

1923 befindet sich nicht bei den Akten, sodass das Bundesgericht gehalten ist, nach der Bedeutung, die ihm die Vorinstanz gibt, eine Mahnung anzunehmen. Die Anfrage ist übrigens am 23. Juni 1923 wiederholt worden, und in einer doppelten Aufforderung, sich zu erklären, kann sehr wohl eine Mahnung erblickt werden, auch wenn die Frageform im Briefe gewählt ist (OR Art. 102). Dass Schnyder nach der Mahnung nicht unverzüglich vorgegangen ist, sondern zuerst den erfolglosen Prozess gegen Dr. Petrig durchgeführt hat, schadet nicht.

Aber auch wenn in den durch die Kläger als blosse Anfragen hingestellten Briefen keine gültige Mahnung zu erblicken wäre, müsste die Zinsschuld seit dem von der ersten Instanz festgelegten, für den Beklagten rechtskräftig gewordenen Datum geschützt werden. Nach Art. 148 Abs. 2 OR hat der Solidarschuldner Rückgriff auf seine Mitschuldner für den zu viel bezahlten Betrag; damit stimmt Art. 497 Abs. 2 überein. Ob man diesen Rückgriff aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder mit dem gesetzlichen Übergang des Anspruches begründet, macht nichts aus; die Verzinslichkeit, die durch Art. 402 und 422 OR zugunsten des Beauftragten und negotiorum gestor vorgesehen ist, gilt auch bei Berufung auf den gesetzlichen, nicht vertraglichen Übergang des Gläubigerrechtes (vgl. Roos, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, S. 40).

51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 1931 i. S. Küng gegen P. Gimmi & C^{ie}.

Konkurrenzverbot im Dienstvertrag.

Der Dienstherr verliert seinen Anspruch wegen Verletzung desselben auch dann, wenn die Aufhebung des Vertrages durch ordentliche Kündigung geschehen ist, sofern er durch sein Verschulden dem Dienstpflichtigen einen wichtigen Grund gegeben hat.

Der Begriff des wichtigen Grundes nach OR Art. 360 Abs. 2 stimmt mit demjenigen des Art. 352 OR nicht überein; nach Art. 360 Abs. 2 genügt ganz allgemein ein Grund, der vernünftigerweise einen erheblichen Anlass zur Kündigung bildet.

A. — Durch Dienstvertrag vom 24. November 1923 stellte die Beklagte Firma P. Gimmi & C^{ie}, Papierhandlung in St. Gallen den Kläger, Willy Küng, als Reisenden für die Westschweiz, Basel und einen Teil des Kantons Bern an. Sein Monatsgehalt betrug ursprünglich 300 Fr. und wurde im Laufe der Zeit auf 525 Fr. erhöht. Ausserdem erhielt er eine Umsatzprovision von 2% auf den von ihm eingebrachten Aufträgen, und es wurden ihm die Spesen vergütet. Für allfällige Unregelmässigkeiten hatte er der Dienstherrin eine Kaution zu stellen, die zuletzt in einem Stammanteil der Schweizerischen Volksbank von 1000 Fr., einer Obligation von Dubied & C^{ie} von 1000 Fr. und drei Obligationen der Hypothekarbank Winterthur von zusammen 1500 Fr. bestand. Ziffer 14 des Vertrages bestimmte: « Ferner verpflichtet sich Herr Willy Küng, während zwei Jahren nach seinem eventuellen Austritt aus der Firma P. Gimmi & C^{ie} weder auf dem Gebiet hiesiger Stadt, noch auf dem Gebiet derjenigen Kantone, die Herr Willy Küng für die Firma P. Gimmi & C^{ie} bereiste, weder ein gleiches Geschäft wie dasjenige der Firma P. Gimmi & C^{ie} zu gründen oder zu führen, noch in irgendwelcher Weise in einem solchen beteiligt oder betätigt zu sein. Die Konventionalstrafe beträgt 5000 Fr., welche letzterer Betrag sofort nach Verletzung des Vertrages ausbezahlt werden müsste. »

Auf Ende Oktober 1929 kündigte der Kläger den Vertrag. Dann trat er sofort als Reisender bei E. Ziegler-Huber, Papiere en gros, in Zürich ein, um für diese Firma dasselbe Gebiet zu bereisen, wie für die Beklagte. Als er von dieser Bezahlung des ausstehenden Monatslohens von 525 Fr. und der angeblich ausstehenden Provision von 350 Fr., sowie Herausgabe der hinterlegten Wertschriften verlangte, wurde ihm dies unter Berufung auf die Übertretung des Konkurrenzverbotes verweigert.

B. — Am 16. Mai 1930 hat Willy Küng gegen P. Gimmi & C^{ie} Klage mit den Rechtsbegehren erhoben :

a) Die Beklagte habe dem Kläger zu bezahlen 525 Fr. Gehalt für den Monat Oktober 1929 nebst 5% Zins seit 1. November 1929,

b) 350 Fr. ca. als Provision für 1. Juli bis 31. Oktober 1929 nebst 5% Zins seit 1. November 1929.

c) Die Beklagte habe dem Kläger die als Kautions geleisteten Wertschriften herauszugeben.

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und folgende Widerklage gestellt :

a) Der Kläger habe der Widerklägerin eine Schuld von 4194 Fr. 05 Cts. nebst 5% Zins seit 1. November 1929 anzuerkennen und zu bezahlen, unter Anerkennung des Pfandrechtes an den hinterlegten Wertpapieren von zusammen 3500 Fr.

b) Er habe ihr das von ihm erstellte Kundenverzeichnis auszuhändigen.

D. — Das Bezirksgericht St. Gallen hat die Klage am 11. November 1930 abgewiesen und die Widerklage geschützt.

E. — Das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen hat durch Entscheid vom 19. März 1931 das Urteil der ersten Instanz bestätigt.

F. — Gegen das Urteil des Kantonsgerichtes hat der Kläger und Widerbeklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag auf Guttheissung der Klage und Abweisung der Widerklage gestellt.

G. — . . .

Aus den Erwägungen :

1. — Die Widerklage ist auch für das Schicksal der Hauptklage entscheidend und soll daher zuerst geprüft werden. Der Kläger hat ihr gegenüber weder die Zulässigkeit des Konkurrenzverbotes angefochten, noch die Übertretung in Abrede gestellt, noch die Höhe der Vertragsstrafe beanstandet ; somit ist ausschliesslich über

seine Einwendung zu entscheiden, er habe einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrages gemäss Art. 360 Abs. 2 OR gehabt, sodass das Konkurrenzverbot dahingefallen sei. Nach dieser Richtung wirft sich zunächst die Frage auf, ob der Kläger, um sich auf Art. 360 Abs. 2 OR zu berufen, nicht gehalten gewesen wäre, die sofortige Auflösung des Vertrages nach Art. 352 OR zu erklären, statt vertraglich zu kündigen. Er hat in der Tat geltend gemacht, er habe ursprünglich mündlich den sofortigen Austritt erklärt, doch habe sich die Beklagte geweigert, ihn sofort zu entlassen, sodass er zur Kündigung genötigt gewesen sei. Die Beweise für diese Behauptung brauchen jedoch nicht abgenommen zu werden. Nach der vom Bundesgericht schon am 18. September 1908 i. S. Perrenoud gegen Borel fils & C^{ie} (Journal des Tribunaux 1909 S. 168) vertretenen Auffassung, die im Urteil vom 1. Juli 1930 i. S. Blum & C^{ie} gegen Derichsweiler (BGE 56 II S. 274 ff.) bei Auslegung des Art. 360 Abs. 2 OR in ausführlicher Weise gutgeheissen worden ist, verliert der Dienstherr seinen Anspruch aus der Verletzung des Konkurrenzverbotes auch dann, wenn die Aufhebung des Vertrages auf dem Wege der ordentlichen Kündigung geschehen ist, sofern er durch sein eigenes Verschulden dem Dienstpflichtigen einen wichtigen Grund gegeben hat. In dem zuletzt zitierten Urteil war freilich über den umgekehrten Fall zu erkennen, wo der Dienstpflichtige dem Dienstherrn keinen wichtigen Grund geboten hatte und wo der Dienstherr auf dem Wege der vertraglichen Kündigung vorgegangen war. Es begründet jedoch keinen Unterschied, wer gekündet hat, und das Bundesgericht hat damals denn auch ganz allgemein und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum (BECKER, Kommentar, Note 5 zu Art. 360, FICK, Kommentar, Note 8 zu Art. 360, Lang, Der Dienstvertrag S. 49 Ziff. 4, Verrey, La Prohibition de concurrence dans le contrat de travail, p. 58) ausgesprochen, dass als Aufhebung im Sinne des Art. 360 Abs. 2 OR auch die Auflösung unter Innehaltung der Kündigungsfrist zu

verstehen sei. Es soll in der Tat auch der Rechtsstellung des Dienstpflichtigen nicht schaden, wenn er nicht sofort zurücktritt, sondern auf den nächsten Termin kündigt, um das Risiko einer irrümlichen Rechtsauffassung zu vermeiden, und nachdem er, wie im vorliegenden Fall, noch ausdrücklich durch den Dienstherrn auf die Folgen einer unbegründeten plötzlichen Vertragsauflösung aufmerksam gemacht worden ist (BECKER, Kommentar, Note 5 zu Art. 360 OR).

2. — Der Begriff des wichtigen Grundes im Sinne des Art. 360 Abs. 2 OR stimmt nicht mit demjenigen des Art. 352 OR überein (BGE 56 II S. 277), weshalb die Ergebnisse der Rechtsprechung zu Art. 352 nicht ohne weiteres übernommen werden dürfen, trotzdem in beiden Bestimmungen derselbe Ausdruck verwendet wird. Nach Art. 360 Abs. 2 genügt ganz allgemein ein Grund, der nach vernünftiger Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung des Dienstvertrages bildet.

Das Bundesgericht ist in dem genannten Entscheid (BGE 56 II S. 277) allerdings davon ausgegangen, die gegenteilige Auffassung, nach welcher der wichtige Grund des Art. 360 demjenigen des Art. 352 OR entsprechen würde, käme einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Benachteiligung des Dienstherrn gleich. Allein das traf nur für den damals streitigen Tatbestand zu, während im vorliegenden Fall die strenge Auslegung des wichtigen Grundes nach Art. 352 OR den Dienstnehmer, der gekündigt hat, beeinträchtigen würde. Die hier vertretene Interpretation kommt also beiden Vertragsparteien zu gut, je nachdem die eine oder andere Anlass zur Beendigung des Dienstverhältnisses gegeben hat: Wenn der Dienstherr infolge vertragswidrigen Verhaltens des Dienstpflichtigen kündigen will, soll er nicht wegen einer zu strengen Auslegung des wichtigen Grundes gezwungen werden, entweder das Konkurrenzverbot zu verlieren, oder die Kündigung zu unterlassen, und wenn der Dienstpflichtige kündigen will, soll das Verhalten des Dienstherrn

nicht nach Art. 352 gewürdigt werden, damit jener nicht Gefahr läuft, ein unhaltbar gewordenes Dienstverhältnis nur mit Rücksicht auf das Konkurrenzverbot fortzuführen. Materiell rechtfertigt sich eine von Art. 352 OR abweichende, weitherzigere Auslegung des wichtigen Grundes, weil bei Art. 352 gerade im Hinblick auf die Plötzlichkeit der Auflösung Anforderungen gestellt werden müssen, die bei Art. 360 Abs. 2 wegfallen, da hier die Auflösung auch durch Kündigung erfolgen kann; ausserdem muss allgemein gesagt werden, dass für den Dienstvertrag ein gewisses persönliches Einvernehmen der Parteien unerlässlich ist und dass es deshalb mit den guten Sitten nicht verträglich wäre, wenn ein Verhältnis, bei dem jenes Einvernehmen wegen des Betragens einer Partei nicht mehr gewährleistet ist, ohne dass ein wichtiger Grund zur plötzlichen Auflösung bestünde, auf unbestimmte Zeit durchgehalten werden müsste, nur weil die eine oder andere Partei am Fortbestand oder Hinfall eines Konkurrenzverbotes interessiert ist.

(Dem deutschen Recht ist dieser Gedanke zwar nicht bekannt; für die plötzliche Auflösung des Dienstvertrages durch den Dienstpflichtigen wegen vertragswidrigen Verhaltens des Dienstherrn gelten dieselben Voraussetzungen, wie für den Wegfall des Konkurrenzverbotes, da § 75 des HGB ausdrücklich auf § 70 und 71 verweist, und es hat der Dienstpflichtige denn auch entgegen der oben für das schweizerische Recht vertretenen Auffassung fristlos zu kündigen, wenn er den Wegfall des Wettbewerbsverbotes erreichen will (STAUBS Kommentar zum HGB 13. Aufl. Anm. 2 zu § 75 S. 498). Allein es ist zu beachten, dass das deutsche Handelsgesetzbuch in der Gestalt vom 10. Juni 1914 insofern grundsätzlich auf einem andern Boden steht, als nach § 74 Abs. 2 Konkurrenzverbote überhaupt nur verbindlich sind, wenn sich der Dienstherr verpflichtet, für die Dauer des Verbotes eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbotes mindestens die Hälfte der von dem Angestellten zuletzt bezogenen vertragsmässigen Leistungen erreicht.)