

## **SO\_GERICHTE ZZ.1991.18 vom 1. April 1988**

SO Obergericht, 1988-04-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZZ.1991.18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZZ.1991.18)

FR: SO\_GERICHTE ZZ.1991.18 du 1 avril 1988

IT: SO\_GERICHTE ZZ.1991.18 del 1 aprile 1988

### **Regeste**

§ 255 lit. d ZPO; Art. 340b Abs. 3 OR. Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes erzwungen werden soll.

### **Volltext**

SOG 1991 Nr. 18

§ 255 lit. d ZPO; Art. 340b Abs. 3 OR. Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes erzwungen werden soll.

B. stand mit der I. AG vom 1. April 1988 bis Mitte 1990 in einem Arbeitsvertragsverhältnis. Er war als Verkaufsingenieur angestellt. In einem Zusatz zum Arbeitsvertrag hatten die Parteien am 29. Januar 1988 ein Konkurrenzverbot vereinbart. Ende 1990 erhob die I. AG gegen B. Klage betreffend Forderung (Konkurrenzverbot, Konventionalstrafe aus Arbeitsvertrag, Schadenersatz, Realexekution). Gleichzeitig reichte sie ein Gesuch um Erlass einer einstweiligen Verfügung im Sinn von § 255 lit. a und lit. d ZPO ein. Der Gerichtspräsident hiess das Begehren der Gesuchstellerin teilweise gut und erliess nachstehende Verfügung:

"1. Der Gesuchsgegner wird richterlich verpflichtet, weder direkt noch indirekt (als Angestellter, Selbständigerwerbender, finanziell Beteiligter) für einen Lieferanten (oder dessen Vertretung) tätig zu sein, der Produkte des Herstellers "C.C.C." anbietet oder vermittelt. Dieses Konkurrenzverbot ist auf die Kantone Bern, Solothurn und Aargau beschränkt.

Weitergehende Begehren sind abgewiesen.

Im Falle der Widerhandlung gegen diese Verfügung wird dem Gesuchsgegner Strafe gemäss Art. 292 StGB angedroht (Haft bis 3 Monate und/oder Busse bis Fr. 5000.-).

2...."

B. erhob Rekurs, welchen das Obergericht mit folgender Begründung guthiess:

1. Die Rekursgegnerin beansprucht die provisorische Durchsetzung des Konkurrenzverbotes. Der Vorderrichter stützte die einstweilige Verfügung richtigerweise auf § 255 lit. d ZPO ab. Die Anwendung von lit. a (Befehlsverfahren) fällt ausser Betracht, da keine liquiden Tat- und Rechtsverhältnisse gegeben sind. Im Zusammenhang mit der Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes hat der einstweilige Rechtsschutz besondere Bedeutung: Wegen der in vielen Fällen langen Prozessdauer kommt vor Ablauf des Konkurrenzverbotes häufig nur eine vorsorgliche Massnahme zum Tragen. Die

vorsorgliche Massnahme dient der Sicherung eines behaupteten Rechts und will verhindern, dass eine Partei durch Abwarten des ordentlichen Prozesses zu Schaden kommt. Gemäss § 255 lit. d ZPO trifft der Gerichtspräsident auf Verlangen einer Partei, sofern sie die Berechtigung glaubhaft gemacht hat, einstweilige Verfügungen zum Schutz von anderen als auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten fälligen Rechtsansprüchen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden droht. Voraussetzung sind demnach die Glaubhaftmachung des Anspruchs, die Dringlichkeit und die Gefahr eines nicht leicht zu ersetzenden Schadens.

2. Verletzt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so kann der Arbeitgeber gemäss Art. 340b Abs. 3 OR "neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten und bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen". Dazu bedarf es in formeller Hinsicht einer besonderen schriftlichen Abrede. In materieller Hinsicht kann die Realerfüllung nur unter erschwerten Bedingungen verlangt werden, das heisst eine Vertragsverletzung allein genügt nicht. Die Beweislast für die Erfüllung der Voraussetzungen trägt der Arbeitgeber.

Vorliegend ist die formelle Voraussetzung für das Erwirken der Realerfüllung gegeben: Es liegt eine schriftliche Abrede vor.

In materieller Hinsicht verlangt das Gesetz, dass die Realerfüllung wegen der verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und des Verhaltens des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Es kommt demnach einerseits auf die Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers und andererseits auf das Gewicht des Verhaltens des Arbeitnehmers beziehungsweise die Schwere und Umstände der Vertragsverletzung an. Letztlich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und die Realerfüllung nur bei einem überragenden Interesse des ehemaligen Arbeitgebers anzuordnen (ZR 1980 Nr. 14 S. 34). Für die Interessenlage des Arbeitgebers sind das Ausmass des Schadens, den die vertragswidrige Tätigkeit des Arbeitnehmers erwarten lässt, und die Auswirkungen, die sich daraus für Betrieb und Wettbewerbsposition im relevanten Markt ergeben, wegleitend. Die Schädigungsmöglichkeit muss bedeutend sein, was dann der Fall ist, wenn "der zu erwartende Schaden die Konventionalstrafe erheblich übersteigt und auch ein gewonnener Schadenersatzprozess keine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustande erwarten liesse" (ZR 1980 a.a.O.; Rekursentscheid des Obergerichts vom 22. Juni 1983 i.S. B./M.). Hinsichtlich der Voraussetzung, die Realexekution müsse durch das Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein, wird in der Literatur die Meinung vertreten, es müssten besondere Treuwidrigkeiten vorliegen, die weitergingen, als der in jeder Vertragsverletzung liegende Verstoss gegen Treu und Glauben (Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, S. 77; Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, S. 162 f.). Das Bundesgericht scheint in dieser Frage eine eher zurückhaltende Tendenz einzuschlagen (BGE 103 II 120).

Geht es, wie vorliegend, um den vorläufigen Rechtsschutz, so müssen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung entsprechend streng sein, da ein Anspruch vollstreckt werden soll, der für eine bestimmte Zeit in besonderem Mass in die Lebensverhältnisse des Arbeitnehmers eingreift. Solange der Anspruch der Rekursgegnerin nicht überzeugend glaubhaft gemacht ist, kann eine Realvollstreckung nicht leichthin vorweg ausgesprochen werden (Kuhn, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, S. 94; Bohny, a.a.O., S. 167; Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, in SJZ 76 (1980) S. 97 r.Sp.; ZR

1980 S. 34 f.).

(Das Obergericht stellte in den weiteren Erwägungen fest, dass die materiellen Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt waren.)

Obergericht Zivilkammer, Urteil vom 15. Juli 1991

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.