist, mangels anderer Vereinbarungen ein Verschulden des Schuldners an der Nichterfüllung voraus, doch trifft die Beweislast den Schuldner. Er muß die behauptete Schuldlosigkeit beweisen (Reischauer aaO Rz 9 mwN;

Ehrenzweig-Mayerhofer aaO 216 f; Koziol aaO; SZ 52/83; SZ 54/4 ua). Nach § 1336 Abs 2 ABGB soll der Richter den Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, allenfalls nach Einvernahme von Sachverständigen, mäßigen. Der Beweis der Übermäßigkeit obliegt daher dem Schuldner (Reischauer aaO Rz 18 mwH; Ehrenzweig-Mayerhofer aaO 218; RZ 1974/42; JBl 1982, 431 ua). Der wirkliche Schaden bildet die Untergrenze der Mäßigung (Reischauer aaO Rz 13 mwN; Ehrenzweig-Mayerhofer aaO 219 jeweils mwH; SZ 54/4;

RdA 1984, 150 ua).

Der Zuspruch von S 400.000,-- durch die zweite Instanz entspricht diesen Grundsätzen. Der Beklagte hat in erster und zweiter Instanz einen Sachverhalt, aus dem sich seine Schuldlosigkeit an der Vertragsverletzung ergibt, nicht einmal behauptet. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat er, als er von Dr. N\*\*\* auf das Aufrechterhalten des Beschäftigungsverbotess hingewiesen wurde, erklärt, das Risiko einer Abwerbung vielleicht in Kauf zu nehmen. Daß er die beiden Angestellten erst aufgenommen hat, nachdem zwei Universitätsprofessoren in einem schriftlichen Gutachten die Unwirksamkeit der gegenständlichen Klausel bestätigt hatten, brachte er in erster und zweiter Instanz nicht vor. Das diesbezügliche Revisionsvorbringen ist eine unzulässige Neuerung (§ 504 ZPO), auf die nicht einzugehen ist.

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen sind der klagenden Partei durch die Aufträge, die Dr. Gerhard H\*\*\* zur S\*\*\*

Ges.m.b.H. "herübergezogen" hat, Honorare von rund S 250.000,-- entgangen. Der Einwand des Revisionswerbers, dieser Schaden sei nicht kausal, weil Dr. Gerhard H\*\*\* von der klagenden Partei gekündigt wurde und er diese Aufträge, wenn er nicht vom Beklagten eingestellt worden wäre, jenem Personalberatungsbüro zugebracht hätte, in das er in diesem Fall eingetreten wäre, ist verfehlt. Es steht nämlich nicht fest, ob Dr. Gerhard H\*\*\*, der im Frühjahr 1983 erklärt hatte, er wolle bei einem entsprechenden Angebot "in die Privatwirtschaft" wechseln, überhaupt einen Posten in einem anderen Personalbüro angenommen hätte, wenn er nicht bei der S\*\*\* Ges.m.b.H. untergekommen wäre, und ob er die der S\*\*\* Ges.m.b.H. zugebrachten Kunden einem anderen Unternehmen überhaupt hätte vermitteln können. In dieser Richtung hat der für Mäßigungsgründe beweispflichtige Beklagte nichts vorgebracht und bewiesen. Selbst wenn man berücksichtigt, daß mit der Erzielung des Honorars von S 250.000,-- auch (variable) Kosten verbunden waren und daher der wirkliche Schaden, unter den die Konventionalstrafe nicht ermäßigt werden durfte, etwas niedriger als S 250.000,-- liegt, so müssen auch die sonstigen durch den Vertragsbruch des Beklagten verursachten Markteinbußen und Nachteile der klagenden Partei in Rechnung gestellt werden, so daß die wegen der Beschäftigung des Dr. Gerhard H\*\*\* verfallene Konventionalstrafe von S 327.328,20 - nach dem Vertrag wurde für die verbotene Einstellung jedes Angestellten der klagenden Partei eine gesonderte Konventionalstrafe festgesetzt - nicht zu mäßigen ist.

Gerechtfertigt ist jedoch eine wesentliche Mäßigung der infolge Beschäftigung der Eleonore K\*\*\* verurteilten Konventionalstrafe von S 205.335,89. Da es durch die Kündigung der Eleonore K\*\*\* nicht zu einem Geschäftsausfall der klagenden Partei kam, andererseits aber der Beklagte in der Werbung das Überwechseln des gesamten Teams (also auch der dazugehörigen Sekretärin) herausstellte, erscheint eine Mäßigung auf etwa 1/3 angemessen, so daß es im Ergebnis bei einem (Gesamt)Zuspruch von S 400.000,-- zu bleiben hat. Der Beklagte hat die Konventionalstrafe, die ein Schadenersatz ist, persönlich verwirkt, weil er auf Grund der abgeschlossenen Vereinbarung verpflichtet war, die beiden Angestellten nicht zu beschäftigen oder mit ihnen in anderer Weise zusammenzuarbeiten; es war ihm daher auch eine Beschäftigung (oder Zusammenarbeit) in einem von ihm gegründeten Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht gestattet.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

**Anmerkung**

E11147

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:014OBA00082.87.0617.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19870617\_OGH0002\_014OBA00082\_8700000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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