

Art. 340a Abs. 1 OR, Beschränkungen des Konkurrenzverbotes. Die Umschreibung der Beschränkungen nach Ort, Zeit und Gegenstand ist keine Voraussetzung zur Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes (Erw. 2.2);

Art. 340 Abs. 1 OR, Konkurrenzabrede. Eine Konkurrenzabrede kann grundsätzlich jede Form von Betätigung in einem Konkurrenzunternehmen verbieten, sei es als Arbeitnehmer (im Anstellungsverhältnis), als Berater im Auftragsverhältnis oder als Agent (Erw. 3.2);

Art. 340b Abs. 3 OR, Folgen der Übertretung, Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes. Voraussetzungen und Rechtfertigung der Realerfüllung (Erw. 4 - 4.4).

Die Klägerin ist Arbeitgeberin einer unter anderem auf Stahlhandel spezialisierten Gesellschaft. Nachdem der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten aufgelöst worden war, begann der Beklagte bei einer Konkurrentin zu arbeiten.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

1. Der Einzelrichter hat sowohl die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen als auch die gesetzlichen Bestimmungen des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340ff. OR richtig dargelegt. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen nach § 222 Ziff. 3 ZPO setzt demnach die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils voraus, was das Bestehen eines Anspruches einerseits und dessen Gefährdung andererseits beinhaltet (FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO-Kommentar, N 34 zu § 222 ZPO). (...)

2. Beantragt sind vorsorgliche Massnahmen, welche die vorläufige Vollstreckung des Konkurrenzverbotes bezwecken. Vorsorgliche Massnahmen dürfen nicht über das hinausgehen, was im ordentlichen Prozess überhaupt zugesprochen werden kann (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 33 zu § 225 ZPO). Das setzt voraus, dass der Richter auch die materiellen Voraussetzungen des Konkurrenzverbotes prüft. Es bleibt damit vorab die Frage zu beantworten, ob die von den Parteien vereinbarte Konkurrenzverbotsbestimmung gültig abgeschlossen wurde.

2.1 Der zwischen den Parteien inzwischen aufgelöste Arbeitsvertrag (...) enthielt (...) die folgende Bestimmung:

„Der Mitarbeiter geht auch die Bedingung ein, während der Dauer von 2 (zwei) Jahren nach Auflösung dieses Vertragsverhältnisses keine aktive oder beratende Tätigkeit bei

einer Konkurrenzfirma auszuüben. Im Falle einer Übertretung, hat der Mitarbeiter eine Konventionalstrafe in der Höhe von SFr. 200'000.-- (zweihunderttausend) zu bezahlen. Diese entlastet ihn jedoch nicht, von der sofortigen Auflösung des unrechtmässigen Arbeitsverhältnisses.“

a) Zwischen den Parteien ist diese vertragliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes unbestritten; ebenso die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 1 und 2 OR. Der Einzelrichter ist demnach richtig davon ausgegangen, es liege eine schriftliche Verpflichtung eines handlungsfähigen Arbeitnehmers vor, welcher Einblick in den Kundenkreis der Arbeitgeberin gehabt und durch diesen über Informationen verfügt habe, welche sich ein aussenstehender Dritter aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationsmittel nicht beschaffen könne. Er erachtete es sodann zu Recht als glaubhaft, dass die Verwendung dieser Kenntnisse die Klägerin erheblich schädigen könnte, weil diese durch Abwerbung durch den Beklagten Kunden verlieren könnte (vgl. ZR 85 [1986] Nr. 67 mit Verweis auf BGE 91 II 373).

b) Hinsichtlich des Erfordernisses der Gültigkeit ist aufgrund des Wortlautes des Konkurrenzverbotes ersichtlich, dass zwar sowohl eine gegenständliche (keine aktive oder beratende Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma) als auch eine zeitliche Beschränkung (zwei Jahre nach Auflösung des Vertragsverhältnisses) vereinbart wurde, eine örtliche Beschränkung hingegen fehlt (vgl. Art. 340a Abs. 1 OR). Der Einzelrichter hat die Frage, ob das Konkurrenzverbot mangels einer örtlichen Beschränkung gültig vereinbart wurde, offen gelassen, weil er zum Schluss kam, die Klägerin habe eine Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbotes durch den Beklagten ohnehin nicht glaubhaft gemacht.

c) (...)

2.2 Gemäss Art. 340a Abs. 1 OR, welcher relativ zwingend ist, mithin zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgeändert werden kann (Art. 362 Abs. 1 OR), ist das Konkurrenzverbot (neben Zeit und Gegenstand) auch nach dem Ort angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. Unter Ort ist dabei die räumliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes zu verstehen, welche nicht weitergehen darf als die intensiven Geschäftsbeziehungen des alten Arbeitgebers (STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage, Zürich 1993, N 2 zu Art. 340a OR).

Das Ausmass der Verpflichtung des Arbeitnehmers wird erst durch die räumliche, zeitliche und inhaltliche Umschreibung des Konkurrenzverbotes definiert und ist daher grundsätzlich als wesentlicher Inhalt der Abrede im Vertragstext konkret und schriftlich zu umschreiben (BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 123, Zürich 1989, S. 132; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 340a OR). Allerdings ist die Umschreibung dieser zeitlichen, örtlichen und inhaltlichen Beschränkung keine Voraussetzung zur Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes, da diese Beschränkungen nach Art. 340a Abs. 1 OR lediglich den Umfang der *Wirkung* des Konkurrenzverbotes umschreiben (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 46 N 196, S. 512). Insoweit ist - was die materiellen Erfordernisse in Bezug auf die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes betrifft - von einem zwischen den Parteien gültig zustande gekommenen Konkurrenzverbot auszugehen, auch wenn eine schriftliche Umschreibung des räumlichen Gebietes gänzlich fehlt. Ob mangels örtlicher Beschränkung ein übermässiges Konkurrenzverbot vorliegt, welches unter Würdigung aller Umstände vom Richter einzuschränken wäre (Art. 340a Abs. 2 OR), (...) kann (...) im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

3. Da schliesslich nicht beanstandet ist, dass die Klägerin mit ihren Ausführungen vor dem Einzelrichter glaubhaft machte, dass es sich bei der W AG (...) um eine Konkurrentin der Klägerin handelt, ist auf die Frage einzugehen, ob der Beklagte die vereinbarte Konkurrenzverbotsbestimmung verletzt hat.

3.1 Strittig ist dabei in erster Linie, ob der Beklagte bei der W AG in einem (unselbständigen) Anstellungsverhältnis steht. (...).

a) Der Einzelrichter kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, es liege zwar aufgrund der eingereichten Unterlagen nahe, dass bei aussenstehenden Dritten der Eindruck entstehen könne, zwischen dem Beklagten und der W AG bestehe ein Arbeitsverhältnis. Dies sei aber nicht von Bedeutung und habe auf die vertraglichen Beziehungen im internen Verhältnis zwischen der W AG und dem Beklagten keinen Einfluss.

b) Das Konkurrenzverbot nach Art. 340 Abs. 1 OR beinhaltet den Verzicht auf Konkurrenzierung des bisherigen Arbeitgebers nach dem Austritt aus dessen Diensten, und zwar sowohl durch Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens oder einer Beteiligung an einem solchen wie durch Annahme einer unselbständigen Anstellung

in einem Konkurrenzunternehmen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR). Aufgrund der im Recht liegenden Beilagen ist zunächst glaubhaft (...), dass der Beklagte am Sitz der W AG Büroräumlichkeiten benutzt und von dieser logistisch unterstützt wird. Die zitierte Konkurrenzverbotsbestimmung des Arbeitsvertrages (...) umfasst „keine aktive oder beratende Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma auszuüben“. Der Einzelrichter hat dieser Bestimmung den Sinn beigemessen, dass dadurch ausdrücklich nur eine unselbständige konkurrenzierende Tätigkeit des Beklagten ausgeschlossen werden sollte und einer selbständigen Erwerbstätigkeit keine Schranken gesetzt sind.

3.2 Diese Sichtweise ist zu eng. Eine Konkurrenzabrede kann grundsätzlich jede Form von Betätigung in einem Konkurrenzunternehmen verbieten, sei es als Arbeitnehmer (im Anstellungsverhältnis), als Berater im Auftragsverhältnis oder als Agent (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR). Allgemein ist unter Betätigung bzw. Tätigkeit jede Förderung oder Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens durch eine Beziehung von einer gewissen Dauer zu subsumieren (NEERACHER, Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot, Diss., Bern 2001, S. 47). Unter Tätigkeit ist dabei nicht nur eine solche im Sinne eines Arbeitsvertrages (als Unselbständigerwerbender) zu verstehen, sondern schlicht eine Tätigkeit, mit welcher dem konkurrierenden Dritten ein Nutzen zukommt. Konkret vereinbarten die Parteien, nach Auflösung des Vertragsverhältnisses explizit keine aktive oder beratende Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma auszuüben. Der Beklagte führte (...) jedoch selbst aus, er sei (bei der W AG) als Fachmann (...) beratend tätig. Nach dem Gesagten und aufgrund des Wortlautes der Konkurrenzverbotsbestimmung spielt es damit eigentlich keine Rolle, ob der Beklagte diese Tätigkeit in einem Anstellungsverhältnis (als Unselbständigerwerbender) oder als Freischaffender, mithin als Selbständigerwerbender bei der W AG ausübt. Entscheidend ist lediglich, dass der W AG aus der Tätigkeit des Beklagten ein Nutzen zukommt und die Betätigung in dem Sinne konkurrenzierend ist, als dass sie in einem sachlichen Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit im Betrieb des Arbeitgebers steht (BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 123, Zürich 1989, S. 79), (...). Zumindest durch die anerkanntermassen beratende Tätigkeit des Beklagten für die W AG hat die Klägerin ihre Vorbringen genügend glaubhaft gemacht. Daran vermag auch der weitere Wortlaut der Konkurrenzverbotsbestimmung grundsätzlich nichts zu ändern, indem dieses Bezug auf die sofortige Auflösung „des unrechtmässigen Arbeitsverhältnisses“

nimmt, denn als Berater kann der Beklagte auch beispielsweise im Auftragverhältnis arbeiten.

(...)

3.3 Dass die heutige Tätigkeit des Beklagten nach dem Gesagten konkurrenzierend ist und damit die vereinbarte Konkurrenzverbotsbestimmung verletzt, ist für dieses Massnahmeverfahren von der Klägerin genügend glaubhaft gemacht. Es stellt sich weiter die Frage nach der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes. Die schärfste Massnahme stellt dabei die sogenannte Realerfüllung dar, mit welcher dem Arbeitnehmer die Fortführung der konkurrenzierenden Tätigkeit untersagt wird (Art. 340b Abs. 3 OR, Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes).

4. Unter welchen Voraussetzungen die Realerfüllung des Konkurrenzverbotes als vorsorgliche Massnahme verlangt werden kann, richtet sich nach kantonalem Prozessrecht (BGE 103 II 123; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 9 zu Art. 340b OR). Demnach ist die Anordnung zulässig, wenn die Klägerin glaubhaft macht, dass ihr ein Anspruch auf Realerfüllung zusteht und ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, welcher nur durch die vorsorgliche Anordnung der Realerfüllung des Konkurrenzverbotes abgewendet werden kann (ZR 85 [1986] Nr. 67; FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO-Kommentar, N 17 zu § 110 ZPO).

4.1 Der Einzelrichter ist unter Verweis auf ZR 85 [1986] Nr. 67 richtig davon ausgegangen, dass die Realvollstreckung eines Konkurrenzverbotes nur unter bestimmten - streng zu beurteilenden - Voraussetzungen verlangt werden kann, nämlich dann, wenn die betroffenen Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers die zwangsweise Durchsetzung des Verbots rechtfertigen. (...). Neben der formellen Voraussetzung der ausdrücklichen und schriftlichen Vereinbarung der Realerfüllung (Art. 340b Abs. 3 OR) muss materiell somit ein überragendes Interesse des alten Arbeitgebers einem viel geringeren Interesse des ehemaligen Arbeitnehmers gegenüberstehen (Art. 340b Abs. 3 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 340b OR). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass zwar jede Übertretung eines Konkurrenzverbotes schon ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten darstellt, dass jedoch ein solches nicht ohne Weiteres zur Rechtfertigung der Realexekution genügt. Vielmehr bedarf es eines Verhaltens, das in besonders schwerwiegender Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (BGE 103 II 120). Art. 340b Abs. 3 OR setzt einen Sachverhalt voraus, der es

als offensichtlich unbillig erscheinen lässt, den Arbeitgeber auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen (NEERACHER, a.a.O., S. 118 mit weiteren Verweisen und Hinweisen).

4.2 Eine ausdrückliche, schriftliche Vereinbarung betreffend die Realerfüllung des Konkurrenzverbots liegt vor (...). Die materiellen Voraussetzungen hingegen sind nicht glaubhaft. Von einem überragenden Interesse der Klägerin kann nicht gesprochen werden. Nach ZR 85 [1986] Nr. 67 E. 3c ist ein genügend grosses Interesse nämlich dann nicht vorhanden, wenn die Konventionalstrafe den grösstmöglichen Schaden schon einigermaßen deckt. Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, macht die Klägerin (auch im Rekursverfahren) nicht geltend, dass ein allfälliger Schaden den Betrag von Fr. 200'000.-- übersteigen könnte. Insoweit besteht keine konkrete Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der Klägerin. Auch aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Gefahr einer erheblichen Schädigung deutlich grösser ist, als die vereinbarte Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 200'000.--. Betreffend die Konventionalstrafe bringt der Vertreter der Klägerin im Rekursverfahren vor, dass ein Konkurrenzverbot, das durch eine Konventionalstrafe mit Fr. 200'000.-- abgesichert werde, wohl kaum durchsetzbar sei bzw. höchstwahrscheinlich im Arbeitsgerichtsprozess die Konventionalstrafe herabgesetzt würde. Diese Ansicht ist grundsätzlich zutreffend, denn die Praxis neigt nicht selten dazu, betragsmässig übersetzte Konventionalstrafen zu reduzieren (vgl. die Kasuistik in STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 6 zu Art. 340b OR). Dennoch ist nicht davon auszugehen, dass eine solche Reduktion weiter als ein allfällig von der Klägerin geltend zu machender Schaden reichen würde.

4.3 Was sodann das von der Klägerin geltend gemachte treuwidrige Verhalten des Beklagten betrifft, so ist nicht weiter zu beanstanden, wenn der Einzelrichter davon ausging, dass das Schreiben der Klägerin (...) dazu geeignet gewesen sei, Kunden der Klägerin zu veranlassen, beim Beklagten nachzufragen, was zu dieser Entwicklung, also zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses bzw. zur Freistellung geführt habe. In Bezug auf diesen Vorwurf jedenfalls ist aufgrund der Vorbringen und der Akten nicht glaubhaft, dass der Beklagte der Klägerin Kunden von sich aus abgeworben oder einen ernsthaften Versuch dazu unternommen hat. Da es bereits an der erheblichen Schädigungsgefahr fehlt, braucht auf die Umstände, welche zur Kündigung geführt haben, nicht mehr näher eingegangen zu werden. Mangels Vorliegen der

materiellen Voraussetzungen besteht kein Anspruch der Klägerin auf Realvollstreckung des Konkurrenzverbotes.

4.4 Dass der Klägerin im Übrigen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, welcher nur durch die vorsorgliche Anordnung der Realerfüllung des Konkurrenzverbotes abgewendet werden kann (vgl. ZR 85 [1986] Nr. 67), braucht an sich nicht weiter geprüft zu werden. Ein solcher Nachteil wäre denn aufgrund der Vorbringen der Klägerin nur schwer ersichtlich, da sie einen materiellen Schaden - abgesehen davon, dass ein solcher ersetzbar und daher in der Regel ein leicht wiedergutzumachender Nachteil ist (vgl. dazu VOGEL, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: SJZ 76/1980, 96) - weder rechtsgenügend behauptet noch glaubhaft macht. (...)

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer
Beschluss vom 22. Mai 2003
NL030033
(mitgeteilt von lic. iur. C. Simmen)