

Graubünden vom 12. Juni 1993 i.S. U. B./J. D. & Co., ZF 27/93). Im Gegensatz zur Verjährungs- oder auch Verrechnungseinrede ist die Frage der Sachlegitimation als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs von Amtes wegen zu prüfen (vgl. die oben zitierten Kantonsgerichts- urteile sowie statt vieler BGE 100 II 169, Erw. 3). Da es diesfalls um die Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen geht, vermag diese Praxis auch nichts an den vorstehenden Erwägungen zu ändern.

Vorliegendenfalls ist unbestritten, dass der Beklagte die Verjährungs- einrede erst anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erhoben hat. In seiner Prozessantwort vom 14. November 1995 sind denn auch keine Behauptungen enthalten, welche die Annahme zulassen, er habe - wenigstens sinngemäss - die Verjährungseinrede bereits im Rahmen der Prozessein- leitung vorgebracht. Erfolgte somit diese Einrede gestützt auf obige Erwägungen zu spät, so ist diese im vorliegenden Verfahren unbeachtlich.

ZF 96 81

Urteil vom 2. Dezember 1996

## **10 - Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot (Art. 340 OR). Zu den Voraussetzungen des Einblicks in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit. Voraussetzungen in casu verneint bezüglich eines Snowboardlehrers.**

*Erwägungen:*

2. Im Arbeitsvertrag mit der Snowboardschule X verpflichtete sich

M. schriftlich, während zwei Jahren nach Austritt aus derselben Unternehmung im Kanton Graubünden in keiner Form eine konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben. Der Berufungskläger bestreitet aber die Gültigkeit dieser Konkurrenzverbotsklausel. Er bringt vor, dass er weder Einblick in den Kundenkreis noch in Geschäftsgeheimnisse der Klägerin gehabt habe. Da weder eine erhebliche Schädigung des ehemaligen Arbeitgebers vorlie- ge noch möglich gewesen wäre, sei das Konkurrenzverbot nicht gültig zustande gekommen und die durch die Vorinstanz ausgesprochene Konven- tionalstrafe müsse wegen Ungültigkeit der Konkurrenzklausel entfallen.

Streitig ist somit in diesem Verfahren, ob die Voraussetzungen für die Verbindlichkeit des im Vertrag vom 7. August 1993 gemäss Art. 340 OR vereinbarten Konkurrenzverbotes vorliegend gegeben sind.

Von Interesse ist dabei die konkrete betriebliche Stellung und Arbeitstätigkeit von M. bei der Snowboardschule X. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 20 000.- hat der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen (Art. 343 OR).

a) Jedem Arbeitnehmer kann für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 Abs. 1 OR auferlegt werden. Das Konkurrenzverbot ist aber nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Zur Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes sind also zwei Voraussetzungen erforderlich: erstens muss der Arbeitnehmer Einblick in Betriebsgeheimnisse des Arbeitgebers gehabt haben und zweitens müssen diese bei allfälliger Verwendung ein grosses Schädigungspotential haben. Mit diesen Erfordernissen will das Gesetz den Arbeitgeber daran hindern, jeden beliebigen untergeordneten Angestellten, dessen Übertritt zur Konkurrenz ihm nicht schaden kann, durch ein solches Verbot zu binden (BGE 72 II 81). Selbst wenn die Gefahr einer Schädigung des Arbeitgebers besteht, lässt Art. 340 Abs. 2 OR das Konkurrenzverbot nicht allgemein, sondern nur unter der Voraussetzung zu, dass eine erhebliche Schädigung möglich ist und dass der Grund dafür in einem Einblick in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse liegt (BGE 92 II 377). Diese Voraussetzungen erklären sich aus der Regel, dass ein Konkurrenzverbot nur zulässig ist, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat. Hingegen müssen die in Art. 340 Abs. 2 OR erwähnten Voraussetzungen nicht schon beim Abschluss des Konkurrenzverbotes vorliegen, sondern erst, wenn dieses seine Wirkungen entfaltet, also bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (BGE 72 II 419).

b) **Zur Auslegung des Art. 340 OR** beziehungsweise zur Prüfung der Voraussetzungen eines Konkurrenzverbotes sind nachfolgend aufgeführte Schranken zu beachten: Das Institut des Konkurrenzverbotes steht im Widerspruch zu unserer liberalen Wirtschaftsordnung und ist ein Wettbewerbshindernis (Streiff/von Känel, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, 5. A., N 3 zu Art. 340 OR); insbesondere die Beweglichkeit des Arbeitsmarktes und der Investitionsfluss durch Gründung neuer Unternehmen wird dadurch gehemmt. Weiter widerspricht ein Konkurrenzverbot der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 27ff. ZGB und Art. 328 OR. Das gilt um so mehr, als es in der Regel unentgeltlich ist, also einseitig nur die Interessen des Arbeitgebers schützt (Streiff/von Känel, a.a.O., N 3 zu Art. 340 OR). Schliesslich ist das Interesse des Arbeitgebers, das Art. 340ff. OR schützen will, weitgehend auch durch Art. 321 a Abs. 4 und Art. 332 ff. OR, durch das Wettbewerbsrecht in Art. 2, Art. 5 und Art. 6 UWG sowie Art. 162 StGB geschützt. Aus all diesen Gründen und der

**10** PKG 1996

---

Tatsache, dass im vorliegenden Sachverhalt das Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers nicht entschädigt worden ist, dürfen die Voraussetzungen für die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes nicht weit ausgelegt werden. Gleichwohl kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass ein Angestellter aus der Kenntnis des Kun-

denkreises, der besonderen Bedürfnisse und Wünsche der Kunden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Schaden des Arbeitgebers Kapital schlagen kann. Allermindestens im Sinne des Verbotes der Abwerbung oder Übernahme von Kunden des Arbeitgebers muss: daher ein Konkurrenzverbot auch in Dienstleistungsberufen zulässig sein (SAE 83, S. 34).

c) Vorerst ist festzuhalten, dass das Konkurrenzverbot - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - formell rechtsgültig zustande gekommen ist. Die schriftliche und unterzeichnete Abrede, auf konkurrenzierende Tätigkeiten innerhalb einer bezeichneten Umgebung zu verzichten, erfüllt sowohl das Gültigkeitserfordernis der Schriftlichkeit (Art. 340 Abs. 1 OR) als auch dasjenige der gegenseitigen Willensübereinstimmung (Art. 1 OR).

d) Die Anwendung von Art. 340 Abs. 1 OR setzt voraus, dass der durch das Konkurrenzverbot gegenüber einer anderen Person verpflichtete Arbeitnehmer mit dieser in Wettbewerb tritt und ein Konkurrenzverhältnis entsteht. Gemäss Bundesgericht besteht dann ein Konkurrenzverhältnis, wenn zwei verschiedene Unternehmen einer gänzlich oder teilweise identischen Kundschaft gleichartige Dienstleistungen anbieten, das heisst Dienstleistungen, welche direkt der Befriedigung ein und desselben Bedürfnisses dienen (BGE 92 II 22).

In casu ist unzweifelhaft, dass der Beklagte durch die Anstellung bei der Snowboardschule Y als Snowboardschulleiter eine konkurrenzierende Tätigkeit bei einer in der gleichen Branche tätigen Unternehmung aufgenommen hat. Damit ist nachfolgend festzustellen, ob M. durch die Teilnahme an einem konkurrenzierenden Betrieb gegen das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot verstossen hat, wobei das Gericht vorerst prüft, ob das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse oder alternativ in den Kundenkreis gewährt hat. Ist dies zu bestätigen und könnte die Verwendung dieser Kenntnisse auch zu einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers führen, so müsste das Gericht über die Höhe einer allfälligen Konventionalstrafe befinden.

3. Der Kläger bekräftigte auch vor Kantonsgericht, dass M. Einblick in Geschäftsgeheimnisse der Snowboardschule X gehabt habe. Als Geschäftsgeheimnisse seien der Anschlag mit den Schülerbeziehungsweise Gruppeneinteilungen, den - entgegen den Aussagen des Beklagten - nur Snowboardlehrer und nicht auch Dritte einsehen konnten und die durch die Snowboardlehrer angefertigten Adresslisten der einen Kurs besuchenden Teilnehmer zu qualifizieren. Als Geschäftsgeheimnisse müsste auch die auf dem PC gespeicherten Daten

**10** PKG 1996

---

und zudem das Konzept der durch den Be- klagten geleiteten internen Aus- und Weiterbildung der Snowboardlehrer eingestuft werden.

Gemäss Arbeitsvertrag, von dem ausgegangen werden muss, war M. bei der Klägerin in der Funktion als Snowboardlehrer angestellt. Neben den

mit der eigentlichen Schulung verbundenen Aufgaben umfasste der Arbeitsbereich auch die Gästebetreuung (Begrüssungscocktails, Klubabende usw.) sowie Präsenz im Verkaufsgeschäft des Arbeitgebers für Verkauf und Service, wobei sich gemäss Ziffer 10 des Arbeitsvertrages das Konkurrenzverbot auf alle Dienstleistungen bezog, die der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber erbringen würde.

a) Ein Konkurrenzverbot kann vertraglich vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitspflicht Einblick in Geschäftsgeheimnisse hatte. Es soll verhindert werden, dass Besonderheiten des Betriebes, die dem Angestellten zur Realisierung des Geschäftszweckes offenbart werden mussten, ihre Exklusivität verlieren. Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bildet ein dem Arbeitgeber zuschreibbarer, nicht offenkundiger, originärer Wissensinhalt, den dieser vor Dritten geheimhalten will. Geschützt ist also ein erschaffener, wirtschaftlich nutzbarer, geistiger Wert, der sich konkretisiert hat. Vorausgesetzt sind technische, organisatorische oder finanzielle Spezialkenntnisse, die der Arbeitgeber geheimhalten will, also nicht in seiner eigenen Werbung offenlegt. Nicht schützenswert ist das Branchenübliche (Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, S. 102f.; Häfliger, Das Konkurrenzverbot im neuen Schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2. A., Bern 1975, S. 34f.; Streiff/von Känel, a.a.O., N. 10 zu Art. 340).

b) Den entsprechenden Ausführungen der klägerischen Partei hält der Beklagte - und das vorinstanzliche Urteil - mit Recht entgegen, dass sich aufgrund des Sachverhaltes keine Eigenheiten der betreffenden Snowboardschule erkennen lassen, die als Geschäftsgeheimnisse den Schutz des Konkurrenzverbotes erlangt haben können. Die vom Arbeitgeber vorgenommenen Vorkehrungen in bezug auf die Organisation der Schule, die interne Weiterbildung und die Snowboardausbildung seiner Kunden entsprechen durchaus dem Branchenüblichen. Dass diese Informationen nicht als originäre Wissensinhalte, die vom Arbeitgeber vor Dritten geheimgehalten werden sollen, zu bezeichnen gewesen sind, zeigt die Tatsache, dass sich aus den vom Kläger öffentlich aufgelegten Werbeprospekten neben betrieblichen Informationen auch ausführliche Beschreibungen über den methodischen Ausbildungsaufbau des Snowboardunterrichtes und die abgestufte Einteilung in die entsprechenden Stärkeklassen herauslesen lassen. Dass sich die Snowboardschule X auch in bezug auf die Stoffvermittlung an das Branchenübliche hielt, bestätigt die Verwendung eines vom SSBS für die Snowboardausbildung herausgegebenen und für jedermann frei erhältlichen Lehrmittels. Die von M. geleiteten internen Weiterbildungstrainings beruhten nicht auf

**10** PKG 1996

---

einer fundierten Ausbildung, die er vom Arbeitgeber erhalten hätte, sondern auf Kenntnissen, die er sich während der Ausbildung zum patentierten Snowboardlehrer erarbeitet hat. Es bestand somit für die interne

Weiterbildung in keiner Weise ein eigenes Schulungskonzept des Klägers, vielmehr entsprach sie dem in der Branche üblichen; hat M. aber während den nicht sehr regelmässigen internen Trainings Empfehlungen und Richtlinien des SSBS umgesetzt, so kann entgegen der Ansicht des Klägers in der Ausführung und im Aufbau der internen Schulung kein Geschäftsgeheimnis gesehen werden.

Auch das Wissen der Snowboardlehrer von der Zusammenarbeit des Klägers mit den verschiedenen «Tour-operators» ist nicht als Geschäftsgeheimnis einzustufen, weil diese Veranstalter in ihren Werbeproschüren unter Hinweis auf die Kooperation mit dem Snowboardschulcenter X öffentlich Werbung betreiben. Indem sie öffentlich auf die enge Zusammenarbeit hinweisen, ist die Offenkundigkeit dieser Information bewiesen und damit der Geheimnischarakter zerstört. Der Kläger hat auch nicht vorgebracht, dass M. - wie unten noch dargelegt wird - weitergehenden Einblick in die Korrespondenz und die Geschäftsabwicklung zwischen den Veranstaltern und dem Snowboardschulcenter gehabt hätte. Somit blieben ihm Besonderheiten des Betriebes im Verhältnis zu den Tour-operators verborgen und die Exklusivität dieser Kenntnisse war mit dem Wechsel des Beklagten zu der Konkurrenz nicht gefährdet. Nicht nachgewiesen ist, dass M. über den PC zu geschäftlich relevanten, das heisst vom Geschäftsgeheimnis erfassten, Daten gelangt wäre und ob die Verwendung dieser Kenntnisse für einen Konkurrenten auch eine bedeutende Verbesserung seiner Wettbewerbsposition mit sich gebracht hätte. Die Vorinstanz hat somit zu Recht festgestellt, dass M. keine Einsicht in schützenswerte Geschäftsgeheimnisse gehabt beziehungsweise dass der Kläger keinen rechtsgenügenden Beweis des Vorliegens von schützenswerten Geschäftsgeheimnissen vorgebracht hat.

4. Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist ein Konkurrenzverbot - alternativ zum Schutz von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen - verbindlich, wenn der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis erhalten hat und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

In der vorinstanzlichen Urteilsbegründung hält das Gericht fest,

dass M. in seiner zweiten Saison neben der Lehrer- und Verkaufstätigkeit auch als interner Ausbilder und in der Administration gearbeitet und dadurch Einblick in die spezifischen Kundenkontakte erhalten habe. Von klägerischer Seite wird weiter vorgebracht, dass M. über die Absatzkanäle beziehungsweise die

Kundenbeziehungen bestens Bescheid wusste und ihm auch bekannt gewesen sei, welcher Tour-operator welche Anzahl Schüler vermittelte.

a) Einblick in den Kundenkreis besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur, wenn der Arbeitnehmer persönliche Beziehungen zur Kundschaft unterhalten hat, das heisst deren Bedürfnisse und

Eigenheiten kennt, wobei dem Arbeitgeber die Beweislast für diese Einblicke und für den Geheimnischarakter obliegt (JAR 1985, S.192). Erst wenn der Arbeitnehmer die Wünsche und Bedürfnisse der Kunden in Erfahrung bringt, kann die Gefahr einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer bestehen, welche die Statuierung eines Konkurrenzverbotes erst rechtfertigt. Daher genügt der blosser Einblick in eine Kundenkartei nicht, denn nicht die Namen der Kunden, sondern die Beziehungen zu ihnen werden durch das Konkurrenzverbot geschützt, sofern die Kundenkarteien nicht Aufschluss über die persönlichen Eigenschaften der Kunden erteilen (JAR, BGer., Urteil vom 31. März 1988, S. 347; Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1978, N 9 zu Art. 340 OR mit Hinweisen; Kuhn, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Bern 1981, S. 32). Unerheblich ist dabei, ob für jeden oder nur für einzelne Angestellte die Möglichkeit besteht, die Kundenkartei einsehen zu können (Streiff, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5.304). Dass eine Beziehung zur Kundschaft nicht schon durch ein einmaliges Geschäft entsteht, sondern erfordert, dass eine relativ rege Geschäftstätigkeit zwischen Unternehmen und Kunde unterhalten wird, leitet sich - wie oben dargelegt - daraus ab, dass Kunden im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR nur ständige Abnehmer sind (BGE 91 II 378). Abgelehnt wird das Konkurrenzverbot in unteren Chargen. Unzweifelhaft ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass zu Recht nur der effektiv von der verpflichteten Person bediente Kundenstamm von einem Konkurrenzverbot erfasst werden kann (BGE 91 II 372/378; Bohny, a.a.O., 96).

b) Bevor das Gericht in casu festhalten kann, was unter den Begriff «Einblick» in den Kundenkreis gemäss Art. 340 Abs. 2 OR zu subsumieren ist, stellt sich die Frage, ob M. in seiner Funktion als Snowboardlehrer während den beiden Wintersaisons 92/93 und 93/94 einen eigenen Kundenstamm pflegte und zu diesem rege Geschäftsbeziehungen unterhielt; vor allem sind seine Geschäftskontakte zu den verschiedenen Tour-operators zu untersuchen.

aa) Unter «Kunde» versteht der Geschäftsmann eine Person, die mit ihm zwecks Abnahme der von ihm produzierten oder vermittelten Waren in mehr oder minder dauernder Geschäftsbeziehung tritt, so dass er sie als einigermassen beständigen Faktor seiner Umsatzberechnung betrachten darf (ZR 28, 1929, S. 193, Nr. 102). Als Kunden gelten somit nur bereits vorhandene ständige Abnehmer, das heisst Geschäftspartner, die von Zeit zu Zeit Bestellungen tätigen oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen und mit denen über längere Zeit

**10** PKG 1996

---

Geschäfte abgewickelt werden, die einen Teil des Geschäftswertes ausmachen und auch bei einem Verkauf des Geschäftes mitberücksichtigt werden (BGE **55 II** 258ff.). Eine einmalige Leistungserbringung an den betreffenden Abnehmer macht ihn noch nicht zum Kun-

den, wie auch Personen, die als Abnehmer in Frage kommen können, aber als solche noch nicht gewonnen sind, mit Recht nicht als Kunden im Sinne von Art. 340 OR gelten, weil das Kriterium der Dauerhaftigkeit fehlt (vgl. BGE 92 II 378). Unter den Begriff «Kundenkreis» im Sinne dieses Artikels kann somit nicht die gewöhnliche Kundschaft subsumiert werden, sondern nur eine besondere Gruppe von Auftraggebern, das heisst Kunden mit speziellen Wünschen und Bedürfnissen, aus denen man Gewinn erzielen kann, sofern man sie kennt und zu befriedigen in der Lage ist (Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, N 8 zu Art. 340 OR, S. 302).

bb) Zum Kundenstamm der Snowboardschule X gehören - wie der Kläger zutreffend bemerkte - ohne Zweifel die Tour-operators, die der Snowboardschule Interessenten für den von ihr angebotenen Snowboard-unterricht zuweisen und mit denen sie in ständigen Geschäftsbeziehungen steht. Fest steht auch, dass M. Snowboardinteressenten unterrichtet hat, die durch Tour-operators vermittelt worden sind. Dem Beklagten war aufgrund einer Anzeigetafel auch bekannt, mit welchen Organisationen der Kläger Geschäftsbeziehungen pflegte. Hingegen stand M. selbst nicht in den vom Bundesgericht geforderten regelmässigen Geschäftsbeziehungen mit diesen Tour-operators. Er pflegte keinen direkten Kontakt zu diesen, er unterrichtete nur die durch die Veranstalter zugewiesenen Schüler. Es bestanden - wie später noch darzulegen ist - keine direkten und dauernden Geschäftsbeziehungen, damit er deren Wünsche und Eigenheiten hätte kennenlernen können. Aufgrund der fehlenden persönlichen Beziehungen zu den Tour-operators gehörten diese somit nicht zum festen Kundenstamm von M.

cc) Zweifelhaft ist auch, ob die Snowboardschüler, die solche Kurse besuchten, während der kurzen Arbeitstätigkeit einen Kundenstamm von M. bilden konnten. Denn das Bundesgericht anerkennt - wie oben erwähnt

- als Kunde im Sinne des Kundenkreises nur bereits vorhandene, regelmässige Abnehmer der angebotenen Dienstleistungen. Obwohl gewisse Zweifel bestehen, ob zwischen einer Snowboardschule und ihren Schülern eine relativ rege Geschäftstätigkeit besteht, die für einen Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR erforderlich ist, kann für den Ausgang dieses Verfahrens offen bleiben, ob der Einzelkunde, der im Gegensatz zu den professionellen Veranstaltern nur einige Snowboardstunden nimmt, zum Kundenstamm der Snowboardschule gehört oder nicht. Denn es ergibt sich unzweifelhaft aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass zu Recht nur der effektiv von der verpflichteten Person bediente Kundenstamm von einem Konkurrenzverbot erfasst werden kann. Dass M. in diesen kurzen Anstellungsperioden effektiv einen festen Kundenstamm bedient haben soll, mit dem er in mehr oder weniger regelmässigen Wiederholungen

---

Ge- schäftsbeziehungen im Dienste des Arbeitgebers unterhalten hätte, hat der Kläger weder geltend gemacht, noch ist dies nachgewiesen.



Die Tatsache, dass der Kläger von seinen Angestellten eine Auflistung der Adressen aller Teilnehmer verlangte, um eine nachträgliche Marktbearbeitung möglich zu machen, und dass er in einem Interview zu Papier gab, dass eine grosse Anzahl Fortgeschrittene seine Schule besuchen würden, ist ein Indiz, dass die Snowboardschule einen festen Kundenstamm hat; dies bestätigt aber nicht, dass M. während seiner Tätigkeit selber effektiv mit einem festen Kundenstamm in Kontakt getreten ist beziehungsweise einen solchen aufgebaut hat. Aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte nur während zwei Winterhalbjahren im Dienste des Klägers stand, ist zusätzlich das für den Aufbau einer relativ engen Geschäftsbeziehung notwendige Kriterium der Dauer nicht gegeben.

dd) Zwischen M. und den Snowboardschülern beziehungsweise den Tour-operators bestanden zumindest keine mehr oder weniger regelmässigen Wiederholungen der Geschäftsbeziehungen; mit letzteren nicht, weil M. nicht in direktem regelmässigem Kontakt zu diesen stand und damit auch nicht die für eine Anwendung des Konkurrenzverbotes notwendigen Beziehungen pflegen konnte. Schutzwürdig sind aber nur die Kenntnisse der persönlichen Eigenschaften und Bedürfnisse der Kunden. Vorliegend fehlt der Nachweis, dass M. während seiner Arbeitszeit beim Kläger regelmässig einen Kundenstamm bedient hat. Damit entfällt das Konkurrenzverbot mangels schützenswertem Kundenstamm. Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn der Beklagte in massgeblicher Weise an der Akquisition von Kunden beteiligt gewesen wäre, was nicht geltend gemacht worden ist und aufgrund seiner untergeordneten Stellung auch nicht anzunehmen ist.

5. Die Berufung wäre auch gutzuheissen gewesen, wenn das Gericht festgestellt hätte, dass die Tour-operators zum festen Kundenkreis von M. zu zählen gewesen wären, weil die Voraussetzungen des «Einblicks» gemäss Art. 340 Abs. 2 OR vorliegend nicht gegeben sind.

a) Zur Beurteilung der Möglichkeit eines Einblicks in den Kundenkreis ist in casu von entscheidender Bedeutung, welche Aufgabe M. im Verhältnis zu den Reiseveranstaltern wahrgenommen hat und ob er vertiefte Kenntnisse über die verschiedenen Geschäftsbeziehungen gewinnen konnte. Denn von Kenntnis des Kundenkreises kann nur bei persönlichem Kontakt gesprochen werden (JAR 1983 S. 204/218). In casu war es aber aufgrund der fehlenden persönlichen Beziehungen und Kontakte zu den Veranstaltern nicht möglich, die Bedürfnisse und Eigenheiten der Tour-operators kennenzulernen. Dass der Beklagte infolge seiner Tätigkeit als

---

Snowboard- lehrer Einblick in den Kreis der Namen der Tour-operators erhielt, ist nicht bestritten. Dass er aber neben den Namen dieser am speziellen Angebot der Snowboardschule X interessierten Geschäftspartner auch deren besondere Bedürfnisse kannte, ist nicht rechtsgenügend dargelegt worden und ergibt sich auch nicht aus dem Sachverhalt. M. hatte keine weitergehenden Kennt-

nisse über die Geschäftsbeziehungen zwischen der Snowboardschule und den verschiedenen Tour-operators. Er kannte die genauen Abrechnungspreise und die Provisionsprozentsätze wie auch weitere Spezialabmachungen nicht, weil er - gemäss eigenen Aussagen - in die Korrespondenz des Klägers keinen Einblick hatte. Der Kläger hat auch nicht dargelegt, inwiefern der Beklagte administrative Tätigkeiten ausgeübt haben soll. Daraus kann abgeleitet werden, dass M. keinen persönlichen Kontakt zu den verschiedenen Veranstaltern knüpfen und somit deren persönliche Bedürfnisse und Wünsche nicht in einer Weise kennenlernen konnte, die eine Anwendung der Konkurrenzklausel wegen Einblicks in den Kundenkreis rechtfertigen könnte. Ohne gegenteiligen Nachweis ist davon auszugehen, dass er weder die einzelnen Vertragsbestimmungen der Snowboardschule mit den Tour-operators in bezug auf die Preisgestaltung kannte noch andere in der Snowboardbranche unübliche Vertragsbestimmungen. Entgegen der Ansicht des Klägers genügt die Kenntnis der Namen des Kundenkreises noch nicht zur Anwendung von Art. 340 Abs. 2 OR, um so mehr, als diese Veranstalter auf ihren Prospekten öffentlich Werbung für die Snowboardschule X betrieben haben. M. trat - wie eben dargelegt - selbst nicht in direkten Kontakt mit den Reiseveranstaltern, sondern bildete nur die von diesen der Snowboardschule vermittelten Schüler aus. Aus den unregelmässigen, einzelnen Kontakten zwischen einem Snowboardlehrer und seinen Schülern kann noch nicht ein rechtlich relevantes Verhalten in bezug auf den vom Gesetzgeber gewählten Begriff «Einblick in den Kundenkreis» abgeleitet werden. Im Rahmen dieser Arbeitstätigkeit ist auch nicht einzusehen, inwieweit der Arbeitnehmer Kenntnis besonderer, die Kundenbeziehungen bestimmende und nicht branchenübliche Massnahmen und Angebote des Arbeitgebers zur Befriedigung der Kundenbedürfnisse erhalten haben könnte, die eine Anwendung des Konkurrenzverbotes rechtfertigen könnten. Aus dem Sachverhalt geht auch nicht hervor, dass M. hätte aufgrund gespeicherter Kundendateien über den Computer Kundenwünsche in Erfahrung bringen können, um so mehr, als der Beklagte bestreitet, den Computer verwendet zu haben.

Indem M. keinen vertieften Kontakt zu den Reiseveranstaltern führte, war es ihm nicht möglich, deren spezifische Wünsche und Bedürfnisse kennenzulernen und damit dem Kläger seinen bestehenden Kundenstamm abzuwerben. Ein Einblick in den Kundenkreis lässt sich auch nicht aus der - gegenüber der Unterrichtstätigkeit untergeordneten - vertraglichen Verpflichtung zur zeitweiligen Anwesenheit im Verkaufslokal ableiten, weil keine regelmässigen Wiederholungen der Geschäftsbeziehungen zu vermuten sind. Dem Kläger ist der Beweis misslungen, dass M. Kenntnis von der

---

Buchhaltung oder geheimgehaltenen betrieblichen Organisationsblättern gehabt und er dadurch Einblick in den Kundenstamm erhalten

hätte. Was die Vorinstanz darüber feststellte, reicht jedenfalls für die Annahme eines relevanten Einblicks des Beklagten in den Kundenkreis des Klägers nicht aus.

6. In casu entfällt somit aufgrund des konkreten Tätigkeitsfeldes des Beklagten auch die Voraussetzung der erheblichen Schädigungsmöglichkeit des Arbeitgebers, obwohl sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit der blossen (abstrakten) Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Schädigungsgefahr begnügt und der Nachweis eines konkreten Schadens nicht nötig ist (BGE 91II373). Denn die Schädigungsmöglichkeit ist nur zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer wirklich Einblick in den Kundenkreis und in Fabrik- oder Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers gehabt hat. Ohne Kenntnisse der Bedürfnisse und Eigenheiten der einzelnen Kunden besteht auch der geforderte Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der möglichen erheblichen Schädigung des Arbeitgebers nicht. Was nach dem angefochtenen Urteil übrigbleibt, sind bloss Vermutungen, die für einen Schluss, dass die Snowboardschule X durch eine unzulässige Verwendung von Kenntnissen ihres früheren Arbeitnehmers hätte erheblich geschädigt werden können, nicht ausreichen. Denn wenn ein Arbeitnehmer, der nicht in der von Art. 340 Abs. 2 OR vorausgesetzten persönlichen Beziehung zu den Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers gestanden hatte, in den Dienst eines Konkurrenzunternehmens tritt und mit gleichartigen Leistungen versucht, die Bedürfnisse und Wünsche der Kunden des ehemaligen Arbeitgebers zu befriedigen, so besteht kein Kausalzusammenhang mehr zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der möglichen erheblichen Schädigung des Arbeitgebers. Fehlen dem bei einer Konkurrenzunternehmung arbeitenden Angestellten die Kenntnisse über die persönlichen Wünsche und Bedürfnisse der Kunden des ehemaligen Arbeitgebers, so entscheiden nur die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers beziehungsweise seine Berufserfahrung und persönliche Tüchtigkeit, ob gewisse Kunden den Anbieter wechseln. Der Arbeitnehmer kann seine persönlichen Fähigkeiten und beruflichen Erfahrungen, gleichviel wo er sie entwickelt oder gesammelt hat, immer verwenden, bei einem neuen Arbeitgeber also selbst zum Nachteil eines früheren (JAR 1988, 5.348f.; BGE 2 II 26; Häfli-ger, 5.38). Der Kläger hat auch in keiner Weise dargelegt, dass sich durch den Wegzug von M. Kunden von seinem Geschäft abgewendet hätten oder durch diesen abgeworben worden sind, insbesondere hat er nie vorgebracht, dass Veranstalter zur Konkurrenz gewechselt hätten.

7. Nach dem, was in tatsächlicher Hinsicht feststeht, erweist sich

das vereinbarte Konkurrenzverbot nach Art. 340 Abs. 2 OR <sup>PKG 1996</sup> **10** vielmehr als  
ungül- tig, weshalb die Berufung von M. gutzuheissen und die  
Anschlussberufung abzuweisen ist.

ZF 2/96

Urteil vom 26. März 1996