



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2014.32
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.03.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	19.03.2015

### Entscheid Kantonsgericht, 19.03.2015

**Art. 340c OR (SR 220). Dahinfallen des arbeitsvertraglich vereinbarten, nachvertraglichen Konkurrenzverbotes in einem Fall, in dem die Arbeitgeberin erst ordentlich und sodann fristlos den Arbeitsvertrag kündigt. Die ordentliche Kündigung lässt für die Dauer der Kündigungsfrist (auch im Falle einer Freistellung) die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht erlöschen. Setzt er mit seinem Verhalten in der Kündigungsfrist einen Grund für eine ausserordentliche Kündigung, so ist diese die für die Frage des Dahinfallens des Konkurrenzverbotes ausschlaggebende Kündigung. Art. 18 Abs. 1 und Art. 340a Abs. 1 OR. Auslegung einer Vertragsbestimmung, welche die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes mit einer Kilometerzahl umschreibt. Entscheidend ist nicht die (Fahr-)Distanz zwischen Unternehmensstandorten, sondern das Gebiet, auf welchem sich die Arbeitgeberin wirtschaftlich betätigt und in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gelangten Daten wirksam werden können (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 19. März 2015, BO.2014.32).**

III.

(...)

3. Zu prüfen ist weiter, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen sei.

a) Das Konkurrenzverbot fällt u.a. dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat (Art. 340c Abs. 2 1. Variante OR). Als begründeter Anlass in diesem Sinne fallen nur Gründe in Betracht, die vom Arbeitnehmer gesetzt bzw. zu verantworten sind. Dabei fällt jedes diesem zuzurechnende Ereignis in Betracht, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist



nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt, auch muss nicht ein wichtiger Grund vorliegen, der eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 92 II 31 E. 3).

Umstritten ist, ob aus Art. 340c Abs. 2 OR eine Pflicht fliesse, die Kündigung zu begründen. Unter anderem Vischer/ Müller postulieren dies im Falle des gutgläubigen Arbeitnehmers unter Berufung auf ein älteres Bundesgerichtsurteil (BGE 70 II 162 E. 4) bereits für die Redaktion des Entlassungsschreibens (Vischer/ Müller, a.a.O., § 21 N 41 a.E.; so auch Bohny, a.a.O., N 7.30; Geiser/ Müller (a.a.O., N 725) fordern den Wegfall des Konkurrenzverbotes erst mit der Weigerung des Arbeitgebers, die Kündigung auf Verlangen zu begründen (Art. 335 Abs. 2 und Art. 337 Abs. 1 OR), ähnlich auch Rehbindler/ Stöckli (Berner Kommentar, N 3 zu Art. 340c OR; differenzierend bei nachgereichter Begründung); andere Autoren lassen es damit sein Bewenden haben, dass der eine Kündigung nicht begründende Arbeitgeber entsprechende Beweisschwierigkeiten im Prozess zu tragen hat (Streiff/ von Kaenel/ Rudolph, N 9 zu Art. 340c OR mit Hinweisen und Überblick über den Diskussionsstand).

Die Klägerin begründete die Kündigung vom 30. März 2012 nicht eingehend, sondern verwies auf "negative Vorkommnisse", für welche man sich vorbehalte, auch eine fristlose Kündigung auszusprechen. Die Gelegenheit hierfür sah man mit der vom Beklagten ausgefüllten Arbeitgeberbescheinigung gekommen, so dass gestützt hierauf am 16. Juni 2012 "wie bereits in der Kündigung [...] angedeutet" eine fristlose Kündigung ausgesprochen wurde. Auf die negativen Vorkommnisse wollte die Klägerin dabei nicht eingehen; man habe den Beklagten telefonisch darauf angesprochen, dieser habe sich rausreden wollen. Allerdings musste der Beklagte bereits anlässlich der Kündigung vom 30. März 2012 davon ausgehen, dass die Klägerin den Anlass für die Kündigung in seiner Person sah, zumal in negativen Vorkommnissen, in welchen man auch Anlass zu einer fristlosen Kündigung zu suchen sich vorbehalte, keine objektiven, ausserhalb seiner Person gelegenen Gründe gemeint sein konnten. Nach der zitierten Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer dann auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes vertrauen, wenn die Kündigung keine Vorhaltungen an seine Person enthält ("si ... aucun reproche n'est articulé"; BGE 70 II 164 oben) und sofern er guten Glaubens ist (vgl. Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 2 al. 1 zu Art. 340c OR). Da vorliegend das Kündigungsschreiben zumindest den – wenn auch



diffusen – Hinweis, der Arbeitnehmer habe den Kündigungsgrund gesetzt, enthält, konnte der Beklagte jedenfalls nicht guten Glaubens annehmen – solches behauptet er denn auch nicht –, die Klägerin begeben sich ohne weiteres des Konkurrenzverbots, zumal auch nicht davon ausgegangen werden kann, diese habe eine nähere Begründung der Kündigung verweigert (der Beklagte behauptet und belegt auch nicht, eine solche verlangt zu haben). Das Konkurrenzverbot fiel somit nicht deshalb (durch Verzicht) dahin, weil die Klägerin die Kündigung vom 30. März 2012 nicht bzw. nur ungenügend begründete.

b) Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die fristlose Entlassung von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist, nachdem sie das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt hatte. Da, wie ausgeführt (lit. a hiervor), nicht von einem Verzicht auszugehen ist, stellt sich daher die Frage, welche Kündigung für die Frage massgeblich ist, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen ist oder nicht.

aa) Grundsätzlich kommt es darauf an, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis effektiv (BGer 4A\_233/2009 E. 3) beendet worden ist. Das Aufrechterhalten des nachvertraglichen Konkurrenzverbots rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitgeberin bei einem korrekten Verhalten des Arbeitnehmers bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, bzw. wenn nicht die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne begründeten Anlass verursacht hat. Es ist deshalb auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (BGE 130 III 353 E. 2.2.2). Das Bundesgericht hielt (im soeben zitierten und von der Vorinstanz zugrunde gelegten Entscheid) fest, bei einer vorgängigen Kündigung durch den Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass könne das Konkurrenzverbot dennoch nachträglich dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist aus einem anderen Grund beendet wurde, sei es, dass die Arbeitgeberin ohne jeglichen Grund eine fristlose Entlassung ausspreche oder dass der Arbeitnehmer wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist gerechtfertigt das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Das Bundesgericht äusserte sich damit zwar nicht zur vorliegenden Konstellation (da die Arbeitgeberin sowohl die ordentliche wie auch die fristlose Kündigung aussprach), hielt aber – verallgemeinernd und damit auch für Fälle wie den vorliegenden – zum Ersten fest, dass bei einer Abfolge von ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung die ausserordentliche Kündigung diejenige sei, welche



das Arbeitsverhältnis effektiv beende, und zum Zweiten, dass die ordentliche Kündigung nicht bewirke, dass das Verhalten der Parteien während der Kündigungsfrist für die Frage des Bestands des Konkurrenzverbotes ohne jede Bedeutung werde (E. 2.2.2 a.E.). Geiser/ Müller halten ergänzend auch für den Fall der Arbeitgeberkündigung für denkbar, dass das Verhalten des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist resp. Freistellung Anlass zu einer fristlosen Kündigung und damit zu einem Wiederaufleben des Konkurrenzverbotes zu setzen vermag (a.a.O., N 725a, für den Fall der Konkurrenzierung in der Freistellungsphase).

bb) [...]

cc) Mit dem Bundesgericht (BGE 130 III 353 E. 3.2.2) ist dafür zu halten, dass das Verhalten des Beklagten in der Kündigungsfrist und Freistellungsphase nicht ohne Belang ist. Setzt der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist mit einem gegen die Pflichten von Art. 321a OR verstossenden Verhalten einen Grund, der zu einer ausserordentlichen Kündigung führt, so ist davon auszugehen, dass es diese Kündigung war, welche das Arbeitsverhältnis beendete, selbst wenn kein wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 OR vorgelegen haben mag (wie auch in BGE 130 III 353 E. 3.2.3). Zur vorliegenden ausserordentlichen Kündigung fällt Folgendes in Betracht:

[Beurteilung des als Grund der fristlosen Kündigung geltend gemachten Verhaltens].

[Die] Kündigung liess seine Treuepflicht während der Freistellungsphase nicht erlöschen. An diese Pflicht war er bis zum 30. Juni 2012 gebunden und es lag an ihm, sich in dieser Zeit nichts zuschulden kommen zu lassen, das einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR darstellen konnte. Damit war – unabhängig davon, ob dies mit Verschulden geschah – ein i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR begründeter Anlass gegeben, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Nachdem der Beklagte in der Freistellungsphase einen begründeten Anlass gesetzt und die Klägerin darauf bei Kenntnisnahme umgehend mit der sofortigen Auflösung reagiert hat, kann er sich (unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung als solche berechtigt war oder nicht) nicht auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes durch die Kündigung vom 30. März 2012 berufen.



dd) Mit dem Beklagten ist zwar festzustellen, dass die Klägerin bereits mit der Kündigung vom 30. März 2012 klar machte, den Beklagten nicht weiter beschäftigen zu wollen. Dabei vermied sie auch den Eindruck nicht, einen Anlass zum Aussprechen einer fristlosen Kündigung eigentlich abzuwarten (dass dieselben Gründe, die zur ordentlichen Kündigung angerufen wurden, nicht später noch eine fristlose Kündigung zu begründen vermöchten [vgl. Streiff/ von Kaenel/ Rudolph, N 15 und 17 zu Art. 337 OR], musste der Klägerin aufgrund ihres Hintergrundwissens im Personalwesen klar sein). Die Klägerin konnte davon ausgehen, dass der Beklagte die Nichtweiterführung des Arbeitsverhältnisses hinnahm (die Frist zur Einsprache i.S.v. Art. 336 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 OR war zwar noch nicht ausgelaufen, doch hatte er – worüber die Klägerin vorher informiert wurde – mit Beginn ab 1. Juli 2012 Arbeitslosenentschädigung beantragt). Nimmt man strikte die Frage nach der Bekundung des fehlenden Weiterbeschäftigungswillens auf Seiten der Arbeitgeberin zum Massstab, so erscheint die ausserordentliche Kündigung vom 16. Juni 2012 als obsolet, ein ökonomischer Beweggrund für diese konnte die mögliche Einsparung von weiteren Lohnzahlungen sein, wofür das haltlose (Streiff/ von Kaenel/ Rudolph, N 24 zu Art. 337 OR) Ansinnen spricht, die fristlose Kündigung rückwirkend auf den 8. Mai 2012 auszusprechen.

Indessen greift der Beklagte zu kurz, wenn er daraus folgert, es sei einzig auf die ordentliche Kündigung vom 30. März 2012 abzustellen und er könne sich mit dem Verweis auf den dieser fehlenden berechtigten Anlass vom Konkurrenzverbot dispensieren. Zum Ersten mag der der ordentlichen Kündigung zugrunde liegende Anlass gemäss dem Kündigungsschreiben zwar wenig konkret gehalten sein. Es war dem Kündigungsschreiben aber klar zu entnehmen, dass die Klägerin die Ursache im Verhalten des Beklagten ortete. Der Beklagte wusste dies. Er behauptet und belegt nicht, den Kündigungsgrund hinterfragt oder bestritten zu haben. Ungeachtet dessen, ob die geltend gemachten Gründe gerichtlicher Klärung standzuhalten vermöchten, konnte er sich nicht gutgläubig darauf verlassen, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der ordentlichen Kündigung dahingefallen (vgl. vorne, lit. a; BGE 70 II 164 oben; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 2 al. 1 zu Art. 340c OR; Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. 1974, S. 92; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, S. 68). Zum Zweiten kann sich der Beklagte nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist auf das Dahinfallen des



nachvertraglichen Konkurrenzverbotes berufen; bis zu jenem Zeitpunkt ist er durch das während der Vertragsdauer geltende (dispositive, durch Ziff. 9 des Arbeitsvertrages bekräftigte) Konkurrenzverbot gemäss Art. 321a Abs. 3 OR gebunden, aber auch durch die übrigen Treuepflichten. Wie vorstehend (lit. cc a.E.) dargetan, konnte er sich nicht als von diesen entbunden betrachten und davon ausgehen, Verstösse dagegen blieben ohne Folgen.

Auch wenn der Wille der Klägerin, den Beklagten nicht weiter zu beschäftigen, mit der ordentlichen Kündigung bereits definitiv feststand, konnte dieser sich also nicht darauf verlassen, jene habe durch eine Kündigung ohne berechtigten Anlass auf das Konkurrenzverbot verzichtet. Er blieb insbesondere an die Treuepflichten des Arbeitsvertrages gebunden, die für ihn als leitenden Angestellten erhöhte Erwartungen an ein integrires Verhalten stellten. Der Verstoß gegen diese Pflichten während der Kündigungsfrist setzte – wie vorne, lit. cc ausgeführt – einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR, womit das Konkurrenzverbot bestehen blieb.

ee) Offen bleiben kann bei diesem Befund, ob die Berufung des gegen die Treuepflichten verstossenden Beklagten auf ein vorgängiges Dahinfallen des Konkurrenzverbotes nicht geradezu rechtsmissbräuchlich sei. Ebenfalls keiner Erörterung bedarf die These Geiser/ Müllers (a.a.O., N 725a), wonach ein Konkurrenzverbot dahinfallen könne, aber wieder aufzuleben vermöge.

4.a) Für den Fall der Gültigkeit des Konkurrenzverbotes stellt die Berufung in Frage, ob eine konkurrenzierende Tätigkeit vorliege resp. ob sie in räumlicher Hinsicht das vereinbarte Konkurrenzverbot verletze (Streiff/ von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., lit. g und e [teilweise]; Berufung, S. 14 f.). [...]

c) Gemäss Ziffer 9 des Arbeitsvertrages (kläg.act. 4) ist es dem Beklagten untersagt, die Klägerin "im Umkreis von mindestens 30 km [...] zu konkurrenzieren". Es ist umstritten, was diese bedeute resp. ob der Beklagte seine Tätigkeit in diesem Umkreis ausführte.

aa) [...]



bb) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1; 138 III 659 E. 4.2.1; BGer 4A\_318/2014 E. 2.2.1, je m.w.H.; Hueguenin et al., Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, N 278 ff.; BSK OR I-Wiegand, N 8 und 41 ff. zu Art. 18 OR).

cc) [...]

Zur Frage, wie die Angabe "30 km" zu verstehen sei, bestehen einzig die – sich widersprechenden – Darlegungen der Parteien. Beweismittel, die dafür sprechen, den Parteien habe übereinstimmend vorgeschwebt, es sei entweder auf den tatsächlichen Wirkungskreis oder aber auf die schnellste Wegstrecke per Auto zwischen den Büros abzustellen, liegen nicht vor. Es ist nach dem hypothetischen Parteiwillen zu fragen, also danach, welchen Regelungszweck die Parteien bei der Vereinbarung des Konkurrenzverbotes im Zeitpunkt des Vertragschlusses verfolgten resp. auf welchen Erklärungsinhalt die jeweilige Gegenpartei in guten Treuen vertrauen durfte. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus allgemeinen Überlegungen: Ziel der räumlichen Limitierung des Konkurrenzverbotes ist die Einschränkung auf das Gebiet, in dem sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigt, denn für einen darüber hinaus gehenden Bereich fehlt ihm ein berechtigtes Interesse, die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers auszuschalten. Innerhalb dieses Bereichs ist weiter einzugrenzen auf den Bereich, in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis offen gestandenen Daten – hier der Kundenkreis – wirksam werden, denn nur die Verwertung der dem Arbeitnehmer



gebotenen Kenntnisse soll untersagt werden dürfen. Bei der Umschreibung der Grenzziehung ist entscheidend, ob ein Konkurrenzbetrieb aufgrund der örtlichen Gegebenheiten noch in einem Wettbewerbsverhältnis zum Arbeitgeberbetrieb stehen kann; so verstanden, ist auf das (tatsächliche oder hypothetische) Kundenverhalten und auf die Geschäftstätigkeit des Konkurrenten, nicht aber auf den Firmensitz abzustellen – und es muss auch die Bearbeitung des umschriebenen Gebietes von aussen untersagt werden können (vgl. BK-Rehbinder/ Stöckli, N 2 zu Art. 340a OR; Streiff/ von Kaenel/ Rudolph, N 2 zu Art. 340a OR; Bohny, a.a.O., N 7.53). Diese Interpretation des räumlichen Geltungsbereiches wird dem Regelungszweck des Konkurrenzverbotes gerecht, den Arbeitnehmer aus der Region fernzuhalten, in welcher er vom beim Arbeitgeber erworbenen Wissen profitieren und diesem schaden kann. Die Klägerin konnte in guten Treuen darauf vertrauen, dass die Angabe "Umkreis von mindestens 30 km" in diesem Sinne verstanden werde. Demgegenüber ist die reale Länge der Autofahrstrecke zwischen den beiden Unternehmenssitzen aus der Optik des Regelungszweckes ohne jeden erkennbaren Belang und der Beklagte konnte auf diese Lesart – welche die Wirkung des konkurrierenden Wirtschaftens völlig ausblendet – nicht vertrauen.