

# **BGer 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005**

Bundesgericht, 2005-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.360\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.360_2004)

FR: TF 4C.360/2004 du 19 janvier 2005

IT: TF 4C.360/2004 del 19 gennaio 2005

## **Regeste**

Kaufvertrag; Konkurrenzverbot | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der angefochtene Endentscheid ist berufungsfähig, da er eine Zivilrechtsstreitigkeit mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- betrifft und er mit keinem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel angefochten werden kann ( Art. 46 und Art. 48 Abs. 1 OG ). Auf die form- und fristgerechte Berufung ist daher grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.2**

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, sofern sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder wegen fehlerhafter Rechtsanwendung im kantonalen Verfahren zu ergänzen sind (Art. 63 Abs. 2 und 64 Abs. 2 OG). Die Partei, welche den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen. Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozessrechtskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, welche über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als unzulässige Noven ( Art. 55 Abs 1 lit c OG ). Für eine blosser Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz ist die Berufung nicht gegeben ( BGE 127 III 248 E. 2c; 115 II 484 E. 2a S. 486). Diese Vorschriften gelten auch für die Berufungsantwort. Der Kläger ist daher nicht zu hören, soweit er - ohne eine der genannten Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz geltend zu machen - von einem Sachverhalt ausgeht, der von diesen Feststellungen abweicht. Dies gilt insbesondere bezüglich der Angabe, der Vertragsfriede sei Ende 2000 massiv gestört gewesen, da die Beklagte ihre Zahlungsfristen gegenüber dem Kläger nicht eingehalten habe.

### **E. 1.3**

Die Begründung eines Rechtsmittels muss aus ihm selbst hervorgehen ( BGE 110 II 78 E. 1; 115 II 83 E. 3 S. 84 f.). Die Angabe des Klägers, die Anschlussberufung werde zum integrierenden Bestandteil der Berufung erklärt, ist demnach unbeachtlich.

### **E. 1.4**

Der Kläger macht geltend, der Agent habe gemäss Art. 418d OR einen unabdingbaren Anspruch auf eine Entschädigung, wenn er mit einem Konkurrenzverbot belastet werde, da

er wie der Vertragsfahrer selbständig arbeite und den Arbeitnehmerschutz entbehren müsse. Diese Ausführungen sind nicht entscheidungsrelevant, da der Kläger nicht geltend macht, er sei für die Beklagte als Agent tätig gewesen, was auch nicht ersichtlich ist.

### **E. 2.1**

Das Obergericht führte zusammengefasst aus, die Annahme des Bezirksgerichts, die Parteien hätten keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen, sei zutreffend und werde vom Kläger auch nicht angefochten. Hingegen mache er geltend, es sei von einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis auszugehen, auf welches bezüglich des Konkurrenzverbots die entsprechenden zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts anzuwenden seien. Von arbeitnehmerähnlichen Personen werde gesprochen, wenn sie sich im Rahmen eines Auftragsverhältnisses zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichteten und von ihrem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig seien. Damit sei die Verpflichtung zur Arbeitsleistung eine unentbehrliche Voraussetzung eines arbeitsvertragsähnlichen Verhältnisses. Aus der "Vereinbarung Transportaufträge" ergebe sich keine Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Arbeit für die Beklagte, da der Kläger jeweils frei habe entscheiden können, ob er die von der Beklagten angebotenen Fahrten ausführen wolle oder nicht. Damit fehle die erste Voraussetzung eines arbeitsvertragsähnlichen Verhältnisses, weshalb ein solches - unabhängig davon, ob die zweite Voraussetzung der wirtschaftlichen Abhängigkeit vorliege - zu verneinen sei. Demnach rechtfertige sich die analoge Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsrechts über das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 ff. OR nicht.

### **E. 2.2**

Der Kläger macht geltend, das Obergericht hätte die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Prozessparteien als arbeitsvertragsähnliches Verhältnis nicht allein am Fehlen der Arbeitspflicht des Klägers scheitern lassen dürfen. Das Fehlen der Arbeitspflicht, d. h. die an sich unbestrittene rechtliche Möglichkeit des Klägers, auf die Ausführung eines vermittelten Transportauftrags zu verzichten, würde an Bedeutung verlieren, wenn die Tatsache berücksichtigt werde, dass der Kläger während 7 Monaten zu 100 % durch die Beklagte beschäftigt worden sei und alle von ihr vermittelten Aufträge ausgeführt habe. Gemäss diesem gelebten Vertragsverhältnis habe er faktisch eine Arbeitspflicht erfüllt, was für die Vertragsqualifikation ausschlaggebend sei.

### **E. 2.3**

Da dem Kläger mit der "Vereinbarung Transportaufträge" keine Verpflichtung auferlegt wurde, für die Beklagte eine Arbeitsleistung zu erbringen bzw. Transportaufträge auszuführen, ist das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu verneinen. Zu beachten ist jedoch, dass bei Dauerschuldverhältnissen, in welchen die eine Partei wirtschaftlich von der andern abhängig ist, die Schutzbedürftigkeit der schwächeren Vertragspartei die sinngemässe Anwendung zwingender Vorschriften erheischen kann, welche das Gesetz für verwandte Vertragstypen vorsieht. Voraussetzung ist allerdings stets, dass sich der Regelungsgedanke bestimmter gesetzlicher Schutzvorschriften auf das konkrete Vertragsverhältnis übertragen lässt. Ob und für welche Bestimmungen dies zutrifft, ist im Einzelfall ausgehend von der Bedeutung zu beurteilen, die der Vertrag für die schwächere Vertragspartei einnimmt. Massgebend sind die Art und das Ausmass der Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Vertragspartei ( BGE 118 II 157 E. 4a/aa S. 163 f.).

### **E. 2.4**

Ob diese Voraussetzungen für die analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Regelung des Konkurrenzverbots im vorliegenden Fall gegeben sind, kann offen bleiben, da gemäss der nachstehenden Erwägung ein Verstoß gegen diese Regelung ohnehin zu verneinen ist.

### **E. 3.1**

Der Kläger macht geltend, das vertragliche Konkurrenzverbot sei mit der arbeitsrechtlichen Regelung gemäss Art. 340 ff. OR nicht vereinbar. Diese lasse ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 Abs. 2 OR nur zu, wenn der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnten. Der Kläger habe zwar die Kunden der Beklagten gekannt, für die er selber gefahren sei. So habe er die Preise gekannt, welche die C. \_\_\_\_\_ AG bezahlt habe. Es brauche jedoch qualifizierte Kenntnisse über Kunden, beispielsweise über das Kundenprofil, Kontaktpersonen etc. Entsprechende Kenntnisse habe der Kläger nicht gehabt. Da der Kläger auch keine Berufsgeheimnisse der Beklagten gekannt habe, sei das Konkurrenzverbot somit unzulässig gewesen. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Beklagte durch den Wechsel des Klägers zur C. \_\_\_\_\_ AG lediglich die mit dem Kläger vereinbarten Provisionen verloren und damit keinen erheblichen Schaden erlitten habe. Zudem habe die Beklagte durch ihr Verhalten Anlass zur Kündigung gegeben, weshalb das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR dahinfalle.

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist ( Art. 340a Abs. 1 OR ). Entscheidend ist dabei, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt ( BGE 130 III 353 E. 2). Um genügende Interessen des Arbeitgebers sicherzustellen, sieht Art. 340 Abs. 2 OR vor, dass die Verpflichtung, sich jeder den Arbeitgeber konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, nur verbindlich ist, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Die Schädigungsmöglichkeit durch Einblick in den Kundenkreis ist insbesondere zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer mit den Kunden seines Arbeitgebers in Kontakt gekommen und mit deren Wünschen und Anliegen bekannt geworden ist und damit die Möglichkeit hat, allfällige Angebote erfolgversprechend zu gestalten und frühzeitig auf die konkreten Bedürfnisse des Kunden auszurichten (Urteil des Bundesgerichts 4C.186/1994 vom 29. August 1994 E. 4b/aa; vgl. auch BGE 61 II 90 E. 2 S. 93; 81 II 152 E. 2b S. 154). Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot insbesondere dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Die in den Art. 340 ff. OR enthaltene Regelung ist analog auch auf Abwerbverbote anzuwenden, da diese die berufliche Entfaltung des Arbeitnehmers bei einem kleinen Markt in ähnlicher Weise behindern können wie Konkurrenzverbote. Die Regelung verlangt eine Beurteilung der Interessen im Einzelfall und erlaubt damit sehr wohl auch zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsbeschränkung die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers tatsächlich beeinträchtigt. Die Regelung bietet damit genügend Raum, dem

unterschiedlichen Ausmass der Bindung Rechnung zu tragen. Insofern müssen von vornherein für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, sofern diese nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ohnehin unzulässig sind ( BGE 130 III 353 E. 2.2.1 S. 357).

### **E. 3.3**

Gemäss der schriftlichen Vereinbarung "Transportaufträge" wurde dem Kläger untersagt, während der Dauer des Auftragsverhältnisses und zwölf Monate nach dessen Beendigung, Aufträge zu tätigen, welche er während des "Arbeitsverhältnisses" mit der Beklagten durchführte. Dass der Kläger mit der C. \_\_\_\_\_ AG, für die er nach eigenen Angaben fast ausschliesslich tätig war, in Kontakt gekommen war und sie kennen lernte, wird vom Kläger nicht bestritten. Er bestreitet nur, "qualifizierte" Kenntnisse erlangt zu haben, welche jedoch nicht erforderlich sind. Zudem ist der Beklagten durch den Wechsel des Klägers zur C. \_\_\_\_\_ AG ein Provisionsverlust von über Fr. 10'000.-- und damit ein erheblicher Schaden entstanden. Demnach sind die gemäss Art. 340 Abs. 2 OR vorausgesetzten Interessen der Beklagten gegeben. Bezüglich der Beschränkung der wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit des Klägers ist zu berücksichtigen, dass das Abwerbverbot sich tatsächlich nur auf drei Unternehmen bezog, für welche er während des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten Fahrten ausführte. Dass der vom Kläger bediente Markt für Transportaufträge klein ist und von diesen drei Unternehmen beherrscht wird, macht der Kläger nicht geltend. Vielmehr bringt er vor, dass die Beklagte alle grösseren potentiellen Auftraggeber im Einzugsgebiet des Klägers zu ihren Kunden zähle, so dass der Kläger bei einem umfassenden Konkurrenzverbot kaum die Möglichkeit gehabt habe, für eine Vollzeitbeschäftigung genügend andere Aufträge zu akquirieren. Da jedoch kein solches Konkurrenzverbot, sondern bloss ein auf drei Unternehmen beschränktes Abwerbverbot vereinbart wurde, ist eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Klägers zu verneinen, zumal das Verbot auf ein Jahr beschränkt war. Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagte habe Anlass zur Kündigung des Vertragsverhältnisses gesetzt, ist er nicht zu hören, weil er sich insoweit auf einen Sachverhalt stützt, der im angefochtenen Urteil keine Stütze findet (vgl. E. 1.2 hiervor). Damit verstösst das vereinbarte nachvertragliche Abwerbverbot nicht gegen die Regelung des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots. Das Obergericht hat demnach, selbst wenn mit dem Kläger von der analogen Anwendbarkeit dieser Regelung ausgegangen würde, kein Bundesrecht verletzt, wenn es von der grundsätzlichen Zulässigkeit des vereinbarten Abwerbverbots und der entsprechenden Konventionalstrafe ausgegangen ist.

### **E. 4.1**

Das Obergericht ging davon aus, die analoge Anwendung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) komme nicht in Betracht. Zur Begründung führte das Obergericht zusammengefasst an, wesentliches Merkmal des Personalverleihs sei die Überlassung von Arbeitnehmern. Eine solche Konstellation liege nicht vor, da der Kläger kein Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sei und auch kein arbeitsvertragsähnliches Vertragsverhältnis vorgelegen habe. Bei der Arbeitsvermittlung gehe es darum, dass der Vermittler Stellensuchende und Arbeitgeber mit dem Ziel zusammenführe, dass diese einen Arbeitsvertrag abschliessen. Da die Beklagte keine Stelle vermittelt, sondern nur einzelne Aufträge zur Ausführung überlassen habe, komme auch die

analoge Anwendung der Regelung über die private Arbeitsvermittlung nicht in Frage.

#### **E. 4.2**

Der Kläger macht dem Sinne nach geltend, das Obergericht habe verkannt, dass sich das Vertragsverhältnis der Parteien nicht wesentlich von einem Arbeitsvermittlungsvertrag unterscheide. Der einzige Unterschied liege darin, dass der Kläger mit dem Auftraggeber formell keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, obwohl er praktisch ausschliesslich für ein und dasselbe Unternehmen gefahren sei, nämlich die C.\_\_\_\_\_ AG. Bei einem Arbeitsvermittlungsvertrag sei jedoch jede Abrede unzulässig, die es dem Arbeitnehmer verbiete, zu einem anderen Vermittler zu gehen. Durch den Übertritt des Klägers zur C.\_\_\_\_\_ AG habe die Beklagte zudem lediglich den Provisionsanspruch bzw. ihre Entschädigung für die Administrationsleistungen von 8 % verloren. Dies entspreche der Arbeitsverleihung, bei welcher der Verleiher ebenfalls nur seine Provision verliere, wenn der Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb wechsele. Demnach müsse Art. 19 Abs. 2 AVG zur Anwendung gebracht werden, welcher die Erschwerung des Übertritts des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb als nichtig erkläre.

#### **E. 4.3**

Die Arbeitsvermittlung erfasst die Vermittlung zwischen Stellensuchenden und Arbeitgebern (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111). Personalverleih liegt vor, wenn der Verleiher einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt ( Art. 26 AVV ).

#### **E. 4.4**

Da der Kläger während des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten keine Arbeitsstelle suchte und die Beklagte ihm auch keine solche vermittelte, sondern ihm bloss Transportaufträge zuteilte bzw. von ihm ausführen liess, hat das Obergericht zu Recht abgeleitet, es liege keine Arbeitsvermittlung vor. Selbst wenn ein arbeitsvertragsähnliches Vertragsverhältnis der Parteien bejaht würde, könnte nicht von einem Personalverleih ausgegangen werden, weil die Beklagte der C.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Kläger keine wesentlichen Weisungsbefugnisse abgetreten hatte, sondern ihn lediglich beauftragte, insbesondere für diese Gesellschaft Transporte durchzuführen, wobei es dem Kläger freigestanden hätte, die Übernahme dieser Transporte abzulehnen. Demnach hat das Obergericht zu Recht angenommen, die Bestimmungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes seien im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

#### **E. 5.1**

Nach Art. 163 Abs. 3 OR können übermässig hohe Konventionalstrafen vom Gericht nach seinem Ermessen herabgesetzt werden. Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 129 III 380 E. 2 S. 381 f., 715 E. 4.4 S. 725).

### **E. 5.2**

Das Obergericht ging davon aus, selbst wenn mit dem Bezirksgericht von einem Schaden der Beklagten von maximal Fr. 19'200.-- ausgegangen würde, könne eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.-- nicht als übermässig bezeichnet werden, da damit überwiegend Schaden abgegolten und nur sekundär eine pönale Sanktion erzielt werde. Der den Schaden übersteigende Teil der Konventionalstrafe entspreche lediglich zwei bis drei Monatslöhnen eines Chauffeurs und könne auch von daher nicht als übermässig bezeichnet werden. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertige sich auch angesichts des schweren Verschuldens des Klägers nicht. Dieser habe sich bedenkenlos über die eingegangene Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung hinweggesetzt und unmittelbar nach der Auflösung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten eine Tätigkeit als selbständiger Vertragsfahrer für die C.\_\_\_\_\_ AG aufgenommen.

### **E. 5.3**

Der Kläger beantragt subeventuell die Kürzung der Konventionalstrafe. Zur Begründung führt er aus, bei der Herabsetzung einer Konventionalstrafe sei die Höhe des Schadens weder das einzige noch das zentrale Kriterium. Daneben müssten auch die wirtschaftliche Lage der Parteien, die Art der vertraglichen Verpflichtung und das Verhalten der Parteien berücksichtigt werden. Auf Grund des Vertragsverhältnisses und den Parallelen zum Arbeitsvertragsrecht ergebe sich, weshalb im konkreten Fall eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.-- unbillig, ja ungerecht sei. Demnach sei diese wenigstens stark zu kürzen, d.h. wesentlich deutlicher als dies das Bezirksgericht Kulm getan habe.

### **E. 5.4**

Mit diesen Ausführungen legt der Kläger nicht dar, inwiefern das Obergericht sein Ermessen bezüglich der Kürzung einer Konventionalstrafe überschritten haben soll, was auch nicht ersichtlich ist. Demnach ist bezüglich der unterlassenen Kürzung der Konventionalstrafe eine Bundesrechtsverletzung zu verneinen.

### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ). Bei der Bemessung der Parteientschädigung wird die Mehrwertsteuer im Rahmen des geltenden Tarifs pauschal berücksichtigt (Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 8. Mai 1995).

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