



Urteil vom 27. Mai 2026

mitgeteilt am 28. Mai 2026

[Gegen dieses Urteil wurde Beschwerde erhoben. Der Fall ist am Bundesgericht hängig (4A_354/2026).]

Referenz	ZR2 25 5
Instanz	Zweite zivilrechtliche Kammer
Besetzung	Bergamin, Vorsitz Richter-Baldassarre und Moses Fleisch, Aktuar
Parteien	A._____ AG Berufungsklägerin vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Leandro Noi gegen B._____ Berufungsbeklagte vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Andrea Wieser
Gegenstand	Forderung
Anfechtungsobj.	Entscheid Regionalgericht Maloja vom 25. Juni 2024, mitgeteilt am 3. Dezember 2024 (Proz. Nr. 115-2021-22)

Sachverhalt

A.a. Mit Kaufvertrag vom 9. November 2018 verkaufte die B._____ das Inventar ihrer Elektroinstallationsunternehmung an die A._____ AG. Der Kaufpreis betrug CHF 180'000.00, welcher in drei Raten zu je CHF 60'000.00 bezahlt werden sollte. Im Kaufvertrag wurde ein Konkurrenzverbot vereinbart, welches den Organen der B._____ untersagt, für Drittunternehmen im Gebiet des Oberengadins und der Gemeinde O.1._____ zu arbeiten.

A.b. Die erste Rate des Kaufpreises in Höhe von CHF 60'000.00 bezahlte die A._____ AG vertragsgemäss am 30. Juni 2019. Die Bezahlung der zweiten und dritten Rate, welche am 31. März 2020 und am 30. November 2020 fällig gewesen wären, verweigerte sie mit Hinweis auf eine angebliche Verletzung des Konkurrenzverbots durch C._____, den Verwaltungsratspräsidenten der B._____. Sie erklärte Verrechnung des ausstehenden Kaufpreises von CHF 120'000.00 mit einer entsprechenden Ersatzforderung für entgangenen Gewinn.

B. Nach erfolgter Mahnung leitete die B._____ die Betreibung gegen die A._____ AG für die zweite Rate des Kaufpreises in der Höhe von CHF 60'000.00 samt Zins ein. Der Zahlungsbefehl datiert vom 18. August 2020 (Betreibung Nr. Z.1._____ des Betreibungs- und Konkursamts Maloja). Am 2. September 2020 erhob die A._____ AG Rechtsvorschlag.

C. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2020 stellte die B._____ gegen die A._____ AG beim Regionalgericht Maloja ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen. Mit Entscheid vom 2. Dezember 2020 trat das Regionalgericht Maloja auf das Gesuch nicht ein (Proz. Nr. 135-2020-311).

D. Am 13. Januar 2021 leitete die B._____ gegen die A._____ AG den Schlichtungsversuch beim Vermittleramt der Region Maloja ein. Die Parteien konnten sich anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 10. März 2021 nicht einigen, woraufhin das Vermittleramt am 6. Mai 2021 die Klagebewilligung ausstellte.

E. Am 27. Mai 2021 reichte die B._____ beim Regionalgericht Maloja Klage mit folgendem Rechtsbegehren ein:

- 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 120'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.03.2020 auf CHF 60'000.00 sowie 5 % Zins seit 30.11.2020 auf CHF 60'000.00 zu bezahlen.*
- 2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. Z.1._____ des Betreibungsamtes der Region Maloja sei aufzuheben und der Klägerin*

sei für den Betrag von CHF 60'000.00 samt Zins zu 5 % seit 31.03.2020 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

3. *Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten.*

F. Die A._____ AG beantragte mit Klageantwort vom 26. August 2021 die vollumfängliche Abweisung der Klage.

G. In der Folge fand ein zweiter Schriftenwechsel statt (Replik vom 6. Oktober 2021; Duplik vom 5. November 2021). Am 12. Januar 2023 erliess das Regionalgericht Maloja eine Beweisverfügung. Gestützt darauf fanden mehrere Zeugeneinvernahmen statt.

H. Am 25. Juni 2024, im Anschluss an die Hauptverhandlung, fällt das Regionalgericht Maloja folgende Entscheidung (mit schriftlicher Begründung mitgeteilt am 3. Dezember 2024):

1. *Die Klage wird gutgeheissen und die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 118'500.-, zuzüglich 5 % Zins seit 31. März 2020 auf CHF 58'500.-, sowie 5% Zins seit 30. November 2020 auf CHF 60'000.- zu bezahlen.*
2. *Der Klägerin wird in der Betreuung Nr. Z.1._____ des Betreibungs- und Konkursamtes der Region Maloja (Zahlungsbefehl vom 18. August 2020) für den Betrag von CHF 60'000.-, zuzüglich Verzugszins von 5 % Zins seit 31. März 2020, definitive Rechtsöffnung erteilt.*
3. *Die Gerichtskosten von CHF 10'400.-, welche sich aus der Pauschale für das Schlichtungsverfahren von CHF 400.-, der Entscheidgebühr von CHF 10'000.- und der Kosten der Beweisführung zusammensetzen, werden der Beklagten auferlegt. Diese werden mit dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'000.- verrechnet unter Erteilung des Regressrechts auf die Beklagte für den Betrag von CHF 8'400.- (inkl. Pauschale für das Schlichtungsverfahren). Der verbleibende Betrag von CHF 2'000.- wird der Beklagten separat in Rechnung gestellt.*
4. *Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin mit einem Betrag von CHF 15'558.80, inkl. Spesen und MwSt., ausseramtlich zu entschädigen.*
5. *[Rechtsmittelbelehrung]*
6. *[Mitteilung]*

I. Gegen diesen Entscheid erhob die A._____ AG (nachfolgend: Berufungsklägerin) am 24. Januar 2025 Berufung beim Obergericht des Kantons Graubünden. Sie stellt darin folgendes Rechtsbegehren:

1. *L'appello è dichiarato ricevibile.*
2. *L'appello è accolto nel merito.*

3. *Di conseguenza la sentenza impugnata è annullata e riformata come segue:*
 1. *La petizione è integralmente respinta.*
 2. *L'istanza di rigetto dell'opposizione relativa all'esecuzione n. Z.1._____ dell'Ufficio esecuzioni e fallimenti Maloja è respinta.*
 3. *I costi di giustizia di CHF 10'400.- restano a carico dell'Appellata B._____.*
 4. *L'Appellata B._____ è condannata a versare all'Appellante CHF 16'365.70 a titolo di ripetibili.*
4. *Protestate spese, tasse e ripetibili di primo e secondo grado.*

J. Der von der Berufungsklägerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 8'000.00 ging innert Frist ein. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet. Das Verfahren ist spruchreif.

Erwägungen

1. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Streitwert übersteigt CHF 10'000.00, womit das für die Berufung geltende Streitwerterfordernis erfüllt ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die gerichtsinterne Zuständigkeit der Zweiten zivilrechtlichen Kammer ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. a OGV (BR 173.010). Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das vorinstanzliche Urteil mit schriftlicher Begründung wurde der Berufungsklägerin am 11. Dezember 2024 zugestellt (act. B.3). Mit Einreichung der Berufung am 24. Januar 2025 wurde die Frist unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) eingehalten. Da der angefochtene Entscheid in deutscher Sprache erging, ist die Verfahrenssprache des Berufungsverfahrens ebenfalls deutsch, dessen ungeachtet war die Berufungsklägerin berechtigt, die Berufung auf Italienisch einzureichen (Art. 8 SpG [BR 492.100]). Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

2. Es ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin (Käuferin) der Berufungsbeklagten (Verkäuferin) lediglich CHF 60'000.00 und damit nur einen Drittel des im Kaufvertrag vom 9. November 2018 vereinbarten Kaufpreises von CHF 180'000.00 bezahlt hat. Der Streit dreht sich um die Verrechnungseinrede, die die Berufungsklägerin unter Verweis auf das im Kaufvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot erhoben hat. Die Berufungsklägerin wirft der Berufungsbeklagten vor, ihr Verwaltungsratspräsident C._____ übe seit 2019 eine konkurrenzierende

Tätigkeit bei der D._____ aus. Die D._____ sei ein Elektrogeschäft mit Sitz in O.2._____, das auch im Oberengadin aktiv sei. Die Berufungsbeklagte verletze durch die konkurrenzierende Tätigkeit ihres Organs C._____ das vertragliche Konkurrenzverbot und schulde ihr somit Ersatz für den Gewinn, der ihr dadurch entgangen sei. Dieser entgangene Gewinn sei auf mindestens CHF 130'000.00 zu beziffern. Die restliche Kaufpreisforderung von CHF 120'000.00 sei somit infolge Verrechnung vollständig getilgt, weshalb die Klage abzuweisen sei.

3. Die Vorinstanz hiess die Klage gut und verpflichtete die Berufungsklägerin zur Zahlung des restlichen Kaufpreises von CHF 120'000.00 samt Zinsen, unter Abzug der von der Berufungsklägerin verrechnungsweise geltend gemachten Parteientschädigung von CHF 1'500.00 aus dem Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen (Proz. Nr. 135-2020-311). Die Verrechnungseinrede, die die Berufungsklägerin für Schadenersatz infolge Verletzung des Konkurrenzverbots erhoben hatte, verneinte die Vorinstanz, was sie auf mehrere selbständige Begründungen stützte:

3.1. Als Hauptbegründung führte die Vorinstanz aus, dass die Konkurrenzklausel im Kaufvertrag nicht gültig zustande gekommen sei. Die Klausel enthalte keinerlei Hinweis auf die Dauer des darin enthaltenen Konkurrenzverbots. Da das Gericht aufgrund der fehlenden Angabe die Angemessenheit oder den Verstoss gegen das Verbot – sowie den daraus resultierenden Schaden – nicht beurteilen könne, sei die Klausel im Prinzip als ungültig zu erklären. Die Vorinstanz nahm dabei Bezug auf Art. 340a Abs. 1 OR, wonach das Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen sei, sowie auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, gemäss der ein Konkurrenzverbot, dessen zeitlicher, örtlicher sowie gegenständlicher Umfang weder tatsächlich bestimmt sei noch durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden könne, ebenso wie ein gesamtheitlich unbegrenztes Verbot, von vornherein keine Wirkung entfalte (act. B.2 E. 4.1).

3.2. Für den Fall, dass das Konkurrenzverbot wirksam vereinbart worden sei, stellte die Vorinstanz sodann fest, dass die Berufungsbeklagte für die Verletzung des Konkurrenzverbots durch ihre Organe grundsätzlich haften würde (act. B.2 E. 4.2). Allerdings habe die Berufungsklägerin, so die Vorinstanz weiter, einen Verstoss gegen das Konkurrenzverbot seitens der Berufungsbeklagten nicht nachweisen können, weder durch die von ihr vorgebrachten Unterlagen noch durch die von ihr offerierten Zeugen. Die Werbung der D._____ für die Region Oberengadin sowie der E-Mail-Verkehr derselben Firma mit einer potentiellen Kundin in derselben Region würden lediglich Vorbereitungshandlungen darstellen, welche vom Konkurrenzverbot nicht abgedeckt seien. Auch hinsichtlich der beiden

Baustellen in O.3._____, auf denen die D._____ tätig gewesen sein solle, lasse sich keine Verletzung des Konkurrenzverbots erkennen (act. B.2 E. 4.3).

3.3. Als weitere Eventualbegründung führte die Vorinstanz aus, dass – selbst wenn man zum Schluss kommen würde, das Konkurrenzverbot sei gültig vereinbart und durch die Berufungsbeklagte bzw. deren Organe verletzt worden – der allfällige Schaden von der Berufungsklägerin nicht genügend substantiiert worden sei. Zwar sei der Nachweis des Schadens bei der Verletzung eines Konkurrenzverbots nur schwer zu erbringen. Dies gelte insbesondere hinsichtlich des entgangenen Gewinns. Da der Beweis des Schadens häufig entweder unmöglich oder unzumutbar sei, sehe Art. 42 Abs. 2 OR für solche Fälle eine Beweiserleichterung vor. Diese Bestimmung beziehe sich nicht nur auf die Höhe, sondern auch auf das Vorhandensein des Schadens. Demnach gelte der Schaden als nachgewiesen, sofern der konkrete Fall in tatsächlicher Hinsicht genügend Anhaltspunkte liefere, die geeignet seien, auf den Eintritt des Schadens schliessen zu lassen, und sich dieser Schluss mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdränge. Dies dürfe aber nicht davon ablenken, dass der angeblich Geschädigte im Prozess verpflichtet bleibe, alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. In diesem Sinne würden sowohl der Umsatzrückgang des Geschützten als auch die Umsatzsteigerung des Belasteten im Zeitraum der Verbotsübertretung ein Indiz für die Höhe des entgangenen Gewinns – als eingetretenen Schaden – bilden. Selbst wenn das Gericht die von der Berufungsklägerin erwähnten Dokumente der D._____ ediert hätte, wäre sie einzig gestützt auf diese Dokumente trotzdem ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen, die Höhe des möglichen Schadens zu beweisen oder zumindest Anhaltspunkte dafür zu liefern. Zu diesem Zweck hätte die Berufungsklägerin zum einen die Edition der Bilanzen der D._____ für das Jahr vor und mindestens zwei Jahre nach Vereinbarung des Konkurrenzverbotes verlangen sowie ihre eigenen Bilanzen für denselben Zeitraum vorlegen sollen. Zum anderen hätte sie auch den ungefähren Wert des Kundenstamms, den sie von der Berufungsbeklagten gewonnen hätte, darlegen können, wenn auch nicht indikativ. Unter diesen Umständen könne das Gericht den nicht bezifferbaren Schaden nach seinem Ermessen nicht abschätzen (act. B.2 E. 4.4).

4. In Bezug auf diese zweite Eventualbegründung der mangelnden Substantiierung rügt die Berufungsklägerin in der Berufung, dass es mit dem Zugang zu den Geschäftsbüchern der D._____ möglich gewesen wäre, jede einzelne Baustelle und jeden einzelnen Kunden, welchen die D._____ im Engadin

hinzugewonnen hätte, zu überprüfen und mit dem eigenen Kundenstamm zu vergleichen. So hätte der Schaden beziffert werden können. Es gehe nämlich nicht darum, eine hypothetische Auswirkung auf die eigene Bilanz zu bewerten, sondern den direkten Verlust von Kunden aus ihrem Kundenstamm festzustellen, der von C._____ verursacht worden sei. Im vorliegenden Fall hätte zunächst diese Analyse durchgeführt werden müssen. Erst dann hätte das Gericht Art. 42 Abs. 2 OR anwenden können bzw. müssen und sich nicht darauf beschränken dürfen festzustellen, dass es diesen im vorliegenden Fall wegen unbestimmter Sachverhaltsdarstellungen nicht anwenden könne. Es sei schlicht willkürlich zu behaupten, dass ein Vergleich der Bilanzen zwischen der Berufungsklägerin und dem "*Konkurrenten*" erforderlich sei, insbesondere wenn es stattdessen gelinge, eine konkrete Liste der abgeworbenen Kunden und sogar Datum und Ort der vertraglich verbotenen Konkurrenzaktivität zu ermitteln. Dazu seien jedoch die Unterlagen des Konkurrenzunternehmens (d.h. der D._____) im betroffenen Gebiet erforderlich.

5.1. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_360/2025 vom 19. Januar 2026 E. 3.3.1).

Das Erfordernis der Behauptung und der Bestreitung dient der Eingrenzung des Beweisthemas, da grundsätzlich nur über bestrittene Behauptungen Beweis geführt werden muss (Art. 150 Abs. 1 ZPO), und schafft andererseits die Voraussetzungen für eine sachgerechte Beweisführung und den Subsumtionsvorgang in der Rechtsfindung. Die Obliegenheit zur Substantiierung ist dem Beweisverfahren vorgelagert und hat dieses gleichsam zu ermöglichen. Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, fehlende Behauptungen zu ersetzen (Urteil des Bundesgerichts 4A_446/2020 vom 8. März 2021 E. 2.3).

5.2. Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Der geschädigten Person obliegt nicht nur der Beweis der Existenz des Schadens, sondern auch dessen ziffernmässiger Höhe (BGE 122 III 219 E. 3a). Nach ständiger Rechtsprechung hat die geschädigte Person alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder

erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 140 III 409 E. 4.3; 122 III 219 E. 3a).

Der Nachweis des Schadens ist bei der Verletzung eines Konkurrenzverbots in der Regel nur schwer zu erbringen. Das gilt insbesondere hinsichtlich des entgangenen Gewinns. Für solche Fälle sieht Art. 42 Abs. 2 OR eine Beweiserleichterung vor (COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, 2001, Rz. 500 f.). Demnach kann der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Gerichts mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abgeschätzt werden. Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf die Höhe, sondern auch auf das Vorhandensein des Schadens (BGE 132 III 379 E. 3.1). Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt der geschädigten Person jedoch nicht, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (BGE 131 III 360 E. 5.1; 122 III 219 E. 3a). Liefert die geschädigte Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die Beweiserleichterung kommt nicht zum Zuge. Mit anderen Worten entbindet Art. 42 Abs. 2 OR nicht grundsätzlich von der Behauptungs- und v.a. von der Substantiierungslast, sondern relativiert diese insofern, als wegen der Unmöglichkeit resp. Unzumutbarkeit eines strikten Beweises auch bezüglich Behauptung und Substantiierung nicht mehr als möglich resp. zumutbar verlangt werden kann. Die vorzubringenden Umstände müssen aber immer noch geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend darzutun und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen (Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.3 m.w.H.).

5.3. Für arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote sieht das Gesetz in Art. 340b Abs. 1 OR als Grundsanktion ausdrücklich die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers für den der Arbeitgeberin erwachsenen Schaden vor. Dieser Schaden berechnet sich als Differenz zwischen dem tatsächlich vorhandenen Vermögensstand der Arbeitgeberin und dem Vermögensstand der Arbeitgeberin, falls das Konkurrenzverbot eingehalten worden wäre. Der Schaden entspricht somit dem positiven Vertragsinteresse und umfasst insbesondere den entgangenen Gewinn (MÜLLER/ZÜND, Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht, AJP 2012, S. 1782). Nach allgemeinen Grundsätzen wird durch den Ersatz des entgangenen Gewinns die Gläubigerin so gestellt, wie wenn der Vertrag vereinbarungsgemäss erfüllt worden wäre. Das bedeutet, dass die Gläubigerin jene

Kosten zu tragen hat, die ihr bei ordnungsgemässer Abwicklung des Geschäfts entstanden wären, um den geltend gemachten Gewinn zu erzielen. Wird bei der Zusprechung des Erfüllungsinteresses für den entgangenen Gewinn auf die vertragskonforme Erfüllung abgestellt, so muss dies auch auf der Kostenseite gelten (LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, 1999, Rz. 187). Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die Arbeitgeberin zum Beweis des Schadens oft gezwungen sein wird, nicht nur Editionsbegehren in Bezug auf Geschäftsunterlagen der Konkurrenz zu stellen, sondern auch die eigenen Geschäftsbücher offenzulegen und ehemalige Geschäftspartner als Zeugen zu benennen (vgl. MÜLLER/ZÜND, a.a.O., S. 1783). Im zu beurteilenden Fall liegt kein arbeitsvertragliches, sondern ein kaufvertragliches Konkurrenzverbot vor. Aufgrund der identischen Interessenlage lassen sich die Überlegungen aus dem Arbeitsvertragsrecht indes auf den vorliegenden Fall übertragen.

6.1. In Bezug auf die Höhe ihres Schadens stützte sich die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren auf folgende Grundlagen:

6.1.1. In der Klageantwort schätzte die Berufungsklägerin ihren Schaden auf "*minimal*" CHF 130'000.00, welcher in drei Jahren entstanden sei, ohne dabei näher darzulegen, wie sie auf diese Summe kommt. Stattdessen verwies sie auf ihre Ausführungen im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen (Proz. Nr. 135-2020-311), und zwar auf die dortigen Ausführungen unter Punkt II.B.8 in der Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 und die dazugehörige Beilage J.

An der betreffenden Stelle in der Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 hatte die Berufungsklägerin ausgeführt, dass wenn man von einem jährlichen Lohn von mindestens CHF 97'600.00 ausgehe, die C._____ die letzten Jahre gemäss Steuererklärung verdient habe, und diesen auf minimal drei Jahre aufrechne, sich ein Lohn von CHF 292'800.00 ergebe. In dieser Branche sei für die Deckung eines solchen Lohns notorisch ein Richtwert von ca. 1:3 anzunehmen, d.h. der Bruttogesamtumsatz setze sich zusammen aus 1/3 Lohnkosten brutto, 1/3 Materialkosten und 1/3 Bruttogewinn. Um einen solchen Lohn zu decken, sollte somit mindestens ein Umsatz von CHF 878'400.00 erwirtschaftet werden. Bei einem Anstellungsgrad von mindestens 80 % ergebe sich ein Umsatz von mindestens CHF 702'720.00, um sein Honorar zu decken. Gemäss dem Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) müssten die Tätigkeiten der fachkundigen Person nicht nur auf Papier vorhanden sein, sondern auch aktive Baustellenbesuche beinhalten. Somit trage er, C._____, aktiv zum generierten Umsatz bei. Auf (minimal) drei Jahre gesehen, seien CHF 390'000.00 kalkulierter Schaden (Umsatzverlust) realistisch, vor allem wenn man pro Jahr nur einen

Schaden (Umsatzverlust) von rund CHF 130'000.00 anrechne, obwohl der eigentliche Schaden womöglich viel höher sei als angenommen, weil (1) sich der angenommene Jahreslohn unter dem normalen Durchschnitt belaufe angesichts der Funktion, (2) C._____ die Kundenkontakte auf seinem Telefon weiterhin zur Verfügung stünden und (3) die Umsatzsumme, die eine fachkundige Person erwirtschaften sollte/könnte, möglicherweise noch höher sein müsste als hier geschätzt (RG-act. I/2 S. 5 [135-2020-311]).

Bei der Beilage J, auf die die Berufungsklägerin an der betreffenden Stelle in der Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 verwies, handelte es sich um die Steuererklärung der Berufungsbeklagten für das Jahr 2018, die unter anderem eine Bescheinigung über das an C._____ im Jahr 2018 ausgerichtete Gehalt von CHF 97'600.00 enthielt (RG-act. III/10 [135-2020-311]).

6.1.2. Die Berufungsbeklagte bestritt in der Replik die Schadensberechnung der Berufungsklägerin als *"schlicht unzutreffend"*. Die Berechnung sei bereits deshalb falsch, weil der Jahreslohn von C._____ nicht wie von der Berufungsklägerin behauptet CHF 97'600.00 betragen habe, sondern CHF 7'100.00 im Jahr 2019 und CHF 21'300.00 im Jahr 2020. C._____ habe somit in den Jahren 2019 und 2020 bei der D._____ insgesamt nur CHF 28'400.00 verdient. Bereits damit sei erwiesen, dass die beklagtsche Schadensberechnung völlig aus der Luft gegriffen und frei erfunden sei. Ein Zusammenhang mit einem angeblich entstandenen und bestrittenen Schaden sei nicht ersichtlich (RG-act. I/3 S. 4 f.).

6.1.3. In der Duplik bezeichnete die Berufungsklägerin die Angaben der Berufungsbeklagten betreffend den Lohn von C._____ als unglaubwürdig, da dieser gegen den gültigen Gesamtarbeitsvertrag verstossen und der resultierende Beschäftigungsgrad nicht ausreichen würde, um die Anforderungen des ESTI für Fachkundige und Kontrollberechtigte zu erfüllen. Doch selbst wenn man von deren Richtigkeit ausgehen und dieselbe Berechnung (Umsatz = $\frac{1}{3}$ Bruttolohn [$3 \times \text{CHF } 21'000.00$] + $\frac{1}{3}$ Materialkosten [$\text{CHF } 63'000.00$] + $\frac{1}{3}$ Bruttoertrag [$\text{CHF } 63'000.00$]) anwenden würde, ergäbe sich ausgehend von einem deklarierten Bruttolohn von lediglich CHF 21'000.00 ein Umsatz von CHF 189'000.00, welcher C._____ über einen Zeitraum von drei Jahren für die D._____ erwirtschaftet hätte. Auch dies käme allerdings noch zu kurz, da C._____ realistischweise nicht nur drei Jahre, sondern insgesamt mindestens fünf bis sechs Jahre für die D._____ arbeiten werde. Die aufgestellte Berechnung sei aber ohnehin nicht entscheidend, denn der Schaden hänge in erster Linie vom Umsatz ab, den die D._____ ihr entzogen habe. Dieser Schaden werde anhand der im Verfahren festgestellten Tatsachen durch das Gericht zu quantifizieren sein (RG-act. I/4 S. 7 f.).

6.1.4. An der Hauptverhandlung bestritt die Berufungsbeklagte abermals die Schadensberechnung der Berufungsklägerin (RG-act. VII/1 S. 6). Die Berufungsklägerin ihrerseits ging auf diesen Aspekt nicht mehr ein (vgl. RG-act. VII/2 und VII/3).

6.2. Im vorinstanzlichen Verfahren behauptete die Berufungsklägerin demnach, durch die konkurrenzierende Tätigkeit von C._____ einen Schaden von mindestens CHF 130'000.00 erlitten zu haben. Bei der Berechnung ging sie davon aus, dass der von C._____ bei der D._____ über drei Jahre erzeugte Umsatz von mindestens CHF 702'720.00 (Klageantwort) bzw. CHF 189'000.00 (Duplik) dem Gewinn entspreche, der ihr durch die Verletzung des Konkurrenzverbots entgangen sei. Diese Vorgehensweise entspricht nicht den Grundsätzen der Schadensberechnung. Wenn die Berufungsklägerin den entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen will, hat sie darzulegen, welchen Nettogewinn sie aus den ihr entgangenen Geschäften erzielt hätte. Die für ihre eigenen Leistungen normalerweise anfallenden, aber mangels Realisierung der Geschäfte nicht getätigten Aufwendungen sind dabei vom hypothetischen Umsatz als hypothetische Aufwendungen in Abzug zu bringen (Urteil des Bundesgerichts 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4; LÜCHINGER, a.a.O., Rz. 187). Das bedeutet, dass der nicht realisierte Umsatz nicht einfach mit dem entgangenen Gewinn bzw. mit dem Schaden gleichgesetzt werden kann. Die Berufungsklägerin hätte in ihrer Berechnung vielmehr vom nicht realisierten, hypothetischen Umsatz die nicht aktuell gewordenen Aufwendungen, insbesondere die eingesparten Personal- und Materialkosten, abziehen müssen, um alsdann den Differenzbetrag als entgangenen Gewinn bzw. Schaden geltend zu machen. Indem sie stattdessen den Umsatz der D._____ mit dem entgangenen Gewinn betragsmässig gleichsetzte, litt ihre Schadensberechnung von Anfang an einem grundlegenden Mangel. Bereits aus diesem Grund waren die Behauptungen der Berufungsklägerin zur Schadenshöhe nicht geeignet, die Grössenordnung des Schadens hinreichend fassbar werden zu lassen.

6.3. Sollte die Berufungsklägerin der Ansicht sein, der Schaden im Sinne des entgangenen Nettogewinns lasse sich an ihrer Formel ("*Bruttoertrag = 1/3 des Umsatzes*") ablesen – was sie freilich nirgends so behauptet hat –, so hat sie keine konkreten Anhaltspunkte oder Beweise dafür geliefert, dass dieser Anteil ihrer eigenen Marge entspricht. Damit das Gericht – bei einer erwiesenen Verletzung des Konkurrenzverbots – eine hypothetische Gewinnberechnung vornehmen kann, braucht es möglichst genaue Angaben zur Preiskalkulation der geschädigten Person. Denn der Schaden bemisst sich grundsätzlich nach den konkreten,

subjektiven Verhältnissen der geschädigten Person (BGE 89 II 214 E. 5b). Bei der Berechnung des entgangenen Gewinns genügt es in einer Konstellation wie der vorliegenden daher nicht, einzig branchenübliche Kalkulationen zu behaupten, ohne zugleich aufzuzeigen, inwiefern diese Kalkulationen mit den eigenen übereinstimmen. Das Argument der Berufungsklägerin, es gehe vorliegend nicht um die Beurteilung eines hypothetischen Effekts auf ihre Bilanz bzw. deren Entwicklung sei nicht von Bedeutung, trifft nicht zu. Als Anhalts- und Ausgangspunkt für die Schätzung des hypothetischen Gewinns hätte die Berufungsklägerin ihre eigene Gewinnkalkulation offenlegen müssen. Diesbezüglich kann auch nicht auf die Rechnungen der D._____ abgestellt werden, deren Edition die Berufungsklägerin verlangt hat. Denn die Preiskalkulation der D._____ lässt sich nicht einfach auf diejenige der Berufungsklägerin übertragen. Nur weil ein Unternehmen einen bestimmten Gewinn aus einem Auftrag erzielt, bedeutet das nicht, dass ein anderes Unternehmen den gleichen Gewinn daraus erwirtschaftet hätte. Das kann seine mannigfaltigen Ursachen haben wie etwa ein anderes Lohnniveau, andere Einkaufspreise für Material, andere Betriebskosten oder kaufmännische Überlegungen. Die Unsicherheit in der Preisgestaltung zwischen den einzelnen Unternehmen ist jedenfalls so gross, dass sie eine den tatsächlichen Verhältnissen wenigstens ungefähr entsprechende Schätzung der Schadenshöhe allein aufgrund der von der Berufungsklägerin angeführten – und im Übrigen unbelegten – branchenüblichen Kalkulation nach dem Schlüssel *"Umsatz = 1/3 Lohn, 1/3 Materialkosten, 1/3 Gewinn"* ausschliesst.

6.4. Diese Lücken im Tatsachenvortrag der Berufungsklägerin können nicht über die von ihr offerierten Beweise geschlossen werden. Wie erwähnt, dient das Beweisverfahren nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus. Die Informationen über die eigene Ertrags- und Kostenstruktur liegen in den Händen der Berufungsklägerin. Mit Blick auf die Eventualmaxime ist es nicht gerechtfertigt, mit der Offenlegung dieser Informationen zuzuwarten, bis der Aktenschluss eingetreten und das Beweisverfahren abgeschlossen ist. Ein solches Vorgehen widerspräche einem geordneten, prozessökonomischen und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf. Dies gilt, wie erwähnt, auch im Rahmen der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR. Nach der bundesgerichtlichen Praxis hat die geschädigte Person sämtliche Anhaltspunkte darzulegen, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Schätzung erlauben oder erleichtern. Das richterliche Ermessen nach Art. 42 Abs. 2 OR entbindet somit nicht von konkreten Zahlenangaben über Vorgänge, die der Berufungsklägerin bekannt sein müssen. Um den Schaden konkret schätzen zu können, hätte die Berufungsklägerin dem

Gericht und der Gegenpartei somit schon vor dem Aktenschluss Einblick in ihre Gewinnkalkulation geben können und müssen. Indem sie ihre Berechnung stattdessen allein auf abstrakte, (angeblich) branchenübliche Werte abstellte, kam sie ihrer Beweisführungsobliegenheit nicht nach. Aufgrund der fehlenden Behauptungen der Berufungsklägerin in Bezug auf ihre eigene Gewinnkalkulation sind die Edition der Geschäftsunterlagen seitens der D._____ sowie die Einvernahme von dort tätigen Personen unbehelflich. Die Behauptungen zur eigenen Gewinnkalkulation sind von dieser Offenlegung nämlich unabhängig und die Rüge, es hätte in einem ersten Schritt eine Analyse der zu edierenden Akten auf Entzug ihrer Kunden durch C._____ zugunsten der D._____ erfolgen müssen, bevor nähere Angaben zum Schaden hätten gemacht und Art. 42 Abs. 2 OR hätte angewendet werden können, entsprechend unbegründet. Um die vorliegend mögliche und daher notwendige konkrete Schadensschätzung vornehmen zu können, fehlen im Ergebnis die erforderlichen Behauptungen, weshalb der Vorinstanz kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn sie die Schadenersatzforderung als nicht hinreichend substantiiert erachtet und daher auf die Abnahme diesbezüglicher Beweise verzichtet hat.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es die Berufungsklägerin unterlassen hat, die tatsächlichen Grundlagen für die Schätzung des entgangenen Gewinns darzutun, soweit ihr dies schon vor dem Beweisverfahren möglich und zumutbar gewesen wäre. Der (allfällige) Schaden wurde somit nicht genügend substantiiert, weshalb die Vorinstanz die verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung zu Recht verneint hat. Da somit wenigstens eine der von der Vorinstanz angeführten selbständigen Begründungen der Überprüfung standhält, ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Auf die Rügen, die sich gegen die anderen selbständigen Begründungen im angefochtenen Entscheid richten, muss bei diesem Ergebnis nicht näher eingegangen werden.

8. Bei diesem Ausgang gehen die Prozesskosten zulasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen werden die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 VGZ (BR 320.210) auf CHF 5'000.00 festgesetzt. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 8'000.00 zu verrechnen. Der Restbetrag von CHF 3'000.00 ist der Berufungsklägerin zurückzuerstatten. Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, weil kein zu entschädigender Aufwand entstanden ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von CHF 5'000.00 gehen zulasten der A._____ AG und werden mit dem von ihr in der Höhe von CHF 8'000.00 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Restbetrag von CHF 3'000.00 wird der A._____ AG vom Obergericht erstattet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Mitteilungen]