

Urteilkopf

137 III 607

92. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. K. gegen X. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_345/2011 vom 28. November 2011

**Regeste (de):**

Art. 464 OR; Konkurrenzverbot des Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten; Gewinnabschöpfung.

Umfang des Konkurrenzverbots des Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten; Tätigkeit für Drittunternehmen, die mit dem Geschäftsherrn in direktem Wettbewerb stehen (E. 2.2).

Art. 464 Abs. 2 OR beinhaltet einen Anspruch auf Abschöpfung des erzielten Gewinns (E. 2.3).

Art. 321a Abs. 3, Art. 321b und 423 Abs. 1 OR; Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers; Herausgabepflicht; Gewinnabschöpfung.

Frage offengelassen, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b oder 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden kann, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert (E. 2.4).

**Regeste (fr):**

Art. 464 CO; prohibition de concurrence imposée au fondé de procuration ou au mandataire commercial; remise du gain.

Etendue de la prohibition de concurrence imposée au fondé de procuration ou au mandataire commercial; activité pour une entreprise tierce en concurrence directe avec le chef de la maison (consid. 2.2).

L'art. 464 al. 2 CO confère un droit à la remise du gain réalisé (consid. 2.3).

Art. 321a al. 3, art. 321b et 423 al. 1 CO; prohibition de concurrence imposée au travailleur; obligation de restituer; remise du gain.

La remise du gain est-elle exigible aussi d'un travailleur dépourvu de pouvoir de représentation ou de procuration (sur la base de l'art. 423 al. 1 CO ou d'une application par analogie des art. 321b ou 464 al. 2 CO), lorsqu'il se livre à une concurrence irrégulière de son employeur? Question laissée indécise (consid. 2.4).

**Regesto (it):**

Art. 464 CO; divieto di concorrenza di un procuratore o di un agente di negozio; prelievo del guadagno.

Estensione del divieto di concorrenza di un procuratore o di un agente di negozio; attività per imprese terze che sono in concorrenza diretta con il padrone d'azienda (consid. 2.2).

L'art. 464 cpv. 2 CO contiene pure un diritto a prelevare il guadagno conseguito (consid. 2.3).

Art. 321a cpv. 3, art. 321b e 423 cpv. 1 CO; divieto di concorrenza di un lavoratore; obbligo di restituzione; prelievo del guadagno.

Nei confronti di un lavoratore che fa un'illecita concorrenza al suo datore di lavoro, ma non è un procuratore o un agente di negozio, può pure essere fatto valere un diritto alla consegna dell'utile (basato sull'art. 423 cpv. 1 CO risp. sull'applicazione per analogia degli art. 321b o 464 cpv. 2 CO)? Quesito lasciato indeciso (consid. 2.4).

Sachverhalt ab Seite 608

BGE 137 III 607 S. 608

A.

A.a K. (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, 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 der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis per Ende November 2002. Am 30. Juli 2002 stellte ihm die Beschwerdegegnerin ein in jeder Hinsicht gutes Arbeitszeugnis aus.

A.b Nach dem Austritt des Beschwerdeführers stiess die Beschwerdegegnerin 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 Kostenvoranschlägen und Offerten, Rechnungsstellung und dergleichen) für Dritte ausgeführt hatte.

B.

B.a Am 21. Juni 2010 klagte die Beschwerdegegnerin beim Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland mit dem Rechtsbegehren, es sei  
BGE 137 III 607 S. 609

der Beschwerdeführer zur Zahlung von Fr. 23'595.- nebst 5 % Zins seit dem 1. Dezember 2002 zu verpflichten. 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 Fr. 15'000.- (Einnahmen des Beschwerdeführers 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.

B.b Mit Entscheid vom 28. April 2011 wies das Kantonsgericht St. Gallen eine vom Beschwerdeführer gegen das Urteil des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland vom 21. Oktober 2010 erhobene Berufung ab.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 28. April 2011 sei aufzuheben und die Klage der Beschwerdegegnerin sei abzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer 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. Der Beschwerdeführer 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. Der Beschwerdeführer habe gegen das Verbot verstossen, als handlungsbevollmächtigter Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Arbeitgebers auf eigene Rechnung Geschäfte zu machen (Art. 464 Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber könne daher nach Art. 464 Abs. 2 OR die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen, wobei dies auch einen Anspruch auf Abschöpfung der vom

BGE 137 III 607 S. 610

Handlungsbevollmächtigten aus diesen Geschäften erlangten Vorteile umfasse. Ein Herausgabeanspruch der Beschwerdegegnerin für die Einnahmen des Beschwerdeführers 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

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 (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 464 OR; JÖRG SCHWARZ, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 2 zu Art. 464 OR). Die Bestimmung dient dem Schutz des Geschäftsherrn und will Interessenkollisionen vermeiden, die insbesondere dann drohen würden, wenn der Vertretungsbefugte je nach Belieben für den Geschäftsherrn oder in eigenem Interesse tätig werden könnte (vgl. HEYMANN/HENSSLER, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, N. 3 zu § 60 HGB). 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 selber oder für einen Dritten abschliesst, während tatsächliche Handlungen für einen Dritten nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen (WATTER, a.a.O., N. 6 zu Art. 464 OR; SCHWARZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 464 OR; CHRISTINE CHAPPUIS, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2003, N. 2 zu Art. 464 OR; GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1962, N. 5b zu Art. 464 OR).

2.2.2 Der Beschwerdeführer war handlungsbevollmächtigt und führte eine Zweigstelle der Beschwerdegegnerin. Er hat nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid während des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdegegnerin für verschiedene  
BGE 137 III 607 S. 611

Drittunternehmen, die mit seiner Arbeitgeberin in direktem Wettbewerb standen, gegen Entgelt mehrere Aufträge im Heizungsbereich ausgeführt. Die entsprechende Tätigkeit übte der Beschwerdeführer überwiegend in den Geschäftsräumen der Beschwerdegegnerin aus und nutzte dabei auch die dort vorhandene Spezialinfrastruktur. Nach vorinstanzlicher Feststellung hat ihm der spezifisch ausgestattete Arbeitsplatz der Beschwerdegegnerin die von dieser beanstandete Tätigkeit für Dritte überhaupt erst ermöglicht. Angesichts dieser Feststellungen im angefochtenen Entscheid verfängt der pauschal erhobene Einwand des Beschwerdeführers nicht, das von den Konkurrenzunternehmen erhaltene Entgelt sei reiner Arbeitslohn und seine Dienstleistungen als bloss tatsächliche Handlungen für Dritte zu verstehen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 464 OR fallen sollen. Insbesondere geht daraus hervor, dass der Beschwerdeführer gerade nicht in die Arbeitsorganisation der Konkurrenzunternehmen eingegliedert war (vgl. BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Urteil 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 6 ff. zu Art. 319 OR; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 26 ff. zu Art. 319 OR), worauf auch die Beschwerdegegnerin 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 der Beschwerdeführer damit für eigene Rechnung Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, die zum Geschäftszweig der Beschwerdegegnerin gehören und von Art. 464 Abs. 1 OR erfasst werden. Unerheblich ist dabei, ob die fraglichen Konkurrenzunternehmen die entsprechenden Geschäfte an die Beschwerdegegnerin vergeben hätten oder diese interessiert gewesen wäre, die konkreten Dienstleistungen selbst zu erbringen (vgl. HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 12 zu § 60 HGB). 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 selber einen Gewinn hätte erzielen können (vgl. HERBERT BUCHNER, Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Heidelberg 1995, S. 37 Rz. B115, S. 50 Rz. B165; HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 12 zu § 60 HGB). Entscheidend ist vielmehr, dass die vom Beschwerdeführer erbrachten  
BGE 137 III 607 S. 612

Dienstleistungen zu den Geschäftszweigen der Beschwerdegegnerin gehörten und für Drittunternehmen erbracht wurden, die mit der Beschwerdegegnerin in direktem Wettbewerb stehen. Die damit verbundene Gefährdung der Wettbewerbsinteressen der Beschwerdegegnerin ist evident,

und dem handlungsbevollmächtigten Beschwerdeführer war es aufgrund seines besonderen Treueverhältnisses nach Art. 464 Abs. 1 OR verwehrt, entsprechende Geschäfte ohne Einwilligung des Geschäftsherrn zu machen. Dass die Beschwerdegegnerin die abgeschlossenen Geschäfte genehmigt hätte, macht der Beschwerdeführer 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 bzw. Handlungsbevollmächtigte das fragliche Geschäft in eigenem Namen abgeschlossen, kann der Geschäftsherr die Ablieferung aller daraus tatsächlich erlangten Vermögenswerte verlangen (GAUTSCHI, a.a.O., N. 7b und 8b zu Art. 464 OR; WATTER, a.a.O., N. 8 zu Art. 464 OR; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR Bd. VII/6, 2000, S. 248 N. 4, die den Übernahmeanspruch jeweils mit der Vorteilsaneignung nach Art. 423 Abs. 1 OR gleichsetzen). Es steht ihm demnach ein Anspruch auf Abschöpfung des vom Vertreter bereits erzielten Gewinns zu (JÖRG SCHMID, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1993, N. 75 zu Art. 423 OR; vgl. auch HEYMANN/HENSSLER, a.a.O., N. 7 zu § 61 HGB).

Entgegen dem, was der Beschwerdeführer 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 die Beschwerdegegnerin - 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 der Beschwerdegegnerin (soweit im Berufungsverfahren noch strittig) gestützt auf diese Bestimmung geschützt hat. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin, deren Begehren auf Bestätigung des kreisgerichtlichen Entscheids vom 21. Oktober 2010 lautete, weder mehr noch anderes zugesprochen, als diese selbst verlangt hatte.

BGE 137 III 607 S. 613

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 bzw. 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 (gegen eine Gewinnabschöpfung: SCHMID, a.a.O., N. 82 zu Art. 423 OR; THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, 2000, S. 148 f.; zurückhaltend auch MARKUS NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, 1994, S. 452; für eine Gewinnabschöpfung: CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes, 1991, S. 141; ROLF H. WEBER, Gewinnherausgabe - Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111/1992 I S. 337 f.; HOFSTETTER, a.a.O., S. 269 Fn. 7; ALEXANDER CH. BÜRGI-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, 2005, S. 272; vgl. im Übrigen BGE 34 II 694 E. 4 hinsichtlich der Nebentätigkeit eines Dienstverpflichteten unter Verwendung des Betriebsmaterials des Dienstherrn; vgl. zum deutschen Dienstvertragsrecht STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, N. 628 zu § 611 BGB; BUCHNER, a.a.O., S. 48 ff. Rz. B161 ff.).