



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2019.2
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	13.11.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	10.08.2020

### **Entscheid Kantonsgericht, 10.08.2020**

**Art. 160 ff., insb. Art. 163 Abs. 3, Art. 340 ff., insb. Art. 340b OR (SR 220).  
Übertretung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots: Kriterien für die  
Bemessung der Konventionalstrafe; Umsetzung im besonderen Fall  
(Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 10. August 2020, BO.2019.2).**

Erwägungen (Auszug):

3. Im Berufungsverfahren ist nicht (mehr) umstritten, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Tätigkeit für die X GmbH während der Dauer des Konkurrenzverbots nur, aber immerhin für eine von diesem erfasste Kundin, nämlich die Y AG, tätig war. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Beklagte damit gegen das Konkurrenzverbot versties. [...]

4. Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er dem Arbeitgeber den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen (Art. 340b Abs. 1 OR). Zulässig ist auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die gemäss Praxis im Allgemeinen ein Jahressalär nicht übersteigen soll (Art. 340b Abs. 2 und 3 OR; Rudolph, in: FHB Arbeitsrecht, 2018, N 8.70; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 340b OR N 3). Auf die Konventionalstrafe kommen die Regeln von Art. 160 ff. OR zur Anwendung (BGer 4A\_468/2016 E. 6.1). Das Gericht kann daher übermässige Konventionalstrafen auf Antrag (der auch sinngemäss erfolgen kann) gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR ermessensweise herabsetzen. Zu berücksichtigen sind dabei – neben einer allfälligen geteilten Verantwortung für die Kündigung – unter anderem und



insbesondere das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Verbots respektive der (hypothetische) Schaden, Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Umfang der Verbotsübertretung, die hierarchische Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, sein Verschulden an der Verbotsübertretung sowie seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Herabsetzung hat grundsätzlich der Schuldner/Arbeitnehmer zu behaupten und zu beweisen. Doch ist es Sache des Gläubigers/Arbeitgebers, seinen Schaden – zu dem sich der Schuldner/Arbeitnehmer in der Regel nicht aus eigener Kenntnis äussern kann – darzulegen sowie gegebenenfalls die gegnerische Behauptung, es liege kein oder nur ein geringer Schaden vor, substantiiert zu bestreiten; dabei hat er den Schaden allerdings nicht ziffernmässig nachzuweisen, da eine Konventionalstrafe gerade vom Schadensnachweis dispensieren soll (Art. 161 Abs. 1 OR; BGE 103 II 108, BGE 109 II 120 E. 2, BGE 133 III 43 E. 4, BGE 133 III 201, BGE 143 III 1; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 107 ff.; Rudolph, a.a.O., N 8.70 f.; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, 7. Aufl., Art. 163 N 10 und 13; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b OR N 5; BSK OR I-Portmann/Rudolph, 7. Aufl., Art. 340b N 3).

a) Hier kürzt die Vorinstanz die vereinbarte und auch in dieser Höhe eingeklagte Konventionalstrafe von Fr. 111'500.– (letzbezoogenes Jahressalär) auf Fr. 40'000.–. Dabei setzt sie (in einem ersten Schritt) das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Verbots mit einem hypothetischen Schaden von Fr. 40'000.– ein, addiert (in einem zweiten Schritt) einen Strafbetrag von Fr. 10'000.– (entsprechend rund 10% des von der Beklagten während des Konkurrenzverbots hypothetisch erzielten Einkommens) und kürzt die daraus resultierende objektive Konventionalstrafe (in einem dritten Schritt) namentlich mit Blick auf das beidseitige Verschulden an der Kündigung, das Verschulden der Beklagten an der Verbotsübertretung, die finanzielle Lage der Beklagten sowie den Umstand, dass die Beklagte während der Kündigungsfrist eine Mitarbeiterin der Klägerin (B) abgeworben habe, auf Fr. 40'000.–. Der Beklagten geht diese Kürzung zu wenig weit; ihres Erachtens wäre (sofern überhaupt eine Konventionalstrafe geschuldet sei) ein Betrag "von vielleicht CHF 1'000 bis CHF 2000 angemessen". Dazu fällt Folgendes in Betracht:



b) Ausgangspunkt ist die (faktisch) vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 111'500.– (letzbezogenes Jahressalär). Im Berufungsverfahren ist zu Recht nicht mehr umstritten, dass dieser – gemäss Praxis höchstmögliche – Betrag im vorliegenden Zusammenhang überhöht wäre und angemessen zu kürzen ist. Dies gilt nach dem Gesagten nicht zuletzt auch mit Blick auf das beidseitige Verschulden an der Kündigung.

Die Vorinstanz setzt den hypothetischen Schaden – und damit das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Verbots – [...] mit Fr. 40'000.– ein. Zu den diesbezüglichen Einwänden in der Berufungsschrift ist anzumerken, dass die Vorinstanz diesen Betrag entgegen der Behauptung der Beklagten nicht etwa der Duplik entnimmt (wo dies so auch nicht vorgetragen wird). Sie ermittelt ihn vielmehr selbst, wobei sie sich namentlich auf eine die Y AG betreffende Umsatzstatistik der Klägerin für den Zeitraum Januar 2014 bis Dezember 2017 stützt, dabei das Jahr 2017 mit Blick auf den Mandatswechsel unberücksichtigt lässt, den ausgewiesenen (Gesamt-)Umsatz von Fr. 123'158.90 demgemäss durch drei Jahre (2014, 2015 und 2016) dividiert, was einen Jahresumsatz von rund Fr. 40'000.– ergibt, und in der Folge mit dem HiHinHinweis, dabei handle es sich zwar um Umsatz und nicht um Gewinn, doch sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Y AG nach Ablauf der Dauer des Konkurrenzverbots die Zusammenarbeit mit der Klägerin beibehalten hätte, auf einen hypothetischen Schaden von Fr. 40'000.– schliesst. Mit dem ersten Teil dieser Erwägung setzt sich die Beklagte in der Berufungsschrift (abgesehen vom neuen und nicht zu hörenden impliziten Einwand, in diesem Umsatz sei die Mehrwertsteuer enthalten [wofür im Übrigen auch aufgrund der Akten keine Hinweise vorliegen]) nicht weiter auseinander, weshalb grundsätzlich darauf verwiesen werden kann; zu ergänzen bleibt, dass die Zusammenarbeit der Y AG mit der X GmbH zwar offenbar erst im Mai 2017 begann, sich indes aus einem Schreiben der Y AG an die Beklagte vom 15. März 2017 ergibt, dass diese die Klägerin schon Anfang Februar 2017 über die Beendigung des Mandats informierte, wobei damals nur noch ein schon in Arbeit befindliches Magazin pendent war und durch die Klägerin fertiggestellt werden



sollte, weshalb gegen die erstinstanzliche Berechnung – eingedenk der darin enthaltenen Rundungsdifferenz – auch unter diesem Aspekt nichts einzuwenden ist. Soweit sodann die Annahme der Vorinstanz betroffen ist, die Y AG hätte nach Ablauf des Konkurrenzverbots von einem Wechsel zur X GmbH abgesehen, ist der Beklagten, die diese Annahme beanstandet, zwar zuzugestehen, dass der erwähnte Brief der Y AG vom 15. März 2017 auf eine grosse Wertschätzung ihr gegenüber schliessen lässt. Allerdings ergibt sich aus diesem Schreiben auch, dass sich die Y AG – wie sie sich ausdrückt "nach sorgfältiger Abwägung" – "aus Gründen der Kontinuität" zum Wechsel entschied, und letzterer Aspekt nach Ablauf des einjährigen Konkurrenzverbots wohl kaum mehr gegriffen hätte; es kann daher zumindest angenommen werden, die Y AG hätte nach Ablauf des Konkurrenzverbots mutmasslich von einem Wechsel abgesehen. Vor diesem Hintergrund kann der hypothetische Schaden (der wie erwähnt nicht ziffernmässig nachzuweisen ist) und damit das Interesse der Klägerin an der betroffenen Kundenbeziehung respektive der diesbezüglichen Einhaltung des Verbots durchaus mit einem geschätzten Betrag in der Grössenordnung von Fr. 40'000.– veranschlagt werden.

Im Übrigen dauerte das Arbeitsverhältnis fast sechs Jahre, wobei die Beklagte immerhin als Senior-Beraterin tätig war; weder eine kurze Anstellungsdauer noch eine untergeordnete Position fällt daher als Herabsetzungsgrund in Betracht. Zu einer Verbotsübertretung kam es sodann zwar nur hinsichtlich einer einzigen Kundin, wobei die Beklagte diese nicht aktiv anging, weshalb sich ihr Verschulden an der Verbotsübertretung (s. zum gemeinsamen Verschulden an der Kündigung bereits hiervoor) in Grenzen hält. Ersteres findet allerdings schon im Schadensbetrag Niederschlag, und zu Letzterem fällt in Betracht, dass zwar eine aktive Abwerbung als verschuldenserhöhend zu werten wäre, der Verzicht darauf – da er zum Inhalt des vereinbarten Konkurrenzverbots gehört – aber nicht verschuldensmindernd wirken kann. Hingegen fällt verschuldenserhöhend in Betracht, dass die Beklagte noch während der laufenden Kündigungsfrist B abwarb. Dass es zu einer solchen Abwerbung kam, behauptete die Klägerin – indem sie in der Klageschrift vortrug, sie gehe davon aus, dass die Beklagte B im Hinblick auf ihre selbständige Erwerbstätigkeit bereits im Januar 2017 abgeworben habe – entgegen der Ansicht der Beklagten



durchaus rechtsgenügend, und dass diese Äusserung unbestritten blieb, bestreitet die Beklagte im Berufungsverfahren zu Recht nicht. Was die persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Beklagten betrifft, ist nebst ihrem bei der Klägerin zuletzt bezogenen Salär bloss bekannt, dass sie alleinerziehende Mutter dreier sich in Ausbildung befindender Kinder ist; ansonsten fehlt es aber an näheren Angaben der insoweit behauptungs- und beweispflichtigen Beklagten zu ihrer wirtschaftlichen Lage und ihren Bemühungen um eine neue Erwerbstätigkeit nach Erhalt der Kündigung, weshalb ihr von vornherein weder unter finanziellen noch familiären Aspekten eine ausserordentliche Drucksituation zugestanden werden kann. Nicht einzugehen ist schliesslich auf den Einwand der Beklagten, bei der Bemessung der Konventionalstrafe sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin (offenbar gemeint: im vorliegenden Prozess) persönlichkeitsverletzende Vorwürfe gegen sie erhoben habe, die sich im Beweisverfahren als unbegründet herausgestellt hätten: Einen dahingehenden Herabsetzungsgrund machte die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren soweit ersichtlich nicht geltend, weshalb er neu und nicht zu hören ist; Erörterungen zur Frage, ob dieser Einwand überhaupt begründet wäre und zudem auch berücksichtigt werden könnte, erübrigen sich damit (s. zur umstrittenen – hier demnach aber nicht relevanten – Frage, ob auch Ereignisse, die nach der Verletzungshandlung stattfanden, die Höhe der Konventionalstrafe beeinflussen können: Rudolph, a.a.O., N 8.71 und Fn 198).

Im Ergebnis erscheint vor diesen Hintergrund in Abwägung aller relevanten Umstände eine Konventionalstrafe in der Grössenordnung von Fr. 40'000.– als angemessen.