

[◀ DOKUMENT ▶](#)[SUCHWORT ▶](#)[KURZTITELLISTE ▶](#)[JUSTIZ](#)[RECHTSSATZ ▶](#)**Gerichtstyp**

OGH

**Datum**

20080207

**Geschäftszahl**

9ObA104/07w

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter KR Mag. Paul Kunsky und Peter Schleinbach als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Aloisia N\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Dominik Maringer, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, wider die beklagte Partei L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Prantl, Rechtsanwalt in Wien, wegen 120 EUR, Unterlassung (Streitwert 3.000 EUR) und Feststellung (Streitwert 2.000 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 22. Mai 2007, GZ 11 Ra 5/07w-14, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 3. Oktober 2006, GZ 16 Cga 68/06k-10, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text****Begründung:**

Das Dienstverhältnis der bei der Beklagten vom 5. 7. 2004 bis 15. 11. 2005 als Verkäuflerin in der Filiale Vöcklabruck beschäftigten Klägerin endete durch Dienstgeberkündigung. Sie bewarb sich danach bei verschiedenen Dienstgebern im Einzelhandel, ohne allerdings eine Anstellung zu finden. Warum sie von den Dienstgebern nicht eingestellt wurde, konnte nicht festgestellt werden. Eine der Bewerbungen erfolgte bei einer anderen Handelsgesellschaft in Vöcklabruck, bei der die Klägerin erzählte, dass sie bei der Beklagten gearbeitet habe und daraufhin gefragt wurde, ob sie die Dame mit den mangelnden Englischkenntnissen sei, weil das die Filialleiterin der Beklagten mitgeteilt habe.

In weiterer Folge beauftragte die Klägerin ein Detektivbüro, dessen Mitarbeiter am 6. 2. 2006 in der Filiale Vöcklabruck der Beklagten anrief und sich als Filialleiter eines Baumarkts ausgab. Er erkundigte sich über die Klägerin, wobei er angab, dass sich diese bei ihm beworben habe. Die Filialleiterin antwortete ihm, dass sie keine Auskunft geben wolle und teilte ihm die Telefonnummer ihrer vorgesetzten Regionalleiterin mit. Bei dieser rief der Mitarbeiter des Detektivbüros dann an und gab sich wieder als Filialleiter eines Baumarkts aus. Er ersuchte um Auskünfte über die Klägerin, da er beabsichtige, sie einzustellen. Er wurde auch von der Regionalleiterin auf das Dienstzeugnis verwiesen, gab aber an, ein solches nicht bekommen zu haben. Nach mehrmaligem Drängen antwortete die Regionalleiterin auf die Frage, warum die Klägerin gekündigt worden sei, wie folgt:

„Sie wissen ja sicherlich, dass ich mich nicht negativ äußern darf, aber unter uns gesagt, wenn Sie es mit der Arbeiterkammer zu tun

haben wollen, dann stellen Sie Frau N\*\*\*\*\* 3 Tage lang ein. Frau N\*\*\*\*\* geht mit allen ihren Dienstgebern vor das Arbeitsgericht, sie hat sicherlich 4 oder 5 Verfahren laufen. Mit dem Sortiment kam sie nach 1 ½ Jahren noch nicht zurecht und an der Kassa brauchte sie die dreifache Zeit wie die anderen. Als die ganzen Gespräche nichts halfen, musste ich sie kündigen und sie ging daraufhin die ganze Kündigungsfrist in den Krankenstand. Ich würde sie nicht mehr nehmen." Die Klägerin zahlte für diese Nachforschungen 120 EUR an das Detektivbüro.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin den Ersatz der 120 EUR, darüber hinaus, die Beklagte schuldig zu erkennen, „es in Hinkunft zu unterlassen, unrichtige und ungünstige Auskünfte, die das Fortkommen der Klägerin erschweren und den berechtigten Interessen der Klägerin zuwiderlaufen, zu unterlassen". Ferner begehrt sie die Feststellung, dass die Beklagte ihr für die durch ihre unrichtigen und ungünstigen Auskünfte entstandenen Schäden hafte. Sie stützte dies darauf, dass sich ein potentieller Arbeitgeber durch Äußerungen, wie sie von der Regionalleiterin abgegeben worden seien, abschrecken lasse und das Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten klar der Verpflichtung des Arbeitgebers, bei einer Auskunft im Fall einer Anfrage über Art und Dauer der Dienstleistung nach Treu und Glauben die berechtigten Interessen des Dienstnehmers zu wahren, widerspreche. Die Auskünfte der Beklagten seien unrichtig und ungünstig gewesen. Der Schaden daraus sei noch nicht bezifferbar.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass die Klägerin ihre Tätigkeit trotz mehrerer Einschulungen und Unterstützung durch die Beklagte nicht ordnungsgemäß habe ausführen können. Die Beklagte sei mit dem ersten Unternehmen, dem gegenüber Ausführungen hinsichtlich der Englischkenntnisse festgestellt wurden, konzernmäßig verbunden. Die meisten ihrer Mitarbeiter entfalteten Tätigkeiten für beide Unternehmen. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es folgerte rechtlich ausgehend von dem einleitend dargestellten Sachverhalt, dass der Arbeitgeber nach § 39 Abs 1 AngG verpflichtet sei, ein Dienstzeugnis auszustellen und dabei keinerlei Eintragungen und Anmerkungen machen dürfe, die die Erlangung einer neuen Stelle erschweren. Dagegen habe aber die Rayonsleiterin als Erfüllungsgehilfe der Beklagten verstoßen. Dass diese Äußerungen nicht im Dienstzeugnis gemacht worden seien, mache keine Unterschied. Die Verpflichtung zum Ersatz der Detektivkosten ergebe sich daraus, dass damit eine entsprechende Tatsachengrundlage für die Klage geschaffen werden konnte.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Beklagten Folge, hob das Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Im Wesentlichen ging es dabei davon aus, dass die Beklagte nach dem bisherigen Verfahrensergebnis nicht passiv klagslegitimiert sei. Eine Haftung nach § 1313a ABGB sei zu verneinen, weil die Äußerungen nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses erfolgt seien. Der Geschäftsherr hafte nur für Handlungen des Gehilfen, die mit der Erfüllung in einem inneren Zusammenhang stehen. Bei einer Verletzung von Schutzpflichten sei davon nur eine Schädigung „bei" Erfüllung, nicht aber bloß „gelegentlich" der Erfüllung erfasst. Das Dienstverhältnis habe aber bereits einige Monate vor der Auskunft geendet. Zwar gebe es trotzdem noch Nachwirkungen etwa im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Ausstellung des Dienstzeugnisses. Darum sei es hier aber nicht gegangen. Im Ergebnis sei der Anspruch deliktischer Natur. Selbst bei Heranziehung des § 1313a ABGB sei der Arbeitgeber nur verpflichtet, Maßnahmen gegen Angriffe durch andere Arbeitnehmer zu setzen, was aber eine entsprechende Kenntnis des Dienstgebers von solchen Angriffen voraussetze. Das sei nicht vorgebracht worden. Die hier allenfalls „gelegentlich" gesetzten Äußerungen seien der Beklagten jedenfalls nicht nach § 1313a ABGB zurechenbar. Eine Haftung nach §

1315 ABGB für habituell untüchtige oder gefährliche Besorgungsgehilfen sei noch nicht erörtert worden, wozu den Parteien aber noch Gelegenheit zu geben sei.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil zur Frage der Haftung des Dienstgebers für nachteilige Äußerungen seiner Bediensteten über einen bereits ausgeschiedenen Dienstnehmer keine oberstgerichtliche Rechtsprechung aufgefunden werden konnte.

### **Rechtssatz**

Der gegen diesen Beschluss erhobene Rekurs ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund mangels Vorliegens einer neueren Rechtsprechung zu den angeschnittenen Fragen zulässig, im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Vorzustellen ist die Frage der Zulässigkeit der Fassung des gestellten Unterlassungs- und Feststellungsbegehrens. Allgemein wird ein Unterlassungsanspruch durch zwei Elemente konkretisiert, und zwar einerseits die Unterlassungspflicht und andererseits die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird (vgl. RIS-Justiz RS0037660 mwN zuletzt 4 Ob 148/07d; RIS-Justiz RS0037456 oder Rechberger in Rechberger ZPO3 § 406 Rz 14). Bei der Formulierung des Unterlassungsbegehrens muss sowohl beachtet werden, ob das Begehren hinreichend bestimmt ist, aber auch, ob es nicht angesichts der behaupteten Rechtsverletzungen zu weit geht (vgl. RIS-Justiz RS0037518 mwN zuletzt 4 Ob 86/07m). Ein Anspruch auf Unterlassung besteht regelmäßig insoweit, als vom Beklagten oder einem „Dritten“ in einer dem Beklagten zurechenbaren Weise Verletzungen begangen wurden, die dann als solches auch die Grundlage für den Urteilsantrag darstellen. Allerdings ist das Begehren in seiner Beschreibung einer gewissen Verallgemeinerung zugänglich (vgl. RIS-Justiz RS0037478 mwN etwa 6 Ob 273/05y), um dem Verpflichteten die Umgehung von Unterlassungsgeboten nicht allzu leicht zu machen (vgl. RIS-Justiz RS0037733 mwN etwa 4 Ob 29/07d oder RIS-Justiz RS0037567 allgemein auch RIS-Justiz RS0000845). Die Zulässigkeit der allgemeinen Fassung eines Unterlassungsbegehrens geht aber nicht so weit, dass ausschließlich allgemein gehaltene Behauptungen verboten werden könnten, sondern es muss die Unterlassungspflicht so deutlich gekennzeichnet sein, dass auch eine Überprüfung im Rahmen der exekutiven Durchsetzung möglich ist (vgl. RIS-Justiz RS0037634 oder RIS-Justiz RS0000878). Allgemeine Begehren wie etwa auf Unterlassung „abfälliger Äußerungen welcher Art immer“ oder der Unterlassung von Bildnisveröffentlichungen „wenn berechnete Interessen verletzt werden“ oder „irreführender oder kreditschädigender Behauptungen“ wurden entweder als zu unbestimmt oder nach den materiellen Rechtsgrundlagen zu weit gefasst angesehen (vgl. RIS-Justiz RS0037731; RIS-Justiz RS0037556 und RS0037581). Dies trifft aber auch auf das hier vorliegende Begehren zu, wonach die Beklagte für schuldig erkannt werden soll, „unrichtige und ungünstige Auskünfte, die das Fortkommen der Klägerin erschweren und den berechtigten Interessen der Klägerin zuwiderlaufen“, zu unterlassen. Dies ist im Sinne der dargestellten Rechtsprechung als zu unbestimmt und zu weit anzusehen. Denkbar wäre ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich konkreter Auskünfte oder Arten von Auskünften, etwa betreffend die „Klagsfreudigkeit der Klägerin“. All dies wurde aber bisher mit den Parteien nicht erörtert.

Als ebenso erörterungsbedürftig erweist sich auch das von der Klägerin gestellte Feststellungsbegehren, wonach die Beklagte ihr für „durch unrichtige und ungünstige Auskünfte entstandene Schäden“ hafte. Als grundsätzlich feststellungsfähig erachtet wird die Ersatzpflicht für alle künftigen Schäden aus einem bestimmten Schadensereignis (vgl. Rechberger/Klicka in Rechberger ZPO2 § 228 Rz 5 ebenso Fasching in Fasching/Konecny2 III § 228 Rz 55 ff). Ein derartiges konkretes Ereignis wird aber hier nicht näher beschrieben. Auch insoweit bedarf es ergänzender Erörterung.

Inhaltlich ist festzuhalten, dass eine detaillierte gesetzliche

Regelung zur Frage von informellen Auskunftserteilungen durch Mitarbeiter eines früheren Arbeitgebers über andere Mitarbeiter an potentielle neue Arbeitgeber nicht besteht. Insoweit können nach im Wesentlichen übereinstimmender Ansicht in der Lehre die Bestimmungen über die Ausstellung von Arbeitszeugnissen im § 39 AngG, aber auch jene des § 1163 ABGB nicht unmittelbar herangezogen werden (vgl dazu ausführlich Runggaldier/Aichinger, Arbeitszeugnis, 147 ff, mit zahlreichen Nachweisen aus der früheren Lehre aber auch Beispielen aus der älteren Judikatur; Gahleitner in Löschnigg, AngG8 II § 39 Rz 17). Im Sinne der Ausführungen von Runggaldier/Aichinger und Gahleitner wird bei dem Arbeitgeber zurechenbaren Auskünften allerdings von einem Nachwirken der Fürsorgepflicht auszugehen sein (vgl allgemein zur Nachwirkung der Fürsorgepflicht auch Marhold MGA AngG § 18 Rz 22 oder Krejci in Rummel ABGB3 § 1157 Rz 38 oder Mosler in Zeller Komm § 18 AngG Rz 12 f). Insoweit kann also der Schutz über jenen allgemeinen nach § 1330 ABGB, der sich auf die Verbreitung „unrichtiger“ Tatsachen bezieht, hinausgehen. Aus verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, wie etwa zu den Postensuchtagen, der Einschränkung der Zulässigkeit von Konkurrenzklauseln aber auch gerade den Regelungen über das Dienstzeugnis lässt sich insgesamt die Wertung des Gesetzgebers ableiten, dass er das Interesse des Arbeitnehmers an seinem weiteren Fortkommen als schutzwürdig erachtet (vgl etwa Krejci aaO) und Einschränkungen nur in bestimmtem Umfang vornimmt. Dies wird also der Arbeitgeber auch im Rahmen der Nachwirkung der Fürsorgepflicht zu beachten und allenfalls auch entsprechende Vorkehrungen zu treffen haben.

Bei der konkreten Abwägung zwischen den Informationsinteressen des neuen Arbeitgebers, den Interessen des „alten“ Arbeitgebers und jenen des Arbeitnehmers wird nicht nur auf die Grundsätze der Interessenabwägung, wie sie im § 1 Abs 1 Datenschutzgesetz zugrundegelegt werden, sondern auch auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Wertungen Bedacht zu nehmen sein. Während etwa sachliche Auskünfte hinsichtlich konkreter für den neuen Arbeitgeber erforderlichen Fähigkeiten - hier der Englischkenntnisse - gerade bei wirtschaftlich im Rahmen eines Konzerns verbundenen Arbeitgebern innerhalb eines gewissen Rahmens wohl als unbedenklich einzustufen sind, sind Auskünfte über die „Klagsfreudigkeit“ des Arbeitnehmers unter Zugrundelegung der Wertung des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG wohl meist als unzulässig anzusehen. Legt diese Bestimmung doch fest, dass eine Kündigung wegen eines verpönten Motivs dann angefochten werden kann, wenn die Kündigung wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfolgte.

Die dem Arbeitgeber zur Last fallende Zurechnung des Verhaltens der einzelnen Mitarbeiter (Vorgesetzter oder Arbeitskollegen) ist unterschiedlich zu sehen. Es ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber jedenfalls für seine „Repräsentanten“ (vgl Aicher in Rummel ABGB3 § 26 Rz 26; allgemein zu § 1330 ABGB RIS-Justiz RS0107916 mwN; zuletzt etwa 6 Ob 23/05h; eine mit § 18 UWG vergleichbare Bestimmung, die sich wohl auch aus der Förderung des Vorteils im Wettbewerb erklären lässt, findet sich nicht) einzustehen hat. Die Bezeichnung der Mitarbeiterin der Beklagten als Regionalleiterin könnte ein Hinweis auf eine derartige Repräsentantenstellung sein. Allerdings wäre zu erörtern, ob sie nach der betriebsinternen Organisation zur Abgabe solcher Äußerungen an Außenstehende grundsätzlich zuständig war. Sollte dies der Fall sein, so kann ihr Hinweis, dass sie die Aussage nur „unter uns“ machte, nichts an der Zurechnung zur Beklagten ändern. Dass die Mitarbeiterin der Beklagten als möglicherweise frühere Vorgesetzte der Klägerin nach den internen Organisationsvorschriften der Beklagten als Personalverantwortliche auch dafür zuständig gewesen wäre, Auskünfte über ehemalige Dienstnehmer zu geben, wurde weder vorgebracht noch festgestellt.

Darüber hinaus wäre grundsätzlich auch ein „Organisationsverschulden“ der Beklagten denkbar. Derartige „informelle“ Auskünfte von

ehemaligen Arbeitskollegen und Vorgesetzten werden regelmäßig nicht im Rahmen einer Rechtsbeziehung, sondern wegen eines Informationsbedürfnisses und einer entsprechenden Informationsfreudigkeit der Angesprochenen gegeben und stellen deren persönliche Meinung dar. Die Verantwortung des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang betrifft die Nebenpflicht einer entsprechenden „Organisation“ des Betriebes. Diese läuft darauf hinaus, dass die Interessen - auch des ausgeschiedenen Arbeitnehmers - durch die verbreiteten Informationen nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Insoweit treffen den Arbeitgeber Anleitungs- und zumutbare Überwachungspflichten gegenüber den anderen Mitarbeitern, die ihre Grenze allerdings auch wieder in der Meinungsäußerungsfreiheit dieser Mitarbeiter zu finden haben. Ihnen dürfen nur ihrer Stellung im Betrieb entsprechende Verschwiegenheitspflichten überbunden werden. Macht etwa ein für den Personalbereich verantwortlicher Vorgesetzter oder ein Mitarbeiter, bei dem Indiskretionen bereits bekannt sind, unzulässige Äußerungen über einen früheren Arbeitnehmer, so wird es am Arbeitgeber liegen, nachzuweisen, dass in seinem Betrieb entsprechend klargestellt ist, dass über frühere Mitarbeiter derartige Äußerungen nicht gemacht werden dürfen. Im Wesentlichen werden die Vorgaben für die vom Arbeitgeber zu verantwortende Gestaltung des Betriebes bei derartigen informellen Anfragen an Mitarbeiter ähnlich zu beurteilen sein, wie etwa bei den Fragen der Belästigungen im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgesetz (vgl dazu Posch in Rebhahn Gleichbehandlungsgesetz § 6-7 Rz 53 ff uva). Insoweit finden sich bisher allerdings keine Anhaltspunkte für eine mögliche Haftung der Beklagten, da nach den Feststellungen die ehemalige Vorgesetzte zum Ausdruck brachte, dass sie eine derartige Auskunft nicht geben dürfe und sich erst nach mehrmaligen Drängen „informell“ äußerte, welcher Umstand auf entsprechende Instruktionen hindeutet.

Abschließend ist festzuhalten, dass mit den Parteien die Fragen der Konkretisierung der Unterlassungsansprüche und des Feststellungsbegehrens, der sich daraus dann ergebenden einzelnen Anspruchsbereiche und der Zurechnung des Verhaltens der Mitarbeiterin der Beklagten zu erörtern sein werden.

Im Ergebnis war daher dem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nicht Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 2 ASGG und § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E86837  
9ObA104.07w

#### **Dokumentnummer**

JJT/20080207/OGH0002/009OBA00104/07W0000/000

▲ Seitenanfang ▲