

# TE OGH 1993/2/10 9ObA1/93

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.02.1993

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Maier und Dr.Petrage sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Mayer und Dr.Stein als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwälte \*\*\*\*\* wider die beklagte Partei Heinz H\*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\* Rechtsanwalt \*\*\*\*\* , wegen S 400.000,-- sA (im Revisionsverfahren S 200.000,-- sA) infolge Revision der Klägerin gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16.September 1992, GZ 7 Ra 48/92-19, womit infolge Berufung der Klägerin das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 20.November 1991, GZ 33 Cga 12/91-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden in dem vom Teilurteil des Berufungsgerichtes betroffenen Umfang aufgehoben und die Arbeitsrechtssache insoweit an das Prozeßgericht erster Instanz zur ergänzenden Verhandlung und Urteilsfällung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Beklagte war bei der Klägerin vom 22.Mai 1989 bis 30.November 1990 als Montageeinsatzleiter beschäftigt. Gegenstand des Unternehmens der Klägerin ist unter anderem die Überlassung von Arbeitskräften, sowie die Ausübung des Schlossereigewerbes einschließlich des Anlagen- und Rohrleitungsbaus. Mit Vertrag vom 17. Oktober 1990 gründete der Beklagte mit anderen Gesellschaftern die H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, deren Unternehmensgegenstand unter anderem das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften und die Montage von Industrieanlagen ist. Die Registrierung dieser Gesellschaft erfolgte am 19.November 1990. Mit Schreiben vom 29.Oktober 1990 kündigte der Beklagte sein Dienstverhältnis zum 30.November 1990. Am 1.Dezember 1990 nahm die H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, in der der Beklagte Geschäftsführer ist, ihre Tätigkeit auf.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin S 400.000,-- sA vom Beklagten. Dieser habe gegen ein vereinbartes Konkurrenzverbot im Sinne des § 7 AngG und gegen eine vereinbarte Konkurrenzklausel im Sinne des § 36 AngG verstoßen. Für den Fall des Zuwiderhandelns sei jeweils eine Konventionalstrafe von S 200.000,-- vereinbart worden;

die Klägerin habe sich bei Verletzung des Konkurrenzverbotes die Geltendmachung des darüber hinausgehenden Schadens vorbehalten. Der Beklagte habe nicht nur ein unmittelbares Konkurrenzunternehmen in der Steiermark gegründet, sondern mit wettbewerbswidrigen Methoden auch eine Reihe von Arbeitnehmern der Klägerin für sein Unternehmen abgeworben, um mit diesen auf den von ihm bisher betreuten Baustellen weiterzuarbeiten. Durch die Abwerbung von 20 Arbeitnehmern habe er der Klägerin einen beträchtlichen Schaden zugefügt. Von Dezember 1990 bis Jänner 1991 sei an der Baustelle der Firma E\*\*\*\*\* ein Umsatzrückgang von S 7.971.776,-- eingetreten, der einem Rohgewinnentgang von S 879.250,-- entspreche.

Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Er habe mit der Klägerin weder ein Konkurrenzverbot, noch eine Konkurrenzklausel und eine Konventionalstrafe vereinbart. Er habe auch nicht gegen das Konkurrenzverbot des § 7 AngG verstoßen, da er bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses nur Vorbereitungstätigkeiten zur Unternehmensgründung vorgenommen habe. Er habe auch keine Arbeitnehmer der Klägerin abgeworben, sondern diese nur beraten. Das Verbot, ein Jahr hindurch im Geschäftszweig der Klägerin tätig werden zu dürfen, komme einem Arbeitsverbot gleich und sei daher unwirksam. Für den Fall des Zurechtbestehens der Klageforderung wende er S 143.500,-- an vorenthaltenem Entgelt aufrechnungsweise als Gegenforderung ein.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf im wesentlichen folgende Feststellungen:

Nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag verpflichtete sich der Beklagte während des aufrechten Arbeitsverhältnisses, ohne Bewilligung des Arbeitgebers weder ein selbständiges kaufmännisches Unternehmen zu betreiben noch im Geschäftszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu tätigen. Für den Fall einer Übertretung des Konkurrenzverbotes wurde die Anwendung des § 7 AngG vereinbart. Weiters enthielt der Arbeitsvertrag noch eine für das Revisionsverfahren nicht wesentliche Konkurrenzklausel. Konventionalstrafen wurden nicht vereinbart.

Als der Beklagte seine Tätigkeit als Montageeinsatzleiter begann, befand sich der Personalbereitstellungsbereich der Klägerin noch im Ausbau. Es gelang ihm, den Personalstand so zu vermehren, daß allein bei der Firma E\*\*\*\*\* in W\*\*\*\*\*, zu der er gute Kontakte hatte, etwa 50 Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die Geschäftsführer der Klägerin stellten dem Beklagten in Aussicht, daß er Betriebsleiter werden könne. Infolge späterer Meinungsverschiedenheiten sah jedoch der Beklagte in der Folge keine weiteren Aufstiegschancen und suchte daher eine andere Beschäftigung. Er gründete mit anderen Gesellschaftern die H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH. Zu dieser Zeit gab es im Werk der Firma E\*\*\*\*\* in W\*\*\*\*\* Gerüchte, daß die Klägerin Schulden habe, pleite sei und durch den Weggang des Beklagten ruiniert wäre. Daraufhin teilte der Beklagte zwei Vorarbeitern mit, daß er zur Aufklärung der Mitarbeiter eine Besprechung machen werde.

Während einer der Vorarbeiter den Termin der Besprechung mündlich verbreitete, brachte der andere Anschläge an, in denen auf den Termin hingewiesen wurde. Am 7. November 1990 erläuterte der Beklagte den Arbeitnehmern der Klägerin, warum er weggehe und daß er ein Unternehmen gegründet habe, das sich ebenfalls mit der Personalbereitstellung befasse. In seinem Unternehmen würde jeder denselben Lohn wie bei der Klägerin erhalten, die Lohnverrechnung korrekt erfolgen; jeder erhalte einen Arbeitsvertrag. Auf Wunsch händigte er den Arbeitnehmern vorbereitete Kündigungsschreiben und Arbeitsvertragsformulare aus. Er bot auch an, die Arbeitnehmer bei den Kündigungen zu beraten. Daraufhin nahm er die vervollständigten Kündigungsschreiben von 13 Arbeitnehmern entgegen, um sie zur Post zu bringen. Alle diese Arbeitnehmer kündigten ihr Arbeitsverhältnis zum 30. November 1990; ein Teil von ihnen begann am 1. Dezember 1990 bei der H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH zu arbeiten. Die mit den ehemaligen Arbeitnehmern der Klägerin abgeschlossenen Dienstverträge wurden mit diesem Tag wirksam.

Zwischen der Klägerin und der Firma E\*\*\*\*\* bestanden Verträge, nach denen E\*\*\*\*\* jeden überlassenen Arbeitnehmer gegen eine einwöchige Vorankündigung jederzeit an die Klägerin zurückschicken konnte.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß ein Verstoß des Beklagten gegen § 7 AngG nicht nachweisbar sei, da er seine Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen erst mit 1. Dezember 1990 aufgenommen habe. Mangels Vereinbarung einer Konventionalstrafe und zusätzlicher Behauptungen sei nicht näher zu prüfen, ob nicht doch ein Schaden eingetreten sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung im Umfang der Teilabweisung von S 200.000,-- sA mit Teilurteil und hob sie hinsichtlich der Abweisung von weiteren S 200.000,-- sA auf, ohne einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Rekurses beizusetzen. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts als unbedenklich und stellte klar, daß die

vom Beklagten einberufene Versammlung vom 7. November 1990 im unmittelbaren Zusammenhang mit der bevorstehenden Gründung der H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH gestanden sei. Der Beklagte habe zu dieser Versammlung Blanko-Kündigungsschreiben und vorbereitete Arbeitsvereinbarungen mit der H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH mitgebracht. Diese Formulare seien im wesentlichen nur noch mit Datum und Unterschrift zu versehen gewesen; der Beklagte habe die Kündigungsschreiben zur Weiterleitung an die Klägerin übernommen. Da zumindest einige Arbeitnehmer der Klägerin nahtlos in das Unternehmen des Beklagten übergewechselt seien, habe dieser den zumindest teilweise erfolgreichen Versuch der Abwerbung von Arbeitnehmern der Klägerin vorgenommen.

Der Beklagte gehöre zwar nicht zu den im § 1 AngG bezeichneten Angestellten, doch beziehe sich das im Dienstvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot ausdrücklich auf § 7 AngG, so daß diese Bestimmung grundsätzlich anzuwenden sei. Die Klägerin könne sich jedoch nicht auf eine Verletzung des Konkurrenzverbotes berufen, da der Beklagte während des aufrechten Dienstverhältnisses weder ein selbständiges kaufmännisches Unternehmen betrieben noch die im Gesetz genannten Handelsgeschäfte abgeschlossen habe. Seine Aktivitäten im Oktober und November 1990 seien lediglich nicht von § 7 AngG umfaßte Vorbereitungshandlungen zur beabsichtigten Betriebsgründung gewesen. Das auf die Übertretung des Konkurrenzverbotes gestützte Klagebegehren sei daher abzuweisen. Hinsichtlich der auf die Konkurrenzklausel gegründeten Ansprüche sei die Arbeitsrechtssache aber noch nicht spruchreif.

Gegen das Urteil richtet sich die aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Revision der Klägerin mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Stattegebung des Teilbegehrens abzuändern. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Hinsichtlich der auch auf Verletzung des Konkurrenzverbots im Sinne des § 7 AngG gestützten Ansprüche, die sich auf die Zeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen, trifft es zwar zu, daß die bloße Gründung eines Konkurrenzunternehmens noch als nicht verbotswidrige Vorbereitungshandlung anzusehen ist (vgl. Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz, AngG7 § 7 Erl 1; § 27 Erl 16 je mWH;

Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht3 I 150;

Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht4 234 f; Arb 8899; SZ 59/26 = RdW 1986, 120; RdW 1987, 169; RdW 1990, 123 uva); der Abschluß von Arbeitsverträgen mit zu überlassenden Arbeitskräften kann auch entgegen der Ansicht der Revisionswerberin nicht als Handelsgeschäft im Sinne dieser Gesetzesstelle angesehen werden (Arb 8742, 10.452). Damit ist aber die rechtliche Beurteilung des geltend gemachten Anspruches entgegen der Ansicht der Vorinstanzen noch nicht abgeschlossen. Die Klägerin brachte nämlich auch vor, daß der Beklagte nicht nur ein unmittelbares Konkurrenzunternehmen gegründet, sondern auch eine große Anzahl ihrer Arbeitnehmer mit wettbewerbswidrigen Methoden abgeworben habe, um mit diesen auf den bisher von der Klägerin betreuten E\*\*\*\*\*-Baustellen selbst weiterzuarbeiten. Dadurch habe ihr der Beklagte einen beträchtlichen Schaden zugefügt. Es ist daher zu prüfen, ob der Klägerin nach ihrem Vorbringen, das keine rechtliche Qualifikation enthalten muß, unabhängig von einem unmittelbaren Verstoß gegen das Konkurrenzverbot im Sinne des § 7 AngG und mangels Vereinbarung einer Konventionalstrafe Schadenersatzansprüche zustehen.

Wie der Oberste Gerichtshof schon ausgesprochen hat, verstößt das Abwerben fremder Beschäftigter dann gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG, wenn verwerfliche Mittel angewendet oder verwerfliche Ziele verfolgt werden. Verwerfliche Ziele werden mit der Abwerbung verfolgt, wenn die Arbeitnehmer eines Konkurrenten planmäßig "ausgespannt" werden. Da der unbestimmte Begriff der "Planmäßigkeit" wertfrei ist, bedürfen die die "Planmäßigkeit" begründenden Unlauterkeitskriterien einer entsprechenden Konkretisierung. Das Vorgehen muß eine wettbewerbliche Kampfmaßnahme sein, die erkennen läßt, daß der Abwerbende den Mitbewerber durch planmäßiges "Ausspannen" (eingearbeiteter) Arbeitskräfte schädigen will. So kann auch das Verwenden vorbereiteter Kündigungsschreiben sittenwidrig sein (ÖBl 1986, 153). Entscheidend ist, daß die Behinderung des Konkurrenten keine bloße Folge eines zulässigen Leistungswettbewerbes ist, sondern eine Folge unlauterer Abwerbungsmittel oder unlauterer Zielsetzungen des Abwerbenden (vgl. RdW 1991, 119 mWH; auch DRdA 1990/4 [kritisch W.Holzer] ua). Ob der Beklagte die Klägerin auf diese Weise schädigen wollte, was bisher nicht festgestellt ist, kann aber im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben.

Eine wettbewerbliche Beurteilung des Vorgehens des Beklagten kann im Verhältnis der Parteien schon deshalb in den Hintergrund treten, da der Beklagte zur Zeit der Abwerbung noch Arbeitnehmer der Klägerin war und ihn daher in erster Linie arbeitsvertragliche Haupt- und Nebenpflichten getroffen haben.

Das Wettbewerbsverbot beruht auf der sogenannten Treuepflicht des Arbeitnehmers, die vielfach neben der Arbeitspflicht als zweite Hauptpflicht des Arbeitnehmers angesehen wird (vgl. Spielbüchler in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht<sup>3</sup> I 145 ff, 149 f). Die auch als Fremddinteressenwahrungspflicht bezeichnete Treuepflicht (Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht I 106 ff) ist nichts anderes als die Respektierung des unternehmerischen Tätigkeitsbereiches, der Organisationswerte und Chancen (good will), die der Arbeitnehmer durch seine Beschäftigung kennenlernt und die er nicht für seine Zwecke ausnützen oder beeinträchtigen darf (vgl. Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>4</sup>, 226 f). Demgemäß verwirklicht ein Arbeitnehmer, der während seines aufrechten Arbeitsverhältnisses bewußt und vorsätzlich andere Arbeitnehmer zu bewegen sucht, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber zu lösen und in ein Konkurrenzunternehmen einzutreten, den Entlassungsgrund der Untreue nach § 27 Z 1 AngG (vgl. Arb 7851, 7901; 9 Ob A 100/87 = WBI 1988, 89; Infas 1987 A 7).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes, das ohne diesbezüglichen Einwand und ohne nähere Begründung davon ausgeht, daß der Beklagte, der nach den Feststellungen am Aufbau des Personalbereitstellungsbereiches führend beteiligt war und auch den E\*\*\*\*\*-Auftrag akquiriert hatte (vgl. Martinek-M.Schwarz-W.Schwarz, AngG<sup>7</sup> § 1 65 ff und 75 ff), kein Angestellter iSd § 1 AngG war, sondern das Konkurrenzverbot im Sinne des § 7 AngG und die Konkurrenzklausel im Sinne des § 36 AngG "nur vereinbart" habe, wurde der Beklagte nach dem schriftlichen "Angestelltdienstvertrag" ausdrücklich als Angestellter eingestellt und beschäftigt. Seine Einstufung erfolgte nach dem für die Angestellten geltenden Kollektivvertrag; beide Teile sind im Dienstvertrag von der Geltung des Angestelltengesetzes für das Arbeitsverhältnis ausgegangen. Abgesehen davon hat ein Arbeitnehmer die Abwerbung von Arbeitskollegen grundsätzlich zu unterlassen, auch wenn die Abwerbung keine Verleitung zum Vertragsbruch bildet (§ 86 GewO 1859), aber für ein Konkurrenzunternehmen erfolgt oder dem Arbeitgeber wegen des Arbeitskräftemangels empfindlichen Schaden zufügt (Spielbüchler aaO 153 mwH). Diesbezüglich kommt dem Einwand der Klägerin, daß das Abwerben bereits eingeführter Arbeitskräfte, um mit diesen dann selbst die von ihnen bisher ausgeführten Tätigkeiten verrichten zu können, im Bereich der Personalbereitstellung eine besonders schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht bildet, Beachtlichkeit zu. Dem Beklagten ist daher anzulasten, daß er seine arbeitsvertraglichen Pflichten durch die Abwerbung von eingeführten Arbeitnehmern für das von ihm mitbegründete Konkurrenzunternehmen (unter Verwenden vorbereiteter Kündigungsschreiben) bewußt und vorsätzlich verletzte. Diese schuldhafte Vertragsverletzung macht ihn schadenersatzpflichtig.

Das Erstgericht wird daher auch zu prüfen haben, inwieweit der Klägerin schon durch das Abwerben von Arbeitnehmern während des aufrechten Arbeitsverhältnisses ein Schaden entstanden ist.

Die Kostenentscheidung ist im § 52 Abs 1 ZPO begründet.

#### **Anmerkung**

E32044

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

ECLI:AT:OGH0002:1993:009OBA00001.93.0210.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19930210\_OGH0002\_009OBA00001\_9300000\_000

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