

*KGE (Zivilgerichtshof I) vom 8. April 2008 i.S. X. AG c. Y.*

**Arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot (Art. 340 OR).**

- Gegenstand und Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Konkurrenzverbots (E. 3a und b).
- Einblick in Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis im konkreten Fall verneint (E. 3b/aa und bb sowie c).

**Contrat de travail; prohibition de faire concurrence (art. 340 CO).**

- Objet et conditions de validité d'une clause de prohibition de faire concurrence (consid. 3a et b).
- En l'espèce, absence de connaissance de la clientèle, de secrets de fabrication ou d'affaires (consid. 3b/aa, bb et 3c).

**Aus den Erwägungen**

(...)

3. a) Gemäss Art. 340 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen (Abs. 1). Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Den Arbeitgeber trifft die Beweislast, dass der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hatte und die Verwendung dieser Kenntnisse (Kausalzusammenhang) den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Bundesgerichtsurteil 4C.338/2001 vom 5. April 2002 E. 3; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg i.Ue. 2001, N. 209). Bei fehlendem Einblick ist ein Konkurrenzverbot nichtig (Streiff/von Kaelnel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, N. 4 zu Art. 340 OR).

Gegenstand des Verbots kann nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes ausschliesslich eine den Arbeitgeber konkurrenzierende Tätigkeit bilden. Eine derartige Konkurrenzsituation bedingt, dass der Arbeitgeber sich im untersagten Geschäftsfeld betätigt. Sodann muss der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber in diesem Bereich tätig gewesen sein. Andernfalls wird es ihm regelmässig am Einblick in die diesbezüglichen Geschäftsinterna fehlen, so dass auch die Schädigungsmöglich-

keit entfällt (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 2 zu Art. 340 OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 340 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 und 13 zu Art. 340 OR; Cotti, a.a.O., N. 185 ff.; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Bern 2001, S. 53 f.; vgl. BGE 130 III 353 E. 2.1.1; 92 II 25 E. 1d/e). Vorliegend erschöpfte sich die Arbeit des Beklagten für die Klägerin auf das Dellendrücken, inkl. Klebmethode. Scheiben- und Innenreparaturen wurden demgegenüber weder von der Klägerin angeboten noch vom Beklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ausgeführt. Folglich können diese beiden Verrichtungen - Scheiben- und Innenreparatur - in casu von vornherein nicht Gegenstand eines Konkurrenzverbotes sein. Soweit die Konkurrenzklausel diese mit einschliesst, bleibt sie demzufolge unwirksam bzw. nichtig (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 340 OR). Formell (Handlungsfähig- und Schriftlichkeit) ist die Vereinbarung gültig zustande gekommen; der von der Arbeitgeberin bei deren Unterzeichnung ausgeübte Druck begründet keinen Willensmangel.

b) Der Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR umfasst diejenigen Personen, die mit einer gewissen Regelmässigkeit in Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen, also den eigentlichen Kundenstamm, der einen Teil des Geschäftswertes ausmacht und als solcher in der Unternehmensbewertung berücksichtigt wird. Zu den so verstandenen ständigen Abnehmern zählen all jene Personen, die von Zeit zu Zeit, je nach Bedarf, zu bestellen pflegen. Eine besonders enge Beziehung zwischen Geschäft und Kunde ist dabei nicht erforderlich. Eine bloss einmalige Bestellung genügt hingegen nicht. Der Einblick in den Kundenkreis setzt alsdann ein Zweifaches voraus, nämlich eine persönliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Kunde und die Kenntnis des Ersteren von den Wünschen und Bedürfnissen des Letzteren. Diese doppelte Voraussetzung beruht auf dem Gedanken, dass die Kenntnis der Kundenwünsche allein in der Regel noch nicht genügt, um die Geschäftsbeziehung zum ehemaligen Arbeitgeber empfindlich zu stören. Schon gar nicht reicht allein der Einblick in Kundenlisten, d.h. blosser Namenslisten aus. Gefordert ist eine gewisse Intensität der Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und der Kundschaft - eben das persönliche Element (Neeracher, a.a.O., S. 21 ff.; vgl. auch Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 340 OR; Staehelin, a.a.O., N. 11 und 13 zu Art. 340 OR; Cotti, a.a.O., N. 217 ff., 220, verlangt sogar ein Vertrauensverhältnis, was allerdings weit geht).

aa) Der Beklagte gibt zu, für Kunden der Klägerin in der ganzen Schweiz Arbeiten ausgeführt zu haben. Er bestreitet aber, dadurch

Kenntnis der Kundenstruktur und des Kundenstammes erhalten zu haben. Die Klägerin hat es darauf unterlassen, nähere Tatsachenbehauptungen zu ihren Kunden, zur Regelmässigkeit der Geschäftsbeziehungen und zu den Kontakten des Beklagten zu ihren Stammkunden zu machen (zu den diesbezüglichen Anforderungen vgl. BGE 117 II 113 E. 2, 108 II 337 E. 3; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 164). Damit fehlt es letztlich an substanziierten Tatsachenbehauptungen in Bezug auf den klägerischen Kundenstamm und die Kontakte des Beklagten zu ebendiesem; Kundenstamm und Kontakte sind mit der blossen Hinterlage von Lieferbüchern weder substanziiert behauptet noch bewiesen. Mangels dieser Beweise ist die Kenntnis des Kundenkreises durch den Beklagten, welche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Konkurrenzverbots bildet, nicht gegeben.

bb) Aber selbst bei gehörigem Nachweis des Kundenstamms müsste der Einblick des Beklagten in den klägerischen Kundenkreis verneint werden. Das Konkurrenzverbot unterscheidet zwischen den Kantonen Zürich, Aargau, Luzern sowie St. Gallen einerseits und der restlichen Schweiz andererseits, was den Schluss nahe legt, ohne dass dies behauptet wurde, dass die Klägerin ihre Geschäftstätigkeit primär in den genannten Kantonen ausübt. Die Klägerin hat die Einvernahme einer Reihe von Personen verlangt, die im Autogewerbe, vornehmlich im Kanton Zürich, tätig sind. Offensichtlich handelt es sich bei diesen nach Ansicht der Klägerin, auch wenn sie dies nicht behauptet hat, um einen Teil ihrer Stammkunden bzw. deren leitende Mitarbeiter, was die Zeugen im Ergebnis denn auch bestätigen (...). Um den Einblick in den Kundenkreis zu bejahen, wäre es nun erforderlich, dass der Beklagte im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin die Wünsche und Bedürfnisse zumindest dieser Kunden (oder doch einer gewissen Anzahl von ihnen) in Erfahrung bringen und wenigstens mit diesen Kunden (oder doch einer gewissen Anzahl von ihnen) ein persönliches Verhältnis aufbauen konnte.

Die Antworten der Zeugen bzw. klägerischen Kunden auf die Frage, ob der Beklagte bei seinen Einsätzen ihre Bedürfnisse kennengelernt habe, fallen sehr unterschiedlich und widersprüchlich aus. Der Grund dafür liegt letztlich in der Art der von der Klägerin angebotenen und von ihren Kunden in Anspruch genommenen Dienstleistung. Diese umfasste einzig das Dellendrücken ohne Lackieren inkl. Klebevariante bei kleineren Schäden an der Karosserie. Die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiter, darunter der Beklagte, hatten Hagel- oder Parkschäden an den von den Kunden bereit gestellten Fahrzeugen zu beheben. Diese Aufgabe war

vorgegeben und immer dieselbe. Von eigentlichen Kundenbedürfnissen oder -wünschen, wie sie das Gesetz versteht, nämlich als etwas Geheimes und Schutzwürdiges, kann hier deshalb nicht gesprochen werden (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 9 [S. 838] zu Art. 340 OR).

Für die Beurteilung der persönlichen Beziehung ist auf die Sichtweise der Kunden abzustellen. (...). Zusammengefasst hat der Beklagte wenigstens bei zwei Stammkunden der Klägerin nie gearbeitet, zwei weitere Kunden konnten dazu für den relevanten Zeitraum keine sicheren Angaben machen und in vier weiteren Stammbetrieben ist der Beklagte namentlich nicht bekannt. Als Ansprechpartner wurden ausdrücklich A. und B. oder allgemein die Vorgesetzten oder generell die Klägerin und deren Mitarbeiter, nie aber namentlich der Beklagte genannt. Soweit die Kunden diesen kannten, nahmen sie ihn stets als blossen Angestellten der Klägerin wahr. In verschiedenen Aussagen findet sich sodann der Hinweis, dass die Klägerin bzw. A. mit mehreren, verschiedenen und wechselnden, immer wieder neuen Leuten die Kunden aufsuchte. Der beschränkte Bekanntheitsgrad des Beklagten bei den Kunden, die offenbar zentrale Stellung der Herren A. und B. gegenüber den Kunden, welche sich auch in den Preisabsprachen widerspiegelte, und der Einsatz eines wechselnden Mitarbeiterstabes bei den einzelnen Kunden schliessen nun aber jedes persönliche Verhältnis im Sinne von Rechtsprechung und Lehre zwischen dem Beklagten und den Stammkunden aus. Dem steht die Aussage eines einzigen Kunden nicht entgegen, der ausführte, der Beklagte habe öfters bei ihm gearbeitet, zumal er als Grund allein die örtliche Nähe dessen Wohnung zu seinem Betrieb angab. Damit ist aber auch der Einblick in den Kundenkreis, als Voraussetzung für die Gültigkeit des Konkurrenzverbots, zu verneinen.

c) Geschäftsgeheimnisse betreffen die kaufmännische Organisation und den Geschäftsverkehr des Unternehmens, Fabrikationsgeheimnisse die technische Organisation und die Herstellungsverfahren. Um als geheim zu gelten, darf eine Tatsache weder offenkundig noch allgemein zugänglich sein. Das fragliche Wissen darf lediglich einem beschränkten Personenkreis bekannt und nur mit Mühe herauszufinden sein. In hochspezialisierten Bereichen steht allerdings das Wissen auch nur weniger Fachleute dem Geheimnischarakter entgegen. Das fragliche Geheimnis muss einen gewissen Originalitäts- bzw. Exklusivitätsanteil aufweisen; die blosser Verbesserung eines Geräts oder eines Verfahrens stellt deshalb kein Geschäftsgeheimnis dar, falls es nur unwesentlich vom Bekannten abweicht. Nicht als Geheimnis in Betracht fällt das Wissen des Arbeitnehmers, das im betreffenden

Tätigkeitsbereich zur Berufserfahrung zählt und nicht über das Branchenübliche hinausgeht; ein blosser Erfahrungsvorsprung reicht insoweit nicht aus. Der Arbeitgeber muss es in Kauf nehmen, dass der Arbeitnehmer die bei ihm gewonnenen Erfahrungen und Fertigkeiten anderweitig verwertet, auch wenn dies seinen Interessen zuwiderläuft (Rehbinder, a.a.O., N. 9 f. zu Art. 340 OR; Staehelin, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 340 OR; Cotti, a.a.O., N. 215 f.; Neeracher, a.a.O., S. 27 ff., 36).

aa) Der Beklagte gehörte nicht der Geschäftsleitung an und befasste sich nicht mit kaufmännischen Aufgaben. Die Abgabe der Preislisten und das Wissen um den Stundenansatz eröffneten ihm keinen Einblick in die firmeninternen Preisberechnungen. Gesamtumsatzzahlen kannte er nicht. Mithin sind seitens der Klägerin keine diesbezüglichen Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Gesetzes dargetan worden. Die Z. AG wird ebenfalls von A. beherrscht, weshalb der Beklagte die diesbezügliche Geschäftsbeziehung der Klägerin zu deren Nachteil von vornherein nicht zu stören vermag. Entsprechendes wurde von der Klägerin denn auch nicht behauptet. Ausserdem werden die Geräte der Z. AG auch an Dritte verkauft, also nicht geheim gehalten.

bb) Beim Smart Repair handelt es sich nicht um eine Innovation der Klägerin. Von dieser bewirkte Verbesserungen fallen grundsätzlich ebenso wenig wie die vom Beklagten sich angeeignete Fertigkeit in diesem Bereich unter den Geheimnisbegriff (vgl. E. 3c). Die Klägerin hat im Übrigen weder substantiiert behauptet noch bewiesen, dass sie diese Technik über blossen Verbesserungen hinaus weiterentwickelt und sich damit im Vergleich zur Konkurrenz mehr als einen eventuellen Erfahrungsvorsprung verschafft hätte. Ja, selbst die Verbesserungen wurden nicht substantiiert dargetan, ist doch aus den Akten nicht ersichtlich, worin sie bestanden haben sollen. Die Konkurrenz im Bereich des Smart Repair und dessen Aufnahme in die Lehrausbildung zeigt im Weiteren, dass diese Technik in Fachkreisen zum Grundwissen, jedenfalls zum frei zugänglichen Wissen gehört. Die vom Beklagten bei seiner Arbeit für die Klägerin erworbenen neuen beruflichen Kenntnisse und die sich antrainierte Handfertigkeit fallen deshalb nicht unter das Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis. Soweit die Z. AG in diesem Bereich Entwicklungen oder Erfindungen gemacht haben sollte, was so nicht behauptet und bewiesen wurde, blieben diese vorliegend ohnehin unbeachtlich, weil diese Firma weder Prozess- noch (Arbeits)Vertragspartei ist.

d) Da der Beklagte somit im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin weder Einblick in den Kundenkreis noch solchen in

Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hatte, womit eine kausale Schädigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist, ist das strittige Konkurrenzverbot unverbindlich bzw. nichtig (Art. 340 Abs. 2 OR). Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich denn auch wesentlich von dem seitens der Klägerin zitierten Kantonsgerichtsurteil vom 25. Juni 1999 i.S. ..., in welchem der Beklagte während einer fast dreissigjährigen Anstellung vorerst als Chauffeur und später als Verantwortlicher für Lager, Tankanlage, Anlage- sowie Fahrzeugunterhalt, Einteilung der Lieferungen und Werbung nicht nur Heizölbestellungen entgegennahm, sondern die meisten Kunden kannte, deren Namen im Kopf hatte, mit diesen direkt verhandelte und den Zeitpunkt der Lieferungen sowie die Preise diskutierte, mit ihnen ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hatte, so dass einige nur mit ihm zusammenarbeiten wollten. Die Klage ist demzufolge abzuweisen. Ein Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit des Konkurrenzverbots besteht indessen nicht, zumal die Klage lediglich noch auf Leistung der Konventionalstrafe lautete.