

Urteilskopf

145 III 365

42. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. AG Littau (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_210/2018 vom 2. April 2019

Regeste (de):

Art. 340 Abs. 1 und Art. 340a Abs. 1 OR; Anforderungen der Schriftlichkeit an den Inhalt einer arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotsklausel.

Unter geltendem Recht ist der nach Art. 340a Abs. 1 OR zu begrenzende Umfang des Konkurrenzverbots ein objektiv wesentliches Element, welches vom Schriftformvorbehalt im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR erfasst ist (E. 3.5).

Praxisänderung hinsichtlich strengerer Formvorschriften an den schriftlichen Inhalt eines Konkurrenzverbots im Interesse der Rechtssicherheit und mangels triftiger Gründe verneint. Das streitgegenständliche Konkurrenzverbot, welches jede konkurrenzierende Tätigkeit untersagt, ist in gegenständlicher Hinsicht genügend bestimmt bzw. anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar (E. 3).

Regeste (fr):

Art. 340 al. 1 et art. 340a al. 1 CO; exigences quant à la forme écrite s'agissant du contenu d'une clause de prohibition de faire concurrence prévue dans un contrat de travail.

Selon le droit en vigueur, l'étendue de la limitation de la prohibition de faire concurrence prévue à l'art. 340a al. 1 CO est un élément objectivement essentiel assujéti à l'exigence de la forme écrite de l'art. 340 al. 1 CO (consid. 3.5).

Refus d'un changement de jurisprudence visant des prescriptions de forme plus strictes quant au contenu écrit d'une prohibition de faire concurrence, dans l'intérêt de la sécurité juridique et en l'absence de motifs fondés. La prohibition de faire concurrence objet du litige, qui interdit toute activité concurrentielle, est, objectivement, déterminée de manière suffisamment précise, respectivement déterminable au moyen des méthodes usuelles d'interprétation (consid. 3).

Regesto (it):

Art. 340 cpv. 1 e art. 340a cpv. 1 CO; esigenze della forma scritta relative al contenuto di un divieto di concorrenza previsto da un contratto di lavoro.

In base al diritto vigente l'estensione del divieto di concorrenza, da limitare conformemente all'art. 340a cpv. 1 CO, costituisce un elemento oggettivamente essenziale che soggiace all'esigenza della forma scritta secondo l'art. 340 cpv. 1 CO (consid. 3.5).

È stato rifiutato, nell'interesse della sicurezza del diritto e per l'assenza di validi motivi, un cambiamento della giurisprudenza volto a porre esigenze di forma più severe al contenuto scritto di un divieto di concorrenza. Il divieto di concorrenza oggetto del litigio, che vieta qualsiasi attività concorrenziale, è dal profilo del suo oggetto sufficientemente determinato, rispettivamente determinabile con i metodi generali di interpretazione (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 366

BGE 145 III 365 S. 366

A. Die B. AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) mit Sitz im Kanton Luzern betreibt gemäss Handelsregisterauszug eine Kaffeerösterei und Engroshandel mit Lebensmitteln aller Art. Sie stellte A. (Beklagte, Beschwerdeführerin) mit Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 2007 als Marketingassistentin zu einem Pensum von 50 % an. A. war gemäss Arbeitsvertrag unter anderem für folgende Tätigkeiten zuständig: "Erstellen von Verkaufskonzepten", "Vorbereitung und Durchführung Messen/ Event", "Werbung/Inserat", "Verkaufsförderungsaktivitäten", "Verkaufs- und Produktunterlagen", "Organisation", "Homepage & Internet". Ausserdem enthielt der Arbeitsvertrag in Art. 13 eine Konkurrenzverbotsklausel: "Die MA [Marketingassistentin] verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen, d.h. weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit der Firma im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot gilt für die ganze Schweiz, für die Dauer von 3 Jahren. Bei einer Verletzung des Konkurrenzverbots wird eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 erhoben. Die Zahlung der Konventionalstrafe hebt das Konkurrenzverbot nicht auf. Die Firma kann überdies Ersatz für den weiteren Schaden sowie die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen." Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses liess sich die Beklagte von der C. GmbH anstellen, welche als Gastronomieunternehmen wie die Klägerin Kaffee und Heissgetränke verkauft und in diesem Zusammenhang weitere Dienstleistungen anbietet.

B. Die in der Folge erhobene Klage auf Zahlung der Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots wies das

BGE 145 III 365 S. 367

Arbeitsgericht des Kantons Luzern ab; das Kantonsgericht des Kantons Luzern hiess die Berufung der Klägerin indes gut und verpflichtete die Beklagte im Wesentlichen dazu, der Klägerin Fr. 30'000.- zu bezahlen.

C. Das Bundesgericht heisst nach öffentlicher Beratung der Sache am 2. April 2019 die Beschwerde der Beklagten teilweise gut, hebt den Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Luzern vom 1. März 2018 auf und weist die Sache zur neuen Beurteilung an dieses zurück. (Zusammenfassung)

Aus den Erwägungen:

Erwägungen

3. Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich eine Arbeitnehmerin gegenüber ihrer Arbeitgeberin schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu beschränken, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens der Arbeitnehmerin ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten (Art. 340a Abs. 1 OR). Das

Gericht kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; es hat dabei eine allfällige Gegenleistung der Arbeitgeberin angemessen zu berücksichtigen (Art. 340a Abs. 2 OR).

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 340 Abs. 1 i.V.m. Art. 340a Abs. 1 OR verletzt, indem sie verkannt habe, dass der gegenständliche Umfang mit der alles-umfassenden Formulierung "jeder konkurrenzierender Tätigkeit" ungenügend bestimmt werde, weshalb das Konkurrenzverbot insgesamt (form-)ungültig sei.

3.2 Nach der Rechtsprechung ist zunächst die Gültigkeit des Konkurrenzverbots zu prüfen; andernfalls stellt sich die Frage gar nicht erst,

BGE 145 III 365 S. 368

ob es übermässig und vom Gericht im Sinne von Art. 340a Abs. 2 OR einzuschränken ist. Unter die Gültigkeitsvoraussetzungen fällt unter anderem der Schriftformvorbehalt nach Art. 340 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 OR; ein nur mündlich vereinbartes Konkurrenzverbot ist nichtig (so bereits die Botschaften vom 1. Juni 1909 betreffend die Revision des Obligationenrechts, BBl 1909 III 751 sowie vom 25. August 1967 zur Revision des Arbeitsvertragsrechts, BBl 1967 II 399).

3.2.1 Formbedürftige Rechtsgeschäfte sind nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie (BGE 127 III 529 E. 3c; BGE 122 III 361 E. 4; BGE 121 III 118 E. 4b/bb). Danach ist nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben oder - wenn sich dies nicht feststellen lässt - wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen sind, was mithin ihr mutmasslicher Parteiwille ist. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 140 III 134 E. 3.2; BGE 135 III 295 E. 5.2; BGE 132 III 24 E. 4). Steht der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt fest, ist bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist (BGE 122 III 361 E. 4 S. 366; BGE 121 III 118 E. 4 b/bb S. 124; vgl. bezüglich des Konkurrenzverbots die Urteile 4C.44/2002 vom 9. Juli 2002 E. 2.2-2.4; 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002 E. 1c). Der so ermittelte Wille der Parteien ist unbeachtlich, wenn er in der schriftlichen Vereinbarung nicht rechtsgenügend verkündet ist (vgl. zum Ganzen Urteil 4A_172/2018 vom 13. September 2018 E. 4.3.1).

3.2.2 In Bezug auf die Frage, inwiefern die Schriftform Anforderungen an den Inhalt eines Konkurrenzverbots stelle, verneinte das Bundesgericht unter Geltung von a Art. 357 OR die Nichtigkeit eines zeitlich unbeschränkten Konkurrenzverbots, da die Begrenzung des Verbots kein wesentlicher Vertragspunkt, sondern eine gesetzliche Folge der beschränkten Vertragsfreiheit sei (BGE 96 II 139 E. 2 S. 142) und erachtete es im Umfang von drei Jahren als gültig (BGE 96 II 139 E. 3). In Urteil 4C.385/1991 vom 23. Oktober 1992 beurteilte das Bundesgericht ein Konkurrenzverbot, das einzig aus einem Verweis auf die gesetzlichen Vorschriften bestand, als (form-)ungültig, da der mittlerweile erlassene Art. 340a

BGE 145 III 365 S. 369

Abs. 1 OR zum Ausdruck bringe, dass die Vertragsparteien eine Vereinbarung hinsichtlich Ort, Zeit und Gegenstand des Konkurrenzverbotes treffen, d.h. insoweit den Inhalt des Verbotes näher bestimmen müssten (Urteil 4C.385/1991 vom 23. Oktober 1992 E. 4b). Klauseln, die in gegenständlicher Hinsicht jede konkurrenzierende oder im Wettbewerb stehende Tätigkeit verbieten, wurden in der bisherigen Praxis indes ohne Weiteres als genügend bestimmt erachtet bzw. nicht als ungültig qualifiziert. Denn ihr Umfang war entweder nicht relevant für das Entscheidungsergebnis oder liess sich jeweils mindestens durch Auslegung nach dem - auch für formbedürftige Verträge uneingeschränkt geltenden - Vertrauensprinzip eindeutig ermitteln (vgl. insbesondere BGE 92 II 22 ; vgl. auch BGE 130 III 353 ; Urteile 4A_468/2017 vom 12. März 2018; 4A_286/2017 vom 1. November 2017; 4a_22/2014 vom 23. April 2014; 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 3; vgl. ferner Urteile 4C.44/2002 vom 8. Juli 2002 E. 2.4; 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002 E. 1c).

3.3 Die Beschwerdeführerin erachtet die im hier massgebenden Konkurrenzverbot verwendete Formulierung, sich "jeder konkurrenzierenden Tätigkeit" zu enthalten, als in gegenständlicher Hinsicht zu unbestimmt und deshalb als formungültig. Sie verlangt damit eine Praxisänderung. Eine Änderung der Praxis lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 144 III 209 E. 2.3; BGE 143 IV 9 E. 2.4; BGE 137 III 352 E. 4.6 S. 360; BGE 136 V 313 E. 5.3.1; BGE 136 III 6 E. 3).

3.4 In der Lehre gehen einige Autoren davon aus, ein nicht im Sinne von Art. 340a Abs. 1 OR örtlich, zeitlich und gegenständlich begrenztes Konkurrenzverbot sei nicht ungültig, sondern vom Gericht lediglich in Anwendung von Art. 340a Abs. 2 OR einschränkbar (so namentlich DAVID HEEB, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, 2016, S. 108, der jedoch an einer anderen Stelle den Umfang eines Konkurrenzverbotes als vertragswesentlichen Punkt bezeichnet und der Meinung ist, die Schriftform sei bei einer Ausdehnung des

BGE 145 III 365 S. 370

Konkurrenzverbotes in örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht zwingend einzuhalten [S. 112]; so wohl auch WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 340a OR; DOMINIK MILANI, in: OR Kommentar, Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], 2016, N. 4 zu Art. 340a OR). Ein anderer Teil der Lehre betrachtet indessen ein Konkurrenzverbot als nichtig, wenn es sich nicht schriftlich zum konkreten Umfang äussert (vgl. für ältere Lehrmeinungen PETER BOHNY, das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1988, a.a.O., S. 88, 125; THOMAS BUSSE, Wirksamkeitsvoraussetzungen der Konkurrenzklausel, 1990, S. 93 f., insbesondere S. 94 Fn. 1; RENÉ KUHN, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, 1981, S. 27 ff., insbesondere S. 30; EDWIN SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. 1976, N. 4 f. zu Art. 340a OR; vgl. für die aktuelle Lehre STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 340a; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3. Aufl. 2014, S. 725; AURÉLIEN WITZIG, droit du travail, 2018, S. 349 Rz. 1018; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Dunand/Mahon [Hrsg.], Commentaire du contrat de travail, 2013, N. 21 f. zu Art. 340a OR; vgl. auch DOMINIQUE DREYER, Obligation de non-concurrence, in: Pichonnaz/Werro [Hrsg.], La pratique contractuelle, 2015, S. 211, S. 217; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 340a; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, N. 4 zu Art. 340a OR; so wohl auch PASCAL MOESCH, La prohibition de concurrence, in: Rémy Wyler [Hrsg.], Panorama en droit du travail, 2009, S. 346 f. sowie VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, § 21 N. 10). Ein Teil dieser Lehre befürwortet die Rechtsfolge der Nichtigkeit auch, falls lediglich einer der Parameter bezüglich des Umfangs (örtlich, zeitlich oder gegenständlich) unbestimmt ist (BOHNY, a.a.O., S.

88, 125; derselbe, in: Münch/Metz [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl. 2012, Rz. 7.12; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 22 zu Art. 340a OR; KUHN, a.a.O., S. 30; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 725; so wohl auch WITZIG, a.a.O., S. 349 Rz. 1018).

3.5

3.5.1 Insofern die gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kritische Lehre die Praxis unter BGE 96 II 139 als durch Urteil 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 bestätigt betrachtete (siehe

BGE 145 III 365 S. 371

beispielsweise STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 340a OR), in welchem das Bundesgericht eine Erwägung der oberen kantonalen Instanz zur Gültigkeit eines Konkurrenzverbots ohne räumliche Komponente wiedergab, ohne dazu Stellung zu nehmen (vgl. Urteil 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 3.3), ist zu präzisieren, dass unter geltendem Recht ein Konkurrenzverbot, dessen zeitlicher, örtlicher sowie gegenständlicher Umfang weder tatsächlich bestimmt ist noch durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden kann, ebenso wie ein gesamtheitlich unbegrenztes Verbot, von vornherein keine Wirkung entfaltet (BOHNY, Konkurrenzverbot, a.a.O., S. 88, 125; ders., Stellenwechsel, a.a.O., Rz. 7.12; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 22 zu Art. 340a OR; SCHWEINGRUBER, a.a.O., N. 5 zu Art. 340a OR; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 725; so wohl auch Busse, a.a.O., S. 93 f.; DREYER, a.a.O., S. 211, S. 216 f.; WITZIG, a.a.O., S. 349 Rz. 1018). Unter geltendem Recht ist der nach Art. 340a Abs. 1 OR zu begrenzende Umfang des Konkurrenzverbots ein objektiv wesentliches Element, welches vom Schriftformvorbehalt erfasst ist (so im Grundsatz auch STAEHELIN, a.a.O., N. 8 zu Art. 340 OR). Insoweit sind die Anforderungen an die Bestimmung des Inhalts eines Konkurrenzverbots gemäss Art. 340a Abs. 1 OR und die Formvorschrift von Art. 340 Abs. 1 OR untrennbar miteinander verbunden (Urteil 4C.385/1991 vom 23. Oktober 1992 E. 4b). Denn es würde der Schutz- und Warnfunktion der Formvorschrift der Schriftlichkeit diametral widersprechen, wenn die vom Verbot belastete Arbeitnehmerin daraus das Ausmass der Einschränkung ihrer beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten nicht entnehmen könnte (vgl. Urteil 4C.385/1991 vom 23. Oktober 1992 E. 4b; vgl. auch ARTHUR HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. 1975, S. 41 f.; vgl. ferner REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 340 OR). Demgegenüber ist es der Arbeitgeberin zuzumuten, die nötige Sorgfalt zur Bestimmung des zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Umfangs aufzuwenden (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 340a OR). Andernfalls könnte sie ohne Gefährdung eigener Interessen die Klärung einzelner Punkte offen lassen (BUSSE, a.a.O., S. 93). Erst wenn der Umfang eines Konkurrenzverbots in zeitlicher, örtlicher sowie sachlicher Hinsicht definiert ist, kann es bei allfälliger Übermässigkeit nach Art. 340a Abs. 2 OR entsprechend reduziert werden. Ob sodann die vereinbarte umfangmässige Begrenzung zulässig oder vom Gericht enger zu definieren ist, lässt sich nur unter gesamthafter Betrachtung seines Umfangs nach Gegenstand,

BGE 145 III 365 S. 372

Ort und Zeit beurteilen; dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Berechtigte dem Verpflichteten für das Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung ausrichtet. Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, die sich durch die Interessen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt (BGE 130 III 353 E. 2 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4C.100/2006 vom

13. Juli 2007 E. 2.5).

3.5.2 Wenn die Beschwerdeführerin das vorliegende Verbot "jeder konkurrenzierenden Tätigkeit" betreffend den Gegenstand (bzw. in den anderen Sprachfassungen: "au genre d'affaires; all'oggetto") als ungenügend begrenzt oder bestimmt erachtet, geht ihre Ansicht indessen über die berechtigte Kritik der herrschenden Lehre an der altrechtlichen Bundesgerichtspraxis gemäss BGE 96 II 139 hinaus. Sie zitiert denn auch keine Lehrmeinung, welche ein Verbot "jeder konkurrenzierender Tätigkeit" konkret als mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar bezeichnet. Vielmehr beziehen sich diejenige Autoren, welche eine konkretere Umschreibung der Tätigkeiten respektive zumindest des Tätigkeitsbereichs fordern (vgl. BUSSE, a.a.O., S. 93 f.; BOHNY, Konkurrenzverbot, a.a.O., S. 87 f., 129 f.; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/ BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3. Aufl. 2011, N. 3 zu Art. 340a OR; vgl. DREYER, a.a.O., S. 211, S. 217; SUBILIA/DUC, a.a.O., N. 12 und 15 zu Art. 340a OR; MILANI, a.a.O., N. 2 zu Art. 340a OR) nicht auf den Formvorbehalt, sondern weisen darauf hin, dass eine wenig konkrete Formulierung restriktiv und im Zweifel zu Ungunsten des Verfassers zu interpretieren sei (AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 23 zu Art. 340a OR; SUBILIA/DUC, a.a.O., N. 12 zu Art. 340a OR; vgl. dazu auch BGE 92 II 22 E. 1a; vgl. dazu auch ROGER RUDOLPH, *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, in: *Der Treuhandexperte* 2/2010, S. 89; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 340 OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 5 zu Art. 340 OR) oder wiederum dass ein übermässiges Konkurrenzverbot nicht als Ganzes ungültig, sondern gerichtlich auf das zulässige Mass herabzusetzen sei (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N. 4 zu Art. 340a OR; vgl. auch MILANI, a.a.O., N. 4 zu Art. 340a OR; vgl. bereits BBl 1967 II 400). Insofern einzelne Stimmen eine Voraussetzung des Bestimmtheitsgebots in der konkreten Umschreibung der Tätigkeiten sehen sollten (so wohl einzig SCHWEINGRUBER, a.a.O., N. 5 zu Art. 340a OR, der ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot per se für unzulässig zu erachten scheint), ist hierin jedenfalls kein gewichtiger Grund zu sehen, der eine dahingehende Rechtsprechungsänderung rechtfertigen würde.

BGE 145 III 365 S. 373

Auch in Bezug auf den Art. 340 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 340a Abs. 1 OR zugrunde liegenden Gesetzeszweck des Arbeitnehmerschutzes, der die Parteien zu Recht dazu anhält, den örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang gesamthaft schriftlich zu begrenzen, ist weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern es nicht zulässig sein sollte, "jede konkurrenzierende Tätigkeit" zu verbieten. Da ein Konkurrenzverbot nicht jede Tätigkeit untersagen darf, sondern nur eine konkurrenzierende, kann das Verbot nicht über den effektiven Geschäftsbereich hinaus reichen (vgl. dazu BOHNY, Konkurrenzverbot, a.a.O., S. 129). Konkurrenz in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die beiden Unternehmen dem mindestens teilweise gleichen Kundenkreis gleichartige und folglich unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten (BGE 92 II 22 E. 1d S. 26; Urteil 4C.44/2002 vom 9. Juli 2002 E. 2.4 mit Hinweisen auf die Lehre). In der Rechtspraxis hat sich die gegenständliche Umschreibung mit "jeder konkurrenzierenden Tätigkeit" etabliert (vgl. dazu nur schon Rudolph, a.a.O., S. 89], der rät, in Anlehnung an den Gesetzestext von Art. 340 Abs. 1 OR als Grundsatz "jede konkurrenzierende Tätigkeit zu untersagen, um daran anschliessend im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung, am besten in "Insbesondere"-Form, einige konkrete Geschäftsfelder oder Produkte konkret zu bezeichnen"). Ernsthafte sachliche Gründe für eine Praxisänderung, die gewichtiger zu werten wären, als die Rechtssicherheit, sind weder dargetan noch ersichtlich.

3.6 Das Verbot "jeder konkurrenzierender Tätigkeit" erfüllt das Gebot der Form. Es ist genügend bestimmt bzw. anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar. Nachdem unstrittig ist, dass sowohl das Unternehmen, in welchem die Beschwerdeführerin nunmehr tätig ist (unternehmensbezogenes Verbot) als auch die Beschwerdeführerin persönlich mit ihrer dort ausgeübten Tätigkeit (tätigkeitsbezogenes Verbot), die Beschwerdegegnerin konkurrenziert, kann im Übrigen offen gelassen werden, wie weit ein Verbot "jeder konkurrenzierender Tätigkeit" allenfalls reichen kann (vgl. zu einer kritischen Ansicht bezüglich eines erweiterten Anwendungsbereichs im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags gegenüber demjenigen der Unterzeich-

nung BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N. 3 zu Art. 340a OR; vgl. auch MILANI, a.a.O., N. 2 zu Art. 340a OR).