Urteilskopf

103 II 120

20. Urteil der I. Zivilabteilung als staatsrechtliche Kammer vom 17. Mai 1977 i.S. Dörig gegen Polytechna AG und Kassationsgericht des Kantons Zürich
Regeste (de):
Vorsorgliches Arbeitsverbot.

1. Art. 87 OG. Staatsrechtliche Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen; Voraussetzungen (E. 1).

2. Art. 340c Abs. 2 OR. Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis von sich aus kündigt (E. 2a).

3. Art. 340b Abs. 3 OR. Dass und unter welchen Voraussetzungen ein einstweiliger Rechtsschutz möglich ist, bestimmt das kantonale Recht (E. 2b). Rechtfertigung eines vorsorglichen Arbeitsverbotes nach Bundesrecht; willkürliche Anforderungen (E. 3 und E. 4)?

Regeste (fr):
Mesure provisionnelle d'interdiction de travailler dans une entreprise concurrente.

1. Art. 87 OJ. Recours de droit public contre une décision en matière de mesures provisionnelles; conditions (consid. 1).

2. Art. 340c al. 2 CO. La prohibition de faire concurrence ne cesse pas, si le travailleur résilie le contrat de travail de sa propre initiative (consid. 2a).

3. Art. 340b al. 3 CO. C'est le droit cantonal qui détermine si et à quelles conditions on peut protéger l'employeur par voie de mesures provisionnelles (consid. 2b). Une mesure provisionnelle d'interdiction de travailler dans une entreprise concurrente est-elle justifiée selon le droit fédéral? Exigences arbitraires? (consid. 3 et consid. 4).

Regesto (it):
Divieto provvisionale di lavoro.

1. Art. 87 OG. Ricorso di diritto pubblico contro misure provvisionali; presupposti (consid. 1).

2. Art. 340c cpv. 2 CO. Il diritto di concorrenza non cessa se il lavoratore disdice il contratto di lavoro di propria iniziativa (consid. 2a).

3. Art. 340b cpv. 3 CO. Se e a quali condizioni è possibile la tutela a titolo provvisionale degli interessi del datore di lavoro è determinato dal diritto cantonale (consid. 2b). Un divieto provvisionale di espletare un'attività lavorativa a favore di un'azienda concorrente è giustificato dal diritto federale? Esigenze arbitrarie (consid. 3 e consid. 4)?

Sachverhalt ab Seite 120

BGE 103 II 120 S. 120

A.- Durch Vertrag vom 17. Februar 1971 verpflichtete sich Dörig, als Reisender in die Dienste der Polytechna AG zu treten, deren technische Artikel er vertreiben sollte. Dazu gehörten insbesondere Treibriemen, Transport- und Förderbänder, Wanderbandagen und Trommelmotoren. Die Parteien vereinbarten, dass Dörig nach Auflösung des Dienstverhältnisses für die Dauer von fünf Jahren weder im eigenen

BGE 103 II 120 S. 121

Namen ein Konkurrenzgeschäft betreiben noch sonst in irgend einer Weise der Polytechna AG Konkurrenz machen dürfe. Das Verbot erstreckte sich auf das ganze Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein. Falls Dörig es verletzte, sollte die Polytechna AG Fr. 5'000.– Konventionalstrafe, Schadenersatz sowie jederzeit die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen können. Die Firma Ernst Siegling in Hannover ist ebenfalls auf dem Gebiet der Antriebs- und Fördertechnik tätig. Sie liess ihre Produkte während über 25 Jahren durch die Polytechna AG in der Schweiz vertreiben. Im Jahre 1975 brach sie diese Beziehungen ab und gründete hier eine eigene Verkaufsgesellschaft mit Sitz im Mumpf. Am 29. Januar 1976 kündigte Dörig sein Dienstverhältnis mit der Polytechna AG auf Ende April 1976. Er beabsichtigte, eine Stelle bei der "Siegling (Schweiz) AG" anzunehmen. Am 2. Februar 1976 wurde er deswegen von der Polytechna AG fristlos entlassen. Nach eigenen Angaben ist er seit 1. Mai 1976 Angestellter der Konkurrenzfirma.

B.- Am 28. Juni 1976 klagte die Polytechna AG beim Bezirksgericht Zürich gegen Dörig. Sie stellte die Begehren, dem Beklagten jede Tätigkeit für die Firma Siegling in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein während drei Jahren zu verbieten und ihn zur Zahlung von Fr. 5'000.– nebst Zins zu verurteilen. Gleichzeitig ersuchte sie das Gericht, das mit der Klage verlangte Verbot einstweilen als vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 131 ZPO zu erlassen. Diesem Gesuch wurde am 1. September 1976 entsprochen.
Der Beklagte rekurrierte an das Obergericht des Kantons Zürich, dem er beantragte, den Entscheid über die vorsorgliche Massnahme aufzuheben oder das Verbot von einer Sicherstellung durch die Klägerin abhängig zu machen. Das Obergericht hiess den Rekurs am 11. Oktober 1976 dahin gut, dass es die Klägerin verpflichtete, innert 10 Tagen Fr. 10'000.– Sicherheit zu leisten. Die Klägerin kam dieser Aufforderung nach. Am 26. Oktober 1976 bestätigte das Obergericht den Entscheid des Bezirksgerichtes über die vorsorgliche Massnahme, die es auf die Dauer des Prozesses beschränkte.
Der Beklagte zog den Streit über die Massnahme an das Kassationsgericht des Kantons Zürich weiter, das seine Nichtigkeitsbeschwerde

BGE 103 II 120 S. 122

mit Beschluss von 21. Dezember 1976 abwies, soweit es darauf eintreten konnte.

C.- Der Beklagte hat gegen diesen Beschluss staatsrechtliche Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, ihn wegen Verletzung von Art. 4 BV aufzuheben. Die Polytechna AG beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat Entscheide über vorsorgliche Massnahmen wiederholt als Endentscheide im Sinne von Art. 87 OG bezeichnet (BGE 100 Ia 20 /21 E. 1, BGE 97 I 486 E. Ib, BGE 96 I 300 E. 1). Wo es die Frage überging, ob ein End- oder ein blosser Zwischenentscheid vorliege, erklärte es, dass jedenfalls die Voraussetzung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils zu bejahen wäre. Ein solcher Nachteil ist nach der Rechtsprechung stets anzunehmen, wenn eine Massnahme bloss für die Dauer des Prozesses angeordnet wird, die vorsorgliche Verfügung also mit dem Endurteil dahinfällt und deshalb mit diesem nicht mehr angefochten werden kann (BGE 87 I 105, BGE 71 I 386). Auch im vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob der angefochtene Beschluss als End- oder blosser Zwischenentscheid zu werten sei, da nicht zweifelhaft sein kann, dass das Verbot einer konkurrenzierenden Tätigkeit durch vorsorgliche Verfügung schwerwiegende und nicht wieder gutzumachende Nachteile mit sich bringen kann. Dass der Beschwerdeführer sich darüber nicht ausgesprochen hat, schadet ihm nicht. Dagegen ist vorweg eine Einschränkung anzubringen, weil die vom Beschwerdeführer behauptete Willkür mit der Verletzung klaren Rechts gemäss § 344 Ziff. 9 zürch. ZPO zusammenfällt. Auf die Rügen des Beschwerdeführers ist deshalb nur einzutreten, soweit er sie bereits vor dem Kassationsgericht erhoben hat; andernfalls hätte er den kantonalen Instanzenzug nicht ausgenützt (BGE 101 Ia 68 E. 1, BGE 98 Ia 338 E. 1).

2. Der Beschwerdeführer wirft dem Kassationsgericht vor, bei der Ermittlung des Tatbestandes und der Auslegung von Art. 340b Abs. 3 OR in Willkür verfallen zu sein, da entgegen dessen Annahme weder sein Verhalten noch die Interessen der Beschwerdegegnerin ein Arbeitsverbot während des Prozesses rechtfertigten. Willkürlich sei auch der Schluss,

die fristlose Entlassung sei berechtigt gewesen und habe deshalb nicht zum Hinfall des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340c Abs. 2 OR geführt. a) Die zweite Rüge ist offensichtlich neu und daher unzulässig (BGE 90 I 158 mit Hinweisen). Sie wäre übrigens unbegründet. Das Konkurrenzverbot fällt nach Art. 340c Abs. 2 OR nur dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Weder das eine noch das andere traf hier zu. Der Beschwerdeführer hat das Arbeitsverhältnis von sich aus gekündigt, und zwar aus einem Anlass, den die Beschwerdegegnerin nicht zu vertreten hat. Die Polytechna AG konnte daher die Einhaltung des Konkurrenzverbotes unbekümmert darum verlangen, ob die daraufhin von ihr ausgesprochene fristlose Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. b) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vom Gesuchsteller in der Regel bloss glaubhaft zu machen sind und dies auch für Verfügungen gemäss § 131 zürch. ZPO gilt. Er meint aber, angesichts der Voraussetzungen des Art. 340b Abs. 3 OR müsse selbst für ein einstweiliges Arbeitsverbot der volle Nachweis verlangt werden; das ergebe sich aus BGE 91 II 382, wo dem Arbeitgeber entgegengehalten worden sei, dass er eine vorsorgliche Massnahme nach kantonalem Recht hätte beantragen können, falls er glaubte, die strengen Voraussetzungen für ein Begehren auf Einstellung der verbotenen Konkurrenztätigkeit nachweisen zu können. Aus diesem Entscheid folgt indes nicht, der Arbeitgeber müsse schon nach Bundesrecht den vollen Nachweis für sein Begehren erbringen, wenn er einem Arbeitnehmer eine vertragswidrige Tätigkeit durch vorsorgliche Massnahme verbieten lassen will. Nichts spricht für einen solchen Eingriff des Bundesrechts in das kantonale Prozessrecht. Art. 340a Abs. 3 OR bestimmt, wann der Arbeitgeber die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, also auch darauf klagen darf, sagt aber nicht, dass und unter welchen Voraussetzungen ein einstweiliger Rechtsschutz möglich ist. Welche Anforderungen diesfalls an ein Gesuch zu

stellen sind, entscheidet sich vielmehr, was sich schon aus dem vom Beschwerdeführer

BGE 103 II 120 S. 124

angerufenen BGE 91 II 382 ergibt, nach kantonalem Verfahrensrecht, dessen Anwendung das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde hin bloss unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen kann (vgl. ferner BGE 97 I 486 /7, BGE 97 II 190 mit Hinweisen, BGE 88 I 13 /14).

3. Eine weitergehende Prüfung ist auch bei Bundesrecht ausgeschlossen, wenn die Beschwerde sich, wie hier, gegen den Entscheid einer kantonalen Kassationsinstanz richtet, deren Kognitionsbefugnis sich auf die Verletzung klaren Rechts beschränkte (§ 344 Ziff. 9 zürch. ZPO). Bezirksgericht und Obergericht erblickten die Rechtfertigung im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR insbesondere darin, dass der Beschwerdeführer gerade in dem Zeitpunkt zur Konkurrenzfirma übertrat, als diese ihre langjährigen Beziehungen mit der Beschwerdegegnerin abbrach. Das Kassationsgericht hält diese Auffassung für vertretbar. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, ein qualifiziertes Verhalten des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR könne nach der Lehre nur in der Konkurrenztätigkeit, nicht aber in der Art der Vertragsauflösung liegen. Die vom Schrifttum erwähnten Fälle beziehen sich in der Tat vor allem auf die Konkurrenztätigkeit, z.B. wenn der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe durch den neuen Arbeitgeber bezahlen lässt, noch Mittel des früheren Arbeitgebers benutzt, diesem die Kunden mit falschen Behauptungen abspenstig macht oder sonst rücksichtslos vorgeht (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 359 OR; SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, N. 4 zu Art. 340b OR; HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweiz. Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. S. 77). Das heisst indes nicht, dass selbst ein besonders treuloses Verhalten vor oder bei Auflösung des Dienstverhältnisses als Rechtfertigungsgrund ausser Betracht falle oder dass der Bestand des Konkurrenzverbotes eine solche Treulosigkeit voraussetze, wie der Beschwerdeführer anzunehmen scheint. Davon kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil auch ein Arbeitnehmer, der den Vertrag aus an sich achtbaren Gründen kündigt, an das Konkurrenzverbot gebunden bleibt. b) Zu prüfen ist somit, ob die kantonalen Behörden die Kündigung des Beschwerdeführers und seinen Übertritt zur Konkurrenzfirma ohne Willkür als ein Verhalten werten durften,

BGE 103 II 120 S. 125

welches das Konkurrenzverbot rechtfertigt. Der Beschwerdeführer verneint dies, weil er nach Abbruch der geschäftlichen Beziehungen zwischen der Firma Siegling und der Polytechna AG angeblich mit einer Kündigung rechnen und sich nach einer neuen Stelle umsehen musste. Zur Begründung bringt er eine Reihe von Tatsachen vor, die neu und daher nicht zu hören sind (BGE 90 I 158 mit Hinweisen). Dies gilt insbesondere von den Behauptungen, die Beschwerdegegnerin habe schon 1975 Mitarbeiter entlassen, ihre Verhandlungen mit der Firma Leder & Co. seien gescheitert, es habe keine Aussicht auf einen Vertrieb anderer Produkte bestanden, weshalb man im Betrieb sehr unsicher geworden sei. Dem Beschwerdeführer ist zugute zu halten, dass seine bisherige Stellung als gefährdet erscheinen konnte, als die Firma Siegling ihre Lieferungen an die Beschwerdegegnerin einstellte. Selbst wenn diese mit einem Ersatzlieferanten rechnete, blieb offen, ob der Beschwerdeführer andere Produkte ebenso erfolgreich vertreiben könne. Angesichts der Konjunkturlage war zudem nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin den Geschäftszweig "Antriebs- und Fördertechnik" aufgeben und die darin beschäftigten Mitarbeiter entlassen könnte, mag sie diese auch beschwichtigt haben. Auch versteht sich, dass der Beschwerdeführer daran interessiert war, weiterhin die ihm vertrauten und von ihm offenbar als hochwertig beurteilten Siegling-Produkte zu vertreiben, ebenso dass er deswegen seine Zu-

kunft bei der Beschwerdegegnerin als unsicher, bei der Konkurrenzfirma dagegen als erfolgversprechend ansah. Gleichwohl lässt sich nicht sagen, die kantonalen Behörden hätten ihr Ermessen offensichtlich überschritten, weil sie ein einstweiliges Arbeitsverbot auch nach dem Verhalten des Beschwerdeführers für gerechtfertigt hielten. Von Ermessensmissbrauch kann umsoweniger die Rede sein, als das Gesetz sich darüber ausschweigt, welches Gewicht dem Verhalten des Arbeitnehmers zukommen muss, um die Einhaltung des Konkurrenzverbotes zu rechtfertigen.

4. Das ist auch der Rüge entgegenzuhalten, das Kassationsgericht habe willkürlich eine die Konventionalstrafe weit übersteigende Schädigungsmöglichkeit angenommen und übersehen, dass die verbotene Tätigkeit den Betrieb des Arbeitgebers in seiner Existenz gefährden müsse, um das

Verbot zu rechtfertigen. Gewiss kommt es nach der vom Beschwerdeführer angerufenen Rechtsprechung der Zürcher Gerichte (ZR 68/1969 N. 87, 69/1970 Nr. 100) nicht bloss auf das Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und Schaden an, sondern setzt das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Verbotes einen Sachverhalt voraus, der es als offenbar unbillig erscheinen liesse, den Dienstherrn auf den Weg der Schadenersatzklage zu verweisen. Richtig ist ferner, dass verschiedene Autoren die Schädigungsmöglichkeit nur für beachtlich halten, wenn das Gedeihen oder die Existenz des Betriebes gefährdet ist (OSER/SCHÖNENBERGER, N. 6 zu Art. 359 OR; HAEFLIGER, a.a.O. S. 76). Das Gesetz spricht in Art. 340b Abs. 3 OR jedoch nicht von Schädigung, sondern von verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers. Umsoweniger geht es an, schon für den Erlass eines vorsorglichen Arbeitsverbotes eine schwere Schädigung zu verlangen; andernfalls würden so hohe Anforderungen gestellt, dass der Richter die Massnahme meistens nicht anordnen könnte. Welche Interessen des Arbeitgebers durch die verbotene Konkurrenztätigkeit verletzt oder gefährdet werden, ist zudem eine Ermessensfrage, die sich selbst bei gründlicher Abklärung der Auswirkungen nur einigermassen verlässlich beantworten lässt. Dazu kommt, dass der Arbeitgeber die Schädigungsmöglichkeit wegen des vorsorglichen Charakters der Massnahme nach bereits Gesagtem bloss glaubhaft machen muss und dass die kantonale Behörde sich mit einer summarischen Prüfung begnügen darf. Unter keinem dieser Gesichtspunkte lässt der angefochtene Entscheid sich als willkürlich ausgeben, zumal schon das Kassationsgericht dem Beschwerdeführer entgegenhält, er habe den Vorinstanzen bezüglich der möglichen Schädigung Willkür in der Handhabung des Ermessens vorgeworfen, den Vorwurf aber nicht nachgewiesen. Die kantonalen Behörden hielten für glaubhaft, dass der Beschwerdeführer den Kundenkreis der Beschwerdegegnerin sowie gewisse fabrikationstechnische Besonderheiten und Kalkulationsgrundlagen kannte. Der Beschwerdeführer widerspricht dem bloss mit der Behauptung, es habe sich dabei nicht um Geschäftsgeheimnisse gehandelt, was von der Beschwerdegegnerin bestritten wird. Kenntnisse über die Organisation, Absatzgebiete, Kalkulationen und weitere Verhältnisse, welche die Beschwerdegegnerin

nicht preisgeben wollte, setzten den Beschwerdeführer aber in die Lage, ihr ernsthafte geschäftliche Schwierigkeiten zu bereiten, als er zur Konkurrenzfirma übertrat. Sie sind deshalb auch ein gewichtiges Indiz dafür, dass er sie durch deren Verwertung erheblich schädigen konnte. Zu Bedenken besteht umsoweniger Anlass, als es um eine vorsorgliche Verfügung geht, die abgeändert und der Entwicklung des Hauptprozesses angepasst werden kann. Dies gilt auch für die Sicherstellung durch die Beschwerdegegnerin.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.