

05
24**legalis brief**
Fachdienst
Arbeitsrecht
Urteilsbesprechungen**Nachvertragliches Konkurrenzverbot und Konventionalstrafe****OGer ZH LA220013-O/U vom 24.11.2023****Art. 163 OR, Art. 340 ff. OR**

A. ist u.a. im Management-auf-Zeit-Geschäft (MAZ) tätig. Dabei werden Manager und Top-Fachspezialisten in einem sog. Pool zusammengeführt, aus dem Kunden, welche vorübergehend ausgewiesene Führungskräfte benötigen, den ihnen als geeignet erscheinenden Kandidaten unter verschiedenen von A. vorgeschlagenen Personen auswählen können. A. und B. schlossen am 8. Januar 1996 einen Arbeitsvertrag ab. Am 23. Januar 1996 trat B. die Stelle als stellvertretender Poolmanager an.

Im Arbeitsvertrag fand sich eine Klausel betreffend ein nachvertragliches Konkurrenzverbot. Nachdem B. das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, trat er am 1. April 2001 eine Stelle bei der C. AG an, welche ebenfalls auf dem Gebiet des Managements auf Zeit tätig ist.

Das OGer ZH entschied auf Klage der A. hin, dass B. zwar keinen Schadenersatz, aber eine reduzierte Konventionalstrafe von CHF 25'000 schulde. Die ebenfalls beantragte Realdurchsetzung des Konkurrenzverbots war infolge Zeitablaufs (Geltung zwei Jahre nach Austritt) gegenstandslos geworden.

A. erhob Berufung gegen die Kürzung der Konventionalstrafe, B. Anschlussberufung gegen die Verpflichtung zur Zahlung der (gekürzten) Konventionalstrafe. Das OGer ZH erhöhte die Konventionalstrafe auf CHF 55'000.

Erwägungen

Der Arbeitnehmer B. führte zunächst ins Feld, dass nachvertragliche Konkurrenzverbote quasi «aus der Zeit» gefallen seien. Insbesondere sei **BGE 144 III 327** zu beachten, welcher Konventionalstrafen für Verletzungen vertraglicher Pflichten massiv eingeschränkt habe vor dem Hintergrund der Umgehung von **Art. 321e OR**. Das OGer ZH hält dem entgegen, dass **Art. 321e OR** auf Konventionalstrafen für nachvertragliche Konkurrenzverbote nicht anwendbar ist. Die Ausfällung einer Konventionalstrafe setzt sodann keinen Schadensnachweis voraus. **Art. 161 Abs. 1 OR** hält ausdrücklich fest, dass die Konventionalstrafe verfallen sei, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen sei (**BGE 95 II 532 E. 5**). Fehlender Schaden könne jedoch die Höhe der Konventionalstrafe beeinflussen und zu deren Herabsetzung führen (**BGE 109 II 120 E. 2c**).

Die formellen Voraussetzungen an eine gültige Abrede über ein nachvertragliches Konkurrenzverbot waren unstrittig erfüllt. Sodann hatte B. bei A. Einblick in den Kundenkreis und/oder Geschäftsgeheimnisse. Ebenso hatte die Vorinstanz zu Recht die Schädigungsmöglichkeit durch die Verwendung der Kenntnisse, die B. hatte, bejaht. B. hatte soweit erkennbar keine übermässige Einschränkung des wirtschaftlichen Fortkommens behauptet. Er war aber der Ansicht, dass er begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von **Art. 340c OR** gehabt habe. Unter anderem deswegen, weil B. bereits vor seiner Kündigung mit den Vorbereitungshandlungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit begonnen hatte, kam die Erstinstanz zum Schluss, dass B. nicht habe nachweisen können, der Kündigungsanlass sei überwiegend und kausal von der A. gesetzt worden. Das OGer ZH

erwägt dazu, dass ein Arbeitnehmer praxisgemäss das Recht, sich auf einen Auflösungsgrund im Sinne von **Art. 340c Abs. 2 OR** zu berufen, in der Regel nicht dadurch verwirkt, dass er nicht innerhalb einer kurz bemessenen Bedenkfrist die Kündigung erklärt. Der Kündigungsgrund darf jedoch nicht ein blosser Vorwand sein (BGer **BGer 4A_109/2021**, 20.7.2021, E. 3.2–3.4). Unter Würdigung verschiedener Umstände schliesst auch das OGer ZH, dass B. nicht habe beweisen können, dass der Kündigungsanlass überwiegend von A. gesetzt worden sei.

Die Erstinstanz hatte alsdann berechnet, dass die volle Konventionalstrafe CHF 110'370 (sechs Brutto-Monatslöhne von B.) betragen hätte. Sie setzte diese auf weniger als $\frac{1}{4}$ oder CHF 25'000 herab, weil (i) es keine sogenannte Karenzentschädigung gab und (ii) das Konkurrenzverbot lediglich den MAZ-Bereich betroffen habe, den B. erst durch die Anstellung bei A. kennengelernt habe. Umgekehrt (iii) sei das Konkurrenzverbot nicht örtlich übermässig, und (iv) B. habe sich zudem unmittelbar mit der Beendigung der Arbeitstätigkeit an einer Konkurrenzfirma beteiligt. Schliesslich (v) sei das Konkurrenzverbot sachlich angemessen eingeschränkt gewesen. Wiederum zugunsten von B. berücksichtigte die Erstinstanz (vi) den tieferen Lohn an der neuen Stelle und die Tatsache, dass (vii) bei A. zumindest in der Tat ein «raues Arbeitsklima» geherrscht habe

Das OGer ZH erhöhte die Konventionalstrafe auf CHF 55'000 (also die Hälfte der vertraglich vorgesehen Strafe) und erwog dazu, gemäss **Art. 163 Abs. 3 OR** habe der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Das Ermessen des Gerichts betrifft einmal die Frage, ob die vereinbarte Strafe übermässig hoch sei, zum andern beschlägt es den Umfang der Herabsetzung. Nebst den Erwägungen der Erstinstanz verweist das OGer ZH zudem auf die Interessenabwägung, die Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten. Sodann sei die Ungewissheit über Bestand oder Nichtbestand des Verbots bei entsprechenden Anhaltspunkten schuld mindernd zu berücksichtigen. Wegen Mitverschuldens der A. an der Vertragsauflösung erscheint eine Reduktion der Konventionalstrafe um rund die Hälfte und damit auf CHF 55'000 als angemessen.

Kommentierung

In diesem Entscheid werden die Voraussetzungen an die Durchsetzung einer Konventionalstrafe wegen Verstosses gegen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot zutreffend wiedergegeben. Interessant ist, dass sich der Arbeitnehmer insbesondere auf die Praxis stützte, wonach Konventionalstrafen wegen Vertragsverletzungen im laufenden Arbeitsverhältnis infolge Umgehung von **Art. 321e OR** praktisch nicht mehr gültig vereinbart werden können. In der Tat ist es nicht ganz einfach nachvollziehbar, weswegen sich *nachvertragliche* Pflichtverletzungen (unter gegebenen Voraussetzungen) problemlos mit hohen Konventionalstrafen verbinden lassen, wohingegen selbst gleichartige *vertragliche* Pflichtverletzungen nicht dergestalt sanktioniert werden können. Aber das ergibt sich letztlich aus der gesetzlichen Vorgabe der Zulässigkeit nachvertraglicher Konkurrenzverbote und spezifisch damit verbunden der Konventionalstrafenfolge (**Art. 340c Abs. 2 OR**).

Einen Kardinalsfehler beging die Arbeitgeberin aber vorliegend insofern, als sie im ordentlichen Verfahren die Realvollstreckung beantragt hatte. Dass eine solche nach ordentlichem Verfahren alleine wegen des Zeitablaufes nicht mehr angeordnet würde, liegt auf der Hand – und da damit gleichzeitig ein sehr hoher Streitwert verbunden ist (*de facto* der Lohn während der ganzen beantragten Verbotsdauer), unterlag die Arbeitnehmerin erstinstanzlich zu 98 %, verbunden mit entsprechenden Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an den Arbeitnehmer. Die Realdurchsetzung sollte zunächst ausschliesslich auf dem Wege des Massnahmebegehrens verlangt werden – wenn überhaupt; die diesbezüglichen Anforderungen sind noch einmal erhöht.

Marco Kamber