



Fall-Nr.:	RZ.2005.17
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	20.07.2005
Entscheiddatum:	20.07.2005

Entscheid Kantonsgericht, 20.07.2005

Art. 340, 340b OR; Art. 198 ZPO. Vorsorgliche Vollstreckung eines Konkurrenzverbotes. Ablehnung des Begehrens, wenn die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs nicht glaubhaft gemacht ist (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 20. Juli 2005, RZ.2005.17)

Erwägungen

I.

1. Die Gesuchstellerin bezweckt gemäss Handelsregister die Herstellung von Baustoffen, die Vermietung von und den Handel mit Geräten für den Hoch- und Tiefbau sowie den An- und Verkauf von Baustoffen aller Art. Mit Arbeitsvertrag vom 19. Dezember 1995 (kläg. act. 1) beschäftigte sie den Gesuchsgegner als Kundenberater im Aussendienst für den Bereich Putze und Mörtel. In geographischer Hinsicht umfasste sein Tätigkeitsbereich zuletzt im Wesentlichen zwei Regionen im Kanton St. Gallen und den Kanton Glarus (kläg. act. 2). Der schriftliche Arbeitsvertrag enthält folgendes Konkurrenzverbot (kläg. act. 1, S. 4):

" Der Mitarbeiter verpflichtet sich, während drei Jahren nach Austritt aus der Firma auf jede konkurrenzierende Tätigkeit zu verzichten, insbesondere auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit der Firma in Konkurrenz steht noch sich an einem solchen zu beteiligen oder auch unentgeltlich dafür Dienst zu leisten. Wird gegen dieses Konkurrenzverbot verstossen, so ist automatisch eine Konventionalstrafe in der Höhe von $\frac{1}{2}$ des letztausbezahlten Jahresgehaltes (inkl. Provisionen und Vergütungen)



geschuldet. Zusätzlich kann die Arbeitgeberin die gerichtliche sofortige Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen. Weiterer Schadenersatz bleibt vorbehalten."

Am 25. September 2004 reichte der Gesuchsgegner die Kündigung per 31. Dezember 2004 ein (kläg. act. 3); am 12. November 2004 kündigte die Gesuchstellerin das Arbeitsverhältnis fristlos (kläg. act. 10). Seit dem 1. Januar 2005 arbeitet der Gesuchsgegner als Aussendienstmitarbeiter für eine Firma im Kanton Graubünden (bekl. act. 3 im Verfahren AG.2004.88).

2. Am 20. Januar 2005 klagte die Gesuchstellerin beim Kreisgericht gegen den Gesuchsgegner auf Schadenersatz und Unterlassung konkurrenzierender Tätigkeit. Am 20. April 2005 stellte sie im Rahmen dieses Verfahrens ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, wonach der Gesuchsgegner unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB anzuweisen sei, in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet (ausserhalb Graubünden) eine konkurrenzierende Tätigkeit zulasten der Gesuchstellerin per sofort zu unterlassen. Der Gesuchsgegner trug am 26. April 2005 auf Abweisung des Begehrens an. Am 11. Mai 2005 wies der Präsident des Kreisgerichts das Gesuch ab.

3. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin am 23. Mai 2005 Rekurs und erneuerte ihr Begehren. Sie sieht die Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme als erfüllt. Entgegen seinen Behauptungen sei der Gesuchsgegner nicht nur in Graubünden tätig, sondern akquiriere und pflege Kontakte zu Kunden der Gesuchstellerin in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet, in dem das Konkurrenzverbot gelte. Da der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Tätigkeit für die Gesuchstellerin Einblick in den Kundenkreis sowie die Preiskalkulationen (insbesondere die absolute Grenze für Rabatte) gehabt habe, sei das Schädigungspotential sowie der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil glaubhaft dargetan. Während das Interesse der Gesuchstellerin an vorsorglichen Massnahmen damit ausgewiesen sei, seien die entgegenstehenden Interessen des Gesuchsgegners nicht schutzwürdig, bestreite er doch, in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet überhaupt tätig zu sein. Er würde deshalb nach eigenen Angaben durch die vorsorgliche Massnahme gar nicht belastet. Eine Interessenabwägung müsse deshalb zugunsten der Gesuchstellerin ausfallen.



St.Galler Gerichte

Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, dass im vorliegenden Fall der Erlass einer vorsorglichen Massnahme zum Nachteilsschutz der Gesuchstellerin nicht nötig sei. Der Gesuchsgegner sei weder in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet tätig noch verfüge er über geheimhaltungswürdige Informationen.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie auf die Erwägungen der Vorinstanz ist, soweit erforderlich, nachfolgend einzugehen.

II.

1. Durch vorsorgliche Massnahmen wird einer Partei unter bestimmten Voraussetzungen Rechtsschutz gewährt, bevor das Ergebnis des Prozesses feststeht. Im vorliegenden Fall verlangt die Gesuchstellerin, es sei dem Gesuchsgegner vorsorglich zu verbieten, eine konkurrenzierende Tätigkeit zulasten der Gesuchstellerin auszuüben. Die Voraussetzungen dieses Unterlassungsanspruchs sind grundsätzlich in Art. 340b OR geregelt. Die bundesrechtliche Regelung sagt nicht, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen einstweiliger Rechtsschutz möglich ist. Das Bundesgericht überlässt es deshalb dem kantonalen Prozessrecht zu entscheiden, wann eine konkurrenzierende Tätigkeit vorsorglich verboten werden kann (BGE 103 II 120, E. 2b, S. 123 f.).

Unter der Herrschaft der früheren Zivilprozessordnung hat der Appellationsrichter des Kantons St. Gallen festgestellt, dass zur vorsorglichen Vollstreckung eines Konkurrenzverbotes eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich sei, dass Art. 389 Ziff. 2 aZP diesem Erfordernis nicht genüge und dass demzufolge die vorsorgliche Vollstreckung eines Konkurrenzverbots mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich zu verweigern sei (GVP 1985 Nr. 61; 1969 Nr. 49).

Die Frage, ob dieser Praxis auch unter dem neuen Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, welches in Art. 198 die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen allgemein umschreibt, zu folgen sei - zum Teil wird eine Praxisänderung gefordert (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 198 N 3b/bb; PATRICK STACH, Vorsorgliche Massnahmen



nach Bundesrecht und st. gallischem Zivilprozessrecht, Diss. St. Gallen 1991, 53 ff.) - kann im vorliegenden Fall offenbleiben, weil, wie im folgenden auszuführen ist, die Voraussetzungen von Art. 198 ZPO ohnehin nicht erfüllt sind.

2. Der Richter verfügt nach Art. 198 ZPO vorsorgliche Massnahmen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sie zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils notwendig sind. Über den Wortlaut der Bestimmung hinaus ist nach einhelliger Auffassung zudem erforderlich, dass der Hauptanspruch wahrscheinlich begründet ist (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., Art. 198 N 5 b mit Hinweisen).

Die tatsächlichen Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen müssen nicht strikt bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden. Dies heisst, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei die Möglichkeit ausschliessen muss, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten (BGE 104 Ia 408, E. 4, S. 413). Die Wahrscheinlichkeit hat sich einerseits auf die tatsächlichen Grundlagen des Hauptanspruches und andererseits auf die Gefährdungslage zu beziehen. Der Glaubhaftigkeitsprüfung sind die Behauptungen beider Parteien zu unterziehen, d.h. die tatsächlichen Grundlagen der Einwendungen des Gesuchsgegners müssen ebenfalls nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden (OSCAR VOGEL, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: SJZ 1980, 96 f.).

Hinzu kommt eine zumindest summarische Prüfung der Frage, ob unter den glaubhaft gemachten tatsächlichen Verhältnissen der Anspruch rechtlich begründet sei. Dabei sind die Anforderungen je nach verlangter Massnahme unterschiedlich hoch. Im vorliegenden Fall soll durch das einstweilige Verbot konkurrenzierender Tätigkeit für die Prozessdauer ein subjektives Recht zuerkannt werden. Damit handelt es sich um eine Leistungsmassnahme, bei der nach allgemeiner Auffassung die Anforderungen hoch anzusetzen sind, weil hierdurch (Unterlassungs-)Ansprüche vorsorglich vollstreckt werden, die allenfalls nicht einmal bestehen (vgl. hierzu GVP 1985 Nr. 61).



3. Der Präsident des Kreisgerichtes hat das Begehren um vorsorgliche Massnahmen abgelehnt. Zwar sah er einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil als gegeben an, doch verneinte er die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs. Der Rekurs der Gesuchstellerin richtet sich insbesondere hiegegen (Rekurs, 6 ff.), so dass es sich rechtfertigt, diese Voraussetzung zuerst zu prüfen. Sie ist erfüllt, wenn wahrscheinlich ein gültiges Konkurrenzverbot besteht (nachfolgend lit. a), dessen drohende Verletzung der Gesuchstellerin einen Anspruch auf Unterlassung gibt (nachfolgend lit. b).

a) Ein gültiges Konkurrenzverbot setzt nach Art. 340 Abs. 1 OR zunächst Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers sowie Schriftform voraus; beide Erfordernisse sind im vorliegenden Fall nicht strittig.

Im Weiteren setzt eine gültige Konkurrenzabrede voraus, dass das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und dass die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

Nach Darstellung der Gesuchstellerin kennt der Gesuchsgegner die Preiskalkulation seiner ehemaligen Arbeitgeberin, insbesondere deren maximale Rabatte, sowie die Kunden und deren Bedürfnisse in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet. Diese Kenntnisse würden es dem Gesuchsgegner ermöglichen, die Gesuchstellerin mit gezielten Rabatten und Kampfpreisunterbietungen aus dem Markt zu verdrängen. Der Gesuchsgegner bestreitet, über geheimhaltungswürdige Informationen zu verfügen, da die Gesuchstellerin nicht über ein eigentliches Rabattsystem verfüge, sondern dem Gesuchsgegner nur einzelne Kundenmemos bekannt seien; im Übrigen sei anzunehmen, dass die maximalen Rabatte der Gesuchstellerin der neuen Arbeitgeberin des Gesuchstellers bekannt seien, es sich hierbei also nicht um ein Geheimnis handle.

Einblick in den Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR erhält der Arbeitnehmer dann, wenn er eine persönliche Beziehung zur Kundschaft hat, d.h. deren Bedürfnisse kennt. Die blossen Kenntnis von Kundenlisten genügt nicht, sofern diese nicht Aufschluss erteilen über die persönlichen Eigenschaften der Kunden (JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A. 1996, N 10 zu Art. 340). Im



vorliegenden Fall hat der Gesuchsgegner während neun Jahren als Aussendienstmitarbeiter für die Gesuchstellerin gearbeitet. Es ist offensichtlich und wird vom Gesuchsgegner auch nicht substantiiert bestritten, dass er im Rahmen dieser Tätigkeit vertiefte Einblicke in die Bedürfnisse und Wünsche der Kunden hatte, welche über die blossen Kenntnis der Namen der Kunden hinausgehen. Mit diesen Kenntnissen kann er grundsätzlich der Gesuchstellerin erheblichen Schaden zufügen, wenn er dieser die Kundschaft abwirbt. Damit erscheint eine der beiden alternativen Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 2 OR als erfüllt. Es kann im vorliegenden Fall daher offenbleiben, ob und wieweit er darüber hinaus Kenntnisse von Geschäftsgeheimnissen der Gesuchstellerin erlangte, insbesondere ob die Rabattregelung ein Geschäftsgeheimnis im Sinne der Bestimmung darstellt oder nicht.

Die summarische Überprüfung ergibt im Übrigen, dass ein gültiges Konkurrenzverbot vereinbart wurde. In örtlicher und sachlicher Hinsicht begrenzt die Gesuchstellerin das Konkurrenzverbot auf den ehemaligen Tätigkeitsbereich des Gesuchsgegners (Klage, 4). Im Sinne eines maximal möglichen Umfangs ist dies für die nachfolgende Erwägung massgebend.

b) Im Weiteren hat die Gesuchstellerin wie erwähnt glaubhaft zu machen, dass eine Verletzung dieses Konkurrenzverbots droht, welche ihr einen Anspruch auf Unterlassung konkurrenzierender Tätigkeit gibt.

aa) Auszugehen ist davon, dass die Verletzung eines Konkurrenzverbots nicht eo ipso zum Unterlassungsanspruch führt. Vielmehr ist nach der gesetzgeberischen Konzeption Grundfolge der Verletzung eine Schadenersatzleistung (resp. die Leistung der Konventionalstrafe), zu der als einschneidendste Folge gegebenenfalls ein Erfüllungsanspruch hinzutritt. Die Voraussetzungen einer Realexekution nennt Art. 340b Abs. 3 OR, wonach neben einer besonderen schriftlichen Abrede (welche hier offensichtlich vorliegt, vgl. kläg. act. 1) erforderlich ist, dass die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers eine Realexekution rechtfertigen. Nach Lehre und Rechtsprechung sind die Voraussetzungen streng zu handhaben: Erforderlich ist nicht bloss eine (bestehende oder drohende) Verletzung des Konkurrenzverbots, auch genügt eine erhebliche Schädigung des Arbeitgebers noch nicht, da diese ja erst Voraussetzung einer



wirksamen Konkurrenzverbotsabrede nach Art. 340 Abs. 2 OR ist. Der Unterlassungsanspruch soll vielmehr auf "extreme Ausnahmefälle" beschränkt werden, in denen die Interessen des Arbeitgebers unzumutbar stark verletzt oder gefährdet werden und der Arbeitnehmer sich aussergewöhnlich treuwidrig verhält. Realerfüllung soll nur Platz greifen, wenn es offensichtlich unbillig erscheint, den Arbeitgeber auf den Weg des Schadenersatzes, resp. der Konventionalstrafe zu verweisen (BGE 103 II 120, E. 4, S. 125 f.; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Bern 1992, N 11 zu Art. 340b; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1 III, 3. Aufl., Basel u.a. 2005, 280 f.).

Im vorliegenden Fall ist somit zu prüfen, ob einerseits ein aussergewöhnlich treuwidriges Verhalten des Gesuchsgegners zu erwarten ist (nachfolgend lit. bb) und andererseits die Interessen der Gesuchstellerin unzumutbar stark gefährdet sind (nachfolgend lit. cc). Entgegen der Gesuchstellerin ist eine drohende Verletzung des Konkurrenzverbots nur notwendige, aber noch nicht hinreichende Voraussetzung einer vorsorglichen Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs.

bb) Als besonders treuwidrig zählt allgemein ein Verhalten des Arbeitnehmers, das jegliche Bereitschaft, sich an das vereinbarte Verbot zu halten, vermissen lässt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass das systematische Abwerben von Kunden des ehemaligen Arbeitgebers als besondere Treuwidrigkeit zu qualifizieren sei, nicht jedoch der vereinzelt Versuch einer Abwerbung (BGer, in: JAR 1997, E. 2b, S. 227).

Der Gesuchsgegner arbeitet seit dem 1. Januar 2005 bei seiner neuen Arbeitgeberin als Aussendienstmitarbeiter für Graubünden (bekl. act. 1). Diese neue Tätigkeit verletzt das Konkurrenzverbot grundsätzlich nicht, da Graubünden ausserhalb des früheren Tätigkeitsbereichs des Gesuchsgegners liegt (vgl. kläg. act. 2). Die Gesuchstellerin macht nun aber geltend, dass sich der Gesuchsgegner in seiner Tätigkeit nicht auf Graubünden beschränke und beschränken werde, sondern auch im ehemaligen Verkaufsgebiet aktiv sei. Die Gesuchstellerin stützt diese Befürchtung auf zwei Vorfälle ab, die eine solche konkurrenzierende Tätigkeit indizieren sollen. Einerseits habe einer ihrer Kunden, das Gipsergeschäft X., ihr gegenüber auf eine Offerte des Gesuchsgegners Bezug genommen; der Gesuchsgegner hält dem entgegen, es müsse sich hierbei um eine Offerte aus der Zeit handeln, in der er noch für die Gesuchstellerin



tätig gewesen sei, denn er habe seit der Beendigung seiner Tätigkeit für die Gesuchstellerin keine Kontakte zu diesem Geschäft mehr gehabt. Andererseits stützt sich die Gesuchstellerin darauf ab, dass einer ihrer Angestellten ein Gespräch zwischen dem Gesuchsgegner und Herrn Y., Abteilungsleiter bei einer Kundin der Gesuchstellerin (die Z. AG), beobachtet habe, wobei Herr Y. gegenüber dem Angestellten bestätigt habe, vom Gesuchsgegner Unterlagen der neuen Arbeitgeberin erhalten zu haben; nach der Darstellung des Gesuchsgegners handelte es sich hierbei um ein Privattreffen, zudem beziehe die Z. AG Waren auch von seiner neuen Arbeitgeberin, sei also Kundin beider Unternehmen.

Ob aufgrund dieser Vorfälle ein qualifiziert treuwidriges Verhalten des Gesuchsgegners zu erwarten ist, erscheint als zweifelhaft. Soweit der Fax an das Gipsergeschäft X. (kläg. act. 52) dies indizieren soll, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass das entsprechende Dokument an einer Stelle anonym eine Konkurrenzofferte aufführt und an anderer Stelle auf eine Offerte des Gesuchsgegners Bezug nimmt. Somit wird der Gesuchsgegner nicht als Konkurrenz und zudem ohne Verweis auf das Unternehmen, in dessen Namen er offeriert, angeführt. Dies deutet nicht darauf hin, dass der Gesuchsgegner die Offerte für seine neue Arbeitgeberin eingereicht hat. Vielmehr lässt es sich plausibel damit erklären, dass er die Offerte noch im Rahmen seiner Tätigkeit für die Gesuchstellerin eingereicht hat, an die das Faxschreiben gerichtet ist. Eine Verletzung des Konkurrenzverbots ist in diesem Zusammenhang deshalb nicht glaubhaft gemacht. Der zweite angeführte Vorfall betrifft eine angeblich geschäftliche Unterredung des Gesuchsgegners mit einem Angestellten einer Kundin der Gesuchstellerin. Behauptet wird die Übergabe von Unterlagen der neuen Arbeitgeberin des Gesuchsgegners. Selbst wenn dem so wäre, was der Gesuchsgegner bestreitet, kann hier aber nicht auf eine konkurrenzierende Tätigkeit geschlossen werden, da sich das Konkurrenzverbot auch nach Darstellung der Gesuchstellerin im Wesentlichen auf den Bereich Putze und Mörtel beschränkt (Klage, 4). Wenn die Z. AG darüber hinaus Kundin der neuen Arbeitgeberin war, welche nebst Putze und Mörtel auch weitere Produkte anbietet (kläg. act. 16), so ist dies vom Konkurrenzverbot nicht erfasst. Durch die Behauptung, dass Geschäftsunterlagen übergeben wurden, ist mithin, selbst wenn die Behauptung zuträfe, eine konkurrenzierende Tätigkeit noch nicht glaubhaft gemacht. Deshalb kann auch auf die Einvernahme des Angestellten als Zeugen zu dieser Behauptung verzichtet werden.



St.Galler Gerichte

Es ergibt sich mithin, dass eine Verletzung des Konkurrenzverbots durch den Gesuchsgegner nicht glaubhaft dargetan ist. Die zwei von der Gesuchstellerin angerufenen Vorfälle sind keine genügenden Indizien dafür, dass der Gesuchsgegner das Konkurrenzverbot in Zukunft verletzen wird. Vielmehr ist anzunehmen, dass sich der Gesuchsgegner in Zukunft nicht qualifiziert treuwidrig verhalten wird, zumal er seine arbeitsvertraglichen Pflichten ausserhalb seines ehemaligen Tätigkeitsbereichs zu erfüllen hat (bekl. act. 3 im Verfahren AG.2004.88)

cc) Schliesslich ist überhaupt fraglich, ob die verletzten oder bedrohten Interessen der Gesuchstellerin die Realerfüllung rechtfertigen. Voraussetzung wäre, dass der zu erwartende Schaden die Konventionalstrafe erheblich übersteigen würde. Auch wenn nicht gerade eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz verlangt wird, muss der Schaden, der aus der Übertretung erwächst, den Arbeitgeber doch so empfindlich treffen, dass nur eine Wiederherstellung des status quo ante den berechtigten Interessen des Arbeitgebers gerecht werden könnte (VISCHER, a.a.O., 195 f.; OG ZH in: JAR 1981, 179 ff.).

Im vorliegenden Fall macht die Gesuchstellerin bis dato nicht konkret eine Abwerbung von Kunden geltend, geschweige denn einen aus Kundenverlust resultierenden Schaden. Nach dem oben Gesagten ist eine systematische Aktivität des Gesuchsgegners in seinem ehemaligen Verkaufsgebiet auch nicht zu erwarten, da er grundsätzlich in Graubünden tätig ist. Anderes macht die Gesuchstellerin nicht glaubhaft, insbesondere wird eine qualifizierte Verletzung des Konkurrenzverbots durch die zwei von ihr erwähnten Vorfälle nach dem oben Gesagten nicht genügend indiziert.

c) Zusammenfassend sind die strengen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Realerfüllung des Konkurrenzverbotes in tatsächlicher Hinsicht nicht glaubhaft gemacht worden. Und was glaubhaft gemacht oder erwiesen ist, indiziert keine Gefährdung, die eine vorzeitige Realerfüllung des Konkurrenzverbots qua vorsorgliche Massnahme rechtfertigen würde.

4. Die Frage, ob der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, braucht nicht mehr geprüft zu werden. Der Vorderrichter hat das Gesuch zu Recht abgewiesen. Das führt zur Abweisung auch des Rekurses.