

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

15.01.2008

**Geschäftszahl**

10Ob37/07z

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Viktor I\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des Peter T\*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei Verlassenschaft nach Peter N\*\*\*\*\*, verstorben am 2. Juli 2006, zuletzt wohnhaft in \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Nikolaus Friedl, Rechtsanwalt in Wien, wegen 21.801,85 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. Dezember 2006, GZ 13 R 207/06s-45, womit über Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 24. April 2006, GZ 16 Cg 23/03s-35, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.189,44 EUR (darin 198,24 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

**Text**

**Entscheidungsgründe:**

Vorweg ist festzuhalten, dass die ursprünglichen Parteien des vorliegenden Verfahrens zur besseren Verständlichkeit weiterhin als Kläger und Beklagter bezeichnet werden, obwohl über das Vermögen des Klägers mit Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 10. 11. 2003, 10 S 250/03y, der Konkurs eröffnet wurde und der Masseverwalter in den Prozess des Gemeinschuldners eintrat (ON 8), während der Beklagte am 2. 7. 2006 verstarb und die Bezeichnung der beklagten Partei auf die Verlassenschaft berichtigt wurde (ON 43). Der Beklagte arbeitete in seinem gesamten Berufsleben im Obst- und Gemüsehandel. Im Jänner 1998 übertrugen ihm seine Eltern ihren am Großmarkt Inzersdorf befindlichen Obst- und Gemüsehandel. Mit Kaufvertrag vom 27. 8. 1998 verkaufte der Beklagte dieses Unternehmen um 1,680.000 S an den Kläger.

Die Verkaufsverhandlungen wurden von der Mutter des Beklagten geführt, ihm war aber bei Unterfertigung des Vertrags der gesamte Vertragsinhalt bekannt. Der Kläger beabsichtigte, mit dem Kauf einen Konkurrenten auszuschalten und dessen Kundenstock zu übernehmen. Wesentlicher Vertragsbestandteil war, dass der Kläger den Beklagten und die weiteren Angestellten des Unternehmens übernimmt, wobei der Beklagte als leitender Angestellter tätig sein sollte, „sozusagen als rechte Hand des Chefs“. Insbesondere sollte er die von ihm bisher betreuten Kunden weiter betreuen.

Im Kaufvertrag wurde (auch) vereinbart, dass zwischen dem Käufer und dem Beklagten ab 1. 9. 1998 „ein Dienstverhältnis begründet“ werde, wonach Letzterer „als kaufmännischer Angestellter gegen ein monatliches Entgelt von netto 25.000 S für den Käufer tätig“ sein solle (Punkt VI.). In Punkt VII. Abs 2 des Vertrags verpflichtete sich der Beklagte „auf die Dauer des Dienstverhältnisses zum Käufer und für einen Zeitraum von zwölf Monaten nach Beendigung des Dienstverhältnisses, aus welchem Grunde immer, sich im Geschäftszweig des vertragsgegenständlichen Unternehmens weder selbständig noch unselbständig zu betätigen“. Für den Fall „des Verstoßes gegen dieses Wettbewerbsverbot“ verpflichtete sich der Beklagte zur Leistung einer „nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegenden Konventionalstrafe von 300.000 S [= 21.801,85 EUR] an den Käufer, dies unbeschadet dessen weitergehender Schadenersatzansprüche“ (Punkt VII. Abs 3).

Nach der Unternehmensübernahme durch den Kläger wurde den Kunden

Folgendes mitgeteilt:

„Werte Kunden!

Um die Zukunft besser zu meistern und flexibler für Sie da zu sein:

Zusammenschluss der Firmen T\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\*.

Wir hoffen auf weiterhin gute Zusammenarbeit.

Mit freundlichen Grüßen

N\*\*\*\*\* Peter      T\*\*\*\*\* Peter."

Vor seiner Tätigkeit im Betrieb des Klägers hatte der Beklagte im Wesentlichen den Einkauf im Unternehmen vorgenommen. Ab 1. 9. 1998 musste er als erster im Unternehmen sein und dort die Tonbandbestellungen bei verschiedenen Firmen tätigen, sowie Lagerlisten erstellen. Den Einkauf machte er nur, wenn der Kläger auf Urlaub war. Der Beklagte richtete die Lieferungen für die Kunden her und lieferte sie aus. Während die anderen Angestellten eine Arbeitszeit von 5.00 Uhr Früh bis 13.00 Uhr hatten, richtete der Beklagte nach 13.00 Uhr jeweils die Lieferungen für den nächsten Tag her. Er arbeitete 7 Tage die Woche. In der Folge musste er immer mehr „mindere Tätigkeiten“ verrichten, wie beispielsweise verfaulte Ware von guter trennen, Salat putzen und zum Mistplatz führen. Darüber hinaus war er mit dem Reinigen von Schneidemaschinen oder Vakuumaschinen befasst. Schließlich wurde er sogar angewiesen, die WC-Anlagen zu reinigen.

Nachdem der Beklagte an Hepatitis-C erkrankte und sich einer Therapie unterziehen musste, erklärte ihm der Kläger, dass er (der Beklagte), wenn er nochmals in den Krankenstand gehen sollte, gekündigt werden würde. Aufgrund seines Gesundheitszustands wurde der Beklagte bei der Erledigung seiner Arbeit langsamer und erhielt deshalb immer schlechtere Tätigkeiten zugewiesen. Der Kläger ließ ihm einmal über den Geschäftsführer einer anderen Firma ausrichten, dass er „in den Arsch getreten gehöre“. Schließlich erhielt der Beklagte eine vereinbarungsgemäß durch den Kläger zu bezahlende Überstundenpauschale von 5.000 S nicht mehr ausbezahlt. Die Arbeit des Beklagten veränderte sich insgesamt im Laufe der Zeit derart, dass er im Wesentlichen nur mehr die genannten minderen Tätigkeiten verrichten sollte und auch verrichtet hat. Durch diese Arbeitssituation und durch die Behandlung seitens des Klägers, die auch zur Folge hatte, dass die anderen Angestellten den Beklagten als einen von ihnen sahen und sich von ihm nichts mehr sagen ließen, traten beim Beklagten psychische Probleme auf. Letztlich war die Situation für ihn im Unternehmen vor allem aufgrund des Verhaltens des Klägers unerträglich, weshalb er mit Schreiben vom 23. 9. 2002 seine Kündigung per 31. 10. 2002 aussprach. Der Text dieses Schreibens lautete:

„Kündigung

Sehr geehrter Herr T\*\*\*\*\*!

Sehr geehrte Frau T\*\*\*\*\*!

Ich kündige mein Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen

Frist mit 30. September 02, per 31. Oktober 2002 auf.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleibe ich

Peter N\*\*\*\*\*"

Den Grund bzw die Gründe für die Kündigung teilte der Beklagte dem Kläger nicht mit.

Bereits am 2. 11. 2002 begann der Beklagte bei der Firma K\*\*\*\*\*, einem ebenfalls in der Obst- und Gemüsebranche tätigen Unternehmen, als Angestellter zu arbeiten. Im Rahmen dieser neuen Tätigkeit lieferte er bei Kunden aus und übernahm auch Ware. Er verdiente 1.580 EUR netto monatlich, wobei er dieses Einkommen im Wesentlichen zur Abdeckung seiner Kreditverbindlichkeiten aus einem Hausbau mit einer Gesamtkreditbelastung von 3,2 Mio S verwendete. Der Beklagte, seine beiden noch nicht selbsterhaltungsfähigen Kinder und seine Gattin lebten vom Einkommen seiner Frau in Höhe von 1.200 EUR monatlich netto. Zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz (22. 2. 2006) lebten der Beklagte und seine Frau getrennt und beabsichtigten, sich scheiden zu lassen.

Der Beklagte hat im Zuge seines Wechsels zur Firma K\*\*\*\*\* keine Kunden seines Arbeitgebers abgeworben. Auf Anfrage der Kunden nach seinem Verbleib hat der Beklagte ihnen aber mitgeteilt, dass er die Möglichkeit habe, bei der Firma K\*\*\*\*\* zu beginnen. Anfragen der Kunden, ob sie auch bei der Firma K\*\*\*\*\* einkaufen könnten, hat er bejaht.

Dadurch, dass der Beklagte begonnen hat, bei der Firma K\*\*\*\*\* zu arbeiten, haben mehrere Kunden des Klägers bei diesem keine Bestellungen mehr vorgenommen, weshalb dessen Unternehmen, welches zuvor einen monatlichen Umsatz von rund 2 Mio S erzielte, eine Umsatzeinbuße in Höhe von 500.000 S erlitt, was einen Schaden im Sinne eines entgangenen Gewinns in Höhe von rund 150.000 S, somit

10.901 EUR zur Folge hatte.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger die Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe von 21.801,85 EUR sA. Der Beklagte sei aus eigenem Wunsch aus dem Unternehmen ausgeschieden und habe gegen das Konkurrenzverbot verstoßen, obwohl es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, in seinem erlernten Beruf als Elektriker zu arbeiten. Er habe beim Kläger niemals „niedere Dienste“ durchführen müssen, sondern sei dessen

„rechte Hand“ gewesen. Sinn des Konkurrenzverbots und der Beschäftigung des Beklagten sei es gewesen, den durch den Kaufpreis mitabgegotenen Kundenstock zu erwerben und zu halten, wobei es dem Kläger wesentlich auf die Mitarbeit des Beklagten angekommen sei. Durch das Abwerben der im Einzelnen genannten Kunden sei dem Kläger ein „monatlicher Schaden von 5.000 EUR“ entstanden (ON 8).

Der Beklagte beantragte Klageabweisung. Er sei über den Inhalt des Konkurrenzverbots nicht rechtsbelehrt worden und habe aufgrund der erniedrigenden Behandlung durch den Kläger und der ihm zugewiesenen inakzeptablen Tätigkeiten gekündigt. Das Konkurrenzverbot sei sittenwidrig und nichtig, weil ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Klägers und den dem Beklagten auferlegten Beschränkungen bestehe. Das richterliche Mäßigungsrecht sei unabdingbar. Da die Kündigung durch das schuldhafte Verhalten des Gemeinschuldners veranlasst worden sei, seien alle Ansprüche aus dem Konkurrenzverbot verwirkt. Dem Beklagten sei eine andere Tätigkeit als im Obst- und Gemüsehandel nicht zumutbar gewesen. Das Erstgericht gab der Klage mit 10.900,92 EUR samt 4 % Zinsen seit 6. 3. 2003 statt und wies das Mehrbegehren ab. Den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt beurteilte es rechtlich dahin, mit dem vorliegenden Vertrag sei einerseits ein Unternehmen verkauft und andererseits ein Angestelltenverhältnis begründet worden. Auf die verschiedenen Vertragspunkte sei jeweils das Gesetz anzuwenden, dessen Zweck die Anwendung gebiete. Auf die Punkte VI. und VII. müsse daher das AngG angewendet werden, sodass der Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechts hinsichtlich der Konventionalstrafe unzulässig sei. Obwohl die Kündigung aus Verschulden des Arbeitgebers erfolgt sei, sei es dem Beklagten verwehrt, sich gemäß § 37 Abs 1 AngG darauf zu stützen, dass sich der Dienstgeber folge von ihm verschuldeter Kündigung des Arbeitnehmers seine Rechte aus der Konkurrenzklausel nicht geltend machen könne, weil sich der Beklagte in der Lösungserklärung nicht auf die Gründe für seine Kündigung berufen habe und diese für den Kläger auch sonst nicht ersichtlich gewesen seien. Diese Bestimmung sei hier unanwendbar. Allerdings sei ein allfälliges schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers im Rahmen des in der Sache erhobenen Mitverschuldenseinwands noch vor Einsatz des richterlichen Mäßigungsrechts nach § 38 AngG zu berücksichtigen. Eine Abwägung der vom Kläger zu verantwortenden Vertragsverletzung (Arbeitszuteilung gegen die getroffene Vereinbarung) und jener des Beklagten ergebe eine angemessene Verschuldensteilung von 1:1. Der Kläger behauptete einen Schaden von 500.000 S, beziehe sich dabei aber auf den Umsatz und setze den Umsatzrückgang mit dem Schaden gleich. Zu ersetzen sei jedoch nur der entgangene Gewinn. Gehe man von einem Ertrag des Kapitaleinsatzes (Kaufpreis 1,680.000 S) von jährlich rund 35 % und vom behaupteten Umsatzrückgang um ein Viertel jeweils monatlich aus, ergebe sich unter Anwendung des § 273 ZPO ein Gesamtschaden von rund 150.000 S, also 10.900,92 EUR. Da dieser festgestellte Schaden etwa in derselben Höhe liege, wie die Hälfte der Konventionalstrafe, sei von einer „weiteren“ Mäßigung der Konventionalstrafe im Sinne des § 38 AngG abzusehen. Der gegen das Ersturteil erhobenen Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung gab das Berufungsgericht nicht Folge; jener des Beklagten wurde hingegen Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen wurde.

Dazu führte das Berufungsgericht - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - aus wie folgt:

Zutreffend habe das Erstgericht erkannt, dass ein gemischter Vertrag vorliege. Einerseits sei ein Unternehmen verkauft, andererseits ein ausdrücklich dem Angestelltenverhältnis entsprechendes Dienstverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten begründet worden. Auch wenn der Kläger ein Interesse daran gehabt habe, dass der Beklagte als Dienstnehmer in seinem Unternehmen arbeite und der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Vollkaufmann gewesen sei, führe das jedoch nicht zum Ausschluss der Bestimmungen des AngG, weil bei gemischten Verträgen für die Beurteilung jeder einzelnen Leistungspflicht jeweils die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift heranzuziehen sei (RIS-Justiz RS0013941): Typische Vertragsfiguren zögen nämlich grundsätzlich typisierte Rechtswirkungen nach sich; andernfalls wäre eine Umgehung zwingender gesetzlicher Bestimmungen leicht möglich. Dementsprechend sei entschieden worden, dass bei einem anlässlich einer Geschäftsabtretung abgeschlossenen Dienstvertrag zwischen Abtretendem und Geschäftsübernehmer und Vereinbarung eines Konkurrenzverbots, die Frage, ob dieses nach dem ABGB oder nach dem AngG zu beurteilen ist, davon abhängig sei, ob diese Klausel nach dem Parteiwillen einen Bestandteil des Dienst- oder des Abtretungsvertrags bilden solle (Dittrich/Tades, AngG23 E 10 zu § 36 AngG).

Im vorliegenden Fall ergebe eine sachgerechte Auslegung des Konkurrenzverbots, dass ein Verstoß des Beklagten gegen das Konkurrenzverbot „innerhalb der ersten zwölf Monate ab dem Verkauf des Unternehmens“ dem Unternehmensverkauf zuzuordnen sei, weil es zweifellos auch ohne Begründung eines Angestelltenverhältnisses vereinbart worden wäre. Das Interesse des Klägers als Erwerber überwiege in diesem (hier nicht vorliegenden) Fall deutlich. Komme es hingegen - wie hier - zu einem Verstoß gegen das Konkurrenzverbot erst Jahre nach dem Unternehmensverkauf, überwögen die Elemente des Angestelltenvertrags, weshalb das Angestelltengesetz anzuwenden sei. Es wäre nämlich sachlich unbefriedigend, einem Angestellten nur deshalb den Schutz des Angestelltengesetzes zu verweigern, weil er vor Jahren oder Jahrzehnten das Angestelltenverhältnis im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf eingegangen sei. Gemäß § 40 AngG könnten die Rechte, die dem Angestellten auf Grund der §§ 37 - 39 AngG zustünden, durch den Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Das gelte auch für die durch § 36 AngG normierten Beschränkungen der Konkurrenzklausel (Dittrich/Tades, AngG23 Anm 2 zu § 36 AngG). Daher könne der Kläger als Dienstgeber gemäß § 37 Abs 1 AngG die durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den Angestellten nicht geltend machen, wenn er durch schuldbares Verhalten dem Angestellten

begründeten Anlass zum vorzeitigen Austritt oder zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben habe. Wegen des zwingenden Charakters dieser Bestimmung sei die Wendung „aus welchen Gründen immer“ (das Dienstverhältnis beendet wird: Ergänzung des Berufungsgenerals) in Punkt VII. der Konkurrenzklausel wirkungslos.

Nach herrschender Rechtsprechung müsse der Dienstgeber, der die Konkurrenzklausel bei arbeitgeberseitiger Kündigung aufrecht erhalten wolle, bei Abgabe der Lösungserklärung dem Angestellten klar zu erkennen geben, dass ein wichtiger Lösungsgrund in Anspruch genommen werde; diesbezügliche Unklarheiten gingen zu seinen Lasten, weil es bei der Kündigung die Regel sei, dass sie ohne Angabe von Gründen ausgesprochen werde. Eine nachträgliche Geltendmachung solcher Gründe sei jedenfalls dann, wenn der Angestellte bereits Dispositionen für die Annahme einer anderen Stelle getroffen habe unstatthaft (4 Ob 134/85 = SZ 58/155).

Dies gelte aber auch für den umgekehrten Fall der Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer. Dem Adressaten (Arbeitgeber) müsse aus dem Inhalt der Lösungserklärung oder aus sonstigen Umständen im Zuge der Beendigung zumindestens im Sinn des § 863 ABGB erkennbar sein, dass ausnahmsweise ein verschuldeter wichtiger Auflösungsstatbestand „Ursache und Grund“ für die Kündigung sei (8 ObA 121/98x = SZ 71/149). Im dortigen Fall habe das Höchstgericht diese Erkennbarkeit deshalb verneint, weil sich der Arbeitnehmer bei seiner Kündigung nicht auf einen vom Dienstgeber durch schuldhaftes Verhalten begründeten Anlass im Sinne des § 37 Abs 1 AngG berufen, sondern behauptet hatte, er kündige, weil er nach Mexiko auswandern wolle. Hier liegt der Fall hingegen deutlich anders:

Nach dem Inhalt des Dienstvertrags Punkt VI. habe der Beklagte als kaufmännischer Angestellter beschäftigt werden sollen. Tatsächlich habe er jedoch immer die schlechteren Arbeiten verrichten und zuletzt sogar die Toiletten reinigen müssen. Dazu kämen die Ankündigungen des Klägers, der Beklagte werde gekündigt, falls er nochmals in den Krankenstand gehen sollte und die Mitteilung, dass er „in den Arsch getreten gehöre“. Die schlechte Behandlung durch den Arbeitgeber (Gemeinschuldner) habe auch zu einer herablassenden Behandlung durch die anderen Angestellten geführt.

Grundsätzlich habe der Arbeitnehmer nur die vereinbarten Dienste zu leisten. Eine Abweichung vom Vereinbarten lasse die Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen nach Maßgabe der Treuepflicht zu. Der Maßstab sei relativ streng anzusetzen. Einem Angestellten würden Hilfsarbeiterdienste nur dann zugemutet, wenn eine Notsituation oder ein Katastrophenfall auftrete, der normale Maßstäbe aufhebe (Löschnigg, Arbeitsrecht10, 244 mwN).

Die Tätigkeit des Beklagten am Ende seines Dienstverhältnisses zum Gemeinschuldner habe keinesfalls mehr jener eines kaufmännischen Angestellten entsprochen, der die „rechte Hand“ des Chefs hätte sein sollen. Im Zusammenhang mit der schikanösen Behandlung habe der Gemeinschuldner wichtige Gründe im Sinne des § 37 Abs 1 AngG gesetzt, die zur Kündigung des Beklagten geführt hatte. Dass der Beklagte nicht aus anderen Gründen gekündigt habe, ergebe sich auch daraus, dass er an seinem neuen Arbeitsplatz weniger verdient habe (anstelle von 25.000 S netto [plus 5.000 S Überstunden] nur 1.580 EUR = 21.741,27 S netto).

Der Beklagte habe zwar in seinem Kündigungsschreiben nicht auf diese Umstände verwiesen, sie hätten dem Gemeinschuldner aber bekannt sein müssen. Er habe aufgrund seines jahrelangen Verhaltens keinen Zweifel daran haben können, dass der Beklagte nur deshalb gekündigt habe, weil er nicht nur untergeordnete Arbeiten verrichten müssen, sondern auch schikaniert worden sei, was auch zu psychischen Problemen geführt habe. Die Kündigung des Arbeitnehmers sei daher sohin „wertend“ einem berechtigten Austritt des Arbeitnehmers „zuordenbar“. Daher lägen die Voraussetzungen des § 37 Abs 1 AngG vor und der Kläger könne keine Ansprüche aus der Verletzung des Konkurrenzverbots geltend machen.

Selbst wenn man diese Ansicht nicht teile und dem Erstgericht darin folge, dass nur eine Abwägung des wechselseitigen Verschuldens im Sinne des § 1304 ABGB stattzufinden habe (SZ 71/149), führe das hier zu keinem anderen Ergebnis: Die Abwägung des Mitverschuldens habe nämlich noch vor dem Einsatz des richterlichen Mäßigungsrechts des § 38 AngG zu erfolgen. Bei richtiger Wertung der Vertragsstrafe als pauschalierter Schadenersatz sei der Aspekt des Mitverschuldens des Gläubigers im Sinne des § 1304 ABGB zu prüfen, was dazu führen könne, dass die Konventionalstrafe schon durch die Schadensteilung unter die Grenze des wirklichen Schadens sinke. Dieser stelle zwar in Bezug auf das Mäßigungsrecht, nicht aber für § 1304 ABGB eine absolute Grenze dar. Liege die Vertragsstrafe infolge der Anwendung der Mitverschuldensregel unter dem tatsächlichen Schaden, sei eine (weitere) Mäßigung nicht unstatthaft (SZ 71/149).

Hier sei das Verschulden des Klägers erheblich. Der Beklagte habe hingegen zwar unmittelbar nach der Kündigung bei einem Konkurrenzunternehmen am Standort des Gemeinschuldners zu arbeiten begonnen, aber aktiv keine Abwerbung betrieben. Er habe sein gesamtes Berufsleben in der Obst- und Gemüsebranche verbracht. Wohl sei er gelernter Elektriker, Ende 2002 sei er aber bereits 43 Jahre alt gewesen. Da er im Beruf eines Elektrikers nicht gearbeitet habe, sei ihm eine andere Tätigkeit nicht zumutbar. Die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe den Kunden B\*\*\*\*\* abgeworben, sei von B\*\*\*\*\* nicht bestätigt worden. Zusammenfassend habe der Beklagte daher einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz in der gleichen Branche wie der Gemeinschuldner angenommen und damit zwar gegen das Konkurrenzverbot verstoßen, aber keine Handlungen gesetzt, die zum Abwerben von Kunden geführt hätten. Bei Abwägung des Verschuldens sei jenes des Beklagten daher zu vernachlässigen, sodass die Klage auch nach dieser Rechtsansicht abzuweisen sei. Es bedürfe daher gar keines Rückgriffes auf das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 38 AngG und auch die Frage,

ob das Erstgericht berechtigt gewesen sei, den entgangenen Gewinn gemäß § 273 ZPO im Hinblick auf das völlig unzureichende diesbezügliche Vorbringen und das Fehlen jeglicher Beweisanbote festzusetzen, könne auf sich beruhen.

Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil die Frage, ob die Gründe der Kündigung für den Arbeitgeber erkennbar waren und die Abwägung des Mitverschuldens von den Umständen des Einzelfalls abhängen.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der klagenden Partei mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinne abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei beantragt in der ihr vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung die Zurückweisung der Revision, in eventu der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts durch die Rechtsprechung nur teilweise gedeckt ist; sie ist jedoch - im Ergebnis - nicht berechtigt.

Die Zulassungsbeschwerde der außerordentlichen Revision wendet sich allein gegen die „Auslegung“ des Konkurrenzverbots durch das Berufungsgericht, wonach ein Verstoß gegen dieses Verbot in den ersten 12 Monaten ab Verkauf des Unternehmens noch dem Unternehmensverkauf zuzuordnen gewesen wäre (weil es zweifellos auch ohne die gleichzeitige Begründung eines Angestelltenverhältnisses des Beklagten mit diesem vereinbart worden wäre und das Interesse des Erwerbers [des Klägers] überwiege), während ein - wie hier - erst Jahre nach dem Unternehmensverkauf erfolgter Verstoß wegen Überwiegens der Elemente des Angestelltenvertrags nach dem AngG zu beurteilen sei (weil es sachlich unbefriedigend wäre, einem Angestellten nur deshalb den Schutz des Angestelltengesetzes zu verweigern, weil er - vor Jahren oder Jahrzehnten - das Angestelltenverhältnis im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf eingegangen sei). Der Revisionswerber gesteht zwar zu, dass es sich - dies sei „unstrittig“ - nach dem Parteiwillen richte, welches Gesetz auf das vereinbarte Konkurrenzverbot anwendbar sei (Seite 4 der ao Revision). Er macht jedoch geltend, das Berufungsgericht stelle zu der bei Beurteilung gemischter Verträge herrschenden Kombinationstheorie - zu Unrecht - einen „neuen Rechtssatz“ auf, indem es die Zuordnung einer Vertragsbestimmung zu einem bestimmten Vertragstyp von der Vertragsdauer abhängig mache. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung des Parteiwillens wäre tatsächlich jener des Vertragsabschlusses gewesen.

Dem hält die - dem Beklagten freigestellte - Revisionsbeantwortung entgegen, dass es hier ausschließlich um die Frage gehe, ob das Berufungsgericht den Vertrag richtig ausgelegt habe, weshalb die außerordentliche Revision gegen die Einzelfallentscheidung jedenfalls unzulässig sei. Zur Auslegung von gemischten Verträgen liege nämlich - ebenso wie zu den übrigen behandelten Rechtsfragen betreffend die Auflösung eines Dienstverhältnisses (im Zusammenhang mit einer Konkurrenzklausel und mit der Abwägung des Mitverschuldens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer) - die vom Berufungsgericht zitierte ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor.

Richtig ist, dass die Auslegung einer konkreten Vereinbarung (hier: des vereinbarten Konkurrenzverbots) grundsätzlich keine Rechtsfrage ist, deren Beantwortung zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zukäme (stRsp; 10 Ob 27/06b; 10 Ob 62/05y jeweils mwN). Ob die Vereinbarung im Einzelfall - insbesondere unter Erforschung der im konkreten Fall verfolgten Parteiabsicht - richtig ausgelegt wurde, stellt vielmehr nur dann eine erhebliche Rechtsfrage nach der zitierten Bestimmung dar, wenn in krasser Verkennung der Auslegungsgrundsätze ein unvertretbares, aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit zu korrigierendes Auslegungsergebnis erzielt wurde (stRsp; jüngst: 10 Ob 52/07f mwN).

Hier geht es jedoch nicht nur um die von den Vorinstanzen ohnehin (im Ergebnis) zutreffend beantwortete Frage, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot den Vorschriften des AngG unterliegt:

Dass dies zu bejahen ist, ergibt sich schon aus dem Text des Wettbewerbsverbots selbst (Punkt VII. des Vertrags), der eine eindeutige Verbindung mit der - neben dem Unternehmensverkauf - vereinbarten zukünftigen Angestelltentätigkeit des Beklagten herstellt (arg: „... auf die Dauer des Dienstverhältnisses und für einen Zeitraum von 12 Monaten nach Beendigung des Dienstverhältnisses...“), woraus zwingend die Anwendung des AngG folgt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist daher nicht davon auszugehen, die Konkurrenzklausel wäre erst durch Zeitablauf (nach welchem Zeitraum?) eine solche geworden, die nach dem Angestelltengesetz zu beurteilen sei. Die Anspruchsprüfung ist somit unter folgenden Prämissen durchzuführen:

Nach § 37 Abs 3 AngG bewirkt eine Konventionalstrafenvereinbarung, dass der Ersatz eines über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadens ausgeschlossen ist; auch eine diesbezügliche Vereinbarung ist unwirksam (Reissner im ZellKomm § 37 AngG Rz 42). Gemäß § 37 Abs 1 AngG führen der Austritt oder die Kündigung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber dazu - wie hier - „durch schuldbares Verhalten begründeten Anlass gegeben“ hat, zum Ausschluss der Geltendmachung der durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte (Reissner aaO § 37 AngG Rz 8). Ein schuldhaftes Verhalten des Dienstgebers muss, um zur Verwirkung der Konkurrenzklausel zu führen, zwar nicht unter allen Umständen einen Austrittsgrund im Sinne des § 26 AngG bilden, aber doch immerhin so gravierend sein, dass es das

Arbeitsverhältnis zerrüttet und aus diesem Grund zur Kündigung durch den Dienstnehmer führt (RIS-Justiz RS0029902). Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf Austritt einerseits und Kündigung andererseits soll im Bereich der begründeten vom Arbeitgeber verschuldeten Beendigungserklärungen des Arbeitnehmers offenbar klargestellt werden, dass es dem Arbeitnehmer hinsichtlich der Konkurrenzklausel nicht zum Nachteil gereichen soll, wenn er anstelle des Austritts eine andere Art von einseitiger Auflösung wählt (Reissner aaO § 37 AngG Rz 8 und 17 mwN).

Richtig ist, dass zu SZ 71/149 = 8 ObA 121/98x (= RIS-Justiz RS0029892 [T1 bis T3]) ausgesprochen wurde, dem Adressaten müsse [entweder] aus dem Inhalt der Lösungserklärung oder aus sonstigen Umständen im Zuge der Beendigung zumindest im Sinn des § 863 ABGB erkennbar sein, dass ausnahmsweise ein verschuldeter wichtiger Auflösungsstatbestand „Ursache und Grund“ für die Kündigung sei; dies, weil „begründete“ Kündigungen ungewöhnlich seien und daher verlangt werden müsse, dass dem Erklärungsgegner gegenüber eine „gewisse Manifestation“ der Berufung auf einen Auflösungsgrund erfolge; wobei auch (insoweit jedoch nur obiter) festgehalten wurde, dass „Unklarheiten“ - anders als bei Austritt bzw Entlassung - zu Lasten des „Erklärenden“ gingen (SZ 71/149; so auch Reissner aaO § 37 AngG Rz 18 mwN; Reissner, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausel, 229). Nach der Formulierung des § 37 Abs 1 AngG (arg: „Hat der Dienstgeber durch ... Anlass ... zur Kündigung ... gegeben, so kann er die ... Rechte gegen den Angestellten nicht geltend machen“) könnte der Arbeitnehmer allerdings auch erst im Prozess über diese Rechte beweisen, dass der Arbeitgeber einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat. In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof etwa in der (einen Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG betreffenden) Entscheidung 8 ObA 5/04z mit ausführlicher Begründung dargelegt, aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung sei nicht abzuleiten, „dass die Kündigung durch den Handelsvertreter nur dann ausgleichsanspruchswahrend ist, wenn der Handelsvertreter bereits in der Kündigung die wichtigen Gründe nennt. Der Wortlaut lässt auch nicht die Auslegung zu, dass der Handelsvertreter verpflichtet wäre, in der Kündigung zumindest bekannt zu geben, dass er aus wichtigem Grund kündigt“. Dem Berufungsgericht sei daher darin zu folgen, dass im konkreten Fall das Fehlen eines Hinweises in der Kündigung des Klägers darauf, dass er die Kündigung aus dem Unternehmer zurechenbaren Umständen erklärt hat, nicht als anspruchvernichtend anzusehen sei (RIS-Justiz RS0118824 = 8 ObA 5/04z). Entgegen der Ansicht des Klägers können die im vorliegenden Fall angeblich bestehenden Unklarheiten dem die Kündigungserklärung abgebenden Arbeitnehmer (also dem Beklagten) daher jedenfalls nicht in der Weise angelastet werden, dass sich der Kläger weiterhin auf einen Verstoß seines Arbeitnehmers gegen das Konkurrenzverbot berufen könnte. Nach den dargestellten besonderen Umständen des konkreten Dienstverhältnisses hat der Kläger seine durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den Beklagten vielmehr endgültig verwirkt, obwohl dieser sein Kündigungsschreiben nicht [ausdrücklich] begründete:

Hier lag es nämlich schon angesichts der Tatsache der Kündigung selbst (womit der Beklagte die „unerträglich“ gewordene, vom Kläger bewusst herbeigeführte, vertragswidrige Arbeitssituation [die das Berufungsgericht zu Recht als „schikanöse Behandlung“ bezeichnet hat] beendete) völlig auf der Hand, dass der Beklagte damit - zumindest auch - den in dieser Behandlung liegenden, vom Arbeitgeber verschuldeten wichtigen Grund für die vorzeitige Lösung des Dienstverhältnisses in Anspruch nahm. Schon „aus den Umständen der Auflösung“ konnte der Kläger daher - und zwar auch ohne weitere Manifestation - klar erkennen, dass hier ein wichtiger Grund für die Lösung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitnehmer im Spiel war. Wie auch zu SZ 71/149 ausgesprochen wurde, reichte es insoweit aber aus, wenn die Erkennbarkeit des - sich in den konkreten Umständen manifestierenden - Vorliegens eines wichtigen Grundes zur Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber gegeben war. Der wichtige Grund musste daher nicht (auch noch) aus dem Inhalt der Beendigungserklärung selbst („zumindest im Sinn des § 863 ABGB“) hervorgehen. Ob dies nicht schon aus dem eindeutigen Wortlaut des § 37 Abs 1 AngG folgt, dem keine diesbezügliche Verpflichtung zu entnehmen ist (in diesem Sinn die Rsp zu § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG: 8 ObA 5/04z und 9 ObA 2/04s = SZ 2004/86 = RIS-Justiz RS0118824 [T1], wonach Kündigungen oder vorzeitige Auflösungen von Vertragsverhältnissen eben nicht schon im Zeitpunkt der Auflösungserklärung ausdrücklich begründet werden müssen), muss hier nicht abschließend beantwortet werden.

Auf die Konkurrenzklausel kann sich der Kläger als „mobgender“ Arbeitgeber also schon deshalb nicht berufen, weil er das Vorliegen eines wichtigen, aus seinem „schuldbaren Verhalten“ resultierenden Auflösungsgrundes (§ 37 Abs 1 AngG), wenn auch nicht aus der - unbegründet - erfolgten Kündigung selbst, so doch aus den sonstigen Umständen im Zuge der Beendigung erkennen konnte. Anders als in dem zu SZ 71/149 entschiedenen Fall (wo es insoweit gar keine „Unklarheiten“ gab, weil der Arbeitnehmer ohnehin ausdrücklich einen Kündigungsgrund [Auswandern nach Mexiko] nannte), bestand der aus dem behaupteten Verstoß gegen das Konkurrenzverbot abgeleitete Klagsanspruch hier somit jedenfalls nicht zu Recht, sodass sich die weiteren in der außerordentlichen Revision angesprochenen Fragen (reicherliche Mäßigung der Konventionalstrafe, Verschuldensteilung) gar nicht mehr stellen.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 50, 41 ZPO.