



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:  
ZK2 09 8

Chur, 18. August 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

## **Urteil**

### **II. Zivilkammer**

Besetzung:

Vorsitz                   Kantonsrichter Hubert

RichterInnen       Kantonsrichter Bochsler und Kantonsrichterin Michael Dürst

Redaktion           Aktuarin ad hoc Bäder Federspiel

---

In der zivilrechtlichen Berufung

der X., Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Claudio Allenspach, Poststrasse 43, 7002 Chur,

gegen

das **Urteil des Bezirksgerichts Imboden** vom 2. Dezember 2008, mitgeteilt am 26. Januar 2009, in Sachen der Klägerin und Berufungsklägerin gegen Y., Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Kristina Tenchio-Kuzmic, Obere Plessurstrasse 36, 7000 Chur,

betreffend Konkurrenzverbot.

hat sich ergeben:

### **I. Sachverhalt**

A. Am 4. Juli 1986 stellte die X., heute X., Y. mit Wirkung ab 16. August 1986 als Regionalvertreter für den Kanton Graubünden ein. In der schriftlichen Vertragsbestätigung wurden einzelne Punkte wie Lohn und Provisionen geregelt. Darüber hinaus wurde auf den Gesamtarbeitsvertrag zwischen der Arbeitgeberin und der Gewerkschaft A., Sektion B., verwiesen. Zudem wurde festgehalten, das in Art. 27 dieses Vertrags enthaltene Konkurrenzverbot werde in gegenseitigem Einvernehmen auf den Kanton Graubünden ausgeweitet. Y. kündigte das Arbeitsverhältnis am 27. Dezember 2005 per 31. März 2006. Danach trat er eine Stelle bei der C. an.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte die X. gegenüber Y. geltend, seine neue Tätigkeit bei der C. stelle eine Verletzung des Konkurrenzverbots dar, welches ihn gemäss Kollektivarbeitsvertrag während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der früheren Arbeitgeberin binde.

B. Mit Vermittlungsbegehren vom 16. Mai 2007 instanziierte die X., ehemals X., beim Kreispräsidenten Rhäzüns gegen Y. eine Forderungsklage. Nach erfolglos verlaufenen Sühneverhandlungen am 22. Juni 2007 und am 22. August 2007 erstellte der Vermittler am 11. Januar 2008 den folgenden Leitschein:

**„Klägerisches Rechtsbegehren:**

1. *Der Beklagte sei unter Vorbehalt der Geltendmachung und gerichtlichen Durchsetzung von weiteren Schadenersatzforderungen und weiterer Forderungen aus Konventionalstrafe zu verpflichten, der Klägerin wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes für den Zeitraum vom 1. April 2006 bis zum 22. August 2007 eine Konventionalstrafe von Fr. 50'900.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. August 2007 zu bezahlen.*
2. *Unter vollumfänglicher vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten.*

**Beklagtisches Rechtsbegehren:**

1. *Es sei auf die Klage nicht einzutreten.*
2. *Eventualiter: Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich MwSt) zu Lasten der Klägerin."*

C. Die X. prosequierte den Leitschein mit Prozesseingabe vom 25. Januar 2008 an das Bezirksgericht Imboden. Dabei hielt sie unverändert an ihren Rechtsbegehren gemäss Leitschein fest. In seiner Prozessantwort vom 11. März 2008 beantragte Y. die vollumfängliche Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin. Am 19. Mai 2008 reichte die Klägerin eine Replik mit unveränderten Rechtsbegehren ein. Ebenso hielt der

Beklagte in seiner Duplik vom 10. Juli 2008 unverändert an seinem Antrag auf Klageabweisung fest. Gleichzeitig stellte er mehrere prozessuale Anträge, unter anderem denjenigen, im Sinne von Art. 94 ZPO eine Verhandlung über die materielle Teilfrage der Einhaltung des Schriftformerfordernisses von Art. 340 Abs. 1 OR durchzuführen. Am 9. September 2008 reichte die Klägerin eine Stellungnahme nach Art. 87 Abs. 2 ZPO ein. Überdies äusserte sie sich zu den prozessualen Anträgen des Beklagten, wobei sie deren Abweisung beantragte.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2008 ordnete der Bezirksgerichtspräsident Imboden die Durchführung einer Hauptverhandlung gemäss Art. 94 ZPO zur Teilfrage der rechtskonformen Vereinbarung des Konkurrenzverbotes an. Gleichzeitig setzte er den Parteivertretern eine Frist zur Überarbeitung der Rechtsschriften. In der Folge reichte die Klägerin am 14. Oktober 2008 eine überarbeitete Replik und am 23. Oktober 2008 eine überarbeitete Prozesseingabe ein. Der Beklagte reichte seine überarbeitete Duplik am 15. Oktober 2008 und seine überarbeitete Prozessantwort am 27. Oktober 2008 ein.

D. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Imboden fand am 2. Dezember 2008 statt. Mit Urteil vom 2. Dezember 2008, mitgeteilt am 26. Januar 2009, erkannte das Bezirksgericht Imboden, wie folgt:

„1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Bezirksgerichts Imboden, bestehend aus:

- einer Gerichtsgebühr von	Fr.	3'200.00
- einer Schreibgebühr von	Fr.	675.00
- einem Streitwertzuschlag von	Fr.	510.00
- Barauslagen von	Fr.	<u>125.00</u>
total somit	Fr.	<u>4'510.00</u>

gehen zu Lasten der Klägerin, welche den Beklagten überdies ausseramtlich mit Fr. 20'000.00 (inkl. 7.6% Mehrwertsteuer) zu entschädigen hat.

3. (Mitteilung)“

Das Bezirksgericht Imboden war zur Erkenntnis gelangt, dass kein formgültig vereinbartes Konkurrenzverbot vorliegt. Die Berufung des Beklagten auf die Formungültigkeit der Konkurrenzverbotsabrede erachtete das Gericht überdies nicht als rechtsmissbräuchlich. Es wies die Klage deshalb vollumfänglich ab.

E. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Imboden liess die X. mit Eingabe vom 13. Februar 2009 die Berufung zu Händen des Kantonsgerichts von Graubünden erklären. Sie stellt folgende Berufungsanträge:

- „1. *Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Imboden vom 2. Dezember 2008 sei aufzuheben.*
2. *Es sei festzustellen, dass die Konkurrenzverbotsabrede zwischen den Parteien (form-)gültig vereinbart wurde, und die Sache sei zur ordentlichen Weiterbehandlung an das Bezirksgericht Imboden zurückzuweisen.*
3. *Eventualiter sei festzustellen, dass die beklagte Berufung auf Formungültigkeit der Konkurrenzverbotsabrede rechtsmissbräuchlich sowie treuwidrig ist, und die Sache sei zur ordentlichen Weiterbehandlung an das Bezirksgericht Imboden zurückzuweisen.*
4. *Subeventualiter sei festzustellen, dass die Klärung der Frage eines wirksam vereinbarten Konkurrenzverbotes respektive der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Formungültigkeit der Konkurrenzverbotsabrede ein vollständig durchgeführtes Beweisverfahren bedingt, und die Sache sei zur ordentlichen Weiterbehandlung an das Bezirksgericht Imboden zurückzuweisen.*
5. *Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zu Lasten des Berufungsbeklagten.“*

Das Bezirksgericht Imboden verzichtete gemäss Schreiben vom 23. Februar 2009 auf das Einreichen einer Vernehmlassung.

F. Am 18. August 2009 fand die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht von Graubünden statt. Anwesend waren der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin, Rechtsanwalt lic. iur. Claudio Allenspach, der Berufungsbeklagte Y. sowie seine Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin Dr. iur. Kristina Tenchio-Kuzmic. Einleitend verlas der Vorsitzende die Anträge der Berufung. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände vorgebracht, so dass sich dieses als in der Sache legitimiert erklärte. Da für das Verfahren vor Kantonsgericht keine Beweisanträge vorlagen, konnte das Beweisverfahren geschlossen werden. Im Anschluss nahmen die Rechtsvertreter der Parteien in ihren Plädoyers zur Berufung Stellung. Rechtsanwalt Allenspach hielt in seinem Parteivortrag an den Anträgen gemäss Berufungserklärung vom 13. Februar 2009 fest. Rechtsanwältin Tenchio-Kuzmic beantragte in ihrem Plädoyer die vollumfängliche Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin. Rechtsanwalt Allenspach und Rechtsanwältin Tenchio-Kuzmic gaben von ihren Vorträgen eine schriftliche Ausfertigung zu den Akten. Im Anschluss an die ersten Parteivorträge erhielten die Parteivertreter

das Recht auf Replik und Duplik, was sie benutzten, um ihre Standpunkte zu vertiefen. Abschliessend nahmen beide Parteivertreter Einsicht in die gegnerische Honorarnote, ohne gegen diese Einwände zu erheben.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen der Rechtsvertreter der Parteien in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **II. Erwägungen**

1a. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Imboden betrifft einen vermögensrechtlichen Streit über einen Betrag von mehr als Fr. 8'000.--, so dass der Berufungstreitwert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist.

b. Eine Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die X. reichte ihre Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Imboden vom 2. Dezember 2008, mitgeteilt am 26. Januar 2009, am 13. Februar 2009 und damit fristgerecht ein. Überdies entspricht die Berufung den Formerfordernissen, so dass darauf eingetreten werden kann.

2. Die Berufungsklägerin verlangt in ihrer Berufung in erster Linie die Feststellung, dass die Konkurrenzverbotsabrede zwischen den Parteien formgültig vereinbart worden sei.

a/aa. Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen (Art. 340 Abs. 1 OR). Wie sich dem Wortlaut von Art. 340 Abs. 1 OR entnehmen lässt, bedarf die Vereinbarung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots der Schriftform. Diese bezweckt, den Arbeitnehmer vor Übereilung zu schützen und ihm die Tragweite der

ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst zu machen (Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar zu den Art. 319–362 OR, 3. A., Zürich 1996, N 8 zu Art. 340 OR; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N 5 zu Art. 340 OR). Um den Arbeitnehmer von einer unbedachten Verpflichtung abzuhalten, ist ihm eine klare Vorstellung über das Ausmass der Einschränkung seiner wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten zu vermitteln. Zur Verstärkung des Schutzes des Arbeitnehmers war wiederholt gar die öffentliche Beurkundung verlangt worden. Dies wurde vom Parlament abgelehnt. Die Schriftform ist aber im Katalog der zum Schutz des Arbeitnehmers unveränderlichen Bestimmungen gemäss Art. 362 OR aufgeführt (Peter Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, S. 87, mit weiteren Hinweisen).

Die Einhaltung der Schriftform bzw. deren Schutzfunktion verlangt, dass der Arbeitnehmer allen objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten schriftlich zustimmt. Beim Konkurrenzverbot sind vom Arbeitnehmer somit nicht nur die Verpflichtungserklärung selbst, sondern namentlich auch die Art der verbotenen Tätigkeit, die Dauer des Verbots, der geografische Geltungsbereich sowie die Sanktionen, welche eine allfällige Verletzung des Verbots nach sich zieht, zu unterzeichnen (Bohny, a.a.O., S. 87 f.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR; Matthias W. Rickenbach, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000, S. 140).

bb. Eine Konkurrenzverbotsabrede muss nicht im Arbeitsvertrag selbst enthalten sein (Manfred Rehbinder, Berner Kommentar zu den Art. 331–355 OR, Bern 1992, N 7 zu Art. 340 OR). Eine Vereinbarung in einem separaten Schriftstück ist grundsätzlich zulässig, allerdings nur, sofern die Schriftform erfüllt ist, das heisst sofern die Konkurrenzklausel selbst mit allen wesentlichen Bestandteilen unterzeichnet ist. Wird im unterzeichneten Arbeitsvertrag auf ein separates Dokument, bspw. auf allgemeine Arbeitsbedingungen oder ein Anstellungsreglement, verwiesen, das aber seinerseits nicht unterzeichnet ist, ist die Formvorschrift nach Ansicht des überwiegenden Teils der Lehre und der Rechtsprechung nicht eingehalten, da das Ausmass der Verpflichtung für den Arbeitnehmer zu wenig abschätzbar ist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR; Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR; Rickenbach, a.a.O., S. 139 f.; Christoph Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 19, mit weiteren Hinweisen; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, S. 294; Rémy Wyler, Droit du travail, 2. A., Bern 2008, S. 597; Jean-Fritz Stöckli, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bern 1979, S. 134 ff.; Urteile des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. März 1981 [publ. in: JAR 1983, S. 214 ff.], vom 2. Mai 1991 sowie vom 30. Oktober 1998 [zu den letzten beiden Urteilen vgl. Neeracher, a.a.O., S. 19 Fn. 113]). Dies

gilt auch bei einem Verweis auf einen Gesamtarbeitsvertrag (Bohny, a.a.O., S. 88; Jean-Fritz Stöckli, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191 f.). Begründet wird diese Formstrenge mit den sehr einschneidenden Auswirkungen von Wettbewerbsverboten und der daraus abgeleiteten Warn- bzw. Schutzfunktion des Schriftformerfordernisses (Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR; Neeracher, a.a.O., S. 19; Wyler, a.a.O., S. 597). Die Bestimmung von Art. 340 Abs. 1 OR geht somit über die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR hinaus. Die übliche Warnfunktion der Schriftform wird verstärkt, indem die Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers selbst schriftlich zu sein hat (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR).

Eine weniger strenge Ansicht vertreten einerseits Staehelin/Vischer im Zürcher Kommentar. Sie argumentieren, der Schriftform sei Genüge getan, wenn der schriftliche Einzelarbeitsvertrag auf ein dem Arbeitnehmer übergebenes Reglement oder Mitarbeiterhandbuch verweise, in welchem das Konkurrenzverbot festgelegt wird. Im Hinblick auf die sog. Ungewöhnlichkeitsregel wird jedoch verlangt, dass die Konkurrenzverbotsklausel im entsprechenden Dokument durch Fettdruck oder auf andere Weise hervorgehoben wird (Staehelin/Vischer, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Andererseits vertritt Brühwiler die Ansicht, die Bezugnahme im unterzeichneten Arbeitsvertrag auf eine Konkurrenzverbotsklausel in einem beigefügten Anstellungsreglement, das dem Arbeitnehmer nachweisbar zur Kenntnis gebracht und von den Parteien als Vertragsbestandteil anerkannt worden sei, genüge für die Einhaltung der Formvorschrift (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 2 zu Art. 340 OR).

cc. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Konkurrenzverbot nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur dann formgültig vereinbart ist, wenn der Arbeitnehmer den ganzen Wortlaut der Klausel, der deren Inhalt in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie die Folgen einer allfälligen Verletzung wiedergibt, eigenhändig unterzeichnet. Ein Globalverweis auf ein anderes, nicht unterzeichnetes Schriftstück genügt dem Schriftformerfordernis nicht, da damit der Schutzzweck der Bestimmung nicht erfüllt wäre.

b/aa. Vorliegend befindet sich eine von Y. als Arbeitnehmer für sich selbst und gleichzeitig in seiner neuen Funktion als Regionalvertreter auch für die Arbeitgeberin unterzeichnete Vertragsbestätigung vom 4. Juli 1986 in den Akten (KB 3). Diese Bestätigung enthält einen Hinweis auf den Kollektivarbeitsvertrag zwischen der Arbeitgeberin und der Gewerkschaft A., Sektion B., und das in Art. 27 dieses Vertrags enthaltene Konkurrenzverbot, wobei in Bezug auf Letzteres festgehalten wird, das

Verbot werde in gegenseitigem Einvernehmen auf den Kanton Graubünden ausgeweitet.

Nach der oben dargestellten Lehre und Rechtsprechung enthält die vom Arbeitnehmer unterzeichnete Vertragsbestätigung unter diesen Umständen keine formgültig vereinbarte Konkurrenzklausel. Zwar wird darin ausdrücklich auf eine im Kollektivarbeitsvertrag enthaltene Konkurrenzklausel hingewiesen. Angaben zur Art der Tätigkeit, die vom Verbot erfasst wird, zur Dauer des Verbots und zu den Sanktionen, welche eine allfällige Verletzung des Verbots nach sich zieht, fehlen hingegen. Dem mit der Formvorschrift angestrebten Schutzzweck kann, wie erwähnt, nur entsprochen werden, wenn eine Konkurrenzklausel mit sämtlichen wesentlichen Bestandteilen unterzeichnet wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Vertragsbestätigung selbst enthält somit keine rechtsgültig vereinbarte Konkurrenzverbotsklausel.

bb. Nach den Darlegungen der Berufungsklägerin war in Artikel 27 des Gesamtarbeitsvertrages, auf den in der erwähnten Bestätigung verwiesen wird, ein Konkurrenzverbot enthalten. Aufgrund der Ausführungen in Erwägung 2a liegt allerdings keine formgültig vereinbarte Konkurrenzklausel vor, wenn diese in einem separaten, nicht unterzeichneten Dokument festgehalten ist, selbst wenn im unterzeichneten Vertrag auf dieses verwiesen wird. Somit fehlt es vorliegend an einem unterschriftlichen Einverständnis von Y. zu einer Konkurrenzverbotsklausel einschliesslich Konventionalstrafe.

Die Berufungsklägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 7. Januar 2005, worin das Gericht die Schriftlichkeit als gegeben erachtete, wenn der Arbeitsvertrag unterzeichnet ist und in diesem auf die Gültigkeit eines nicht unterschriebenen Reglements verwiesen wird (4C.407/2004, E. 3.1). Dieser Entscheid betraf allerdings den Ausschluss einer Überstundenentschädigung nach Art. 321c Abs. 3 OR und ist deshalb nicht einfach auf eine Konkurrenzverbotsklausel übertragbar. Das Konkurrenzverbot stellt für den Arbeitnehmer eine schwere Belastung dar (Arthur Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2. A., Bern 1975, S. 41). Es ist mit erheblichen Auswirkungen auf das nachvertragliche wirtschaftliche Fortkommen und daher mit viel einschneidenderen Konsequenzen verbunden als die Wegbedingung der gesetzlichen Überstundenentschädigung. Wie bereits dargelegt, dient das Erfordernis der Schriftlichkeit dazu, dem Arbeitnehmer die Konsequenzen eines Konkurrenzverbots unmissverständlich und in ihrer vollen Tragweite aufzuzeigen. Daher verlangt Art. 340 Abs. 1 OR auch, dass die Verpflichtungserklärung als solche schriftlich zu sein

hat, was, wie in Erwägung 2a/bb dargelegt, über die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR hinausgeht. Anders als in dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall genügt es daher eben gerade nicht, wenn die Erklärung auf mehreren Schriftstücken verkündet, aber nur eines davon unterzeichnet worden ist.

cc. Hinzu tritt vorliegend der Umstand, dass der Gesamtarbeitsvertrag, auf den in der Vertragsbestätigung verwiesen wird, nicht im Recht liegt. Es ist daher nicht bewiesen, dass dieser tatsächlich den von der Berufungsklägerin behaupteten Inhalt aufwies. In der Vertragsbestätigung vom 4. Juli 1986 wird zwar erwähnt, der Kollektivarbeitsvertrag sei angehängt. Aktenkundig ist er indes nicht, weshalb der genaue Wortlaut der Konkurrenzverbotsklausel und damit auch Inhalt und Folgen des Konkurrenzverbots aus dem Jahr 1986 unbekannt sind.

Selbst wenn man den weniger formstrengen Ansichten von Staehelin/Vischer und Brühwiler folgen würde, wäre unter diesen Umständen nicht nachgewiesen, dass ein Konkurrenzverbot formgültig vereinbart wurde. So kann nach den genannten Autoren zwar auf die Unterzeichnung der Konkurrenzklausel selbst verzichtet werden. Auch sie betonen jedoch, dass der Arbeitnehmer vor Unachtsamkeit und Sorglosigkeit geschützt werden und ihm die Tragweite der ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst gemacht werden muss. Dies erfordert, dass zumindest das Dokument, auf das verwiesen wird, alle wesentlichen Punkte der Konkurrenzverbotsabrede enthält. In diesem Sinn halten Staehelin/Vischer ausdrücklich fest, die Ergänzung einer Klausel sei im Interesse der Rechtssicherheit ausgeschlossen und die Abrede wegen Formmangels nichtig, wenn sie Punkte offen lässt, für deren Ergänzung mehrere unterschiedliche Lösungen in Frage kommen (Staehelin/Vischer, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Vorliegend ist der Inhalt des angeblichen Konkurrenzverbots in der massgebenden Fassung wie erwähnt unbekannt, so dass nicht nachgewiesen ist, dass die entsprechende Klausel alle wesentlichen Punkte enthielt. Mangels Aktenkundigkeit des Gesamtarbeitsvertrages aus dem Jahr 1986 ist insbesondere offen, ob dieser eine Konventionalstrafe für den Fall der Widerhandlung gegen das Konkurrenzverbot enthielt und wie hoch diese gegebenenfalls war. Es ist daher bereits aus diesem Grund völlig unklar, ob sich Y. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Tragweite seiner Verpflichtung aus dem Konkurrenzverbot bewusst werden konnte, was aber selbst nach Ansicht der Berufungsklägerin entscheidend wäre, damit der Schutz des Arbeitnehmers gewährleistet ist (vgl. Plädoyernotizen, S. 10 f.).

dd. Aktenkundig sind vorliegend lediglich ein Kollektivarbeitsvertrag zwischen der X. und der Gewerkschaft A., der gemäss dessen Art. 31 vom 1. Januar 2003 bis

am 31. Dezember 2005 in Kraft war (KB 2), sowie ein mit "Anhang zum Gesamtarbeitsvertrag" betitelttes Dokument, nach dessen Art. 31 in Kraft vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2008 (KB 59). Diese Schriftstücke enthalten ein Konkurrenzverbot. Es ist indessen klar, dass es sich bei den entsprechenden Versionen des Gesamtarbeitsvertrages nicht um die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültige Fassung handelt. In jedem Fall wurden aber auch diese Konkurrenzverbote nicht formgültig vereinbart, fehlt es doch an einer im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR formgültigen Zustimmung von Y. zu den entsprechenden Klauseln. So wurden weder die erwähnten Dokumente selbst vom Arbeitnehmer unterzeichnet noch wurde in einem anderen von Y. unterzeichneten Schriftstück darauf verwiesen. Abgesehen davon wäre die Aushändigung der Verträge an den Arbeitnehmer nicht bewiesen. Das – unadressierte – Schreiben der X. auf der ersten Seite von KB 59 stammt jedenfalls vom 27. Oktober 2003 und stimmt daher offensichtlich nicht mit dem daran angehängten Dokument auf den Seiten 2 und 3 des KB 59, dem erwähnten Anhang zum Gesamtarbeitsvertrag, überein, wird darin doch festgehalten, die Versammlung der Arbeitnehmer habe diese Vereinbarung am 29. November 2005 angenommen.

Die Berufungsklägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, es sei von einer dynamischen Verweisung auszugehen, dass heisst vom Willen der Parteien, dass auch die zukünftigen Änderungen eines Gesamtarbeitsvertrages gelten sollen (Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007, Nr. 1110). Die Anwendung dieses Grundsatzes setzt indes naturgemäss einen Konsens der Parteien über die Anwendbarkeit bzw. Verbindlichkeit des ursprünglichen Gesamtarbeitsvertrages voraus, was vorliegend in Bezug auf die Konkurrenzverbotsklausel gerade nicht der Fall ist. Die Klausel wurde durch den Globalverweis auf den (inhaltlich unbekanntenen) Gesamtarbeitsvertrag nicht rechts- bzw. formgültig vereinbart, so dass sich die Frage der dynamischen Verweisung gar nicht stellen kann. Gerade in Bezug auf ein Konkurrenzverbot dürfte die Anwendbarkeit dieses Prinzips im Übrigen aber höchst zweifelhaft sein, bedarf die Änderung einer Konkurrenzklausel doch ebenfalls der Schriftform (Art. 12 OR; Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR).

ee. Die Berufungsklägerin nimmt wiederholt auf das Arbeitszeugnis vom 16. März 2006 (KB 5) Bezug, in dem festgehalten wurde, Y. verlasse das Unternehmen am 31. März 2006 frei von jeglichen Verpflichtungen mit Ausnahme des Geschäftsgeheimnisses sowie des Konkurrenzverbots gemäss Gesamtarbeitsvertrag, gültig für die ganze Schweiz für die Dauer von zwei Jahren. In diesem einseitigen, da vom Arbeitnehmer nicht unterzeichneten Hinweis im Arbeitszeugnis kann selbstredend

keine rechtsgültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbots erblickt werden. Die nachträgliche Verweisung auf eine Konkurrenzklausel seitens der Arbeitgeberin vermag den Mangel der fehlenden formgültigen Zustimmung des Arbeitnehmers nicht zu heilen.

c. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es vorliegend infolge Nichteinhaltung der Schriftform an einer rechtsgültigen Vereinbarung eines Konkurrenzverbots zwischen Y. und der Berufungsklägerin mangelt. Folge davon ist, dass die Verbotsabrede nichtig ist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 340 OR; Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR). Die Berufung erweist sich in diesem Punkt somit als unbegründet.

3a. Neben der indirekten Bindung von Y. an die Konkurrenzverbotsklausel im Gesamtarbeitsvertrag durch dessen individuelle Übernahme in der Vertragsbestätigung vom 4. Juli 1986 beruft sich die Berufungsklägerin auch auf eine direkte Vertragsbindung. Sie führt aus, das Konkurrenzverbot sei in einem sogenannten Firmenvertrag zwischen der Gewerkschaft und der Klägerin geregelt worden. Die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages würden nun mit dessen Inkrafttreten Teil des Einzelarbeitsvertrages und wirkten zwingend und unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen ein, ohne dass diese in den Einzelarbeitsvertrag übernommen werden müssten. Y. sei freiwilliges Mitglied der Gewerkschaft gewesen. Das Konkurrenzverbot gelte für ihn daher in jedem Fall, und Formvorschriften könnten gar nicht verletzt sein.

b/aa. Ein Konkurrenzverbot kann grundsätzlich zu den Inhaltsnormen eines Gesamtarbeitsvertrages gehören (Wolfgang Portmann, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 2 zu Art. 357 OR; Jean-Fritz Stöckli, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191). Durch einen Gesamtarbeitsvertrag stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf (Art. 356 Abs. 1 OR). Die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt (Art. 357 Abs. 1 OR). Die Befugnis der Koalitionen, durch Gesamtarbeitsvertrag die Arbeitsbedingungen zu regeln, ist allerdings nicht unbeschränkt. Die sog. Tarifautonomie besteht nur in gewissen Grenzen. So müssen die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als minderrangiges Recht das zwingende

staatliche Recht beachten (Portmann, a.a.O., N 8 zu Art. 357 OR). In diesem Sinn hält Art. 358 OR ausdrücklich fest, dass das zwingende Recht des Bundes und der Kantone den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorgeht.

Inwieweit das Arbeitsvertragsrecht zwingend ist, ergibt sich aus der Auflistung in Art. 361 und Art. 362 OR (Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zu den Art. 356–360 OR, Bern 1999, N 6 zu Art. 358 OR). Gerade im Hinblick auf das in den Art. 340 ff. OR geregelte Konkurrenzverbot enthält das OR mehrere Vorschriften, von denen durch Gesamtarbeitsvertrag weder zu Ungunsten des Arbeitgebers noch zu Ungunsten des Arbeitnehmers (Art. 340b Abs. 1 und 2 OR, vgl. Art. 361 Abs. 1 OR) bzw. von denen lediglich nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (Art. 340 Abs. 1 OR, Art. 340a Abs. 1 OR und Art. 340c OR, vgl. Art. 362 Abs. 1 OR). In Art. 361 Abs. 2 OR und 362 Abs. 2 OR wird wiederholt, dass Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den angeführten Vorschriften zu Ungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers (Art. 361 OR) bzw. zu Ungunsten des Arbeitnehmers (Art. 362 OR) abweichen, nichtig sind.

bb. Aus dem soeben Ausgeführten wird ersichtlich, dass gestützt auf Art. 362 Abs. 1 OR die in Art. 340 Abs. 1 OR geregelten Voraussetzungen des Konkurrenzverbots in einem Gesamtarbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen. Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die Schriftform. Deren Einhaltung ist formelle Gültigkeitsvoraussetzung und daher für die rechtsgültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbots unabdingbar (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 4 zu Art. 340 OR; Christoph Senti, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot: Grundlagen und Gerichtsentscheide, in: Jusletter vom 27. August 2007, Rz. 15; Bohny, a.a.O., S. 87).

Ein Gesamtarbeitsvertrag kann somit nicht an Stelle der vom Bundesrecht geforderten Schriftlichkeit treten und die Formvorschrift ausser Kraft setzen. So hält auch Stöckli fest, dass die autonome Satzungsgewalt der Verbände zweifellos überdehnt wäre, wollte man einer Konkurrenzklausel allein durch die Aufnahme in den normativen Teil eines Gesamtarbeitsvertrages Geltung für die Einzelvertragsparteien verschaffen. Nach dem Wortlaut von Art. 340 OR sei es nämlich allein der handlungsfähige Arbeitnehmer, der sich zu entsprechendem Verhalten verpflichten könne (Jean-Fritz Stöckli, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191). Selbst wenn ein Konkurrenzverbot oder gewisse Aspekte eines solchen Verbots in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden können, braucht es daher eine individuelle Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer im Einzela-

beitsvertrag oder als separate Vereinbarung, damit das Verbot Gültigkeit erlangt. In diesem Sinne ist auch die Äusserung von Staehelin/Vischer im Zürcher Kommentar zu verstehen, ein Konkurrenzverbot könne "daher" nicht durch Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag festgelegt werden (Staehelin/Vischer, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Die unmittelbare Wirkung eines Konkurrenzverbots auf alle einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitnehmer würde dem mit der Schriftform verbundenen Schutzgedanken zuwider laufen und mangels Individualisierung eine erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen. Wie bereits mehrfach ausgeführt, erfordert der Schutzgedanke, der mit der Schriftform verbunden ist, dass dem Arbeitnehmer die Tragweite der ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst gemacht wird; mit anderen Worten sollen klare Verhältnisse geschaffen werden. Bei einer Regelung im Gesamtarbeitsvertrag weiss ein Arbeitnehmer je nachdem aber nicht einmal, ob für ihn in seiner Funktion das Konkurrenzverbot gilt oder nicht. Entsprechende Klarheit wird in dieser Situation selbstverständlich auch dadurch nicht geschaffen, dass die Gewerkschaft die Arbeitnehmenden über einen Gesamtarbeitsvertrag informiert oder dass die Versammlung der Arbeitnehmer einer entsprechenden GAV-Klausel zustimmt.

c. Unter diesen Umständen kann der Argumentation der Berufungsklägerin, das Konkurrenzverbot sei für Y. auch ohne individuelle Vereinbarung allein durch die unmittelbare Wirkung des fraglichen Gesamtarbeitsvertrages verbindlich, nicht gefolgt werden. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

4a. Für den Fall einer formungültigen Vereinbarung des Konkurrenzverbots verlangt die Berufungsklägerin eventualiter die Feststellung, dass die beklagte Berufung auf Formungültigkeit der Konkurrenzverbotsabrede rechtsmissbräuchlich sowie treuwidrig sei. Sie macht in diesem Zusammenhang unter anderem geltend, Y. habe sich widersprüchlich verhalten. Er habe während des gesamten Arbeitsverhältnisses vom Konkurrenzverbot Kenntnis gehabt und nie einen Einwand erhoben. Auch gegen das Arbeitszeugnis, in welchem auf das Konkurrenzverbot hingewiesen worden sei, habe er nicht remonstriert. Ausserdem habe er D. ein Arbeitszeugnis ausgestellt, in welchem in aller Deutlichkeit auf das Konkurrenzverbot gemäss Gesamtarbeitsvertrag hingewiesen worden sei. Schliesslich habe Y. bis zur Einreichung der ersten Rechtsschrift im vorliegenden Verfahren nie geltend gemacht, die Tragweite der Konkurrenzverbotsklausel sei ihm nicht bewusst gewesen oder diese sei formungültig.

b. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Ob ein solcher Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Um-

stände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Die Berufung auf die sich aus arbeitsrechtlichen Grundsätzen ergebende Nichtigkeit einer Vereinbarung wird allerdings selbst dann nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, wenn der Betroffene der unzulässigen Regelung zuvor zugestimmt hat. Denn wenn die Rechtsordnung einer gesetzlichen Regelung so grosse Bedeutung zumisst, dass sie diese der Parteidisposition entzieht, kann die Durchsetzung dieser Regelung an sich nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Nach Rechtsprechung und Lehre ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht daher nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Die Partei, die das Recht der Gegenpartei zur Anrufung der Nichtigkeit aufgrund eines Formmangels bestreitet, hat somit besondere den konkreten Fall kennzeichnende Umstände nachzuweisen, die offensichtlich machen, dass die Berufung auf den Formmangel treuwidrig ist. Solche Umstände können vorliegen, wenn diejenige Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (vgl. BGE 129 III 493 ff., 497 f., E. 5.1, mit weiteren Hinweisen; Heinrich Honsell, in: Basler Kommentar zum ZGB I, Art. 1–456 ZGB, 3. A., Basel 2006, N 44 zu Art. 2 ZGB, mit weiteren Hinweisen).

c. Vorliegend vermag die Berufungsklägerin keine besonderen Umstände aufzuzeigen, die die Berufung von Y. auf die Formungültigkeit als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Dass der Genannte vorliegend die gegen die Formvorschrift verstossende Vereinbarung im eigenen Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit

selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hätte, wird von der Berufungsklägerin zu Recht nicht behauptet. Im Weiteren wirft sie Y. zwar vor, er habe mit der Geltendmachung der Formungültigkeit der besagten Klausel so lange zugewartet, dass er es ihr verunmöglicht habe, ihre eigenen Interessen zu wahren. Gleichzeitig substantiiert sie aber in keiner Art und Weise, wie lange der Berufungsbeklagte schon Kenntnis von der Formungültigkeit der Klausel hatte. Sie behauptet an sich nicht einmal, dass er diese Kenntnis überhaupt noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erlangt hat. Das Letztere wäre aber eine der Voraussetzungen dafür, dass dem Berufungsbeklagten im Sinne der Berufungsklägerin vorgeworfen werden könnte, er habe mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung missbräuchlich lange zugewartet. Die Berufungsklägerin bringt in diesem Zusammenhang nämlich vor, eine Konkurrenzverbotsabrede sei gegen den Willen des Arbeitnehmers zwar nicht durchsetzbar, es stehe aber selbstverständlich jedem Unternehmen in den Schranken der Rechtsordnung frei, welche Arbeitnehmer zu welchen Bedingungen es einstellen möchte. Sie sieht ihre Interessen somit darin, dass sie – hätte Y. die Formungültigkeit früher geltend gemacht – mit diesem ein formgültiges Konkurrenzverbot hätte aushandeln können oder ihn im Falle der Nichtzustimmung zu einem solchen Verbot hätte entlassen können. Es ist allerdings stark zu bezweifeln, dass ein Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung die Pflicht hat, die Formgültigkeit einer Konkurrenzklausel zu prüfen und den Arbeitgeber auf eine allfällige Ungültigkeit aufmerksam zu machen, damit dieser seine eigenen Interessen in Bezug auf die Mitarbeiterwahl wahren kann. Vielmehr ist es die Pflicht des Arbeitgebers, will er mit seinen Arbeitnehmern ein Konkurrenzverbot aushandeln, dafür zu sorgen, dass dies auch rechtsgültig geschieht.

Wie bereits dargelegt, macht die Berufungsklägerin konkret indes gar nicht geltend, der Arbeitnehmer habe Kenntnis von der Ungültigkeit der Klausel gehabt. Sie beruft sich im Gegenteil mehrfach darauf, Y. habe Kenntnis über den Abschluss und Inhalt der Konkurrenzverbotsabrede gehabt und sei während der Dauer des Arbeitsverhältnisses davon ausgegangen, diese Abrede gelte für ihn. Weder die Kenntnis des Konkurrenzverbots noch die weiteren von der Berufungsklägerin geltend gemachten Umstände – wie das Nicht-Remonstrieren gegen die Erwähnung dieses Verbots im Arbeitszeugnis oder das Ausstellen eines Arbeitszeugnisses für einen unterstellten Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf die Konkurrenzklausel – stellen in Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch bei der Berufung auf Formmängel allerdings ein treuwidriges Verhalten dar, selbst wenn die entsprechenden Darstellungen den Tatsachen entsprechen würden. Was das Ausstellen des Arbeitszeugnisses für D. betrifft (vgl. KB 67), so ist zusätzlich darauf hinzuwei-

sen, dass nicht relevant sein kann, was ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einem anderen Arbeitnehmer bestätigt. Konkurrenzklauseln sind immer individuell und haben sich stets an einen bestimmten Arbeitnehmer mit Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu richten. Daher kann aus der im Zusammenhang mit der Konkurrenzklausele von D. in Vertretung des Arbeitgebers abgegebenen Bestätigung nichts in Bezug auf das Konkurrenzverbot von Y. abgeleitet werden. Da die Berufung auf einen Formmangel nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst bei vorheriger Zustimmung zu einer Vereinbarung nicht rechtsmissbräuchlich ist, kann im Weiteren auch dem Einwand der Berufungsklägerin, die Rechtsposition von Y. habe sich nicht verschlechtert, weil er sich der Tragweite seiner Verpflichtung habe bewusst werden können und der Schutz vor Unachtsamkeit und Sorglosigkeit gewahrt worden sei, nicht gefolgt werden, zumal unter den gegebenen Umständen gerade nicht nachgewiesen ist, dass sich Y. der Tragweite seiner Verpflichtung aus dem Konkurrenzverbot tatsächlich hat bewusst werden können. Aus dem Umstand, dass jener unmittelbar nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei einem angeblichen Konkurrenten zu arbeiten begann, kann ebenfalls nicht abgeleitet werden, die Berufung auf den Formmangel sei rechtsmissbräuchlich. Letztlich sind auch andere besondere Umstände, die einen Rechtsmissbrauch begründen würden, nicht ersichtlich, insbesondere nicht, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen wären oder sonstwie gewahrt wurden.

d. Abzulehnen ist schliesslich der von der Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, das Bezirksgericht Imboden habe nicht angekündigt, dass es sich auch mit der Frage des Rechtsmissbrauchs befasse. Sie bringt vor, in der Vorladung sei lediglich mitgeteilt worden, dass es um die Teilfrage gehe, ob das Konkurrenzverbot rechtskonform vereinbart worden sei oder nicht. Die beiden Fragen hängen allerdings eng zusammen, da, soll beurteilt werden, ob zwischen den Parteien ein Konkurrenzverbot gilt oder nicht, auch die Frage geklärt werden muss, ob die Berufung auf einen Formmangel allenfalls rechtsmissbräuchlich ist. So machte denn auch die Klägerin und heutige Berufungsklägerin selbst in ihrer Stellungnahme vom 9. September 2008 sowie in ihrem Plädoyer anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zu dieser Frage Ausführungen. Somit steht fest, dass sie sich sehr wohl bewusst war, dass anlässlich der zur Teilfrage des Konkurrenzverbots angeordneten Gerichtsverhandlung sowohl über die rechtskonforme Vereinbarung des Konkurrenzverbots wie auch über die Frage einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf einen allfälligen Formmangel entschieden würde. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz mit der Frage

des Rechtsmissbrauchs befasste und selbstredend auch nicht, dass das Kantonsgericht dies vorliegend tut.

e. Die Vorinstanz hat somit die Berufung von Y. auf den Formmangel der Konkurrenzverbotsklausel zu Recht nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, so dass das Eventualbegehren der Berufungsklägerin abzuweisen ist.

5. Subeventualiter beantragt die Berufungsklägerin die Feststellung, dass die Klärung der Frage eines wirksam vereinbarten Konkurrenzverbots respektive der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Formungültigkeit der Konkurrenzverbotsabrede ein vollständig durchgeführtes Beweisverfahren bedingt.

a. Die Rechtsfrage, ob das gesetzlich vorgeschriebene Schriftformerfordernis eingehalten ist, lässt sich anhand der einschlägigen Literatur und Judikatur sowie der im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels eingereichten Urkunden ohne weiteres beurteilen. Namentlich ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre die Ansicht vertreten wird, dass ein Arbeitnehmer den ganzen Wortlaut einer Konkurrenzklausel, der deren Inhalt in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie die Folgen einer allfälligen Verletzung wiedergibt, eigenhändig unterzeichnen muss, und dass ein Globalverweis auf ein anderes, nicht unterzeichnetes Schriftstück dem Schriftformerfordernis nicht genügt (vgl. Erwägung 2). Vorliegend fehlt eine von Y. – mit allen notwendigen Bestandteilen – unterzeichnete Konkurrenzverbotsabrede, woran offensichtlich weder die beantragten Zeugeneinvernahmen noch die angebehrten Editionen etwas ändern können. Im Weiteren wurde festgestellt, dass ein Gesamtarbeitsvertrag nicht an Stelle der vom Bundesrecht geforderten Schriftlichkeit treten kann (vgl. Erwägung 3). Unter all diesen Umständen spielt es keine Rolle, ob der ursprünglich geltende Gesamtarbeitsvertrag ein Konkurrenzverbot enthielt oder nicht, welchen Inhalt dieses Konkurrenzverbot allenfalls hatte, ob Y. Mitglied der Gewerkschaft war oder nicht, und ob dem Genannten der ursprüngliche und/oder der später in Kraft tretende Gesamtarbeitsvertrag zur Kenntnis gebracht wurden. Von entsprechenden Beweiserhebungen kann daher abgesehen werden.

b. Was die Frage des Rechtsmissbrauchs betrifft, so mangelt es, wie in Erwägung 4c dargelegt, seitens der Berufungsklägerin an der Behauptung von Tatsachen, die einen Rechtsmissbrauch zu begründen vermöchten, so dass sich ein Beweisverfahren bereits aus diesem Grund erübrigt. Zudem ist die Durchführung eines Beweisverfahrens mit dem von der Berufungsklägerin angestrebten Zweck, nämlich

demjenigen, zu sehen, ob und was dieses Verfahren in Bezug auf den behaupteten Rechtsmissbrauch noch zu Tage fördert, ausgeschlossen.

c. Ist somit nicht ersichtlich, dass bzw. inwieweit ein vollständig durchgeführtes Beweisverfahren an der obigen Beurteilung der Angelegenheit etwas ändern könnte, erweist sich die Berufung auch in diesem letzten Punkt als unbegründet.

6a. Im Ergebnis ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das angefochtene Urteil zu schützen, zumal gegen die Kostenverteilung vor erster Instanz und die zugesprochene ausseramtliche Entschädigung keine substantiierten Rügen erhoben wurden.

b/aa. Nach Art. 122 Abs. 1 ZPO sind die Kosten eines Zivilverfahrens in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Zudem ist die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Diese Grundsätze gelten nicht nur für das erstinstanzliche Verfahren, sondern gestützt auf Art. 223 ZPO auch für das Berufungsverfahren.

bb. Vorliegend wird die Berufung der X. gegen Y. abgewiesen, so dass der Letztere obsiegt und die Berufungsklägerin die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.-- zuzüglich Schreibgebühren zu tragen hat. Zudem hat sie den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren ausseramtlich zu entschädigen. Die Rechtsvertreterin von Y. macht eine Honorarforderung von Fr. 4'260.65 inkl. MwSt. geltend, was angemessen erscheint und überdies auch vom Rechtsvertreter der Berufungsklägerin anlässlich der Berufungsverhandlung nicht beanstandet wurde.

### **III. Demnach wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'320.-- (Gerichtsgebühr Fr. 5'000.--, Schreibgebühr Fr. 320.--) gehen zu Lasten der Berufungsklägerin, die den Berufungsbeklagten aussergerichtlich mit Fr. 4'260.65 inkl. MwSt. zu entschädigen hat.
3. Gegen die vorliegende, einen Streitwert von mindestens Fr. 15'000.-- betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Diese ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: