

- 9 - Verjährung; Geltendmachung im Prozess (Art. 142 OR, Art. 82, Art. 87 und Art. 118 ZPO). Die Verjährungseinrede ist unter Ausschlussfolge in den Rechtsschriften zu erheben; die erst anlässlich der Hauptverhandlung erfolgte Geltendmachung ist verspätet und unbeachtlich.**

Aus den Erwägungen:

Was zunächst den formalen Einwand der Berufungsklägerin anbelangt, der Berufungsbeklagte habe die Verjährungseinrede nicht in den Rechtsschriften erhoben, weshalb die erst anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz geltend gemachte Verjährung zu spät erfolgt und deshalb unbeachtlich sei, so erweist sich dieser Einwand als begründet. Gemäss Art. 142 OR darf der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen, auch dann nicht, wenn sich die Verjährung aus den Akten ergeben sollte (vgl. statt vieler Walder, Zivilprozessrecht, Zürich 1996, N. 3 zu § 17). Unter Einrede ist nämlich ein subjektives Recht des Beklagten zu verstehen, das er zu seiner Verteidigung verwenden kann. Ein solches Recht muss vom Berechtigten ausgeübt werden, um für die gerichtliche Entscheidung in Betracht zu fallen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 160, Anm. 3). Ob eine Behauptung oder Einrede ordnungsgemäss erhoben ist, bestimmt sich nach kantonalem Prozessrecht (BGE 76 II 298, Erw. 3). Die Verjährungseinrede muss im Rahmen der jeweiligen kantonalrechtlichen Eventualmaxime erhoben werden, ansonsten sie vom kantonalen Recht ohne Verletzung von Bundesrecht als verspätet unberücksichtigt bleiben darf (BGE 80 III 52, Erw. 2). Der Grundsatz der für das bündnerische Zivilprozessrecht gültigen Verhandlungsmaxime («da mihi factum, dabo tibi ius; quod non est in actis, non est in mundo») besagt, dass es Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen und das Gericht seinem Verfahren nur rechtzeitig geltend gemachte Tatsachen zugrunde legt (vgl. Art. 118 ZPO). Der Einführung der Tatsachen und entsprechenden Behauptungen dient im ordentlichen Verfahren der einfache beziehungsweise doppelte - Rechtsschriftenwechsel (vgl. Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO hinsichtlich der Prozesseingabe und Art. 87 Abs. 3 ZPO hinsichtlich Prozessantwort und allfälliger Replik und Duplik). Nach Schluss des Rechtsschriftenwechsels dürfen keine neuen Tatsachenbehauptungen mehr erhoben werden (vgl. PKG 1976 Nr. 22 sowie Nay, Kommentar zur Zivilprozessordnung und zum Gerichtsverfassungs-gesetz des Kantons Graubünden, Chur 1986, N.1c zu Art. 82 ZPO, S. 64). Dies gilt jedoch nicht nur für eigentliche Tatsachenbehauptungen, sondern auch für Einreden materiellrechtlicher

Natur, die im Gegensatz zu den Einreden formeller Natur (vgl. hierzu PKG 1968 Nr.9 und PKG 1977 Nr. 11; Art. 87 Abs. 1 ZPO) im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt sind. Deshalb gilt auch

für Einreden materiellrechtlicher Art, die im Zeitpunkt des Rechtsschriftenwechsels geltend gemacht werden können und nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden müssen, dass sie in den Rechtsschriften bei Verwirrung im Unterlassungsfalle anzubringen sind. Diese Schlussfolgerungen stehen zum einen im Einklang mit der nach der bündnerischen Zivilprozessordnung strikt gehandhabten Verhandlungsmaxime. So sind die Parteien nach dem Eventualprinzip gezwungen, ihre gesamten Angriffs- und Verteidigungsmittel im Verfahrensabschnitt der Prozesseinleitung vorzubringen (vgl. hierzu Gyan, Verhandlungsmaxime und Officialmaxime im bündnerischen Zivilprozess, Winterthur 1966, S. 27). Die Verjährungseinrede ist nun nichts anderes als ein Verteidigungsmittel. Zum anderen erscheint dies auch im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs als angezeigt. So erfordert auch die materielle Rechtslage bei echten materiellrechtlichen Einreden, dass die Gegenpartei zu einer solchen Einrede Stellung nehmen kann. Dies ist insbesondere deutlich bei der Verjährungseinrede. Die Verjährung ist, wie bereits erwähnt wurde, erst zu beachten, wenn die entsprechende Einrede erhoben worden ist (Art. 142 OR), weshalb nicht verlangt werden kann, dass sich der Kläger schon in seiner ersten Rechtsschrift zur Verjährungsfrage ausspreche. Erhebt der Beklagte die Einrede, so kann der Kläger Stillstand oder Unterbrechung der Verjährung (Art. 134ff. OR) oder allenfalls eine früher abgegebene Einredevorzichtserklärung behaupten, wozu ihm in einer weiteren Rechtsschrift Gelegenheit geboten werden muss, damit er auch die notwendigen Beweismittel hierzu beibringen und rechtzeitig in den Prozess einfließen lassen kann (vgl. hierzu Guldener, a.a.O., 5.177, Anm. 9 und 10). Dieselben Überlegungen gelten aber auch beispielsweise bezüglich der Verrechnungseinrede. Auch diesbezüglich muss die behauptete Verrechnung, will ihr Erfolg beschieden sein, bereits in der entsprechenden Rechtsschrift behauptet werden, unter Nennung der entsprechenden Beweismittel. Dies ist einerseits erforderlich, um der Behauptungs- und Beweislast zu genügen, andererseits aber auch, weil die entsprechenden Beweismittel unter Vorbehalt von Art. 98 und Art. 117 Abs. 1 ZPO (vgl. hierzu Nay, a.a.O., N. 2 zu Art. 117 ZPO) nicht zu einem späteren Zeitpunkt in den Zivilprozess eingebracht werden können.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, erwähnt die bündnerische Zivil-

prozessordnung die Einrede materiellrechtlicher Natur mit keinem Wort. So ist insbesondere in den Art. 82, 117 und 118 ZPO einzig von «Darstellung der Tatsachen», «rechtzeitiger Geltendmachung des Sachverhaltes» und von

«rechtzeitig geltend gemachten Tatsachen» die Rede. Art. 87 Abs. 1 ZPO demgegenüber erwähnt einzig die formellen Einreden und in PKG 1977 Nr. 11 hat das Kantonsgericht zwar noch unter der Herrschaft der alten Zivilprozessordnung, was jedoch mangels Änderungen der diesbezüglich in Frage kommenden Bestimmungen nicht von Belang ist, festgehalten, Einre-

den materiellrechtlicher Natur würden nicht unter diese Bestimmung (das heisst Art. 100 Abs. 1 ZPO in der alten Fassung, entsprechend Art. 87 Abs. 1 ZPO in der neuen Fassung) fallen. Daran ist auch heute noch festzuhalten. Hingegen rechtfertigen die obigen Erwägungen, an die Einreden materiell- rechtlicher Natur dieselben Anforderungen bezüglich des Zeitpunktes der Geltendmachung zu stellen, wie dies für die Darstellung des Sachverhaltes gilt. In dieser Rechtsauffassung wird das Kantonsgericht auch noch durch folgenden Umstand bestärkt. Gemäss der alten Prozessordnung konnte der Kläger in der Replik beziehungsweise der Beklagte in der Duplik zu den Tatsachenbehauptungen und Einreden der Gegenpartei in der vorausge- gangenen Rechtsschrift Stellung nehmen wie auch nach Art. 99 Abs. 2 aZPO

«Ergänzungen, Nachträge und Einreden» vorbringen. Bereits nach der alten Zivilprozessordnung bestand somit die Auffassung, dass Einreden in den Rechtsschriften vorgebracht werden müssen, wobei nach dem ausdrückli- chen Wortlaut dieser altrechtlichen Bestimmung sämtliche Einreden, also die formellen wie auch die materiellrechtlichen, gemeint waren. Mit der Re- vision der Zivilprozessordnung, welche auf den 1. Januar 1986 in Kraft ge- setzt wurde, wurde bezüglich der Verhandlungsmaxime und den damit zu- sammenhängenden Bestimmungen, mit Ausnahme des Wortlauts (vgl. insbesondere Art. 82 Ziff. 3, Art. 118, 2. Satz, Art. 98, Art. 108 und Art. 87 Abs. 1 ZPO), nichts geändert (vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat vom 26. November 1984, S. 641 ff., insbesondere S. 656). Dies lässt nun den Schluss zu, dass es auch die Meinung des Gesetzgebers war, obschon dies ausdrücklich in der Zivilprozessordnung nicht mehr erwähnt ist, dass die materiellrechtlichen Einreden spätestens mit der letzten Rechtsschrift vorzubringen sind.

An diesen Schlussfolgerungen vermag schliesslich auch der beru- fungsbeklagte Hinweis auf PKG 1983 Nr. 22 nichts zu ändern. In diesem Gerichtsurteil hat der Kantonsgerichtsausschuss zwar festgehalten, die Ver- jäh rungseinrede müsse auch beachtet werden, selbst wenn sie erstmals im Rechtsöffnungsbeschwerdeverfahren erhoben werde. Diesbezüglich bleibt nämlich festzuhalten, dass diesfalls Spezialvorschriften des SchKG über die provisorische Rechtsöffnung anzuwenden waren, wogegen vorliegendenfalls das ordentliche Zivilverfahren zur Anwendung gelangt. Diese zwei Verfah- ren können nun nicht miteinander verglichen werden, so dass der Beru- fungsbeklagte diesbezüglich nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

Schliesslich sei auch darauf hingewiesen, dass die vorstehenden

Erwägungen nicht im Widerspruch zur Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden stehen, wonach die Einrede der fehlenden Sachlegitimation durch den Beklagten beachtet werden muss, selbst wenn diese erstmals im Rahmen des Berufungsverfahrens vor Kantonsgericht vorgebracht wird (vgl. hierzu PKG 1968 Nr.9; PKG 1977 Nr. 11; Urteil des Kantonsgerichts von

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).