

## **BGE 99 II 172**

Bundesgericht (BGE), 1973-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_99 II 172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99%20II%20172)

FR: ATF 99 II 172

IT: DTF 99 II 172

### **Regeste**

Regeste Konkurrenzverbot: Verletzung durch den Dienstpflichtigen, Feststellungsklage. 1. Ein schützenswertes Interesse an der sofortigen Feststellung der Verletzung ist zu bejahen, wenn der Geschädigte die Leistungsklage vorläufig auf einen Teil des Schadens beschränken müsste (Erw. 2). 2. Eine mögliche, aber dem Geschädigten nicht zumutbare Unterlassungsklage hebt dieses Interesse nicht auf (Erw. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

In der Sache selber ist nicht streitig, dass die Klägerin bei einer Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Beklagten schon heute nicht nur die vereinbarte Konventionalstrafe, sondern auch den Ersatz des Schadens und die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen dürfte. Streitig ist nur, ob der Klägerin ein schützenswertes Interesse an der blossen Feststellung der Verletzung deswegen nicht zustehe, weil sie schon heute eine Leistungsklage über Fr. 5000.-- gegen den Beklagten einreichen könnte und weil auch in diesem Prozess vorerst entschieden werden müsste, ob eine Verletzung BGE 99 II 172 S. 174 des Verbotes vorliege. Es trifft zu, dass nach ständiger Rechtsprechung ein schützenswertes Interesse an einer Feststellung zu verneinen ist, wenn der Kläger über die blossen Feststellung hinaus sogleich eine vollstreckbare Leistung verlangen kann ( BGE 96 II 131 Erw. 2 und BGE 97 II 375 Erw. 2 mit Hinweisen). Dieser Grundsatz lässt sich indessen nicht ohne weiteres auf den Fall anwenden, wo die Verletzung andauert und der Schaden noch wächst, der Geschädigte vielmehr die Leistungsklage vorläufig auf einen Teil des Schadens beschränken muss, weil er weitere Forderungen weder beziffern noch abschätzen kann. Freilich ist schon im Entscheid über die Teilklage zu befinden, ob der geltend gemachte Klagegrund, auf den sich auch alle weiteren Schadenersatzbegehren stützen müssten, überhaupt bestehe. Der Richter, der darüber zu entscheiden hat, wird in einem zweiten Prozess kaum anders urteilen als im ersten, auch wenn seine Entscheidungsgründe an der Rechtskraft des Urteils nicht teilnehmen. Die Gefahr, dass sich widersprechende Urteile gefällt werden, besteht dagegen, wenn der Streitwert der Teilklage die Berufung an das Bundesgericht ausschliesst, spätere Schadenersatzbegehren die Streitwertgrenze für die Zuständigkeit des Bundesgerichtes aber erreichen, oder wenn die Klagen wegen sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit von verschiedenen Gerichten beurteilt werden müssen. Angesichts dieser Gefahr, der übrigens beide Parteien ausgesetzt sind, geht es nicht an, der Klägerin ein schützenswertes Interesse an einem Feststellungsbegehren mit der Begründung abzusprechen, sie könne zumindest auf Leistung der Konventionalstrafe klagen. In Fällen wie dem vorliegenden hat sie ein berechtigtes Interesse zu erfahren, ob ihre Rechtsauffassung ein für allemal zutrifft oder nicht, braucht sich folglich nicht

entgegenhalten zu lassen, dass in einem ersten Prozess über eine Teilforderung dem Sinne nach auch über die Verletzung des Konkurrenzverbotes entschieden würde. Das Handelsgericht verkennt, dass die Rechtskraft eines Urteils sich grundsätzlich weder auf die Feststellung von Tatsachen noch auf die Beurteilung von Rechtsfragen bezieht, welche dem Entscheide zugrunde liegen; insbesondere ist die Einrede der abgeurteilten Sache nicht schon deshalb gegeben, weil die grundlegende Rechtsfrage, von der die Entscheidung abhängt, dieselbe ist wie im Vorprozess ( BGE 56 II 206 , BGE 71 II 284 , BGE 81 I 8 , BGE 84 II 140 ).

### E. 3

Der Beklagte wendet ein, die Klägerin hätte "ohne BGE 99 II 172 S. 175 weiteres auch eine Unterlassungsklage" anstrengen und dieser einen Streitwert von mindestens Fr. 8000.-- ( Art. 46 OG ) beimessen können. Nach Art. 359 Abs. 3 aOR konnte der Dienstherr ausnahmsweise bei besonderer schriftlicher Abrede neben der Bezahlung der Konventionalstrafe und dem Ersatz allfälligen weiteren Schadens die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, wenn die Bedeutung der durch die Übertretung des Konkurrenzverbotes verletzten oder bedrohten Interessen des Dienstherrn und das Verhalten des Dienstpflichtigen dies rechtfertigten. Die neue Bestimmung des Art. 340b Abs. 3 OR lautet dem Sinne nach gleich. Der Arbeitgeber, dem Ansprüche gegen einen Arbeitnehmer wegen Verletzung eines Konkurrenzverbotes zustehen, kann somit wählen, ob er bloss die vereinbarte Konventionalstrafe und allfälligen Schadenersatz fordern oder ob er überdies, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, noch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen will. Ähnlich verhält es sich z.B. nach Art. 98 OR , Art. 2 UWG und Art. 6 Abs. 1 KG . Ob in einer Beschränkung der Klage auf die Geldforderungen ein Verzicht auf eine Beseitigungs- oder Unterlassungsklage zu erblicken ist, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Eine Beseitigungsklage, die sich gegen die Ursache des vertragswidrigen Zustandes richten müsste ( BGE 88 II 267 ; MEIER-HAYOZ, N. 70 zu Art. 641 ZGB ), war hier gar nicht möglich, da der Beklagte kein Konkurrenzgeschäft betreibt. Er ist vielmehr Angestellter oder Organ von juristischen Personen; auf ein Begehren der Klägerin, deren Betriebe zu schliessen, könnte der Richter somit nicht eintreten. Eine Unterlassungsklage sodann bezweckt die Verhinderung eines künftigen Zustandes, wirkt also bloss für die Zukunft (GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht 2. Aufl. S. 65 und 252; K. NAEF, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1919 S. 93; PH. PIDOUX, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, Diss. Lausanne 1969 S. 75 ff.; THOMAS MERZ, Die Unterlassungsklage nach Art. 28 ZGB , Diss. Zürich 1973 S. 14). Bei einer solchen Klage musste die Klägerin ernsthaft damit rechnen, dass bis zum Entscheid darüber die zweijährige Frist des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes ablief und die Klage gegenstandslos wurde. Sie war ihr nicht zuzumuten, gleichviel wie BGE 99 II 172 S. 176 es sich mit den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen verhielt. Das angefochtene Urteil lässt sich somit auch mit der Behauptung, die Klägerin hätte ebenso auf Unterlassung klagen können, nicht aufrechterhalten. Es verletzt ihren bundesrechtlichen Anspruch, zu einer selbständigen Feststellungsklage zugelassen zu werden, und ist daher aufzuheben.