Urteilskopf

91 II 372

54. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Oktober 1965 i.S. Nahrin AG gegen Anderhalden.
Regeste (de):
Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden. Konkurrenzverbot. Konventionalstrafe. Ersatz der Reiseauslagen.

1. Ob einem Kleinreisenden (Art. 3 Abs. 2 HRG) ein Konkurrenzverbot auferlegt werden darf (Art. 5 Abs. 3 HRAG, Art. 356 OR), beurteilt sich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles (Erw. 4).

2. Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Konkurrenzverbotes (Art. 356 OR). War ein Kundenkreis vorhanden? (Erw. 5). Erhielt der Reisende Einblick in diesen Kreis? (Erw. 6). Ist anzunehmen, er könnte den Dienstherrn durch Verwendung dieses Einblicks erheblich schädigen? (Erw. 7).

3. Einschränkung des Konkurrenzverbotes (Art. 357 OR) nach Ort, Gegenstand und Zeit (Erw. 8). Beginn der Frist, für die das Verbot gilt; Hinfall eines allfälligen Anspruchs auf Einstellung der verbotenen Konkurrenztätigkeit (Art. 359 Abs. 3 OR) infolge Ablaufs dieser Frist (Erw. 9).

4. Hinfall des Konkurrenzverbotes wegen Verschuldens des Dienstherrn im Sinne von Art. 360 Abs. 2 OR? (Erw. 10).

5. Herabsetzung der Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR (Erw.11).

Regeste (fr):
Conditions d'engagement des voyageurs de commerce. Prohibition de faire concurrence. Peine conventionnelle. Remboursement des frais de voyage.

1. On décidera selon les circonstances particulières de chaque cas si l'on peut imposer une prohibition de faire concurrence (art. 5 al. 3 LEVC; art. 356 CO) à un voyageur au détail (art. 3 al. 2 LVC) (consid. 4).

2. Conditions de validité d'une prohibition de concurrence (art. 356 CO). Existence d'une clientèle? (consid. 5). Le voyageur de commercepouvait-il connaître cette clientèle? (consid. 6). Peut-il, en mettant à profit sa connaissance de la clientèle causer un sensible préjudice à l'employeur? (consid. 7).

3. Restriction de la prohibition de faire concurrence (art. 357 CO) dans l'espace ou le temps, ou selon son objet (consid. 8). Point de départ du délai de la prohibition; déchéance, en raison de l'écoulement de ce délai, du droit éventuel d'exiger que la contravention prenne fin (art. 359 al. 3 CO) (consid. 9).

4. La prohibition de faire concurrence a-t-elle cessé en raison d'une faute de l'employeur au sens de l'art. 360 al. 2 CO? (consid. 10).

5. Réduction de la peine conventionnelle en vertu de l'art. 163 al. 3 CO (consid.11).

Regesto (it):
Condizioni di impiego dei viaggiatori di commercio. Divieto di concorrenza. Pena convenzionale. Rimborso delle spese di trasferta.

1. Si deciderà secondo le speciali circostanze del singolo caso se ad un viaggiatore al minuto (art. 3 cpv. 2 LVC) può essere imposto un divieto di concorrenza (art. 5 cpv. 3 LICV; art. 356 CO) (consid. 4).

2. Presupposti per l'ammissibilità di un divieto di concorrenza (art. 356 CO). C'era una clientela? (consid. 5). Il viaggiatore poteva conoscerla? (consid. 6). Si deve ammettere che egli, approfittando della conoscenza della clientela, potrebbe cagionare al padrone un danno considerevole? (consid. 7).

3. Limitazione del divieto di concorrenza (art. 357 CO) nel tempo e nello spazio e secondo l'oggetto (consid. 8). Inizio del termine di divieto; decadenza di un eventuale diritto di esigere la cessazione dell'attività concorrenziale proibita (art. 359 cpv. 3 CO), per il motivo che questo termine è spirato (consid. 9).

4. Decadenza del divieto di concorrenza per colpa del padrone nel senso dell'art. 360 cpv. 2 CO? (consid. 10).

5. Riduzione della pena convenzionale giusta l'art. 163 cpv. 3 CO (consid.11).

Sachverhalt ab Seite 374

A.- Die Nahrin AG in Sarnen stellt Nahrungsmittel her, die sie durch Kleinreisende fast ausschliesslich an Private verkaufen lässt. Am 3. Juni 1957 trat Karl Anderhalden in Sachseln als Reisender in ihren Dienst. Am 1. Januar 1958 schloss sie mit ihm unter Verwendung eines von ihr erstellten Formulars einen schriftlichen Vertrag, der ihm den Kanton Nidwalden und die Obwaldner Gemeinden Engelberg, Kerns und Sachseln als Reisegebiet zuwies, sein Monatsgehalt auf Fr. 600.– festsetzte, für Umsätze über Fr. 2000.– im Monat eine "Zusatzprovision" vorsah und bestimmte, die Arbeitgeberin zahle dem Vertreter als "Spesenvergütung" Fr. 5.- für jeden Arbeitstag und als "Transport-Entschädigung" monatlich Fr. 50.-. Ziffer 4 des Vertrages lautet: "Konkurrenzverbot Für die Zeit nach Beendigung des vertraglichen Dienstverhältnisses verpflichten sich die Arbeitnehmer in all denjenigen Ländern, in denen eine vom Nahrin-Konzern beeinflusste Gesellschaft ... besteht, auf die Dauer von drei Jahren keine Stellung in der Konkurrenz anzunehmen, weder eine Konkurrenzfirma selbst zu gründen, noch sich daran irgendwie direkt oder indirekt zu beteiligen, noch einer solchen Firma mit Rat und Tat behilflich zu sein. Unter der Konkurrenz ist jedes Unternehmen zu verstehen, das sich mit der Herstellung, dem Verkauf oder der Vermittlung solcher oder ähnlicher Produkte beschäftigt, wie sie auch von der Firma während der Dauer des Vertragsverhältnisses im Laboratorium oder im Betrieb bearbeitet, hergestellt oder verkauft worden sind. Direkte oder indirekte Kunden von Nahrin gelten nicht als Konkurrenten. Zuwiderhandlungen gegen dieses Konkurrenzverbot verpflichten den Arbeitnehmer zur augenblicklichen Bezahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe eines Jahreslohnes. Durch die Bezahlung der Konventionalstrafe wird die Geltendmachung eines höhern Schadens nicht ausgeschlossen. Der Firma steht ausserdem das Recht zu, die Einhaltung des Konkurrenzverbotes zu verlangen." Die Transportentschädigung wurde ab 1. August 1958 auf monatlich Fr. 60.- erhöht. Anderhalden reiste bis in den Februar 1961 mit einem ihm gehörenden Motorrad, hierauf gegen den Willen der Arbeitgeberin mit einem Personenwagen. Am 25. Mai 1961 kündigte Anderhalden den Vertrag "aus persönlichen Gründen" auf Ende Juni 1961. Von seinem Austritt an arbeitete er in seinem bisherigen Reisegebiet für Karl Letter in Sarnen, den frühern Chefvertreter der Nahrin AG,

der im Jahre 1959 den Vertrieb von ähnlichen Nahrungsmitteln für eigene Rechnung aufgenommen hatte.

B.- Am 10. Oktober 1961 leitete die Nahrin AG beim Kantonsgericht Obwalden gegen Anderhalden Klage ein mit den Begehren: "1. Es sei gerichtlich festzustellen, es habe der Beklagte das gegenüber der Klägerin eingegangene Konkurrenzverbot rechtswidrig übertreten. 2. Der Beklagte sei daher zu verpflichten, den Vertrieb von Lebensmitteln im Gebiet der Kantone Obwalden und Nidwalden mit sofortiger Wirkung auf die Dauer von drei Jahren einzustellen. 3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die vereinbarte Konventionalstrafe wegen Übertretung der Konkurrenzklausel im Betrage von Fr. 13 751.60 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5 % seit Friedensrichtervorstand." Der geforderte Betrag ist die Differenz zwischen den von der Klägerin auf Fr. 14 179.30 bezifferten Lohn- und Provisionsbezügen des Klägers im letzten Anstellungsjahr (Juli 1960 bis Juni 1961) und dem Betrage von Fr. 427.70, den der Beklagte gemäss Schlussabrechnung der Klägerin vom 21. Juli 1961 für eine von ihm geleistete Kaution nebst Bankzins, abzüglich "Retouren" (von Kunden nicht abgenommene Waren) laut Aufstellung für den Monat Juli 1961, zugut hat. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Zahlung von Fr. 15 757.70 nebst 5% Zins seit 25. Januar 1962, weil ihm die Klägerin in der Zeit vom 1. Januar 1958 bis 30. Juni 1961 entgegen Art. 13 Abs. 1 HRAG die durch die Reisetätigkeit notwendig entstehenden Auslagen bei weitem nicht vollständig ersetzt habe und ihm gemäss Schlussabrechnung anerkanntermassen Fr. 427.70 schulde. Für die Kosten der auswärtigen Verpflegung stellte er Fr. 14.- statt der ihm bezahlten Fr. 5.- pro Arbeitstag und für die durch die Benützung eines Motorrades verursachten Aufwendungen monatlich Fr. 200.– statt Fr. 50.- bzw. Fr. 60.- in Rechnung. Mit Urteil vom 11. Juli 1963 verpflichtete das Kantonsgericht den Beklagten, den Vertrieb von Lebensmitteln in den Kantonen Ob- und Nidwalden auf zwei Jahre vom 30. Juni 1961 an einzustellen und der Klägerin eine Konventionalstrafe von Fr. 1800.– nebst Zins zu zahlen. Die Widerklage schützte es für Fr. 4487.70 nebst 5% Zins seit 29. Januar 1962, indem es dem Beklagten ausser den ihm gemäss Schlussabrechnung geschuldeten

Fr. 427.70 für durch die Vergütungen der Klägerin nicht gedeckte Reiseauslagen insgesamt Fr. 4060.– zusprach. Es bemass die Kosten der auswärtigen Verpflegung auf Fr. 8.- statt Fr. 5.- pro Arbeitstag oder Fr. 200.– statt Fr. 125.– pro Monat und die Motorradkosten auf monatlich Fr. 80.- statt Fr. 50.- bzw. Fr. 60.-.

C.- Beide Parteien appellierten an das Obergericht des Kantons Obwalden. Die Klägerin beantragte, (l) dem Beklagten den Vertrieb von Lebensmitteln für drei Jahre von der Rechtskraft des Urteils an zu untersagen, (2) ihn zur Zahlung der eingeklagten Konventionalstrafe nebst Verzugszins zu verpflichten und (3) die Widerklage abzuweisen. Der Beklagte hielt an den vor Kantonsgericht gestellten Anträgen fest. Mit Urteil vom 9. Juli 1964 wies das Obergericht die Hauptklage ab, weil das vereinbarte Konkurrenzverbot nach Art. 356 OR nicht zulässig sei, und bestätigte den Entscheid des Kantonsgerichtes über die Widerklage.

D.- Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Sie beantragt: "1. (Aufhebung des angefochtenen Urteils)
2. Es sei gerichtlich festzustellen, es habe der Beklagte das gegenüber der Klägerin eingegangene Konkurrenzverbot rechtswidrig übertreten und es sei daher der Beklagte zu verpflichten, ab Rechtskraftbeschreitung des Urteils den Vertrieb von Lebensmitteln im Gebiete der Kantone Obwalden und Nidwalden auf die Dauer von 3 Jahren einzustellen. 3. Der Beklagte habe der Klägerin eine Konventionalstrafe von Fr. 13 751.60 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5 % seit Friedensrichtervorstand. 4. Die Widerklagebegehren seien vollumfänglich abzuweisen."
Der Beklagte beantragt die Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1., 2. - ... (Prozessuale Fragen)

3. Auf das Anstellungsverhältnis des Reisenden finden, soweit das HRAG keine besondern Vorschriften enthält, gemäss Art. 2 dieses Gesetzes die Bestimmungen des OR, insbesondere die Bestimmungen über den Dienstvertrag Anwendung. Art. 5 Abs. 3 HRAG, wonach der Reisende von den bei Ausübung seiner Reisetätigkeit gemachten Wahrnehmungen Dritten keine Kenntnis geben darf und auch nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses

zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, behält in Satz 2 ausdrücklich die Bestimmungen von Art. 356 ff. OR betreffend das Konkurrenzverbot vor. Andere Bestimmungen, die sich mit diesem Verbot befassen würden, enthält das HRAG nicht. Die Zulässigkeit des im Vertrag vom 1. Januar 1958 vereinbarten Konkurrenzverbotes beurteilt sich demgemäss nach Art. 356 OR.

4. Dem Dienstpflichtigen kann für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses ein Konkurrenzverbot auferlegt werden, wenn ihm das Verhältnis "einen Einblick in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse gewährt" (Art. 356 Abs. 1 OR) und er "durch die Verwendung jenes Einblickes den Dienstherrn erheblich schädigen könnte" (Art. 356 Abs. 2 OR). Mit diesen Erfordernissen will das Gesetz den Arbeitgeber daran hindern, jeden beliebigen untergeordneten Angestellten, dessen Übertritt zur Konkurrenz ihm nicht schaden kann, durch ein solches Verbot zu binden (BGE 72 II 81). Selbst wenn die Gefahr einer Schädigung des Dienstherrn besteht, lässt Art. 356 OR das Konkurrenzverbot nicht allgemein, sondern nur unter der Voraussetzung zu, dass eine erhebliche Schädigung möglich ist und dass der Grund dafür in einem Einblick in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse liegt. Die Vorinstanz nimmt an, diese Voraussetzung sei im vorliegenden Falle schon deshalb nicht erfüllt, weil der Beklagte ein Kleinreisender im Sinne von Art. 3 Abs. 2 HRG war. Sie ist der Meinung, der Kleinreisende sei "schon generell eher den untergeordneten Angestellten zuzugesellen, für die ein Konkurrenzverbot nach der Literatur von vornherein ausscheidet". Sie beruft sich auf GUHL (Das schweiz. OR, 5. Aufl. 1956, S. 346) und OSER/SCHÖNENBERGER (N. 11 zu Art. 356 OR), wonach Art. 356 OR die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für gewisse Kategorien von Dienstpflichtigen, namentlich für Dienstboten und andere untergeordnete Angestellte, von vornherein ausschliesst. In Übereinstimmung mit ihr ist SCHUMACHER (Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, Bern 1952, S. 7) der Ansicht, den Kleinreisenden dürfe ein solches Verbot nicht auferlegt werden. An der Auffassung von GUHL und OSER/SCHÖNENBERGER ist richtig, dass die Voraussetzungen von Art. 356 Abs. 1 und 2 OR bei gewissen Gruppen von Arbeitnehmern meist fehlen. Allgemeingültige Regeln, wonach in bestimmten Fällen schon die

Gruppenzugehörigkeit des Dienstpflichtigen die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes verbietet, lassen sich jedoch kaum aufstellen. Angesichts der Verschiedenheit der vorkommenden Verhältnisse ist das auf jeden Fall für die Kleinreisenden nicht möglich, sondern der Richter hat bei Angehörigen dieser Berufsgruppe (gleich wie z.B. bei Angehörigen liberaler Berufe;BGE 78 II 41unten) auf Grund der besondern Umstände des zu beurteilenden Einzelfalles zu prüfen, ob die erwähnten Voraussetzungen erfüllt seien oder nicht.

5. Die Vorinstanz lässt Personen, die als Abnehmer in Frage kommen können, aber als solche noch nicht gewonnen sind, mit Recht nicht als Kunden im Sinne von Art. 356 OR gelten (BGE 55 II 260). Richtig ist auch, dass eine einmalige Bestellung den betreffenden Abnehmer noch nicht zum Kunden macht. Die Annahme der Vorinstanz, die Zugehörigkeit eines Abnehmers zum Kundenkreis eines Geschäftes setze ein "besonders" enges und dauerndes Verhältnis voraus, geht dagegen zu weit. Es genügt, dass jemand zu den ständigen Abnehmern, d.h. zu den Personen gehört, die von Zeit zu Zeit zu bestellen pflegen. Eingeführte Firmen, die zum Verbrauch bestimmte Güter herstellen, verfügen regelmässig über solche Abnehmer. Nach einer Aufstellung der Klägerin, auf welche die Vorinstanz ihren Entscheid stützt, hat der Beklagte in der Zeit vom September 1959 bis Juni 1961, also in 1 3/4 Jahren, von 398 Personen mit Familiennamen der Anfangsbuchstaben A bis G mehr als eine Bestellung erhalten. Rund 47% dieser Personen bestellten in der angegebenen Zeit zweimal, 30% dreimal, 16% viermal und die übrigen mindestens fünfmal. Bei Würdigung dieser Zahlen ist zu berücksichtigen, dass dem Beklagten ein verhältnismässig kleines Reisegebiet (mit ungefähr 6000 Haushaltungen) zugewiesen war und dass die von ihm vertriebenen Waren in grössern, für mehrere Wochen oder Monate ausreichenden Packungen abgegeben wurden. Unter diesen Umständen lässt sich nicht leugnen, dass für die Erzeugnisse der Klägerin im Reisegebiet des Beklagten ein recht weiter Kreis regelmässiger Abnehmer vorhanden war. Ohne einen solchen Kundenkreis wäre denn auch nicht erklärlich, dass der Beklagte im letzten Jahr seiner Anstellung bei der Klägerin einen durchschnittlichen Monatsumsatz von Fr. 3036.– erzielte und dass die monatlichen Schwankungen ausserhalb der Ferienzeit verhältnismässig gering waren.

Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, von einem schützenswerten Kundenkreis der Klägerin könne deshalb nicht gesprochen werden, weil der Beklagte bei Antritt seiner Tätigkeit keine Kundenliste, sondern nur ein Ortsverzeichnis mit Angaben über die ungefähre Zahl der vorhandenen Haushaltungen erhielt und daher die Abnehmer selbst gewinnen musste, und weil angesichts der Art seiner Entlöhnung und seiner Delcrederehaftung "das Risiko des Erfolgs oder Nichterfolgs" seiner Reisetätigkeit in erster Linie von ihm zu tragen war. Bei Beurteilung der Zulässigkeit eines Konkurrenzverbotes sind die Verhältnisse zu berücksichtigen, die bei Beendigung des Dienstverhältnisses bestehen (BGE 72 II 420). Unter Art. 356 OR fällt daher auch ein Kundenkreis, den der Dienstpflichtige für den Dienstherrn gewonnen hat. Wie der Dienstvertrag die Entlöhnung und die Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten der Kunden regelt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

6. Die Vorinstanz verneint, dass der Beklagte im Sinne von Art. 356 OR "Einblick" in einen Kundenkreis erhalten habe. Sie stützt diesen Schluss darauf, dass er keine Kundenkarten und keine Korrespondenz führte und mit den Abnehmern "nicht in dauernder, sondern nur in ganz sporadischer Verbindung" gestanden habe. Sie bezeichnet seine Kenntnisse über die Abnehmer als "oberflächlich und für den Geschäftsverkehr und die Klägerin unerheblich." Auf Grund seiner vierjährigen Tätigkeit im Dienste der Klägerin kannte der Beklagte deren Kundschaft in seinem Reisegebiet, auch wenn er keine Kundenkarten führte. Er wusste, wo er auf Bestellungen rechnen konnte und wo eine Vorsprache sich nicht lohnte. Seine Umsätze zeigen, dass er bei der Kundschaft eingeführt war und über sie die für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit erforderlichen Kenntnisse besass. Diese Tatsachen genügen, um den Schluss zu rechtfertigen, er habe in einen Kundenkreis der Klägerin Einblick erhalten.

7. Die Vorinstanz ist der Ansicht, im vorliegenden Falle treffe nicht zu, dass der Dienstpflichtige durch die Verwendung eines von ihm gewonnenen Einblicks den Dienstherrn "erheblich schädigen könnte" (Art. 356 Abs. 2 OR). Die Klägerin habe weder den Eintritt noch die Möglichkeit einer solchen Schädigung dargetan. Ein allfälliger Schaden wäre zudem auf den Personalwechsel als solchen, dessen Nachteile jeder Geschäftsherr in Kauf nehmen müsse, nicht auf die Verwendung eines Einblicks

in den Kundenkreis der Klägerin zurückzuführen. Jeder neue Kleinreisende könne ohne weitere Kenntnis der Einwohner eines Bezirks und der frühern Käufer in die Fussstapfen seines Vorgängers treten und den Verkauf weiterführen. Art. 356 Abs. 2 OR verlangt nicht den Nachweis eines tatsächlichen Schadens, sondern lässt die Möglichkeit einer Schädigung genügen. Ob in einem bestimmten Falle auf Grund der feststehenden Tatsachen anzunehmen sei, der Dienstpflichtige könnte durch Verwendung seines Einblicks in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse den Dienstherrn im Sinne von Art. 356 Abs. 2 OR erheblich schädigen, ist eine im Lichte der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilende Rechtsfrage und unterliegt daher der Überprüfung durch das Bundesgericht.
Es ist klar, dass der Beklagte auf Grund seiner Kenntnis der Kundschaft der Klägerin in seinem Reisegebiet viel besser als ein anderer, bei der Kundschaft nicht eingeführter Reisender in der Lage war, in diesem Gebiet für ein Konkurrenzgeschäft Bestellungen zu erhalten. Das war denn auch unzweifelhaft der Grund, weshalb Letter, welcher der Klägerin mehrere Reisende abgeworben hat und seither wegen unlautern Wettbewerbs zu ihrem Nachteil verurteilt worden ist (BGE 90 IV 168), den Beklagten von seinem Austritt bei der Klägerin an im bisherigen Gebiet reisen liess. Eine erhebliche Schädigung der Klägerin durch Verwendung des vom Beklagten gewonnenen Einblicks in ihren Kundenkreis erscheint daher nicht bloss als möglich, sondern als höchst wahrscheinlich. Die in Art. 356 Abs. 1 und 2 OR aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbotes sind demnach erfüllt.

8. Das Konkurrenzverbot ist gemäss Art. 357 OR nur im Umfang einer nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessenen Begrenzung verbindlich, durch die eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen ausgeschlossen wird. Das streitige Verbot wurde für drei Jahre vereinbart und gilt nach dem Vertrag für alle Länder, "in denen eine vom Nahrin-Konzern beeinflusste Gesellschaft besteht", und für die Tätigkeit in jedem Unternehmen, "das sich mit der Herstellung, dem Verkauf oder der Vermittlung solcher oder ähnlicher Produkte beschäftigt, wie sie auch von der Firma während der Dauer des Vertragsverhältnisses im Laboratorium oder im Betrieb bearbeitet, hergestellt oder verkauft worden sind."

a) Das Verbot für den Beklagten nach Ort und Gegenstand so weit zu fassen, wird durch kein berechtigtes Interesse der Klägerin gefordert und ist schon deshalb unangemessen. Der Beklagte erhielt nicht einen Einblick in Geschäftsgeheimnisse, die er auch ausserhalb seines bisherigen Reisegebietes und bei einer andern Tätigkeit als beim Vertrieb von Erzeugnissen, wie er sie für die Klägerin verkaufte, verwerten könnte. Sein Einblick beschränkte sich auf die Kundschaft der Klägerin für die von ihr vertriebenen "Spezialnahrungsmittel" (Fleischbrühe, Extrakte, Suppen, Frühstücksgetränke, Sirup, Kunsthonig usw.) im Kanton Nidwalden und in drei Gemeinden des Kantons Obwalden. Nur durch die Verwendung dieses Einblicks konnte er die Klägerin in einer nach Art. 356 Abs. 2 OR beachtlichen Weise schädigen. Das Verbot lässt sich daher gemäss Art. 357 OR nur insoweit aufrechterhalten, als es dem Beklagten für das eben erwähnte Gebiet das Reisen und die Ausübung einer andern Tätigkeit zum Zwecke des Verkaufs und Vertriebs von Nahrungsmitteln untersagt, die den Erzeugnissen der Klägerin gleichen. b) Ein örtlich und sachlich eng begrenztes Konkurrenzverbot darf unter Umständen länger dauern als eines, das die Tätigkeit des Dienstpflichtigen nach Ort und Gegenstand stark einschränkt (BGE 44 II 95; BECKER N. 3 und OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 357 OR, mit Hinweisen). Auch die Dauer des Verbotes darf indessen das durch berechtigte Interessen des Dienstherrn geforderte Mass nicht überschreiten und das wirtschaftliche Fortkommen des Dienstpflichtigen nicht unbillig erschweren (BGE 61 II 93 Erw. 3).

Im vorliegenden Falle nahm das Interesse der Klägerin am Ausschluss des Beklagten von einer Konkurrenztätigkeit in seinem bisherigen Reisegebiet mit dem Zeitablauf ziemlich rasch ab. Es ist nicht wahrscheinlich, dass es dem Beklagten gelingen konnte, der Klägerin auf Grund seines Einblicks in ihre Kundschaft mehr als zwei Jahre nach seinem Austritt noch Kunden zu entziehen. Anderseits darf angenommen werden, dass es der Klägerin möglich war, innert dieser Frist einen neuen Reisenden bei ihrer Kundschaft einzuführen. Das Konkurrenzverbot ist daher schon mangels eines weitergehenden Interesses der Klägerin auf zwei Jahre zu beschränken. c) Wird das Konkurrenzverbot örtlich, sachlich und zeitlich wie angegeben auf das durch die berechtigten Interessen der Klägerin geforderte Mass eingeschränkt, so erschwert es das wirtschaftliche Fortkommen des Beklagten nicht in unbilliger

Weise. In diesem eingeschränkten Umfang ist es daher gültig.

9. Die Klägerin beantragt, den Beklagten zur Unterlassung einer dem Konkurrenzverbot widersprechenden Tätigkeit zu verpflichten, und verlangt vor Bundesgericht wie schon vor Obergericht, diese Verpflichtung sei ihm für drei Jahre von der Rechtskraft des Urteils an aufzuerlegen. Der Vertrag, der ein Konkurrenzverbot für eine bestimmte Zeitdauer "nach Beendigung des Dienstverhältnisses" vorsieht, und die in Erwägung 8 b dargelegten Gründe für die Einschränkung des Verbotes auf zwei Jahre gebieten jedoch, diese Frist von der Beendigung des Dienstverhältnisses (30. Juni 1961) an laufen zu lassen. Das Konkurrenzverbot gälte sonst in Wirklichkeit mehr als vier Jahre. Der von der Klägerin hervorgehobene Umstand, dass es "bis heute nicht eingehalten wurde", vermag eine solche Verlängerung nicht zu rechtfertigen, sondern hat nur zur Folge, dass der Beklagte die auf die Übertretung des Verbotes gesetzte Konventionalstrafe verwirkt hat und verpflichtet wäre, der Klägerin einen allfälligen weitern Schaden zu ersetzen, wenn sie einen solchen geltend gemacht und dargetan hätte (Art. 359 Abs. 2 OR). Die Frage, ob die Klägerin ausserdem berechtigt war, die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen (Art. 359 Abs. 3 OR), ist mit dem Ablauf der Zeit, für die das Verbot vor Art. 357 OR Bestand hat, gegenstandslos geworden. Glaubte die Klägerin, sie könne nachweisen, dass die strengen Voraussetzungen für ein Begehren auf Einstellung der verbotenen Konkurrenztätigkeit erfüllt seien, und wollte sie diesen Anspruch durchsetzen, so blieb ihr praktisch nichts anderes übrig, als nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts um eine vorsorgliche Verfügung nachzusuchen, was sie gegenüber dem Beklagten nicht getan zu haben scheint.

10. Der Beklagte macht geltend, die Klägerin könne gemäss Art. 360 Abs. 2 OR wegen Übertretung des Konkurrenzverbotes nicht klagen, weil sie ihm schuldhaft einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrages gegeben habe. Er erblickt diesen Grund darin, dass sie ihm in nach Art. 6 HRAG unzulässiger Weise eine Delcrederehaftung auferlegt, ihm nicht genügende Auslagevergütungen bezahlt und sich oft zu seinen Ungunsten verrechnet habe. Selbst wenn die vertraglichen Abmachungen über die Delcrederehaftung und die Vergütung der Auslagen, an welche die Klägerin sich hielt, dem Gesetz widersprächen, wäre jedoch der Klägerin deswegen ein Verschulden

im Sinne von Art. 360 Abs. 2 OR nicht vorzuwerfen. Ebensowenig liegt in den gerügten Abrechnungsfehlern, welche die Klägerin jeweilen anstandslos berichtigte, ein solches Verschulden. Die weitern Einwendungen des Beklagten, das Konkurrenzverbot gelte nicht zugunsten der Klägerin, sondern nur zugunsten des noch nicht be-

stehenden Nahrin-Konzerns, das Geschäft Letters sei kein "Unternehmen" im Sinne der Konkurrenzklausel und er (der Beklagte) sei nicht bei Letter angestellt, sondern stehe zu ihm in einem "besondern" Vertragsverhältnis, brauchen ebenfalls nicht einlässlich widerlegt zu werden. Es genügt, in diesen Punkten auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen.

11. Der Vertrag setzt die Konventionalstrafe auf den Betrag eines Jahresgehaltes des Beklagten fest. Gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanz verdiente der Beklagte nach Abzug der hier nicht in Betracht fallenden Auslagenvergütungen durchschnittlich Fr. 882.36 im Monat, also jährlich Fr. 10 588.–. Die Parteien können die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe vereinbaren (Art. 163 Abs. 1 OR), doch hat der Richter übermässig hohe Strafen nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Beim Entscheid darüber, ob eine auf die Übertretung eines dienstvertraglichen Konkurrenzverbotes gesetzte Konventionalstrafe im Sinne dieser Bestimmung übermässig hoch, d.h. in unvernünftigem, mit Recht und Billigkeit offensichtlich nicht vereinbarem Masse übersetzt sei, hat der Richter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das Verhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Dienstherrn an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, die Schwere des Verschuldens des Dienstpflichtigen und dessen wirtschaftliche Lage zu berücksichtigen (BGE 82 II 146 mit Hinweisen). Angesichts der vom Beklagten erzielten Umsätze war das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes bedeutend, obwohl es sich auf die Unterlassung des Verkaufs ähnlicher Erzeugnisse im bisherigen Reisegebiet des Beklagten während etwa zweier Jahre beschränkte. Das Verschulden des Beklagten wiegt schwer, da er unmittelbar nach seinem Austritt bei der Klägerin unter bewusster Missachtung einer von ihm eingegangenen Verpflichtung für eine am gleichen Ort wie die Klägerin niedergelassene Konkurrenzfirma im Gebiet, das er

für die Klägerin bereist hatte, den Vertrieb von gleichartigen Erzeugnissen aufnahm. Anderseits lebt der Beklagte, der verheiratet ist und zwei Kinder hat, in recht bescheidenen Verhältnissen. Er besitzt laut Bescheinigung des Einwohnergemeinderates Sachseln kein Vermögen und verdient nach seiner in diesem Punkte nicht bestrittenen Darstellung in der Klageantwort in seiner neuen Stellung weniger als früher. Die vereinbarte Konventionalstrafe steht daher in einem offensichtlichen Missverhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Der vom Kantonsgericht festgesetzte Betrag (Fr. 1800.–) trägt dagegen dem groben Verschulden des Beklagten unzweifelhaft nicht genügend Rechnung. Bei Würdigung aller Umstände sind Fr. 5000.– angemessen. Verzugszins schuldet der Beklagte von 16. August 1961 (Friedensrichtervorstand) an.

12. Der Beklagte stützt seine Widerklage auf die gemäss Art. 19 HRAG zwingende Vorschrift des Art. 13 HRAG, wonach der Dienstherr dem Reisenden alle durch die Reisetätigkeit notwendig entstehenden Auslagen, einschliesslich der Aufwendungen für den gesamten Unterhalt ausserhalb seiner Wohnstätte, zu ersetzen hat (Abs. 1) und die schriftliche Vereinbarung eines festen Taggeldes (nur) zulässig ist, wenn dieses sämtliche Auslagen gemäss Absatz 1 deckt (Abs. 2). Er behauptete im kantonalen Verfahren nicht, sein Motorfahrzeug im Sinne des Art. 14 HRAG auf Weisung der Klägerin benützt zu haben, und leitete demgemäss seine Forderung, soweit sie die Fahrzeugauslagen betrifft, nicht aus dieser - nach Art. 19 Abs. 1 HRAG übrigens nur teilweise zwingenden - Sondervorschrift ab, sondern beruft sich auch in diesem Punkte auf Art. 13 HRAG, der eingreift, wo der Reisende ein Motorfahrzeug ohne Weisung des Dienstherrn verwendet (BGE 79 II 208, BGE 81 II 237). Dem Reisenden, der geltend macht, die schriftlich vereinbarte Auslagenvergütung sei unzureichend, liegt grundsätzlich ob, die notwendigen Auslagen nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Misslingt ihm dieser Beweis, so ist sein Begehren auf Ausrichtung einer zusätzlichen Auslagenvergütung abzuweisen. Umgekehrt führt der Nachweis, dass die vereinbarte Vergütung zu niedrig ist, nicht ohne weiteres zum Schutz seines Begehrens. Vielmehr ist in solchen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts noch zu prüfen, ob die gesamten Leistungen des Arbeitgebers dem Reisenden nach Abzug der notwendigen Reiseauslagen ein angemessenes

Entgelt für seine Dienste bieten; nur wenn das nicht zutrifft, ist anzunehmen, der Reisende werde in seinen berechtigten Interessen verkürzt, die Vereinbarung weiche somit "zuungunsten des Reisenden" (Art. 19 Abs. 1 HRAG) von Art. 13 HRAG ab und sei daher nichtig (BGE 84 II 55 ff.; vgl. BGE 80 II 151, BGE 81 II 238 und 630, BGE 85 III 134 /35). Mit Bezug auf die Höhe der zu ersetzenden Auslagen darf vom Reisenden ein strenger Beweis - den er kaum je zu leisten vermöchte - nicht verlangt werden. Anderseits ist aber entgegen der Auffassung der kantonalen Gerichte auch nicht zulässig, eine Klage, mit welcher der Reisende rückwirkend den Ersatz angeblich nicht gedeckter Reiseauslagen verlangt, ohne Prüfung der nähern Umstände mit der blossen Begründung zu schützen, eine höhere als die vereinbarte und ausbezahlte Vergütung sei angemessen. Nach dem Gesetz sind dem Reisenden nicht die üblichen, sondern die im einzelnen Falle notwendigen Auslagen zu ersetzen. Um den dem Reisenden zukommenden Betrag abschätzen zu können, muss der Richter folglich die Umstände des einzelnen Falles möglichst genau kennen. Über diese Umstände enthält das angefochtene Urteil keine Feststellungen. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung des Tatbestandes ist abzusehen, weil der Beklagte es unterlassen hat, die massgebenden Tatsachen anzugeben und dafür Beweise anzurufen, auf deren Abnahme er nach Art. 8 ZGB Anspruch hätte. Er hat insbesondere, obwohl ihm das leicht möglich gewesen wäre, weder vorgebracht noch irgendwie belegt, wie oft er sich auswärts verpflegen musste, welche Auslagen ihm dabei in der Regel entstanden, welche Strecken er bei seiner Reisetätigkeit zurückzulegen hatte, wieviel der Betrieb und der Unterhalt seines Motorfahrzeugs kosteten und weshalb er sich veranlasst sah, das zunächst benützte Motorrad durch einen Personenwagen zu ersetzen. Der Hinweis auf die Richtlinien der Paritätischen Konsultativkommission für das Arbeitsrecht der Handelsreisenden und der Antrag auf Einholung eines Gutachtens können die fehlenden Angaben und Beweisanträge mit Bezug auf die besondern Umstände seines Falles nicht ersetzen. Solche Vorbringen wären um so nötiger gewesen, als die Tatsache, dass er die vereinbarten Vergütungen während dreieinhalb Jahren unbeanstandet entgegennahm, eine starke Vermutung dafür begründet, dass sie ausreichten. Die Nachforderung des Beklagten ist somit abzuweisen,

weil er den Beweis für das Ungenügen der ihm ausbezahlten Vergütungen nicht erbracht hat.

13. Zum gleichen Ergebnis führt eine weitere Überlegung. Nach Art. 13 Abs. 4 HRAG wird die Vergütung für die Auslagen des Reisenden, soweit sie nicht schon zum voraus bezahlt wurde, "auf Grund der Abrechnung des Reisenden am Ende jedes Monats zur Zahlung fällig, sofern nicht eine kürzere Frist vereinbart oder üblich ist." Ebenso sind dem Reisenden nach Art. 14 Abs. 1 HRAG die Aufwendungen für den Betrieb und Unterhalt eines auf Weisung des Dienstherrn benützten Motorfahrzeugs "auf Grund regelmässiger Abrechnungen am Ende jedes Monats zu ersetzen". Diese Bestimmungen wollen nicht bloss dem Reisenden zu einer raschen Befriedigung seiner Ansprüche auf Ersatz der Reiseauslagen verhelfen, sondern auch für einen baldigen Austrag allfälliger Meinungsverschiedenheiten über die Höhe dieser Auslagen sorgen und verhüten, dass Forderungen auflaufen, deren Berechtigung sich hinterher nur noch schwer prüfen lässt und deren nachträgliche Geltendmachung den Dienstherrn in eine unangenehme Lage versetzen kann. Dieses Bestreben des Gesetzes ist auch dann zu beachten, wenn eine feste Auslagenvergütung vereinbart wurde. Eine solche Vereinbarung bindet den Reisenden zwar nicht, wenn sie seine berechtigten Interessen verletzt (Erw. 12 hievor). Trotz der bevorzugten Stellung, die diese Regelung ihm einräumt, darf und muss ihm jedoch zugemutet werden, dem vom Gesetz ebenfalls als schutzwürdig anerkannten Interesse des Dienstherrn an einer klaren Lage in billiger Weise Rech-

nung zu tragen. Der Reisende darf deshalb nicht beliebig lange schweigen, wenn er die vereinbarte Vergütung als unzureichend erachtet. Vielmehr hat er den Dienstherrn auf das Ungenügen dieser Vergütung aufmerksam zu machen, sobald er genügende Erfahrungen darüber gesammelt hat, wie hoch sich die notwendigen Reiseauslagen in Wirklichkeit belaufen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), das auch für den Reisenden gilt, und entspricht dem Grundgedanken des Art. 4 Abs. 1 HRAG über die Treue- und Sorgfaltspflicht des Reisenden. Unterlässt der Reisende den gebotenen Hinweis ohne zureichenden Grund und nimmt er die vereinbarten Vergütungen während längerer Zeit vorbehaltlos entgegen, so kann in der spätern Erhebung einer Nachforderung ein offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB liegen.

In diesem Sinne ist die bisherige Rechtsprechung, die der Anwendung dieser Bestimmung im Bereiche des HRAG sehr enge Grenzen setzte (vgl.BGE 79 II 211 lit. e, BGE 81 II 630 ff., BGE 86 II 102), zu ändern. Der Beklagte hat die vereinbarte Auslagenvergütung dreieinhalb Jahre lang ohne Vorbehalt entgegengenommen. Er hat der Klägerin während dieser langen Zeit nie gesagt, die Vergütung sei ungenügend, obwohl ihm eine solche Beanstandung zumal angesichts der Lage des Arbeitsmarktes keine ernsthaften Nachteile hätte verursachen können. Dass die Vergütung seine notwendigen Auslagen nicht gedeckt habe, behauptete er erst, nachdem er bei der Klägerin ausgetreten war und durch eine grob schuldhafte Übertretung des eingegangenen Konkurrenzverbotes die hierauf gesetzte Konventionalstrafe verwirkt hatte. Sein Vorgehen, das sich übrigens mit jenem mehrerer anderer von der Klägerin zu Letter übergetretener Reisender deckt, ist daher mit Treu und Glauben unvereinbar und offenbar rechtsmissbräuchlich.

14. Mit der Konventionalstrafe von Fr. 5000.– kann der Beklagte den Betrag von Fr. 427.70 verrechnen, den ihm die Klägerin gemäss Schlussabrechnung vom 21. Juli 1961 anerkanntermassen schuldet, wenn dieser Betrag nicht in der Zwischenzeit ausbezahlt wurde.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 9. Juli 1964 aufgehoben, der Beklagte zur Zahlung von Fr. 5000.– nebst 5% Zins seit 16. August 1961 an die Klägerin verurteilt und die Widerklage abgewiesen wird.