

BGE 151 III 544

Bundesgericht (BGE), 2025-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151 III 544](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_III_544)

FR: ATF 151 III 544

IT: DTF 151 III 544

Regeste

Regeste Art. 340, 340a-c OR; Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot; Karenzentschädigung. Ohne anderslautende Abrede kann die Arbeitgeberin ein entgeltliches Konkurrenzverbot nicht einseitig kündigen (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 4). Tatsächliche oder hypothetische Ersatzeinkünfte des Arbeitnehmers sind nicht auf die Karenzentschädigung anzurechnen, wenn nichts anderes vereinbart wurde (E. 5.3).

Erwägungen

E. 4

Sodann beanstandet die Beschwerdeführerin, dass ihr die Vorinstanz das Recht zur einseitigen Kündigung des Konkurrenzverbots abgesprochen hat.

E. 4.1

Die Erstinstanz hatte sich zu einer Kündigung des Konkurrenzverbots nicht äussern müssen, da sie von dessen Ungültigkeit ausgegangen war. Die Vorinstanz erwog, zwar habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 28. September 2021 mitgeteilt, sie sei nicht länger am Konkurrenzverbot interessiert, weshalb sie es per 31. Dezember 2021 kündige, womit auch die Karenzentschädigung entfalle. Allerdings, so die Vorinstanz, ergebe sich ein solches Kündigungsrecht weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Gesetz. Somit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines einseitigen Verzichts des Arbeitgebers auf ein Konkurrenzverbot mit Karenzentschädigung.

E. 4.2.1

Die Vorinstanz verwies zutreffend auf BGE 78 II 230. Dort ging es um die Zulässigkeit einer Vereinbarung, wonach die Arbeitgeberin auf ein entgeltliches Konkurrenzverbot nachträglich verzichten und sich so von der Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung befreien konnte. Das Bundesgericht hielt fest, das Konkurrenzverbot sei ein Vertragsverhältnis eigener Art. Es wies darauf hin, dass das Gesetz je angepasste Lösungen vorsieht für den Kündigungsschutz bei bestehendem Arbeitsvertrag und den Schutz des wirtschaftlichen Fortkommens des ehemaligen Arbeitnehmers mit Konkurrenzverbot. Es gehe nicht an, "die Schutzvorkehrungen auszuwechseln oder sie gar durch Verbindung zu verdoppeln". Es widerspreche der vom Gesetz getroffenen Ordnung, den Kündigungsschutz auf das ihm fremde Konkurrenzverbot zu übertragen. Die Frage der Zulässigkeit der vertraglichen Ausgestaltung eines mit der Beendigung des Arbeitsvertrags einsetzenden Konkurrenzverbots sei daher nach den Sonderbestimmungen der Art. 356-360 aOR (heute: Art. 340-340c OR) und nach den allgemeinen, für alle Verträge geltenden Regeln zu beurteilen, unter Ausschluss der Sondervorschriften über laufende Arbeitsverträge (BGE 78 II 230 E. 2c). Die Parteien hatten in jenem BGE 151 III 544 S. 547 Fall vereinbart, dass die Arbeitgeberin nachträglich auf das bereits laufende Konkurrenzverbot verzichten könne,

in welchem Fall dem Arbeitnehmer noch während drei Monaten die Karenzenschädigung zustehe. Das Bundesgericht prüfte, ob eine solche Abrede sich nicht als unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers auswirkt (BGE 78 II 230 E. 3a). Für das Bundesgericht stand ausser Zweifel, dass die Arbeitgeberin beim entgeltlichen Konkurrenzverbot "ohne entsprechende Vereinbarung nicht kündigen kann, weder fristlos noch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist". Sie könne "auch nicht durch Verzicht auf das Verbot sich von der Pflicht zur Leistung des vereinbarten Entgelts befreien". Gemäss Bundesgericht ergibt sich dies "aus dem Wesen des entgeltlichen Konkurrenzverbots als eines zweiseitig verpflichtenden Vertrages". Dagegen sei nicht einzusehen, weshalb es den Parteien verwehrt sein sollte, beim entgeltlichen Konkurrenzverbot zu Gunsten des ehemaligen Arbeitgebers vertraglich eine Kündigungsmöglichkeit vorzusehen. Dies sei grundsätzlich auch "bei jedem anderen gegenseitigen Vertrag" zulässig (BGE 78 II 230 E. 3b).

E. 4.2.2

Auf dieses publizierte Urteil verwies das Bundesgericht im Urteil 5A_89/2019 vom 1. Mai 2019. Dort hatte ein Arbeitnehmer eine Karenzenschädigung geltend gemacht und um provisorische Rechtsöffnung ersucht. Dabei griff das Bundesgericht die Formulierung aus dem BGE 78 II 230 auf und erklärte, das entgeltliche Konkurrenzverbot sei ein zweiseitiger Vertrag, in dem die Karenzenschädigung als Gegenleistung für den Wettbewerbsverzicht des Arbeitnehmers erscheine. Die Parteien könnten jedoch vereinbaren, dass die Arbeitgeberin auf das Konkurrenzverbot verzichten könne, womit die Karenzenschädigung nicht mehr geschuldet sei (vgl. dort E. 5.2.1: "Lorsqu'elle est liée au paiement d'une indemnité de carence [Karenzenschädigung], elle prend la forme d'un contrat bilatéral dans lequel le versement de l'indemnité est la contreprestation de l'abstention de faire concurrence du travailleur [...]. Les parties peuvent toutefois convenir que l'employeur puisse renoncer au bénéfice de la prohibition, de sorte que l'indemnité de carence n'est alors pas due [...]").

E. 4.3

Ein Teil des Schrifttums stellt sich gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung. So hält BRÜHWILER fest, entgegen BGE 78 II 230 könne die Arbeitgeberin auch dann auf das Konkurrenzverbot verzichten und die Karenzenschädigung kündigen, wenn dies vertraglich nicht ausbedungen sei (JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, BGE 151 III 544 S. 548 Kommentar zu den Art. 319-343 OR , 3. Aufl. 2014, N. 7b zu Art. 340 OR ; vgl. auch: VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, § 21 Rz. 50 f.). Es wird argumentiert, das entgeltliche Konkurrenzverbot als zweiseitiger Vertrag könne nicht nur durch Übereinkunft aufgehoben werden. Vielmehr entfalle es auch bei fehlendem Interesse der Arbeitgeberin. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass die vereinbarte Karenzenschädigung trotz Wegfalls des Konkurrenzverbots vorderhand bestehen bleibe, da sich der Arbeitnehmer darauf eingestellt habe und in seinem Vertrauen zu schützen sei. Der Arbeitgeberin müsse jedoch die Befugnis eingeräumt werden, unter Einhaltung einer angemessenen Frist die Vereinbarung über die Karenzenschädigung zu kündigen. Dies erlaube es dem Arbeitnehmer, eine neue Erwerbstätigkeit ohne finanzielle Einbusse vorzubereiten (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 340c OR ; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 340c OR ; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, N. 24 zu Art. 340c OR). Auch AUBERT nimmt Bezug auf BGE 78 II 230 und anerkennt, dass das Bundesgericht dort ein einseitiges

Verzichts- und Kündigungsrecht der Arbeitgeberin ausgeschlossen hat, sofern eine solche Möglichkeit nicht vorgängig vereinbart wurde. Gleichwohl pflichtet er der erwähnten Lehre bei, welche die gegenteilige Auffassung vertritt. Er hält sie für überzeugend, weil die Karenzenschädigung die Nachteile des Konkurrenzverbots ausgleichen solle. Solche Nachteile erleide der Arbeitnehmer nicht, wenn die Arbeitgeberin auf das Konkurrenzverbot verzichte (GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 340c OR). Schliesslich erklärt RÄBER, der Arbeitgeberin sei "auch ohne vertragliche Grundlage ein Verzichts- oder Kündigungsrecht zuzugestehen". Seiner Ansicht nach wäre das Festhalten an den Grundprinzipien zur Auflösung des zweiseitigen Vertrags "kontraproduktiv". Im Wesentlichen begründet er dies damit, dass die Absenz einer vertraglichen Grundlage dazu führen würde, dass das Konkurrenzverbot in den meisten Fällen bestehen bliebe (JOE RÄBER, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, 2020, S. 185 f. Rz. 632). Auch er hält dafür, dass beim Wegfall des Konkurrenzverbots das Vertrauen des Arbeitnehmers in die Ausrichtung der Karenzenschädigung jedenfalls zu schützen und diese "während einer angemessenen Dauer" geschuldet sei (RÄBER, a.a.O., S. 186 Rz. 633). BGE 151 III 544 S. 549

E. 4.4.1

Im Ergebnis spricht sich die soeben zitierte Lehre für eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus. Denn wie bereits erwähnt, erklärte das Bundesgericht ausdrücklich, dass die Arbeitgeberin beim entgeltlichen Konkurrenzverbot "ohne entsprechende Vereinbarung nicht kündigen kann, weder fristlos noch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist". Weiter liess es verlauten, die Arbeitgeberin könne "[sich] auch nicht durch Verzicht auf das Verbot [...] von der Pflicht zur Leistung des vereinbarten Entgelts befreien" (BGE 78 II 230 E. 3b). Diese Rechtsprechung stellte das Bundesgericht im Urteil 5A_89/2019 vom 1. Mai 2019 nicht in Frage.

E. 4.4.2

Im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit muss sich eine Änderung der Rechtsprechung auf ernsthafte sachliche Gründe stützen, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (BGE 147 V 342 E. 5.5.1; BGE 146 I 105 E. 5.2.2; BGE 145 V 50 E. 4.3.1; BGE 141 II 297 E. 5.5.1; BGE 140 V 538 E. 4.5; je mit Hinweisen).

E. 4.4.3

Die Beschwerdeführerin stützt sich in erster Linie auf die Lehrmeinungen, die der Arbeitgeberin auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ein einseitiges Verzichts- und Kündigungsrecht zusprechen wollen. Allerdings ist den entsprechenden Publikationen nicht zu entnehmen, inwiefern diese Ansicht einer besseren Erkenntnis des Gesetzeszwecks entspricht. Auch eine Veränderung der äusseren Verhältnisse oder eine Wandlung der Rechtsanschauungen ist nicht ersichtlich.

E. 4.4.4

Im Gegenteil begrüsst ein anderer Teil der Lehre die bundesgerichtliche Lösung. In Anlehnung an BGE 78 II 230 wird darauf hingewiesen, dass das eigentlich einseitige

Konkurrenzverbot mit der Vereinbarung einer Karenzenschädigung zum zweiseitigen Vertrag werde. Wie bei allen zweiseitigen Verträgen könne die Arbeitgeberin nicht einfach durch einseitigen Verzicht auf das Konkurrenzverbot ein Dahinfallen der Karenzenschädigung erreichen. Etwas anderes gelte nur, wenn sich die Arbeitgeberin dies vertraglich vorbehalten habe. Mit anderen Worten könne ein Konkurrenzverbot mit Karenzenschädigung nur einvernehmlich aufgehoben werden BGE 151 III 544 S. 550 (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 340a OR mit Hinweis auf Art. 115 OR ; vgl. auch DAVID HEEB, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR , 2016, S. 142; PETER BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1989, S. 138). Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer nur scheinbar vom Wegfall des Konkurrenzverbots profitieren würde. Denn ein einseitiges Kündigungsrecht würde der Arbeitgeberin ermöglichen, je nach Wertentwicklung der Konkurrenzenthaltung auf das Konkurrenzverbot zu verzichten. Als Folge wäre der Arbeitnehmer stets schlechter gestellt. Ohne vorgängige vertragliche Vereinbarung eines Kündigungsrechts des Konkurrenzverbots könne dies nicht zulässig sein. Zudem sei zu beachten, dass die Karenzenschädigung der Abschwächung der negativen Folgen des Konkurrenzverbots diene. Erweise sich der vom Verbot betroffene Tätigkeitsbereich nicht nur für die Arbeitgeberin, sondern auch für den Arbeitnehmer als wirtschaftlich nicht mehr interessant, so solle der Arbeitnehmer nicht auch noch die Karenzenschädigung verlieren. Denn umgekehrt könne auch der Arbeitnehmer nicht einseitig auf die Karenzenschädigung verzichten und sich dergestalt vom Konkurrenzverbot befreien (CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 82 f.). In die gleiche Richtung argumentiert COTTI. Er erwähnt die Konstellation, in der das Interesse der Arbeitgeberin am Konkurrenzverbot aus Gründen schwindet, die sie selbst zu vertreten hat. Diesfalls sei das Vertrauen des Arbeitnehmers in die vertragsgemässe Ausrichtung der Karenzenschädigung zu schützen. Dieser solle wählen können, ob das Konkurrenzverbot samt Karenzenschädigung bestehen bleibe oder ob die Konkurrenzabrede mittels Aufhebungsvertrags ("contrarius actus") aufgelöst werde (LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 142 Rz. 349).

E. 4.4.5

Daraus folgt, dass für eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Veranlassung besteht. Die Voraussetzungen für eine Praxisänderung (siehe hiervor E. 4.4.2) sind nicht erfüllt.

E. 4.5

Was die Beschwerdeführerin im Übrigen gegen die vorinstanzlichen Erwägungen vorbringt, dringt nicht durch. So argumentiert sie, der Beschwerdegegner habe sein Einverständnis mit dem Wegfall des Konkurrenzverbots erklärt. Nachdem sie ihm am 28. September 2021 mitgeteilt habe, dass sie das Konkurrenzverbot samt BGE 151 III 544 S. 551 Karenzenschädigung kündige, habe er geantwortet, ihm stehe es nun frei, konkurrenzierende Tätigkeiten aufzunehmen. Damit begründet die Beschwerdeführerin keine Willkür in der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung. Insbesondere legt sie nicht hinreichend dar, dass der Beschwerdegegner den Willen äusserte, auf die Karenzenschädigung zu verzichten. Sie führt nicht aus, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfiel, indem sie keine einvernehmliche Aufhebung des Konkurrenzverbots und der Karenzenschädigung feststellte. Inwiefern der Beschwerdeführerin ein ausserordentliches Kündigungsrecht zugestanden haben soll, erschliesst sich aus ihren Ausführungen ebenfalls

nicht.

E. 4.6

Nach dem Gesagten gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin die Ziffer 13 des Arbeitsvertrags vom 6. Februar 2008 nicht einseitig kündigen können. Ihre Mitteilung vom 28. September 2021 liess das Konkurrenzverbot und die Karenzenschädigung nicht dahinfallen.

E. 5

(...)

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, dass Ersatzeinkünfte und insbesondere die Leistungen der Arbeitslosenversicherung auf die Karenzenschädigung anzurechnen seien.

E. 5.3.1

REHBINDER/STÖCKLI, die es der Arbeitgeberin auch ohne vertragliche Vereinbarung erlauben wollen, einseitig auf das Konkurrenzverbot zu verzichten und die Karenzenschädigung mit einer Frist zu kündigen, stellen sich auf den Standpunkt, bis zum Ablauf der Frist müsse sich der Arbeitnehmer auf die Karenzenschädigung anrechnen lassen, was er "aufgrund der Befreiung im Konkurrenzbereich verdient oder zu verdienen unterlässt". Sie plädieren für eine analoge Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR, wonach sich bei Annahmeverzug des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 5 zu Art. 340c OR; vgl. auch VISCHER/MÜLLER, a.a.O., § 21 Rz. 51; SUBILIA/DUC, a.a.O., N. 24 zu Art. 340c OR). Diese Konstellation liegt nicht vor. Denn wie dargelegt, konnte die Beschwerdeführerin die Ziffer 13 des Arbeitsvertrags vom 6. Februar 2008 nicht einseitig kündigen. Ihre Mitteilung vom 28. September 2021 liess das Konkurrenzverbot und die Karenzenschädigung nicht dahinfallen. BGE 151 III 544 S. 552

E. 5.3.2

Davon unabhängig weist die Lehre zutreffend darauf hin, dass die Karenzenschädigung keinen Schadenersatz darstellt, sondern die Konkurrenzenthaltung abgilt. Daher ist sie unabhängig davon geschuldet, ob der ehemalige Arbeitnehmer während der Dauer des Konkurrenzverbots etwas verdient, ob er sich um eine Stelle bemüht, ob ihn das Konkurrenzverbot tatsächlich behindert oder ob er den Beruf wechselt (vgl. dazu BGE 101 II 277 E. 1a). Entsprechend muss er sich auch nicht auf die Karenzenschädigung anrechnen lassen, was er schuldhaft zu verdienen unterlässt. Auch Arbeitslosengelder sind nicht anzurechnen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots in einem synallagmatischen Nebenvertrag erfolgt, wobei die Karenzenschädigung das Entgelt für die Unterlassung einer konkurrierenden Tätigkeit des Arbeitnehmers bildet. Sie ist Gegenleistung für die abstrakte Beeinträchtigung durch das Konkurrenzverbot, also für die Beeinträchtigung der Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt. Deswegen ist sie unabhängig vom Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitnehmers geschuldet. Anders würde es sich nur verhalten, wenn die Parteien die Karenzenschädigung vertraglich als Lohngarantie ausgestaltet hätten, die einen Minderverdienst des Arbeitnehmers ausgleichen soll (vgl. RÄBER, a.a.O., S. 175 f.

Rz. 599 f.; STAEHELIN, a.a.O., N. 25 zu Art. 340 OR ; HEEB, a.a.O., S. 140; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 340a OR ; NEERACHER, a.a.O., S. 58; BOHNY, a.a.O., S. 122 f., 138; BRÜHWILER, a.a.O., N. 7b zu Art. 340 OR).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.