

# TE OGH 2010/9/3 9ObA141/09i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.09.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Paul Kunsy und Helmut Tomek als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Ploil Krepp & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien, gegen die beklagte Partei Arnold P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas Stampfer und Dr. Christoph Orgler, Rechtsanwälte in Graz, wegen 26.820 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 9. Oktober 2009, GZ 8 Ra 79/09k-27, womit das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 28. Jänner 2009, GZ 35 Cga 131/08b-15, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen, welche hinsichtlich der Bestätigung des Zuspruchs von 8.850,60 EUR samt 11,19 % Zinsen seit 10. 9. 2008 und der Abweisung eines Mehrbegehrens von 8.940 EUR samt 11,19 % Zinsen seit 10. 9. 2008 als in Rechtskraft erwachsen unberührt bleiben, werden im Übrigen, nämlich hinsichtlich 9.029,40 EUR samt 11,19 % Zinsen seit 10. 9. 2008, aufgehoben. Die Arbeitsrechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Beklagte war vom 1. 1. 1999 bis 31. 7. 2008 bei der Klägerin als Angestellter im Vertrieb für die Betreuung und Belieferung von Friseuren in Österreich beschäftigt. Sein Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt 2.682 EUR. Der Beklagte kündigte zunächst mit Schreiben vom 24. 4. 2008 sein Dienstverhältnis zur Klägerin auf, wenige Tage danach wurde in einem persönlichen Gespräch eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses zum 31. 10. 2008 unter Aufrechterhaltung der Abfertigungsansprüche des Beklagten (drei Monatsgehälter) vereinbart. Der Vertreter der Klägerin wies den Beklagten im Rahmen der Gespräche, die zur einvernehmlichen Auflösung führten, ausdrücklich darauf hin, dass eine Konkurrenzklausel vereinbart war und diese trotz der einvernehmlichen Auflösung Geltung haben sollte. Diese im Dienstvertrag vom 7. 1. 1999 enthaltene Klausel lautet wie folgt:

„Der Mitarbeiter wird auf die Dauer eines Jahres nach Beendigung des Dienstverhältnisses ohne Zustimmung von

H\*\*\*\*\* keine Tätigkeit im Geschäftszweig von H\*\*\*\*\* entfalten, bei welcher er die in seiner Eigenschaft als Mitarbeiter von H\*\*\*\*\* erworbenen besonderen Kenntnisse und Erfahrungen in einer Weise verwertet, die zur geschäftlichen Tätigkeit von H\*\*\*\*\* im Wettbewerb steht oder die geschäftliche Tätigkeit von H\*\*\*\*\* unmittelbar beeinträchtigt; der Mitarbeiter wird in Erfüllung dieser Verpflichtung insbesondere kein Dienstverhältnis zu einem Unternehmen eingehen, das zu jenem Geschäftszweig von H\*\*\*\*\* im Wettbewerb steht, in dem der Mitarbeiter bei aufrechtem Dienstverhältnis zu H\*\*\*\*\* tätig war. Im Zweifel obliegt dem Mitarbeiter der Beweis der Nichtverletzung der Konkurrenzklausel.

Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel verpflichtet sich der Mitarbeiter zur Leistung einer Konventionalstrafe in der Höhe des zehnfachen Betrages seines letzten Bruttomonatsgehalts vor Beendigung des Dienstverhältnisses.“

Vor seinem Dienstverhältnis mit der Klägerin war der Beklagte, ein gelernter Einzelhandelskaufmann, zwei Jahre im Textilhandel (Einzelverkauf) sowie zehn Jahre als Autoverkäufer tätig gewesen. Er ist Alleinverdiener und sorgepflichtig für zwei Kinder im Alter von drei und zehn Jahren. Überdies kommt er für den Unterhalt seiner Lebensgefährtin auf. Für das von ihm bewohnte Haus bestehen offene Verbindlichkeiten in der Höhe von 190.000 EUR, wofür der Beklagte monatliche Rückzahlungen in Höhe von 900 EUR leistet. Die monatlichen Betriebskosten für das Haus betragen 400 EUR.

Der Beklagte war bei der Klägerin als Bezirksleiter im Außendienst für die Betreuung und Belieferung der Friseurkunden der Klägerin in der Region Graz und Graz-Umgebung zuständig. Seine Tätigkeiten umfassten den Verkauf von Haarkosmetikprodukten, das Anwerben neuer Kunden, die Beratung der Kunden zu verschiedenen Produktgruppen, die Beratung bei der Planung und Gestaltung des Friseursalons sowie die Erarbeitung von Aus- und Weiterbildungskonzepten. Sein unmittelbarer Vorgesetzter war der Gebietsleiter Martin V\*\*\*\*\*. Zusätzlich zu seinem Fixum von 2.682 EUR brachte der Beklagte monatlich ca 1.879 EUR brutto an Provisionen ins Verdienen. Der Beklagte hatte zunächst mit seinem Vorgesetzten V\*\*\*\*\* auch privat ein sehr gutes Verhältnis. Weder diesen noch andere Personen der Klägerin setzte er davon in Kenntnis, dass er sich durch seine Tätigkeit überlastet fühle. Der Beklagte arbeitete aufgrund seines freundschaftlichen Verhältnisses sehr gut mit V\*\*\*\*\* zusammen, dienstlich fanden nahezu bis zu dreimal täglich Telefonate statt, zudem bestand auch regelmäßiger privater Kontakt. V\*\*\*\*\* war jähzornig und erklärte einmal in Bezug auf einen anderen Kollegen, dessen Umsätze seinen Erwartungen nicht entsprachen, dass er „am liebsten zu diesem nach Kärnten fahren und dessen Familie abstechen wolle“. Dem Beklagten sagte er - ohne dass ein spezieller Anlass festgestellt hätte werden können -, dass er ihm dann, wenn er bei einem Konkurrenzunternehmen tätig werden solle, „eigenhändig das Haus anzünden würde“. Im Jahr 2002 kam es nach einem gemeinsamen Urlaubswochenende mit starkem Alkoholkonsum zwischen V\*\*\*\*\* und dessen Freundin zu einem Streit, welchen der Beklagte wahrnahm. Dies führte zunächst zu einem Befremden zwischen dem Beklagten und V\*\*\*\*\*, das sich dann verstärkte, als dieser den Beklagten häufig durch anonyme Störanrufe mit unterdrückter Rufnummer belästigte. Beim Abheben meldete sich V\*\*\*\*\* nicht, sondern legte nach zehn bis fünfzehn Sekunden wieder auf. Diese Störanrufe fanden auch an Sonntagen sowie in der Nacht statt. Sie reduzierten sich kurzfristig, nachdem der Beklagte V\*\*\*\*\* davon erzählt hatte, dass er „gestalkt“ werde, ohne ihn jedoch offen zu verdächtigen; nach einiger Zeit nahmen diese Störanrufe wieder an Häufigkeit zu. Das jähzornige Verhalten V\*\*\*\*\*s und diese Anrufe führten dazu, dass sich der Beklagte nicht mehr wohl fühlte. Er kündigte sein Dienstverhältnis, einerseits wegen des jähzornigen Verhaltens und der Störanrufe seines Vorgesetzten, aber auch deswegen, um eine familienfreundlichere Tätigkeit ergreifen zu können, am 24. 4. 2008 auf, wobei er als Grund nur private und gesundheitliche Probleme anführte. Bei der Besprechung, anlässlich der es zu einer einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses kam, erwähnte der Beklagte nicht, dass auch die Arbeitsbedingungen seinen Entschluss zur Auflösung des Dienstverhältnisses bedingt hätten. Insbesondere erwähnte er weder das jähzornige Verhalten V\*\*\*\*\*s noch dessen Störanrufe. Nach Beendigung seines Dienstverhältnisses machte er V\*\*\*\*\* überdies klar, dass er mit diesem keinen privaten Kontakt mehr wünsche.

Bald nach Beendigung des Dienstverhältnisses, nämlich am 1. 9. 2008, trat der Beklagte eine Beschäftigung bei der „S\*\*\*\*\* Handels GmbH“ in S\*\*\*\*\* an. Dieses Unternehmen ist ebenso wie die Klägerin im Friseurzubehörhandel tätig und damit direkte Mitbewerberin der Klägerin. Der Beklagte verdient dort einschließlich Provisionen ca 3 % mehr als bei der Klägerin. Das Erstgericht konnte die Höhe des durch die konkurrenzierende Tätigkeit des Beklagten der Klägerin tatsächlich verursachten Schadens nicht feststellen.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin vom Beklagten die vereinbarte Konventionalstrafe in der (außer Streit stehenden)

Höhe von zehn Bruttomonatsgehältern. Dies entspreche sowohl der Interessenabwägung als auch dem der Klägerin tatsächlich entstandenen Schaden (im Revisionsverfahren ist die gemäß § 38 AngG vorgenommene Mäßigung der Konventionalstrafe nicht mehr bestritten).

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin habe in Person des dem Beklagten vorgesetzten V\*\*\*\*\* Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben, die einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses sei daher - wie eine Arbeitnehmerkündigung - als im Verhalten des Arbeitgebers begründet zu werten. Jedenfalls treffe die Klägerin ein Mitverschulden: Diese müsse sich das Verhalten des Martin V\*\*\*\*\* wie ein eigenes anrechnen lassen. Selbst wenn eine Konventionalstrafe fällig geworden sein sollte, sei eine richterliche Mäßigung auf 0 EUR angemessen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren teilweise durch Zuspruch von 8.850,60 EUR sA statt, das Mehrbegehren von 17.969,40 EUR sA wies es ab. Wegen der taxativen Aufzählung verneinte es zunächst einen Fall des § 37 Abs 1 AngG; die Klägerin habe daher grundsätzlich Anspruch auf die Konventionalstrafe. Im Rahmen eines allfälligen Mitverschuldens spiele auch die subjektive Belastung des Beklagten zunächst keine Rolle: Weder sei hervorgekommen, dass das Arbeitspensum nicht zu schaffen gewesen sei, noch habe der Beklagte die Klägerin je darauf hingewiesen. Hingegen müsse sich die Klägerin das schuldhafte Verhalten des dem Beklagten vorgesetzten Angestellten V\*\*\*\*\* anrechnen lassen, der durch seine Störanrufe und seine Jähzornausbrüche die Entscheidung des Beklagten mit beeinflusst habe, die Initiative zur Beendigung des Dienstverhältnisses zu ergreifen. Diese der Klägerin anzulastende Verletzung der Fürsorgepflicht rechtfertige im Rahmen einer Mitverschuldensbetrachtung die Reduzierung der Konventionalstrafenforderung auf die Hälfte. Davon sei dann eine Mäßigung gemäß § 38 AngG vorzunehmen, die die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die Sorgepflichten des Beklagten berücksichtige. Diese Mäßigung habe auf zwei Drittel des der Klägerin sonst zustehenden Anspruchs zu erfolgen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Das Verhalten des Vorgesetzten V\*\*\*\*\* sei der Sphäre der Dienstgeberin zuzurechnen, dieser sei auch Erfüllungsgehilfe der Klägerin, sodass sich diese eine Fürsorgepflichtverletzung anrechnen lassen müsse. Sowohl die Reduzierung der Konventionalstrafe auf die Hälfte im Wege des Mitverschuldenseinwands als auch die Mäßigung auf zwei Drittel der vereinbarten Konventionalstrafe seien daher frei von Rechtsirrtum erfolgt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil Rechtsfragen von der in § 502 Abs 1 ZPO genannten Bedeutung nicht zu lösen seien.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren mit 17.880 EUR sA stattgegeben und nur ein Mehrbegehren von 8.940 EUR abgewiesen werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulassungsausspruch zulässig; sie ist im Umfang eines in jedem Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsbegehrens auch berechtigt.

Aus dem Umstand, dass die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses in § 37 Abs 1 und Abs 2 AngG nicht erwähnt wird, schließt die Rechtsprechung, dass sich der Arbeitgeber bei dieser Art der Beendigung des Dienstverhältnisses immer auf die Konkurrenzklausel berufen kann, ohne dass es einer Erklärung iSd § 37 Abs 2 AngG bedarf. Selbst eine Initiative des Arbeitgebers zur einvernehmlichen Auflösung könnte daran nichts ändern (9 ObA 11/06t in RIS-JustizRS0008933). Zutreffend haben die Vorinstanzen daher erkannt, dass eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht der Sanktion des § 37 AngG unterliegt.

Die Rechtsprechung hat die Anwendung des § 37 Abs 1 AngG auch in dem Fall ausgeschlossen, dass der kündigende Arbeitnehmer bei der Kündigung nicht auf ein schuldbares Verhalten des Dienstgebers hinweist und diesem ein solches auch nicht als Ursache für die Kündigung erkennbar sein muss (8 ObA 121/98x = SZ 71/149). Der Oberste Gerichtshof hat jedoch darauf hingewiesen, dass in einem solchen Fall dennoch ein Mitverschulden des Arbeitgebers geprüft werden könne, weil die Vertragsstrafe pauschalierten Schadenersatz darstelle. Dem Arbeitnehmer stehe daher ein Mitverschuldenseinwand offen, der vor der Anwendung des Mäßigungsrechts nach § 38 AngG zu berücksichtigen sei (8 ObA 121/98x = SZ 71/149).

Ein solcher Mitverschuldenseinwand hinsichtlich einer Konventionalstrafe ist auch bei einvernehmlicher Auflösung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Wesentlich ist aber jedenfalls, dass ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers vorliegt.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass nicht jedes (Fehl-)verhalten eines Mitarbeiters dem Arbeitgeber anzurechnen ist. Die einem Arbeitgeber zur Last fallende Zurechnung des Verhaltens der einzelnen Mitarbeiter ist unterschiedlich zu sehen. Es ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber - sofern es sich um eine juristische Person handelt, neben der Haftung für die Organe - jedenfalls auch für seine Repräsentanten (Aicher in Rummel ABGB3 § 26 Rz 26; RIS-Justiz RS0107916) einzustehen hat. So wurde in der Rechtsprechung schon erwogen, dass die Bezeichnung „Regionalleiterin“ auf eine solche Funktion hindeuten könnte, doch konnte im Anlassfall die nähere Untersuchung der betriebsinternen Organisation aus anderen Erwägungen unterbleiben (9 ObA 104/07w). Repräsentant ist jeder, der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehat, also in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für die juristische Person ausübt. Auf das Erfordernis eines Wirkungskreises, der jenem eines Organs annähernd entspricht, kommt es dabei nicht an. Lediglich Personen, die untergeordnete Tätigkeiten ausüben, kommen nicht in Betracht (7 Ob 271/02g; 7 Ob 271/00d mwN). Nun trug im vorliegenden Fall der Vorgesetzte des Beklagten auch die Bezeichnung eines „Gebietsleiters“, doch wurde seine genaue Stellung bzw Funktion im Unternehmen der Klägerin nicht so klar festgestellt, als dass mit der nötigen Sicherheit auf dessen „leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich“ geschlossen werden könnte. Das Verfahren der Vorinstanzen ist daher mangelhaft geblieben und es bedarf diesbezüglich ergänzender Feststellungen, um eine abschließende Beurteilung vornehmen zu können. Sollte sich herausstellen, dass V\*\*\*\*\* eine solche Repräsentantenstellung zukam und sein Verhalten daher der Klägerin unmittelbar zuzurechnen wäre, käme der Mitverschuldenseinwand des Beklagten auch ohne dessen Versuch, bei den Organen der Klägerin um Abhilfe einzukommen, zum Tragen. Im konkreten Fall wäre auch zu unterstellen, dass die Handlungsweise des Vorgesetzten eine klare Trennung zwischen dienstlichem und privatem Bereich nicht zuließ.

Sollte V\*\*\*\*\* hingegen die oben genannten, für eine Repräsentantenstellung erforderlichen Kriterien nicht erfüllen, könnte alleine die von den Vorinstanzen angenommene Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB ein Mitverschulden der Klägerin nicht begründen: Unbestritten ist zwar, dass jeden Arbeitgeber grundsätzlich eine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB, § 18 AngG) gegenüber seinen Arbeitnehmern trifft (RIS-Justiz RS0021267). Dabei ist auch denkbar, dass sich ein Arbeitgeber anderer Arbeitnehmer bedient, um im konkreten Fall seiner Fürsorgepflicht nachzukommen, insbesondere um durch diesen Arbeitnehmer Abhilfe für einen anderen schutzbedürftigen Arbeitnehmer zu schaffen (siehe zu § 6 GIBG: Hopf/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlungsgesetz, § 12 Rz 115). In diesem Fall wäre der beauftragte Arbeitnehmer, der der ihm übertragenen Abhilfepflichtung nicht oder nur unzureichend nachkommt, gemäß § 1313a ABGB Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers. In einer solchen Situation befand sich aber der Vorgesetzte des Beklagten nicht. Ein schuldhaftes Verhalten der Arbeitgeberin (bzw deren Organe) wäre dann wohl nur anzunehmen, wenn ihr der bedrängte Beklagte das Fehlverhalten seines Vorgesetzten mitgeteilt und die Klägerin dennoch nichts unternommen hätte, um das unleidliche Verhalten dieses anderen Mitarbeiters abzustellen. Dieser Gedanke liegt im Übrigen auch dem Austrittsgrund § 26 Z 4 zweiter Fall AngG zu Grunde und kann für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts herangezogen werden. Eine solche Mitteilung hat der Beklagte aber unterlassen. Nicht einmal anlässlich der Auflösungsgespräche erwähnte er, dass auch ein unleidliches Verhalten eines Vorgesetzten Grund für seinen Entschluss sei, das Dienstverhältnis zu beenden.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

### **Schlagworte**

11 Arbeitsrechtssachen,

### **Textnummer**

E95108

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:009OBA00141.091.0903.000

### **Im RIS seit**

14.10.2010

### **Zuletzt aktualisiert am**

16.04.2012

**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)