



## OGH Beschluss vom 7.2.2008, 9 Ob A 104/07w – Haftung des Arbeitgebers für Äußerungen über ausgeschiedene Mitarbeiter

**1. Der Schutz des Interesses des ehemaligen Arbeitnehmers an seinem weiteren Fortkommen geht über jenen des § 1330 ABGB hinaus, wobei die § 39 AngG und § 1163 ABGB für die Beurteilung der Zulässigkeit von informellen Auskünften über ehemalige Mitarbeiter an potentielle neue Arbeitgeber nicht unmittelbar heranzuziehen sind.**

**2. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist nicht nur auf die Grundsätze des § 1 Abs 1 DSG 2000, sondern auch auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Wertungen Bedacht zu nehmen.**

Leitsätze verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

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 Kunsy und Peter Schleimbach 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: Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben. Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **Begründung:**

Das Dienstverhältnis der bei der Beklagten vom 5. 7. 2004 bis 15. 11. 2005 als Verkäuferin 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 folgte 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 keinen 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.

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\***

### **I. Das Problem**

Das Dienstverhältnis der späteren Klägerin als Verkäuferin im Einzelhandel dauerte etwas mehr als ein Jahr und endete durch Dienstgeberkündigung der später beklagten Partei. Die Klägerin bewarb sich danach bei verschiedenen Einzelhandelsfirmen, ohne allerdings eine Anstellung zu finden. Warum sie von den Dienstgebern nicht eingestellt wurde, konnte zunächst nicht festgestellt werden. Erst durch Einschaltung eines Detektivbüros gelang es, auf die telefonische Anfrage nach dem Kündigungsgrund von der zuständigen Regionalleiterin der Beklagten folgende Auskunft zu erhalten: *„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\*\*\*\*\* [gemeint: die Klägerin] 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.“*

Daraufhin beehrte die Klägerin Schadenersatz für die Detektivkosten in Höhe von EUR 120,-, Feststellung und Unterlassung von „unrichtigen und ungünstigen Auskünften, die das Fortkommen der Klägerin erschweren und den berechtigten Interessen der Klägerin zuwiderlaufen“. Das Erstgericht gab der Klage voll inhaltlich statt; das Berufungsgericht verwies die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die I. Instanz zurück, da nicht ausreichend erörtert wurde, ob die Äußerungen der Regionalleiterin der Beklagten nach den Grundsätzen der Gehilfenhaftung zurechenbar wären.

Letztlich hatte sich das Höchstgericht mit der zivilen Haftung des Dienstgebers für nachteilige Äußerungen seiner Bediensteten über einen bereits ausgeschiedenen Dienstnehmer zu befassen.

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die zurückverweisende Entscheidung des Berufungsgerichts und hielt die Sache ebenfalls nicht für spruchreif. Zunächst betonten die Höchststrichter, dass eine detaillierte gesetzliche Regelung zur Frage von informellen Auskunftserteilungen durch Mitarbeiter eines

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

früheren Arbeitgebers über andere Mitarbeiter an potentielle neue Arbeitgeber nicht besteht. Es müsste daher auf allgemeine Arbeitsrechtsgrundsätze und eine (zulässige) Gesetzesanalogie aus § 39 AngG und § 1163 ABGB zurück gegriffen werden. Bei dem Arbeitgeber zurechenbaren Auskünften wäre von einem Nachwirken der Fürsorgepflicht auszugehen, die im Einzelfall durchaus weiter reichen können, als der allgemeine Äußerungsschutz nach § 1330 ABGB. Bei der damit verbundene 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 DSG 2000 zugrunde gelegt werden, sondern auch auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Wertungen Bedacht zu nehmen sein. Demzufolge wären sachliche Auskünfte hinsichtlich konkreter für den neuen Arbeitgeber erforderlichen Fähigkeiten, wie z.B. hier der Englischkenntnisse, unbedenklich; Auskünfte über die „Klagsfreudigkeit“ des Arbeitnehmers würden aber unter Zugrundelegung arbeitsrechtlicher Wertungen (hier: einer verpönten Motivkündigung) meist unzulässig erscheinen.

Allerdings, so die Höchstrichter abschließend, wäre mit den Parteien noch zu erörtern, ob die Regionalleiterin 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 auch grundsätzlich auch ein „Organisationsverschulden“ der Beklagten denkbar.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung ist vor allem deshalb bemerkenswert, da der OGH zum einen grundlegende Ausführungen zum Unterlassungsanspruch bei Äußerungsdelikten macht; zum anderen grenzt das Höchstgericht den Schutzzumfang des § 1330 ABGB von der Haftung des Dienstgebers für nachteilige Äußerungen seiner Bediensteten über ausgeschiedenen Mitarbeiter ab.

#### 1.

Zur **Fassung des Unterlassungsbegehrens** halten die Höchstrichter zunächst fest, dass der Unterlassungsanspruch durch zwei Elemente (**materielle Voraussetzungen**) konkretisiert wird:

- Eine (gesetzliche) **Unterlassungspflicht**, die sich aus der übertretenen Norm ergibt,<sup>1</sup> wobei Rechtswidrigkeit genügt, da Verschulden keine Voraussetzung darstellt, und
- die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird, d.h. die **Begehungsgefahr**, also die Gefahr, dass der Beklagte die zu untersagende Verletzungshandlung neuerlich oder erstmalig begehen werde.

Damit ist der Zweck des Unterlassungsanspruches angesprochen, nämlich die Bewahrung der Rechtsgüterlage. Inhaltlich begrenzt sich der Anspruch auf die Unterlassung schutzrechtsspezifischer Verletzungshandlungen, z.B. zu verbreiten, zu verwenden, zu vervielfältigen udgl.

Davon sind die formalen, d.h. **prozessualen Voraussetzungen des Unterlassungsbegehrens** zu unterscheiden, aber gleichwohl für eine erfolgreiche Unterlassungsklage zu erfüllen:

- Dem Klageberechtigten steht ein Anspruch auf Unterlassung solcher Verletzungshandlungen zu, die vom Beklagten oder einem Dritten in einer dem Beklagten zurechenbaren Weise begangen worden sind oder drohend bevorstehen.<sup>2</sup>
- Gegenstand des Urteilsantrages und Urteilsspruchs ist demnach immer nur die konkrete Verletzungshandlung. Entscheidend ist dabei aber die Frage, auf welcher Stufe der Verallgemeinerung die konkrete Verletzungshandlung zu umschreiben ist

---

<sup>1</sup> Statt vieler *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 75 ff, 207 ff mwN.

<sup>2</sup> Zu letzterem ausdrücklich § 81 Abs 1 UrhG; § 147 Abs 1 PatG.

- (sog. „Handlungsbeschreibung“).<sup>3</sup>
- Eine Möglichkeit, dem Verpflichteten die Umgehung des Exekutionstitels nicht übermäßig zu erleichtern, besteht darin, die tatsächlich verübte Handlung bei ihrer Beschreibung allgemeiner zu fassen und ihr so einen breiten Rahmen zu geben; dabei muss der Kern der Verletzungshandlung so erfasst sein, dass unter den Schutzzumfang des Unterlassungsanspruches nicht nur völlig gleichartige Handlungen, sondern auch alle anderen fallen, die diesen Kern unberührt lassen.<sup>4</sup>
    - Besteht die dringende Befürchtung, der Verletzer werde bei einem Verbot dessen, was er tatsächlich begangen hat, das gleiche auf andere Weise wiederholen, dann wäre es nahezu sinnlos, ihm nur die konkrete Verletzungshandlung im engsten Sinn zu untersagen; hier wird vielmehr das weitere Unterlassungsbegehren auch aus dem Gedanken der „vorbeugenden“ Unterlassungsklage gerechtfertigt sein.
    - Hat jedoch der Beklagte schon eine Verletzungshandlung begangen, ist für die allgemeinere Fassung des Verbotes nicht das Vorliegen der strengen Voraussetzungen einer vorbeugenden Unterlassungsklage erforderlich.
  - Bei der Fassung des Unterlassungsbegehrens sind zwei Fragen auseinander zu halten, nämlich jene,
    - ob das Begehren hinreichend **bestimmt** ist, d.h. es muss die Unterlassungspflicht so deutlich gekennzeichnet sein, dass auch eine Überprüfung im Rahmen der exekutiven Durchsetzung möglich ist.
      - z.B. die Veröffentlichung von Bildnissen zu verbieten, „wenn dadurch dessen berechnete Interessen verletzt werden“;<sup>5</sup>
      - Ein ganz allgemein auf Unterlassung „abfälliger Äußerungen welcher Art immer“ gerichtetes Begehren;<sup>6</sup>
      - z.B. es zu unterlassen „unrichtige und ungünstige Auskünfte, die das Fortkommen der Klägerin erschweren und den berechtigten Interessen der Klägerin zuwiderlaufen“, zu geben;<sup>7</sup>
    - **wie weit** das Begehren angesichts der (begangenen oder drohenden) Rechtsverletzung gehen darf.
      - Wird z.B. einem Beklagten – wenn auch in Verbindung mit einem konkreten Einzelverbot („insbesondere ...“) – verboten, „irreführende“ oder „kreditschädigende“ Behauptungen schlechthin zu unterlassen, dann würde das dem Kläger die Exekutionsführung wegen jeglicher irreführender oder kreditschädigender Angaben ermöglichen.<sup>8</sup> In solchen Fällen stellt sich in Wahrheit nur das Problem, ob der Spruch nicht zu weit gefasst ist. Diese Frage ist nach materiellem Recht zu beurteilen.

<sup>3</sup> OGH 26.1.2006, 6 Ob 273/05y, nv; 26.1.1995, 6 Ob 1002/95 – *Großer Freund*, ecolex 1995, 405 = MR 1995, 136 (*Rudolf*); 8.6.1993, 4 Ob 90/93 – *Wahlwette*, wbl 1993, 367.

<sup>4</sup> St Rsp 21.11.1995, 4 Ob 90/95 – *Feuerlöschgeräte*, wbl 1996, 212 = ÖBI 1996, 127; 29.9.1992, 4 Ob 66/92, 67/92 – *Mercedes-Tyrowsky*, ecolex 1993, 99 = wbl 1993, 61 = MR 1992, 252 = ÖBI 1992, 273; 9.4.1991, 4 Ob 22/91 – *Brennendes Zündholz*, wbl 1991, 264 = ÖBI 1991, 216; 12.3.1991, 4 Ob 16/91 – *Sport-Sonnenbrille*, ÖBI 1991, 108.

<sup>5</sup> OGH 25.4.1995, 4 Ob 26/95, 27/95 – *Wunderarzt*, MR 1995, 145 = EvBl 1995/159 = RdM 1996/3, 28; 11.6.1974, 4 Ob 315/74, nv.

<sup>6</sup> OGH 25.2.1997, 4 Ob 2399/96i – *Abgestandenes Bier*, MR 1997, 109 = ecolex 1997, 780 = ÖBI 1998, 73 = ÖBI 1997, 157; 1.10.1996, 4 Ob 2283/96f – *Höhere Konkurrenzpreise*, MR 1997, 54 = wbl 1997, 130; 30.5.1972, 4 Ob 323/72, ÖBI 1972, 152.

<sup>7</sup> OGH 7.2.2008, 9 Ob A 104/07w.

<sup>8</sup> OGH 23.5.2006, 4 Ob 49/06v – *Kaufkraft*, RdW 2006/647, 696 = ÖBI-LS 2006/136, 214; 15.12.2004, 6 Ob 246/04a – *Stiftungskontrolle*, MR 2005, 14; 9.7.1997, 3 Ob 199/97d, nv; 29.10.1996, 4 Ob 2283/96f – *Ungeschminkte Wahrheit*, ecolex 1997, 585 = ÖBI 1997, 157; 26.4.1995, 3 Ob 43/95, nv; 22.03.1994, 4 Ob 29/94 – *Perlweiss II*, wbl 1994, 347 = JUS Z/1587; OGH 12.03.1991, 4 Ob 17/91 – *Hundertwasser-Pickerl II*, wbl 1991, 265 = ÖBI 1991, 105.

- Eine gewisse allgemeine Fassung des Unterlassungsgebotes – allerdings im Verein mit konkreten Einzelverboten – ist meist schon deshalb notwendig, um Umgehungen nicht allzu leicht zu machen;<sup>9</sup>
- Eine Möglichkeit, dem Verpflichteten die Umgehung des Exekutionstitels nicht übermäßig zu erleichtern, besteht darin, die tatsächlich verübte Handlung bei ihrer Beschreibung allgemeiner zu fassen und ihr so einen breiten Rahmen zu geben; dabei muss der Kern der Verletzungshandlung so erfasst sein, dass unter den Schutzzumfang des Unterlassungsanspruches nicht nur völlig gleichartige Handlungen, sondern auch alle anderen fallen, die diesen Kern unberührt lassen.<sup>10</sup>

Als ebenso problematisch erweist sich im vorliegenden Fall auch das konkrete Feststellungsbegehren, wonach für „durch unrichtige und ungünstige Auskünfte entstandene Schäden“ zu haften sei. Als grundsätzlich feststellungstauglich gilt nämlich nach hL<sup>11</sup> bloß die Ersatzpflicht für alle künftigen Schäden aus einem *bestimmten* Schadensereignis. Ein derartiges konkretes Ereignis wird aber im Begehren nicht näher beschrieben.

## 2.

Zu den **Haftungsgrundsätzen** für nachteilige Äußerungen über ausgeschiedenen Arbeitnehmer halten die Richter dankenswerter Weise fest, dass

- der Arbeitgeber für informelle Auskünfte seiner Arbeitnehmer über ehemalige Mitarbeiter einzustehen hat, da es sich um seine „Repräsentanten“ handelt und insoweit seine Fürsorgepflichten nachwirken;<sup>12</sup>
- der Schutz vor (unwahren bzw. wahren) informellen Auskünften über ehemalige Mitarbeiter an potentielle neue Arbeitgeber aufgrund des Interesses des ehemaligen Arbeitnehmers an seinem weiteren Fortkommen über jenen Schutz vor ehr- oder kreditschädigenden Äußerungen iS des § 1330 ABGB hinausgeht;
- bei der vorzunehmenden Interessenabwägung es nicht nur auf die Grundsätze des § 1 Abs 1 DSG 2000, sondern auch auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Wertungen ankommt;
- den Arbeitgeber Anleitungs- und zumutbare Überwachungspflichten gegenüber den anderen Mitarbeitern treffen, 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;
- den Arbeitgeber die Beweislast dafür trifft, nachzuweisen, in seinem Betrieb ist entsprechend klaggestellt ist, dass über frühere Mitarbeiter nachteilige Äußerungen verboten sind, wenn z.B. ein für den Personalbereich verantwortlicher Vorgesetzter oder ein Mitarbeiter, bei dem Indiskretionen bereits bekannt sind, unzulässige Äußerungen über einen früheren Arbeitnehmer verbreitet hat;
- im wesentlichen die Vorgaben für die vom Arbeitgeber zu verantwortende Gestaltung des Betriebes bei derartigen informellen Anfragen an Mitarbeiter ähnlich zu beurteilen sein werden, wie bei den Belästigungen im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgesetz.<sup>13</sup>

**Ausblick:** Die vorliegende Entscheidung eröffnet eine weitere Anspruchsgrundlage zur Verhinderung ehrenrühriger oder kreditschädigender Äußerungen eines Dienstgebers oder seiner

<sup>9</sup> OGH 27.1.1998, 4 Ob 364/97a – *NEWS-Gewinnspiele*, wbl 1998/208 = ÖBl 1998, 250; 11.11.1970, 6 Ob 208/70, SZ 43/199.

<sup>10</sup> St Rsp 21.11.1995, 4 Ob 90/95 – *Feuerlöschgeräte*, wbl 1996, 212 = ÖBl 1996, 127; 29.9.1992, 4 Ob 66/92, 67/92 – *Mercedes-Tyrowsky*, ecolex 1993, 99 = wbl 1993, 61 = MR 1992, 252 = ÖBl 1992, 273; 9.4.1991, 4 Ob 22/91 – *Brennendes Zündholz*, wbl 1991, 264 = ÖBl 1991, 216; 12.3.1991, 4 Ob 16/91 – *Sport-Sonnenbrille*, ÖBl 1991, 108.

<sup>11</sup> Vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger ZPO*<sup>3</sup> § 228 Rz 5 ebenso *Fasching* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 228 Rz 55 ff.

<sup>12</sup> *Runggaldier/Aichinger*, *Arbeitszeugnis*, 147 ff; *Gahleitner* in *Löschnigg*, AngG8 II § 39 Rz 17.

<sup>13</sup> Vgl *Posch* in *Rebhahn*, *Gleichbehandlungsgesetz* § 6-7 Rz 53 ff mwN.

Erfüllungsgehilfen über seine ehemaligen Arbeitnehmer. Soweit überblickbar konnten derartigen Äußerungen lediglich durch § 1330 ABGB oder § 7 UWG Einhalt geboten werden. In einem früheren Fall, in dem der spätere Kläger nach seiner Entlassung im selben Geschäftszweig wie seine frühere Dienstgeberin selbständig tätig wurde, bejahten die Gerichte nach § 7 UWG Unterlassung und Widerruf der unwahren Behauptung des Arbeitgebers er habe sich vom Kläger „wegen verschiedener Unkorrektheiten trennen“ müssen.<sup>14</sup> Nunmehr ist auch eine aus der „Nachwirkung der Fürsorgepflicht“ abgeleitete Unterlassungspflicht des Arbeitgebers zu beachten, keine negativen Auskünfte über ehemalige Mitarbeiter zu erteilen oder erteilen zu lassen.

#### **IV. Zusammenfassung**

Der Schutz des Interesses ehemaliger Arbeitnehmer nicht in seinem Fortkommen durch negative Äußerungen seines ehemaligen Dienstgebers oder dessen Erfüllungsgehilfen beeinträchtigt zu werden, reicht weiter als jener nach § 1330 ABGB. Die im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung hat die Zulässigkeit von informellen Auskünften über Ex-Mitarbeiter im Rahmen der § 39 AngG und § 1163 ABGB ebenso zu berücksichtigen, wie die datenschutz- und arbeitsrechtlichen Grenzen derartiger Äußerungen.

---

<sup>14</sup> OGH 29.1.1992, 9 Ob A 1/92, wbl 1992, 195.