

*Urteil***Realerfüllung des Konkurrenzverbots**

Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes ist nur in Ausnahmefällen zu gewähren. Neben den verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers braucht es ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers, wie etwa die Nutzung von Mitteln des alten Arbeitgebers oder eine Vereinbarung, wonach sich der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe vom neuen Arbeitgeber bezahlen lässt.

Sachverhalt

A. stand seit 15. März 2008 in einem Arbeitsverhältnis mit X. Zunächst war er als Associate Product Manager tätig, zuletzt als International Product Manager. Der Arbeitsvertrag vom Februar 2008 enthält ein Konkurrenzverbot mit besonderer schriftlicher Realerfüllungsabrede i.S.v. Art. 340b Abs. 3 OR. Am 23. Januar 2012 kündigte A. das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2012. Am 24. Januar 2012 bestätigte X. die Kündigung, hielt fest, dass das Arbeitsverhältnis per 30. April 2012 ende, und stellte A. per sofort frei. In der Folge stellte X. der Vorinstanz ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen bzw. um Erlass eines vorsorglichen Verbots der konkurrenzierenden Tätigkeit an A. Gegen den abweisenden Entscheid der Vorinstanz erhob X. Berufung ans Obergericht.

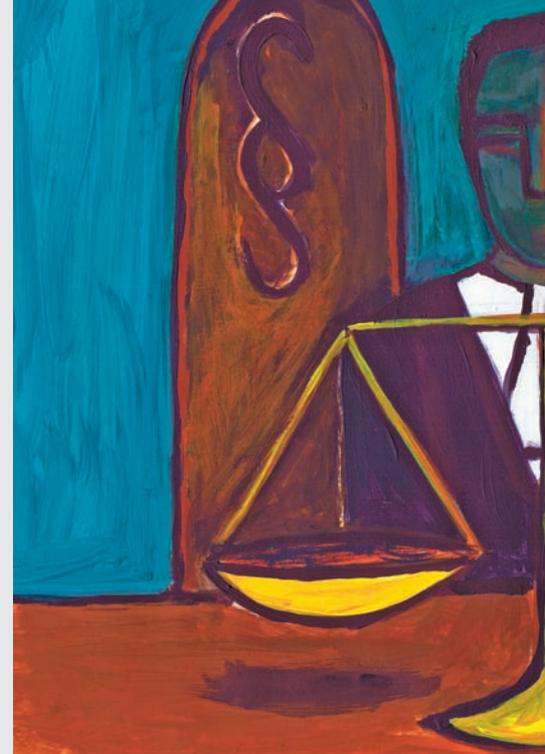
Aus den Erwägungen

10.6.1 Der Arbeitsvertrag enthält eine formgültig abgeschlossene Realerfüllungsvereinbarung im Sinn von Art. 340b Abs. 3 OR.

Die Realerfüllung ist grundsätzlich nur in Ausnahmefällen zu gewähren. Die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers müssen die Beseitigung der Konkurrenzfähigkeit rechtfertigen. Vorausgesetzt ist hierfür einerseits eine Gefährdung oder Verletzung erheblicher Interessen des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber muss besonders gewichtige Gründe dafür haben, die Einhaltung des Verbots zu verlangen. Gemeint ist damit in der Regel vorbehaltlich des Vorliegens besonderer immaterieller Interessen der hypothetische Schaden, der aufgrund der Verletzung droht. Zu verlangen ist zumindest, dass dieser deut-

lich grösser ist als die vereinbarte Konventionalstrafe und eine konkrete Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Schadens besteht. Die Realerfüllung darf indes nicht auf eigentliche Notfälle beschränkt oder davon abhängig gemacht werden, dass der vom Arbeitgeber glaubhaft gemachte Schaden dessen Unternehmen existenziell bedroht. Daher darf die Realerfüllung auch Grossbetrieben oder Konzerngesellschaften nicht von vornherein verwehrt werden. Vorausgesetzt ist andererseits ein besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Darunter fallen nach Lehre und Rechtsprechung etwa die Nutzung von Mitteln des alten Arbeitgebers, eine Vereinbarung, wonach sich der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe vom neuen Arbeitgeber bezahlen lässt, oder ganz allgemein ein Verhalten des Arbeitnehmers, das jegliche Bereitschaft, sich an das vereinbarte Verbot zu halten, vermissen lässt.

Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei Art. 340b Abs. 3 OR dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Wenn es, wie hier, um die vorsorgliche Realerfüllung geht, kommt der Interessenabwägung im Rahmen der Nachteilsprognose besondere Bedeutung zu. Je einschneidender die vorsorgliche Massnahme den Arbeitnehmer treffen kann, desto höhere Anforderungen sind an die Glaubhaftmachung, an die Prognose über den Ausgang der Streitigkeit in der Hauptsache und an die Würdigung der Nachteile, die für die Parteien durch die Massnahme entstehen können, zu stellen. Je eher somit die vorsorglichen Massnahmen geeignet sind, die Lage des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen, umso grösser müssen die Nachteile des Ar-



beitgebers und die Erfolgchancen der Hauptsache sein.

10.6.2 A. hat sich im Zusammenarbeitsvertrag vom 17./23. Januar 2012 von der N. nicht nur die Bezahlung der Konventionalstrafe, sondern auch die unlimitierte Übernahme sämtlicher möglicher Kostenfolgen zusichern lassen. Er hat sich, offenkundig im Bewusstsein, dass eine Realerfüllungsabrede besteht und er ein bestehendes Konkurrenzverbot verletzt, für den Fall abgesichert, dass X. die Realerfüllung durchsetzen würde und könnte. Damit hat er ein Verhalten an den Tag gelegt, das jegliche Bereitschaft vermissen lässt, sich an das vereinbarte Verbot zu halten. Bereits dies erscheint als besonders treuwidrig im dargelegten Sinn. Darüber hinaus sind sowohl A. als auch N. offensichtlich davon ausgegangen oder haben zumindest damit gerechnet, dass X. ein Realerfüllungsrecht hat und dieses durchsetzen wird und kann. Angesichts des grob erscheinenden Vertragsbruchs durch A. sind die Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse nicht hoch anzusetzen.

A. hat sodann im Fall der Gewährung der Realerfüllung für die Dauer der einjährigen Sperrfrist ab 1. Mai 2012 keinerlei finanzielle Einbussen zu gewärtigen und überdies die Gewähr, dass er nach Ablauf der Sperrfrist die Stelle zu den gleichen Konditionen für mindestens drei Jahre antreten kann. Dadurch



Illustration: Christine Barf

Urteil

Kündigung kurz vor Pensionierung

Die Entlassung ein Jahr vor der Pensionierung aufgrund leicht abnehmender Leistungen ist missbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer nie verwahrt wurde. Es wäre eine sozialverträglichere Lösung zu suchen.

Sachverhalt

Mit Vertrag vom 17. August 1998 wurde der am 25. April 1947 geborene A. als Fachmann Betriebsunterhalt von einem Unternehmen angestellt, das später zur X. SA wurde. Mit Schreiben vom 13. Januar 2011 kündigte X. das Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2011. A. war damals 64 Jahre alt und hatte gut zwölf Jahre im Betrieb verbracht; er erhob Einsprache gegen die Kündigung.

A. verklagte X. auf Zahlung von 47 385 Franken als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Das erstinstanzliche Gericht entschied, dass die Kündigung missbräuchlich war; es verurteilte X. zur Zahlung einer Entschädigung von 31 590 Franken, was vier Monatslöhnen entsprach.

Das Appellationsgericht bestätigte das angefochtene Urteil. Seine Überlegungen lassen sich folgendermassen zusammenfassen: A. war ungenügend motiviert. Bei der Festlegung der Ziele für 2011 rund zwei Monate vor der Entlassung hatte X. darauf hingewiesen, A. solle nicht nachlassen, man sei nach wie vor auf ihn angewiesen, so dass der Betroffene daraus objektiv kein Entlassungsrisiko ableiten konnte. Die Offerten von A. wurden ebenso gut und schnell erstellt wie diejenigen seines Kollegen; seine Leistung lag zwar etwa ein Fünftel unter derjenigen eines anderen Kollegen, aber dieser war bedeutend jünger und besonders leistungsfähig.

Aus den Erwägungen

2. A. stand nach über zehn Dienstjahren bei X. etwa ein Jahr vor der Pensionierung. Obwohl seine Motivation mangelhaft war, entsprach seine Arbeit wie in den Vorjahren weiterhin den Erwartungen von X. und war somit genügend. Zwei Monate nach einer mehr oder weniger befriedigenden Beurteilung erhielt er die Entlassung. Aus dem angefoch-

tenen Urteil geht nicht hervor, dass A. zwischen dem Zeitpunkt der letzten Beurteilung und der Entlassung spürbar nachgelassen hätte, dass er vorher verwahrt worden wäre oder dass die Verantwortlichen bei X. eine für A. weniger einschneidende Lösung gesucht hätten.

Der Sachverhalt unterscheidet sich wesentlich von demjenigen im Urteil 4A_419/2007, das von X. geltend gemacht wurde, denn hier war der Arbeitnehmer erst 55 Jahre alt und mehrmals verwahrt worden, sodass er sich der Gefahr einer Entlassung bewusst werden konnte, falls sich seine Leistungen nicht bessern sollten; auch nach der Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz war er nicht in der Lage, genügende Leistungen zu erbringen. Der Sachverhalt hat hingegen grosse Ähnlichkeit mit dem BGE 132 III 115, wo auf missbräuchliche Kündigung erkannt wurde: Hier ging es um einen Arbeitnehmer, der 14 Monate vor Erreichen des gesetzlichen Rentenalters zwar langsam war, aber zufriedenstellende Leistungen erbrachte und ohne Versuch einer sozial verträglicheren Lösung entlassen wurde.

Es entspricht dem normalen Lebensverlauf, dass ein Arbeitnehmer ein Jahr vor der Pensionierung möglicherweise weniger motiviert ist als ein Junger; dies befreit den Arbeitgeber nicht davon, Rücksicht auf eine Person zu nehmen, die seit langer Zeit in seinen Diensten steht, solange sie ihre Aufgaben objektiv zufriedenstellend verrichtet.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 18. Februar 2013 (4A_558/2012) (Übersetzung aus dem Französischen)

unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von den üblicherweise beurteilenden Fällen betreffend vorsorgliche Arbeitsverbote und den üblicherweise mit einem solchen Verbot verbundenen gravierenden negativen Folgen für den Arbeitnehmer.

Da atypischerweise weder die Realerfüllung selbst noch deren vorsorgliche Anordnung A. einschneidend treffen können, sind – entgegen der Auffassung der Vorinstanz und von A. – keine erhöhten Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse und an dessen Glaubhaftmachung zu stellen. Dass der hypothetische Schaden, der X. droht, deutlich grösser ist als die vereinbarte Konventionalstrafe von 50 000 Franken und bei Aufnahme der geplanten konkurrenzierenden Tätigkeit von A. eine konkrete Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Schadens besteht, ist hinreichend glaubhaft gemacht. Ein besonders krass treuwidriges Verhalten von A., welches hier in Frage steht, könnte die Realerfüllung im Übrigen sogar in einem Fall rechtfertigen, in welchem das Schadenspotenzial allein diese noch nicht nahegelegt hätte. Auch die Erfolgchancen der Hauptsache sind hinreichend glaubhaft gemacht. Die Klage erscheint klar als begründet.

Entscheidung des Obergerichts Luzern, 25. April 2012 (1B 12 9)