

*Urteil*

## Konkurrenzverbot: Ablieferung des Gewinns

Verstösst ein handlungsbevollmächtigter Arbeitnehmender gegen ein Konkurrenzverbot und tätigt Geschäfte auf eigene Rechnung, kann der Geschäftsführer die Ablieferung des erzielten Gewinns fordern. Es ist nicht notwendig, dass er verlangt, die Geschäfte selbst übernehmen zu können.

### Sachverhalt

A. (Beschwerdeführer) arbeitete ab 1. Juli 2000 als Leiter der Abteilung Heizung im Betrieb der X. AG (Beschwerdegegnerin). Er gehörte der Geschäftsleitung an, war handlungsbevollmächtigt und führte selbständig eine Zweigstelle in Y., wobei er in dieser Funktion unter anderem für den Abschluss von Verträgen sowie das Erstellen und Visieren von Rechnungen zuständig war.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag hält unter anderem fest, dem Beschwerdeführer sei «jegliche private Erwerbstätigkeit ohne schriftliche Einwilligung der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates ... untersagt».

Ende Mai 2002 kündigte A. das Arbeitsverhältnis per Ende November 2002. Am 30. Juli 2002 stellte ihm X. ein in jeder Hinsicht gutes Arbeitszeugnis aus.

Nach dem Austritt von A. stiess X. bei Räumungsarbeiten auf Hinweise, dass dieser während des Arbeitsverhältnisses unter Verwendung ihrer Infrastruktur auf privater Basis und gegen Entgelt Aufträge im Heizungsbereich (Planungsarbeiten, Ausarbeiten von Kostenvorschlägen und Offerten, Rechnungsstellung und dergleichen) für Dritte ausgeführt hatte. X. erstattete Strafanzeige, worauf gegen A. ein Strafverfahren wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und mehrfacher Urkundenfälschung durchgeführt wurde, wobei X. adhäsonsweise eine Schadenersatzforderung geltend machte.

A. wurde erstinstanzlich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gesprochen, von der Anklage der mehrfachen Urkundenfälschung hingegen freigesprochen. Das Kantonsgericht sprach A. mangels eines Vermögensschadens auch vom Vorwurf der unge-

treuen Geschäftsbesorgung frei. Die Schadenersatzforderung von X. hatte bereits das erstinstanzliche Strafgericht auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, was unangefochten blieb.

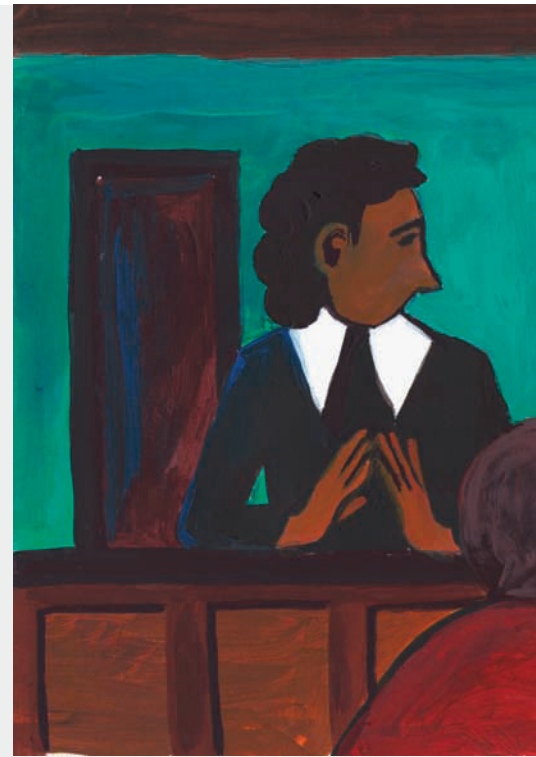
Am 21. Juni 2010 klagte X. gegen A. auf Zahlung von 23 595 Franken nebst 5 % Zins. Der eingeklagte Betrag entsprach den Einnahmen des Beschwerdeführers aus der während des Arbeitsverhältnisses ausgeübten Nebentätigkeit.

Mit Entscheid vom 21. Oktober 2010 hiess das Kreisgericht die Klage im Umfang von 15 000 Franken (Einnahmen von A. aus der Nebentätigkeit abzüglich einer Entschädigung für die eigene Arbeit) nebst 5 % Zins seit dem 14. März 2008 gut. Im Übrigen wies es die Klage ab.

### Aus den Erwägungen

**2** A. wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 464 OR vor.

**2.1** Die Vorinstanz erachtete es – im Gegensatz zur Erstinstanz – zunächst als fraglich, ob aus Art. 321b OR ein Herausgabeanspruch des Arbeitgebers für Einkünfte des Arbeitnehmers aus vertragswidrig ausgeübter Nebentätigkeit hergeleitet oder ob hierfür gegebenenfalls ergänzend die arbeitsvertragsfremde Bestimmung von Art. 423 OR herangezogen werden könne. A. habe jedoch nicht nur dem in Art. 321a Abs. 3 OR geregelten Verbot der Schwarzarbeit unterstanden, sondern als Handlungsbevollmächtigter auch dem gesetzlichen Konkurrenzverbot von Art. 464 OR. A. habe gegen das Verbot verstossen, als handlungsbevollmächtigter Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Arbeitgebers auf eigene Rechnung Geschäfte zu machen (Art. 464 Abs. 1 OR). Der Ar-



beitgeber könne daher nach Art. 464 Abs. 2 OR die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen, wobei dies auch einen Anspruch auf Abschöpfung der vom Handlungsbevollmächtigten aus diesen Geschäften erlangten Vorteile umfasse. Ein Herausgabeanspruch von X. für die Einnahmen von A. aus der konkurrenzierenden Nebentätigkeit ergebe sich damit, wenn auch möglicherweise nicht aus Art. 321b OR, so doch jedenfalls aus Art. 464 Abs. 2 OR. Ob der von der Erstinstanz vorgenommene Abzug für die eigene Arbeitskraft zu Recht und in zutreffendem Umfang erfolgt sei, könne mangels Anschlussberufung offengelassen werden; eine Erhöhung des Abzugs falle jedenfalls ausser Betracht.

**2.2.1** Nach Art. 464 Abs. 1 OR darf der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht, ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören. Der Vertreter darf also nicht die gleichen Produkte oder Dienstleistungen anbieten wie der Prinzipal. Die Bestimmung dient dem Schutz des Geschäftsherrn und will Interessenkollisionen vermeiden, die insbesondere dann drohen würden, wenn der Vertretungsbefugte

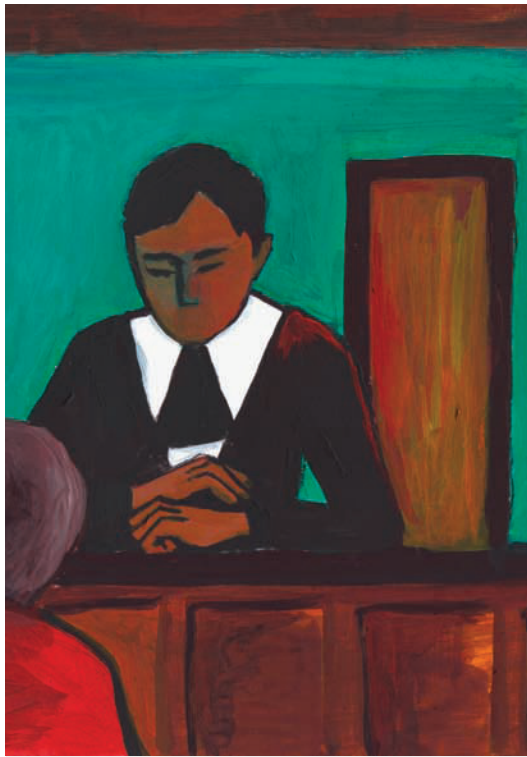


Illustration: Christine Ruff

je nach Belieben für den Geschäftsherrn oder in eigenem Interesse tätig werden könnte.

Nach herrschender Auffassung bezieht sich das Konkurrenzverbot von Art. 464 Abs. 1 OR nur auf den Abschluss von Rechtsgeschäften, die der Vertreter statt für den Prinzipal mit sich selbst oder für einen Dritten abschliesst, während tatsächliche Handlungen für einen Dritten nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen.

**2.2.2** A. war handlungsbevollmächtigt und führte eine Zweigstelle von X. Er hat nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid während des Arbeitsverhältnisses mit X. für verschiedene Drittunternehmen, die mit seiner Arbeitgeberin in direktem Wettbewerb standen, gegen Entgelt mehrere Aufträge im Heizungsbereich ausgeführt. Die entsprechende Tätigkeit übte A. überwiegend in den Geschäftsräumen von X. aus und nutzte dabei auch die dort vorhandene Spezialinfrastruktur. Nach vorinstanzlicher Feststellung hat ihm der spezifisch ausgestattete Arbeitsplatz von X. die von dieser beanstandete Tätigkeit für Dritte überhaupt erst ermöglicht.

Angesichts dieser Feststellungen im angefochtenen Entscheid verfährt der pauschal erhobene Einwand von A. nicht, das von den Konkurrenzunternehmen erhaltene Entgelt sei reiner Arbeitslohn und seine Dienstleistungen als bloss tat-

sächliche Handlungen für Dritte zu verstehen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 464 OR fallen sollen. Insbesondere geht daraus hervor, dass A. gerade nicht in die Arbeitsorganisation der Konkurrenzunternehmen eingegliedert war, worauf auch X. zutreffend hinweist. Unabhängig davon, ob die konkret erbrachten Dienstleistungen im Rahmen eines Auftrags (Art. 394 ff. OR) oder eines Werkvertrags (Art. 363 ff. OR) erfolgten, ist die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass A. damit für eigene Rechnung Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, die zum Geschäftszweig von X. gehören und von Art. 464 Abs. 1 OR erfasst werden.

Unerheblich ist dabei, ob die fraglichen Konkurrenzunternehmen die entsprechenden Geschäfte an X. vergeben hätten oder diese interessiert gewesen wäre, die konkreten Dienstleistungen selbst zu erbringen. Dem kaufmännischen Vertreter soll der Anreiz zu einem Geschäft in denselben Geschäftszweigen unabhängig davon genommen werden, ob der Geschäftsherr das konkrete Geschäft abgeschlossen hätte oder er selbst einen Gewinn hätte erzielen können. Entscheidend ist vielmehr, dass die von A. erbrachten Dienstleistungen zu den Geschäftszweigen von X. gehörten und für Drittunternehmen erbracht wurden, die mit X. in direktem Wettbewerb stehen. Die damit verbundene Gefährdung der Wettbewerbsinteressen von X. ist evident und dem handlungsbevollmächtigten A. war es aufgrund seines besonderen Treueverhältnisses nach Art. 464 Abs. 1 OR verwehrt, entsprechende Geschäfte ohne Einwilligung des Geschäftsherrn zu machen. Dass X. die abgeschlossenen Geschäfte genehmigt hätte, macht A. zu Recht nicht geltend.

**2.3** Bei Übertretung des Konkurrenzverbots von Art. 464 Abs. 1 OR kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen (Art. 464 Abs. 2 OR). Hat der Prokurist beziehungsweise Handlungsbevollmächtigte das fragliche Geschäft in eigenem Namen abgeschlossen, kann der Geschäftsherr die Ablieferung aller daraus tatsächlich erlangten Vermögenswerte verlangen. Es steht ihm demnach

ein Anspruch auf Abschöpfung des vom Vertreter bereits erzielten Gewinns zu.

Entgegen dem, was A. anzunehmen scheint, ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr ausdrücklich eine Übernahme der Geschäfte auf eigene Rechnung im Sinne von Art. 464 Abs. 2 OR verlangt. Nachdem X. – wie auch in der Beschwerde festgehalten – im kantonalen Verfahren die Herausgabe des erzielten Gewinns verlangt hat, ist der Vorinstanz keine willkürliche oder aktenwidrige Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen, wenn sie die auf Geldzahlung gerichtete Klage von X. (soweit im Berufungsverfahren noch strittig) gestützt auf diese Bestimmung geschützt hat. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht hat die Vorinstanz X., deren Begehren auf Bestätigung des kreisgerichtlichen Entscheids vom 21. Oktober 2010 lautete, weder mehr noch anderes zugesprochen, als diese selbst verlangt hatte.

**2.4** Der Vorinstanz ist keine Verletzung von Art. 464 OR vorzuwerfen, wenn sie das Verhalten des handlungsbevollmächtigten Beschwerdeführers als unzulässig erachtet und die Klage der Beschwerdegegnerin auf Gewinnherausgabe geschützt hat. Die konkrete Bemessung des Herausgabeanspruchs stellt der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht in Frage.

Es braucht somit nicht entschieden zu werden, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR beziehungsweise in analoger Anwendung von Art. 321b OR oder Art. 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden kann, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert (vgl. Art. 321a Abs. 3 OR), oder ob die arbeitsrechtlichen Bestimmungen eine Gewinnabschöpfung (im Sinne eines qualifizierten Schweigens) ausschliessen.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 28. November 2011 (4A\_345/2011)*