

BGer 4A_312/2009 vom 23. September 2009

Bundesgericht, 2009-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_312_2009

FR: TF 4A_312/2009 du 23 septembre 2009

IT: TF 4A_312/2009 del 23 settembre 2009

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich nur gegen Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG zulässig, d.h. gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind nur Endentscheide, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbständig eröffnete Massnahmenentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, Bestand haben, stellen dagegen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar. Gegen solche ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann (BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 86 f. mit Hinweisen). Die angefochtene Massnahme hat nur für die Dauer des Hauptverfahrens und unter der Bedingung, dass dieses eingeleitet wird, Bestand. Ob die zitierte Rechtsprechung (BGE 134 I 83 E. 3) ohne Weiteres Anwendung findet, wenn für das Hauptverfahren nichtstaatliche Gerichte zuständig sind, braucht nicht näher erörtert zu werden. Die Voraussetzung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils wäre zwar wohl gegeben (der Beschwerdeführer riskiert, seine Kundschaft zu verlieren), die Beschwerdeschrift enthält allerdings einerseits keine diesbezüglichen Ausführungen (vgl. BGE 134 III 426 E. 1.2 in fine S. 429) und andererseits kann auf die Beschwerde, wie zu zeigen sein wird, mangels hinreichender Begründung ohnehin nicht eingetreten werden.

E. 2

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Im Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist die Praxis zum Rügeprinzip gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG (vgl. dazu BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.) weiterzuführen (BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

E. 3

Nach Art. 326 Ziff. 3 lit. b ZPO /BE kann der Richter auf Gesuch eines Beteiligten als vorsorgliche Massnahme eine einstweilige Verfügung treffen, sofern ihm glaubhaft gemacht wird, dass der Erlass einer solchen sich zum Schutze von andern als auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten, fälligen Rechtsansprüchen, rechtfertigt, da bei nicht sofortiger Erfüllung dem Berechtigten ein erheblicher oder nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Diese Voraussetzung war nach Auffassung der Vorinstanz

erfüllt, da bei summarischer Prüfung die Standpunkte beider Parteien etwas für sich hätten. Für die Annahme des Beschwerdeführers, die Konventionalstrafe könne nur alternativ zur Realerfüllung verlangt werden, spreche die Tatsache, dass überall dort, wo der Verlust eines Mandates auf engen persönlichen Beziehungen zum austretenden Partner beruhe, ein Realerfüllungsanspruch in der Regel wenig hilfreich sei. Auf der anderen Seite habe sich der erstinstanzliche Richter äusserst sorgfältig mit den verschiedenen Auslegungsmethoden auseinandergesetzt und auf begründete Anhaltspunkte hingewiesen, die für eine kumulative Konventionalstrafe sprächen. Überzeugend wirke namentlich der Ansatz, wonach Mandatsabgänge nur mit einer kumulativen Konventionalstrafe wirkungsvoll verhindert werden könnten, da sonst durch einen einzigen Verstoss gegen die Konkurrenzverbotsklausel - mit anschliessender Bezahlung der Konventionalstrafe - das Konkurrenzverbot für alle weiteren Mandate ausser Kraft gesetzt werden könnte. Dies könne vernünftigerweise nicht dem Parteiwillen entsprochen haben.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt in zweifacher Hinsicht eine Verletzung von Art. 9 BV. Zum einen ver falle die Vorinstanz in Willkür, indem sie im Rahmen der summarischen Kognition den Wahrscheinlichkeits- oder Plausibilitätsgrad der beiden Auslegungen (kumulative oder alternative Konventionalstrafe) als ungefähr gleich hoch beurteilt habe. Selbst wenn diese Beurteilung aber zutreffen sollte, verletze die Vorinstanz Art. 9 BV, da sie ausser Acht lasse, dass gemäss Art. 160 Abs. 1 OR eine gesetzliche Vermutung zu Gunsten des alternativen Charakters der Konventionalstrafe bestehe. Nur bei einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass die Vermutung von Art. 160 Abs. 1 OR nicht zutref fe, könne von einer Glaubhaftmachung des Gegenteils einer gesetzlichen Präsumption gesprochen werden. Erweise sich demgegenüber die vom "Gesetz bevorzugte" Version als mindestens ebenso wahrscheinlich wie die vom Gesuchsteller behauptete, sei der für die Glaubhaftmachung des Gegenteils der gesetzlichen Präsumption erforderliche überwiegende Wahrscheinlichkeitsgrad nicht erfüllt.

E. 3.2

Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen).

E. 3.3

Der Beschwerdeführer beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dem Bundesgericht zu schildern, weshalb seiner Meinung nach bei Einforderung der Konventionalstrafe nach Ziff. 12 ABV keine Realerfüllung mehr verlangt werden könne. Dabei reichert er seine Ausführungen nach Belieben mit Sachverhaltselementen an, die dem Entscheid der Vorinstanz nicht zu entnehmen sind, ohne auch nur ansatzweise darzulegen, inwiefern die entsprechenden Tatsachen in Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte nicht berücksichtigt worden sein sollten (Art. 98 BGG). Derartige appellatorische Kritik genügt

den Begründungsanforderungen nach Art. 106 Abs. 2 BGG in keiner Weise, weshalb nicht darauf einzutreten ist. Zudem verkennt der Beschwerdeführer, dass der Richter sich beim Erlass vorsorglicher Massnahmen mit einer vorläufigen rechtlichen Würdigung begnügen kann, da er sonst der Entscheidung des Hauptprozesses vorgreifen würde. Der Anspruch des Gesuchstellers ist vorsorglich zu schützen, wenn er sich nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (BGE 108 II 69 E. 2 S. 72 mit Hinweisen).

E. 3.4

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, gemäss dem Aktionärbindungsvertrag sei für jedes betroffene Mandat 50 % des auf dieses entfallenden Jahreshonorars als Konventionalstrafe geschuldet. Es treffe offensichtlich nicht zu, dass es der Schuldner bei einer alternativen Konventionalstrafe in der Hand hätte, durch einen einzigen Verstoss das Konkurrenzverbot für alle weiteren Mandate ausser Kraft zu setzen. Vielmehr sei die Konventionalstrafe für jedes einzelne Mandat geschuldet. Das einzige Argument der Vorinstanz zu Gunsten einer kumulativen Konventionalstrafe sei offensichtlich unrichtig.

E. 3.5

Die Vorinstanz hat bezüglich der Punkte, welche für eine kumulative Konventionalstrafe sprechen, auf die sorgfältigen Erwägungen im Entscheid des erstinstanzlichen Richters verwiesen, insbesondere auf die Aktennummern pag 233 und 234, was S. 20/21 des erstinstanzlichen Urteils entspricht. Sie hat ein Argument besonders hervorgehoben, durch die Verwendung des Wortes "namentlich" aber deutlich gemacht, dass sie dem erstinstanzlichen Richter auch im Übrigen folgt. Selbst wenn die von der Vorinstanz explizit aufgeführte Erwägung offensichtlich unzutreffend wäre, wie der Beschwerdeführer behauptet, wäre damit nicht dargetan, inwiefern der angefochtene Entscheid auch im Ergebnis unhaltbar sein sollte. Auch wenn die Konventionalstrafe für jedes weiterbetreute Mandat geschuldet ist, ändert dies nichts daran, dass die Beschwerdegegner bei einer alternativen Konventionalstrafe nur für 1/3 des Honorars entschädigt würden, welches ihnen in den 18 Monaten des Kundenschutzes entgeht. Mit dieser Argumentation des erstinstanzlichen Richters setzt sich der Beschwerdeführer nicht hinreichend auseinander. Dies wäre zur rechtsgenügenden Begründung der Beschwerde aber notwendig, da gerade das Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse für eine kumulative Natur der Konventionalstrafe spricht (BGE 122 III 420 E. 2a S. 422; GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, Rz. 598 S. 123, je mit Hinweisen).

E. 3.6

Auch soweit der Beschwerdeführer sich auf Art. 160 Abs. 1 OR beruft, genügt er den Begründungsanforderungen nicht. Er beschränkt sich darauf zu behaupten, für die Glaubhaftmachung des Gegenteils der gesetzlichen Präsomption sei ein überwiegender Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich. Woraus sich dies ergeben sollte, bleibt offen.

E. 3.6.1

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325; 120 II 393 E. 4c S. 398; je mit Hinweisen). Der Gesuchsgegner kann allerdings das Glaubhaftmachen des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht besteht (Urteile des Bundesgerichts P.903/1987 vom 28. Oktober 1987 E. 3, publ. in: SMI 1990 I S. 226 ff. S. 228; 4P.64/2003 E. 3.1, publ.

in: sic! 12/2003 S. 984 f.). Massgebend bleibt aber auch insoweit, ob sich der geltend gemachte Anspruch nach einer summarischen Prüfung der Tat- und Rechtsfragen gestützt auf die Vorbringen beider Parteien als aussichtslos erweist (BGE 108 II 69 E. 2 S. 72 mit Hinweisen; zit. Urteil P.903/1987 E. 3).

E. 3.6.2

Art. 160 Abs. 1 OR regelt das Verhältnis der Strafe zur Vertragserfüllung, wenn die Parteien diesbezüglich nichts vereinbart haben (vgl. Kummer, in: Berner Kommentar, 1962, N. 341 f. zu Art. 8 ZGB). Daher tragen die Beschwerdegegner die Beweislast für die Vereinbarung einer kumulativen Konventionalstrafe (so schon Becker, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1941, N. 34 zu Art. 160 OR ; ebenso Couchepin, a.a.O., Rz. 601 S. 123). Sie müssen nicht nur glaubhaft machen, dass überhaupt eine Konventionalstrafe vereinbart wurde, sondern auch, dass diese kumulativ zur Erfüllung geschuldet ist. Weshalb in diesem einen Punkt strengere Anforderungen zu stellen wären als bezüglich aller anderen Anspruchsvoraussetzungen, für welche die Beschwerdegegner die Beweislast tragen, legt der Beschwerdeführer nicht ansatzweise dar. Der Verweis auf Art. 160 Abs. 1 OR ist unbehelflich, da diese Bestimmung lediglich die Beweislastverteilung regelt und nicht etwa qualifizierte Anforderungen an den Nachweis des kumulativen Charakters der Konventionalstrafe stellt. Das Bundesgericht und die Lehre sprechen sich im Gegenteil bei Konkurrenzverboten für weniger strenge Anforderungen an den Nachweis des kumulativen Charakters der Konventionalstrafe aus (so schon BGE 46 II 399 E. 2 S. 401; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., 1929, N. 6 zu Art. 160 OR ; für die neuere Lehre: Couchepin, a.a.O., Rz. 599 S. 123 mit Hinweisen).

E. 4

Die vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen erweisen sich als nicht hinreichend begründet (Art. 106 Abs. 2 BGG). Somit ist auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

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