

ZSU.2023.48
(SZ.2022.74)
Art. 19

Entscheid vom 1. Mai 2023

Besetzung Oberrichterin Massari, Präsidentin
 Oberrichter Brunner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Sulser

Klägerin **A. _____ AG,**
 [...]
 vertreten durch Oliver Kunz und/oder Martin Greuter, Rechtsanwälte,
 Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich

Beklagte **B. _____,**
 [...]
 vertreten durch Rolf Herter und/oder Fanny Sutter, Rechtsanwälte,
 Stockerstrasse 38, 8002 Zürich

Gegenstand Vorsorgliche Massnahme (Realvollstreckung eines Konkurrenzverbots)

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Die Beklagte war ab dem 1. Dezember 2019 als Produktemanagerin Endoskopie Zubehör bei der Klägerin angestellt. Die Beklagte kündigte ihr Arbeitsverhältnis bei der Klägerin ordentlich auf den 30. September 2022. In der Folge wechselte die Beklagte zur C. AG als Clinical Applications Specialist. Streitgegenstand ist die vorsorgliche Realvollstreckung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots.

2.

2.1.

Mit Gesuch vom 31. Oktober 2022 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Zuzach folgende Anträge:

" 1.

Der Gesuchsgegnerin sei vorsorglich bis zum 30. September 2024, eventualiter für eine angemessene kürzere Dauer, zu verbieten, für die C. AG tätig zu sein.

2.

Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die beantragte Massnahme sei der Gesuchsgegnerin die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.

3.

Der Gesuchsgegnerin sei eine Ordnungsbusse nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO in der Höhe von CHF 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung des beantragten Verbotes anzudrohen.

4.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zulasten der Gesuchsgegnerin."

2.2.

Mit Stellungnahme vom 29. November 2022 stellte die Beklagte folgende Anträge:

" 1.

Auf das Massnahmengesuch sei nicht einzutreten.

2.

Eventualiter sei das Massnahmengesuch abzuweisen.

3.

Subeventualiter sei die Anordnung der superprovisorischen Massnahme von der Hinterlegung einer angemessenen, vom Gericht zu beziffernden, jedoch CHF 140'000 nicht unterschreitenden Sicherheitsleistung durch die Gesuchstellerin abhängig zu machen.

4.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

2.3.

Die Parteien reichten mit Eingaben vom 9. Januar 2023 und 13. Februar 2023 (Klägerin) bzw. mit Eingaben vom 31. Januar 2023 und 21. Februar 2023 (Beklagte) weitere Stellungnahmen ein.

2.4.

Das Bezirksgericht Zurzach, Präsidium des Arbeitsgerichts, erkannte mit Entscheid vom 24. Februar 2023:

" 1.

In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 31. Oktober 2022 wird der Gesuchstellerin vorsorglich verboten, bis 30. September 2023, für die C. AG tätig zu sein.

2.

Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Tätigkeitsverbot gemäss Ziffer 1 hiervor wird der Gesuchsgegnerin die Ungehorsamsstrafe (Busse) gemäss Art. 292 StGB angedroht.

Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) lautet dabei wie folgt:

'Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.'

3.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Präsidium des Arbeitsgerichts Zurzach **innert 10 Tagen** seit Zustellung des vorliegenden Entscheids eine Sicherheitsleistung im Betrag von Fr. 100'000.- in Form einer unwiderruflichen, unbedingten und unbefristeten Bankgarantie vorzulegen.

Bei Säumnis fallen die mit dem vorliegenden Entscheid angeordneten vorsorglichen Massnahmen ohne Weiteres dahin.

4.

Die Gesuchstellerin hat **innert zwei Monaten** seit Zustellung dieses Entscheids die Klage in der Hauptsache einzureichen. Andernfalls fallen die mit dem vorliegenden Entscheid angeordneten vorsorglichen Massnahmen ohne Weiteres dahin.

5.

Die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr, werden auf Fr. 1'500.- festgesetzt und zu 80 % mit Fr. 1'200.- der Gesuchsgegnerin und zu 20 % mit Fr. 300.- der Gesuchstellerin auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird mit ihrem Vorschuss in Höhe von Fr. 1'000.- verrechnet, so dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Fr. 700.- direkt zu ersetzen hat. Die Gesuchsgegnerin hat Fr. 500.- bei der Gerichtskasse Zurzach einzubezahlen.

6.

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'582.45 (inkl. Auslagen, exkl. MwSt.) zu bezahlen."

2.5.

2.5.1.

Mit Eingabe vom 2. März 2023 stellte die Beklagte beim Bezirksgericht Zurzach ein Gesuch um Berichtigung und Erläuterung des ergangenen Entscheids und beantragte:

" 1.

Dispositiv Ziff. 1 des Entscheids vom 24.02.2023 sei wie folgt neu zu formulieren:

'In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 31. Oktober 2022 wird der Gesuchsgegnerin vorsorglich verboten, bis 30. September 2023, für die C. AG in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin tätig zu sein, das heisst, in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin keine Kunden der C. AG zu besuchen und/oder diese zu kontaktieren oder anderweitig zu betreuen.'

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

[...]

3.

Die Vollstreckbarkeit des Entscheids vom 24.02.2023 sei bis zur erfolgten Erläuterung und Berichtigung vorläufig aufzuschieben.

4.

Die aufschiebende Wirkung gemäss Antrag 3 sei superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchstellerin zu erteilen."

2.5.2.

Das Bezirksgericht Zurzach, Präsidium des Arbeitsgerichts, erkannte mit Entscheid vom 3. März 2023:

" 1.

In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 2. März 2023 wird der Entscheid des Arbeitsgerichtspräsidiums Zurzach vom 24. Februar 2023, Dispositiv-Ziffer 1, wie folgt berichtigt (Änderung kursiv hervorgehoben):

'1.

In teilweiser Gutheissung des Gesuchs vom 31. Oktober 2022 wird der *Gesuchsgegnerin* vorsorglich verboten, bis 30. September 2023, für die C. AG tätig zu sein.

[...]'

2.

Die übrigen Anträge werden abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Der Gesuchsgegnerin wird eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 200.- (inkl. Auslagen und MwSt.) aus der Staatskasse entrichtet."

3.

3.1.

Gegen den der Beklagten am 28. Februar 2023 zugestellten Entscheid vom 24. Februar 2023 erhob die Beklagte beim Obergerichts des Kantons Aargau am 8. März 2023 Berufung mit folgenden Anträgen:

" 1.
Der Entscheid vom 24.2.2023 des Bezirksgerichts Zurzach, Geschäft Nr. SZ.2022.74 sei aufzuheben.

2.
Auf das vorsorgliche Massnahmengesuch vom 31.10.2022 sei nicht einzutreten.

3.
Eventualiter sei das vorsorgliche Massnahmengesuch vom 31.10.2022 vollumfänglich abzuweisen.

4.
Subeventualiter sei das Konkurrenzverbot örtlich einzuschränken indem der Berufungsklägerin verboten wird, für die C. AG in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin tätig zu sein, das heisst, in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin keine Kunden der C. AG zu besuchen und/oder diese zu kontaktieren oder anderweitig zu betreuen.

5.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzlich MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

[...]

6.
Die Vollstreckbarkeit des Entscheids vom 24.2.2023 des Bezirksgerichts Zurzach, Geschäft Nr. SZ.2022.74 sei bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Berufungsverfahrens vorläufig aufzuschieben.

7.
Die aufschiebende Wirkung gemäss Antrag 6 sei superprovisorisch ohne Anhörung der Berufungsbeklagten zu erteilen."

3.2.

Mit Verfügung des Instruktionsrichters des Obergerichts vom 10. März 2023 wurde das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

3.3.

Mit Eingabe vom 23. März 2023 erstattete die Beklagte die Berufungsantwort und stellte folgende Anträge:

" 1.

Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

3.4.

Mit Eingabe vom 3. April 2023 erstattete die Klägerin eine freiwillige Replik.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) beträgt. Die Klägerin bezifferte den Streitwert vor Vorinstanz auf Fr. 66'871.65, was von der Beklagten nicht bestritten wurde (angefochtener Entscheid E. 8.1.3; vgl. Berufung Rz. 4). Damit ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Die Berufung wurde im Übrigen rechtzeitig und formgerecht erhoben, weshalb darauf einzutreten ist.

1.2.

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Noven geltend macht, die Substanziierungs- und Behauptungslast trifft (Urteil des Bundesgerichts 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 3.2.2).

2.

2.1.

Die Beklagte bringt zunächst vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf das Gesuch der Klägerin eingetreten. Die Klägerin habe ihr Gesuch an das Bezirksgericht Zurzach adressiert und in keinem einzigen Satz erläutert, dass es das Arbeitsgericht für zuständig halte. Die Beklagte macht geltend, dass das Gesuch beim sachlich unzuständigen Gericht eingereicht worden sei und daher nicht darauf einzutreten sei. Gemäss § 5 und § 8 EG ZPO seien

Zivil- und Arbeitsgericht unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten bzw. Gerichte und nicht einfach unterschiedliche Abteilungen. Es gehe nicht an, zugunsten der Klägerin festzustellen, das Arbeitsgericht sei zwingend zuständig und daher sei die falsche Adressierung nicht der Klägerin anzulasten. Die Klägerin sei anwaltlich vertreten gewesen und es sei nicht überspitzt formalistisch zu verlangen, dass ein Gesuch ans richtige Gericht zu übermitteln sei. Eine automatische Überweisung bei sachlicher Unzuständigkeit gebe es nicht und wie die Vorinstanz selbst feststelle, sei die sachliche Zuständigkeit eine Prozessvoraussetzung (Berufung Rz. 6 ff.).

2.2.

2.2.1.

Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Hierzu gehört auch die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Abs. 2 lit. b). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Unbestritten ist, dass die Vorinstanz, d.h. das Präsidium des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Zuzach, zur Beurteilung des Gesuchs sachlich und funktionell zuständig war (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 8 lit. a und § 9 EG ZPO). Strittig ist, ob die Klägerin das Gesuch an die sachlich zuständige Instanz gerichtet hat bzw. hätte richten müssen.

2.2.2.

Das Gesetz geht vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben. Demgegenüber ist die Überweisung von Amtes wegen in der Zivilprozessordnung bewusst nicht vorgesehen, weil der Gesetzgeber die damit einhergehende Zusatzbelastung des Gerichts vermeiden wollte (Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2). Wie das Gericht vorzugehen hat, wenn unklar ist, von welchem Spruchkörper und in welchem Verfahren die klagende Partei ihre Eingabe beurteilt haben möchte, etwa, weil sie sich hierzu nicht äussert, oder wenn gar anzunehmen ist, sie habe die Eingabe versehentlich an den falschen Spruchkörper adressiert und/oder die falsche Verfahrensart angegeben, wurde vom Bundesgericht in zitierten Entscheid offengelassen (E. 4.4.2). In der Literatur und Rechtsprechung wird die Meinung vertreten, dass bei Einreichung einer Eingabe an einen sachlich unzuständigen Spruchkörper des gleichen Gerichts die Eingabe intern an die zuständige Instanz weitergeleitet werden müsse, da das Gericht von Amtes wegen festlege, welcher Spruchkörper zuständig sei und da die Parteien keine Pflicht hätten, den zuständigen Spruchkörper zu bezeichnen oder sich zur Verfahrensart zu äussern (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, N. 7.19; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, S. 169; LEUENBERGER, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart [Art. 63 ZPO], in: SZZP

2013, S. 169, 176; BERGER-STEINER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 22 zu Art. 63 ZPO; BOHNET, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 29 zu Art. 63 ZPO; a.A. MÜLLER-CHEN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, N. 19 zu Art. 63 ZPO [im Vergleich zur Voraufgabe und mit Hinweis darauf, dass das kantonale Recht eine Weiterleitungspflicht bei sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit vorsehen könne]; vgl. BGE 118 Ia 241; ZR 115/2016 Nr. 23). Eine Zuweisung an den nach kantonalem Recht sachlich zuständigen Spruchkörper und/oder in das richtige Verfahren ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung demgegenüber dann nicht angebracht, wenn feststeht, dass die klagende Partei ihre Klage gerade durch den angerufenen Spruchkörper und in der von ihr gewählten Verfahrensart beurteilt haben möchte (Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.4.2).

2.2.3.

Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden ist Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 3 ZPO). Anders als etwa im Kanton Luzern (§§ 3 Abs. 2 lit. c, 23 Abs. 1 lit. b und 32 des Justizgesetzes des Kantons Luzern) besteht im Kanton Aargau kein eigenständiges kantonales Arbeitsgericht. Vielmehr sind die Bezirksgerichte jeweils in die Abteilungen Zivilgericht, Strafgericht, Arbeitsgericht, Jugendgericht und Familiengericht gegliedert (§ 50 Abs. 1 GOG). Wie bereits die Vorinstanz erwog, handelt es sich bei den Arbeitsgerichten damit um in die Organisation der Bezirksgerichte eingegliederte Abteilungen (angefochtener Entscheid E. 1.2.4). Entgegen der Darstellung der Beklagten wandte sich die Klägerin auch nicht ausdrücklich an das Zivilgericht, noch äusserte sie sich überhaupt zur sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit. Vielmehr wandte sich die Klägerin undifferenziert an das Bezirksgericht Zurzach, wobei im Betreff des Gesuchs immerhin von "Arbeitsrecht (Verletzung arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot)" die Rede war und im Gesuch auch klarerweise Arbeitsrecht angerufen wurde, was die Zuständigkeit der Abteilung Arbeitsgericht nahelegt. Es gab keinen Grund davon auszugehen, dass die Klägerin ihr Gesuch bewusst von einer sachlich unzuständigen Abteilung bzw. einem funktionell unzuständigen Spruchkörper behandelt haben wollte. Das Bezirksgericht Zurzach war folglich gehalten, das Gesuch intern dem Präsidium des Arbeitsgerichts zuzuweisen. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht auf das Gesuch eingetreten.

3.

Die Klägerin beantragte vor Vorinstanz die vorsorgliche Realvollstreckung eines Konkurrenzverbots. Zu den allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtener Entscheid E. 4.1 ff.). Zusammenfassend setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen voraus, dass die Ansprecherin glaubhaft macht, dass ein ihr

zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sog. Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund; Art. 261 Abs. ZPO). Weiter müssen die angebehrten Massnahmen dringlich und notwendig sein. Demgegenüber ist nach neuerer Rechtsprechung grundsätzlich keine Interessenabwägung vorzunehmen. Ist glaubhaft gemacht, dass ein Anspruch verletzt ist oder verletzt zu werden droht und dass ein Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO zu befürchten ist, sind Massnahmen zu treffen. Es ist nicht erforderlich, dass der zu befürchtende Nachteil gewichtiger oder wahrscheinlicher ist als jener Nachteil, welcher der Gesuchsgegnerin im Falle der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen droht. Den Interessen der Gesuchsgegnerin ist allenfalls mit einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZPO Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesgerichts 4A_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.1).

Wohl sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO lediglich mit dem (reduzierten) Beweismass des Glaubhaftmachens nachzuweisen. Es genügt mithin im Allgemeinen, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten; die Rechtslage ist grundsätzlich nur summarisch zu prüfen und vorläufig zu beurteilen, ohne die sich stellenden rechtlichen Fragen endgültig zu klären. Stehen aber vorsorgliche Massnahmen zur Diskussion, die einer Vollstreckung des Hauptsacheanspruchs gleichkommen und endgültige Wirkung haben – der Streit mithin keine über die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen hinausgehende Bedeutung hat –, ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Umstand Rechnung zu tragen, dass derartige Massnahmen besonders schwer in die Rechtsstellung der Gegenpartei eingreifen. Entsprechend werden sie nur restriktiv bewilligt und unterstehen sie erhöhten Anforderungen. Diese Anforderungen beziehen sich sowohl auf das Vorhandensein der rechtserheblichen Tatsachen wie auch auf sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Insbesondere ist (vorsorglicher) Rechtsschutz in diesen Fällen nur zu gewähren, wenn der Anspruch relativ klar begründet erscheint (Urteil des Bundesgerichts 4A_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.2, m.w.H.).

4.

Voraussetzung für die Erlangung vorsorglichen Rechtsschutzes ist somit zunächst die Glaubhaftmachung einer bestehenden oder befürchteten Verletzung eines zivilrechtlichen Anspruchs (Verfügungsanspruch). Die Klägerin verlangt die Realvollstreckung eines Konkurrenzverbots. Sie hat demnach glaubhaft zu machen, dass ein wirksames Konkurrenzverbot vereinbart wurde (Art. 340 OR), dieses weiterhin besteht (Art. 340c OR) und durch den Arbeitnehmer verletzt wird bzw. eine Verletzung droht (vgl. Art. 340b

OR) und zusätzlich die besonderen Voraussetzungen der Realvollstreckung gegeben sind (Art. 340b Abs. 3 OR). Dass das Konkurrenzverbot gültig vereinbart wurde und nach wie vor Bestand hat, wird im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten. Demgegenüber rügt die Beklagte eine Verletzung von Art. 340a Abs. 2 OR (hierzu sogleich). Weiter seien die besonderen Voraussetzungen zur Realvollstreckung nach Art. 340b Abs. 3 OR nicht erfüllt (nachfolgend E. 6 ff.).

5.

5.1.

5.1.1.

Das Konkurrenzverbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten (Art. 340a Abs. 1 OR). Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen (Abs. 2).

5.1.2.

Das mit Arbeitsvertrag vom 24. Juli 2019 vereinbarte Konkurrenzverbot lautet wie folgt (Gesuchsbeilage [GB] 3):

"Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dürfen Sie für 2 Jahre in keinem Betrieb in der Schweiz arbeiten, welcher Endoskope, endoskopische Instrumente und Apparate für die Gastroenteroogie [recte: Gastroenterologie] herstellt, repariert, verkauft oder im engen Sinne mit der gastroenterologischen Endoskopie verwandt ist. Dies gilt insbesondere für Firmen wie [...]."

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein (eingeschränktes) unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot vorliege, was grundsätzlich zulässig sei. Demgegenüber erachtete sie das Konkurrenzverbot in zeitlicher und örtlicher Hinsicht als übermässig. Sie schränkte es örtlich auf die Kantone Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin, in denen die Beklagte für die Klägerin tätig war und zeitlich auf 12 Monate ein (angefochtener Entscheid E. 4.2.6.3). Anschliessend prüfte die Vorinstanz, ob die Beklagte eine vom vereinbarten, richterlich eingeschränkten Konkurrenzverbot erfasste Tätigkeit ausübt. Sie kam nach ausführlicher Begründung zum Ergebnis, dass dies der Fall sei. Zudem wies sie darauf hin, dass zwar der örtliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots eingeschränkt sei. Nachdem aber die C. AG in der gesamten Schweiz tätig sei, werde der (eingeschränkte) sachliche Geltungsbereich trotz des ausserhalb, im Kanton Q. liegenden Sitzes tangiert (angefochtener Entscheid E. 4.2.7). Im Ergebnis verbot die Vorinstanz der Beklagten vorsorglich bis 30. September 2023 für die C. AG tätig zu sein.

5.2.

Die Beklagte bringt mit Berufung vor, dass unbestritten sei, dass sie tatsächlich und nur in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin tätig gewesen sei. Die Vorinstanz vermische auf unzulässige Art und Weise den örtlichen und den sachlichen Anwendungsbereich des Konkurrenzverbots. Insbesondere vorliegend, wo das Konkurrenzverbot vorwiegend dem Kundenschutz diene, erfülle es bereits seinen Zweck, wenn die Arbeitnehmerin die ehemaligen Kunden nicht mehr besuchen könne und somit der Kundenkontakt abgeschnitten werde. In den übrigen Kantonen, in denen die Beklagte nie tätig gewesen sei, habe sie keine Kundenkontakte, die geschützt werden müssten. Das Konkurrenzverbot müsse folglich bedingungslos auf die Kantone Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin eingeschränkt werden (Berufung Rz. 15 ff.).

5.3.

Die Vorinstanz prüfte in einem ersten Schritt, ob das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot übermässig sei. Dies bejahte sie hinsichtlich des örtlichen und zeitlichen Geltungsbereichs und schränkte das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot entsprechend ein (örtlich auf die Kantone, in denen die Beklagte für die Klägerin tätig war, zeitlich auf 12 Monate). Die von der Vorinstanz vorgenommene Einschränkung des vertraglichen Konkurrenzverbots wird nicht gerügt, sodass darauf nicht zurückzukommen ist. In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz, ob die Beklagte mit ihrer Anstellung bei der C. AG das (eingeschränkte) Konkurrenzverbot verletzt hat. Die vorinstanzliche Erwägung, wonach der *sachliche* Geltungsbereich trotz des ausserhalb im Kanton Q. liegenden Sitzes der C. AG tangiert sei, erscheint zwar missverständlich. Die Vorinstanz kam im Ergebnis aber – zu Recht – zum Schluss, dass eine Verletzung des Konkurrenzverbots vorliegt, da die C. AG in der gesamten Schweiz tätig ist, mithin auch in Kantonen, in denen die Beklagte für die Klägerin tätig war und die unter das (eingeschränkte) Konkurrenzverbot fallen. Zur Bejahung einer Verletzung des Konkurrenzverbots in örtlicher Hinsicht kommt es nicht auf den Sitz der neuen Arbeitgeberin (Q.) an, sondern deren Wirkungskreis. Dass die Beklagte das Konkurrenzverbot verletzt hat, wird grundsätzlich auch nicht bestritten. Die Begründung der Beklagten zielt im Kern vielmehr auf die Frage ab, ob die von der Vorinstanz angeordnete *Massnahme* – d.h. ein undifferenziertes Tätigkeitsverbot für die C. AG – verhältnismässig ist. Darauf wird an anderer Stelle einzugehen sein (nachstehend E. 9).

6.

6.1.

Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen (Art. 340b Abs. 1 OR). Ist es besonders schriftlich verabredet, so kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des

vertragswidrigen Zustandes verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Die Realexekution ist damit nur in Ausnahmefällen zu gewähren; die verbotene Konkurrenzierung reicht für sich genommen nicht. Materiell wird vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass der ihm entstandene (oder drohende) Schaden erheblich und schwer wiedergutzumachen ist, und die Verletzung der vertraglichen Verpflichtung durch den Arbeitnehmer besonders schwer gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 131 III 473 E. 3.2; RÄBER, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, *de lege lata* und *de lege ferenda*, Diss. 2020, Rz. 830). Ein besonders treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR kann in der Art der Vertragsauflösung, in der Konkurrenztaetigkeit oder in den besonderen Umständen liegen, so beispielsweise darin, dass der Arbeitnehmer die Konventionalstrafe durch den neuen Arbeitgeber bezahlen lässt, Mittel des früheren Arbeitgebers benutzt, diesem die Kunden mit falschen Behauptungen abspenstig macht oder sonst rücksichtslos vorgeht bzw. jegliche Bereitschaft missen lässt, sich an das vereinbarte Konkurrenzverbot zu halten (BGE 103 II 120 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 1995, in: JAR 1997, S. 226). In Literatur und Rechtsprechung herausgebildete Fallgruppen betreffen u.a. Absprachen mit und Mobilisierung von ehemaligen Mitarbeitern, die systematische und/oder aggressive Abwerbung von Kunden oder wenn der Arbeitnehmer in anderer Weise aus seinem Einblick in den früheren Arbeitgeberbetrieb grosses Kapital zu schlagen versucht (NEERACHER, Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, S. 120 f.; RÄBER, a.a.O., 832 ff.; RUDOLPH, Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Forderungen, ARV 2003 S. 1 ff., S. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, N. 8 zu Art. 340b OR). So wurde namentlich das Vorbereiten eines Konkurrenzunternehmens, das Vorgehen zusammen mit einem anderen ehemaligen Arbeitnehmer und das Abwerben von Kunden in Verbindung mit einer konkurrierenden Tätigkeit am früheren Arbeitsort gesamthaft als besonders treuwidriges Verhalten qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 1995, in: JAR 1997, S. 226 f.).

6.2.

6.2.1.

Die Vorinstanz erwog, dass nicht bestritten worden sei, dass die Beklagte bei der Klägerin für einen Umsatz von knapp fünf Millionen Franken verantwortlich gewesen sei. Ohne Frage könne ein solcher Betrag als substantieller Umsatzanteil betrachtet werden. Dies allein genüge aber regelmässig noch nicht, um das besonders hohe Schadenspotenzial bejahen zu können. Immerhin könne nicht davon ausgegangen werden, dass der entsprechende Betrag vollständig und quasi automatisch vom Arbeitgeber hin zum scheidenden Arbeitnehmer bzw. zum Konkurrenzbetrieb abflüsse. Vorliegend sei allerdings nebst diesem substantiellen Umsatzanteil erschwerend zu berücksichtigen, dass die Beklagte unverzüglich nach dem Ende des

Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zur C. AG, mithin zu einem direkten Konkurrenzbetrieb, gewechselt sei (angefochtener Entscheid E. 4.2.8.2). An anderer Stelle führt die Vorinstanz aus, die Beklagte habe selber anerkannt, rund 350 Kontakte angeschrieben zu haben, wobei es sich nicht um einen Einzelfall gehandelt haben dürfte. Die Ausführungen der Beklagten, sie habe die Adressen in mühevoller Recherchearbeit im Internet selbst herausgesucht sowie aus ihrem eigenen Gedächtnis zusammengestellt, und es habe sich einerseits um persönliche, langjährige Bekanntschaften aus ihrer 18-jährigen Tätigkeit als Endoskopieschwester und um weitere, zufällige und persönlich nicht bekannte Kontakte gehandelt, wertete die Vorinstanz als reine Schutzbehauptung. Die Klägerin habe denn auch eine E-Mail der Beklagten vom 3. Oktober 2022 ins Recht gelegt (GB 14), worin die Beklagte ganz offenbar einen bisherigen Kunden darüber informiert habe, dass sie nun zur C. AG gewechselt sei und diese nun fortan Vertreiber von D. Produkten sei. Der E-Mail seien sodann diverse Dokumente angehängt, so unter anderem ein Kundenstammblatt und ein Bestellformular. Der E-Mail sei zwar nicht zu entnehmen, an welche Unternehmung es adressiert werden sollte. Dennoch sei glaubhaft, dass der Empfänger tatsächlich ein Kunde der Klägerin gewesen sei, da nicht erkennbar sei, wie die Klägerin sonst in den Besitz dieser E-Mail gekommen sein solle (angefochtener Entscheid E. 4.2.4.3). Die Beklagte habe somit noch an ihrem ersten Arbeitstag konkrete Abwerbungshandlungen getätigt, was das Schadenspotenzial weiter erhöhe. Damit sei bei der aktuellen Aktenlage glaubhaft, dass das Schadenspotenzial vorliegend besonders hoch ausfalle. Angesichts des Schadenspotenzials biete insbesondere die vereinbarte, rund Fr. 60'000.00 betragende Konventionalstrafe nicht genügend Schutz; diese betrage bloss rund 1.5 % des von der Beklagten zu verantwortenden Umsatzanteils, womit der potenzielle Schaden die Konventionalstrafe selbst dann deutlich übersteigen dürfte, wenn letztlich bloss wenige Abwerbeversuche erfolgreich sein sollten (angefochtener Entscheid E. 4.2.8.2, S. 27 f.). An der erheblichen Schädigungsmöglichkeit ändere auch nichts, dass die C. AG scheinbar einzig Produkte der D. vertreibe, welche die Klägerin nach erfolgter Kündigung des Vertriebsvertrags (mit Ausnahme allfälliger Parallelimporte) offensichtlich nicht mehr anbieten könne. Sowohl die Klägerin wie auch die C. AG würden sich konkurrenzierende Produkte vertreiben. Ein Teil der Kundschaft der Klägerin dürfte schlicht aufgrund einer Präferenz von D. Produkten (und nicht durch Zutun der Beklagten) zur C. AG wechseln oder bereits gewechselt haben. In anderen Fällen jedoch dürften genau die Kenntnisse der Beklagten über die spezifischen Bedürfnisse dieser Kunden zum Tragen kommen, um diese von den durch die C. AG vertriebenen Produkten zu überzeugen und so der Klägerin abspenstig zu machen (angefochtener Entscheid E. 4.2.4.3).

Die Tatsache, dass die Beklagte gleich an ihrem ersten Arbeitstag im Konkurrenzbetrieb einen Kunden der Gesuchstellerin anschrieb, mit dem Ziel, eine Geschäftsbeziehung einzugehen bzw. diese (nunmehr beim neuen

Arbeitgeber) fortzusetzen, ist nach Auffassung der Vorinstanz als besonders treuwidrig einzustufen, zumal es sich angesichts der Tatsache, dass die Beklagte anerkannt habe, rund 350 Kontakte angeschrieben zu haben, nicht um einen Einzelfall gehandelt haben dürfte. Der nahtlose Wechsel der Beklagten von der Klägerin zur C. AG sowie ihr sofortiger Abwerbeversuch an ihrem ersten Arbeitstag deuteten sodann darauf hin, dass die Beklagte ihren Wechsel zu einem direkten Konkurrenten der Klägerin wohl schon länger geplant haben dürfte und sich damit – im Wissen um das vereinbarte Konkurrenzverbot – bewusst zu diesem Wechsel entschieden habe. Die Beklagte habe denn auch nicht behauptet, sich zu diesem Schritt gezwungen gesehen zu haben, nachdem sie etwa keine nicht-konkurrierende Anstellung gefunden hätte. Dass die Beklagte ihre Absicht vorgängig gegenüber der Klägerin kommuniziert habe, vermöge die Beklagte nicht glaubhaft zu machen. Erhöht glaubhaft erscheine demgegenüber, dass sich die Beklagte und E. vorgängig abgesprochen hätten. So hätten beide ihr Arbeitsverhältnis mit der Klägerin je per 30. September 2022 (GB 6 und 7) gekündigt und E. habe sodann nahtlos die Geschäftsführung bei der C. AG übernommen (GB 15). Dass die zeitgleiche Kündigung und der Wechsel in dieselbe Konkurrenzunternehmung quasi blosser Zufall geschuldet sein soll, scheine unwahrscheinlich. Die von der Klägerin behauptete Kollusion der Beklagten mit D. könne jedoch im vorliegenden Verfahren nicht als erhöht glaubhaft erachtet werden, wenn auch nicht zu verkennen sei, dass der zeitliche Ablauf (Kündigung der Beklagten und E. je per 30. September 2022; Vorschlag der D. GmbH, den Distributionsvertrag [mit der Klägerin] ebenfalls per 30. September 2022 vorzeitig aufzuheben) zumindest verdächtig erscheine (angefochtener Entscheid E. 4.2.8.2 S. 27 f.).

6.2.2.

Die Beklagte rügt mit Berufung, die Klägerin habe es gänzlich unterlassen, einen (potenziellen oder eingetretenen) Schaden substantiiert zu begründen und zu beziffern, geschweige denn glaubhaft darzulegen, dass ein solcher kausal zu den Handlungen der Beklagten sei. Wenn die Klägerin Umsatz und/oder Kunden verliere, weil sie die D. Produkte nicht mehr bzw. nicht zuverlässig genug liefern könne, so sei dieses erhöhte Schädigungspotenzial nicht auf die konkurrenzierende Tätigkeit der Beklagten zurückzuführen, sondern eben gerade auf die Kündigung des Vertriebsvertrags. Zudem würde die Klägerin nur noch mit Alternativprodukten mit der neuen Arbeitgeberin der Beklagten effektiv in Konkurrenz stehen, was wiederum das Schädigungspotenzial relativiere. Da unbekannt sei, welcher Anteil des behaupteten Umsatzes der Beklagten im Bereich Gastroenterologie auf den Verkauf der D. Produkte zurückzuführen gewesen sei, könne letztlich über das Schädigungspotenzial nur spekuliert werden. Ein erhöhtes Schädigungspotenzial sei damit nicht rechtsgenügend glaubhaft gemacht (Berufung Rz. 11). Weiter sei das Anschreiben von einem Kunden der Klägerin noch lange kein systematisches und besonders stossendes Vorgehen. Ausserdem gehe die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass es sich

bei den von der Berufungsklägerin kontaktierten Adressen um Kunden der Klägerin gehandelt habe. Dass die Vorinstanz die Tatsache würdigte, dass die Beklagte nicht habe geltend machen können, zu einem Stellenwechsel gezwungen gewesen zu sein, stelle eine unzulässige Beweislastumkehr dar. Wie auch die Vorinstanz ausführe, sei eine Kollusion der Beklagten mit D. nicht glaubhaft. Die Tätigkeit der Beklagten für die C. AG als neue Vertreterin der D. Produkte stelle nicht per se ein in erhöhtem Masse treuwidriges Verhalten dar (Berufung Rz. 12).

6.2.3.

Die Klägerin bringt gegen die Darstellung der Beklagten in ihrer Berufungsantwort vor, ein Beweis, dass es sich bei den 350 angeschriebenen Kontakten um Kunden der Klägerin gehandelt habe, sei im Massnahmenverfahren nicht erforderlich. Weiter indiziere die von der Beklagten verwendete Formulierung, wonach sie die Kontakte über ihren "Wechsel zur C. AG" informiert habe, dass es sich um Kontakte gehandelt habe, welche die Beklagte aus ihrer Tätigkeit für die Klägerin gekannt habe. Dasselbe gelte für die Formulierung, sie habe die Kontakte "aus ihrem eigenen Gedächtnis" zusammengestellt. Die von der Vorinstanz erwähnte E-Mail der Beklagten enthalte die Formulierung: "Es liegt mir sehr daran, die Zusammenarbeit fortzusetzen." (Originalwortlaut: "Sono molto ansioso di proseguire la nostra collaborazione."). Dies lasse nur den Schluss zu, dass diese E-Mail an bestehende Kunden der Klägerin adressiert gewesen sei. Auch gebe die Beklagte selbst an, dass es sich beim von der C. AG und der Klägerin bewirtschafteten Markt (Vertrieb von endoskopischen Instrumenten für die Gastroenterologie und Pneumologie) um einen sehr kleinen Markt handle, der aus vielleicht 600 potenziellen Abnehmern bestehe. Bei einem solchen Markt sei es ausgeschlossen, dass man für einen direkten Konkurrenten 350 potenzielle Kunden anschreiben könne, ohne dabei bestehende Kunden der Klägerin abzuwerben (Berufungsantwort Rz. 22 ff.). Dass die C. AG eine direkte Konkurrentin der Klägerin sei, werde im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr in Frage gestellt. Gegen die vorinstanzliche Feststellung, dass der potenzielle Schaden die vereinbarte Konventionalstrafe um ein Vielfaches übersteige, bringe die Beklagte bloss die appellatorischen Ausführungen aus dem vorinstanzlichen Verfahren vor (Berufungsantwort Rz. 27 ff.). Auf ein hohes Schadenspotenzial lasse schliessen, dass die Beklagte bei der Klägerin einen Umsatz von fünf Millionen erzielt habe, der Markt gastroenterologischer Produkte sehr klein sei, die Beklagte am ersten Werktag nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bei der Klägerin bestehende Kunden der Klägerin angeschrieben habe, um diese abzuwerben, und dies für eine Vielzahl von Kunden. Im Übrigen läge auch ein ideelles Interesse der Klägerin vor. Sie habe den Kundenstamm seit ihrer Gründung im Jahr jiii. durch den Vater des heutigen Verwaltungsratsmitglieds F. aufgebaut. Sie habe ein (auch ideelles) Interesse daran, dass die aufgebauten Kundenbeziehungen nicht durch zwei ehemalige Mitarbeiter gekapert werden (Berufungsantwort Rz. 35 ff.). Durch die Absprache mit

ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin und das Abwerben von deren Kunden habe sich die Beklagte besonders treuwidrig verhalten (Berufungsantwort Rz. 39 f.).

6.3.

6.3.1.

Dass die Beklagte zumindest eine Kundin der Klägerin angeschrieben hat, ist nicht bestritten. Weiter ist auch die Erwägung der Vorinstanz, wonach es (erhöht) glaubhaft sei, dass die Beklagte auch weitere Kunden der Klägerin angeschrieben haben dürfte, nicht zu beanstanden. Wie die Beklagte selbst vorbrachte, hat sie 350 Kontakte angeschrieben. Angesichts der Tatsache, dass es sich gemäss den Angaben der Parteien um einen sehr konzentrierten Absatzmarkt von vielleicht 600 Abnehmern handelt, erscheint nicht glaubhaft, dass die Beklagte lediglich mit der Klägerin nicht geschäftende Dritte kontaktiert hat. Umso unwahrscheinlicher schiene in diesem Fall, dass die Klägerin Kenntnis von gerade diesem angeblichen Einzelfall erhalten haben soll. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist von einer reinen Schutzbehauptung auszugehen. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass aufgrund des Umsatzes von fünf Millionen, für den die Beklagte bei der Klägerin unbestrittenermassen verantwortlich war, und den zeitnahen bzw. geradezu unmittelbaren Abwerbeversuchen der Beklagten nach ihrem Stellenantritt bei der C. AG, von einem hohen Schadenspotenzial ausgegangen werden muss, der durch die Konventionalstrafe von Fr. 60'000.00 nicht ansatzweise gedeckt ist. Was die Klägerin weiter hätte behaupten bzw. substantiieren müssen, um eine erhebliche potenzielle Schädigung glaubhaft zu machen, ist nicht ersichtlich. Namentlich erscheint nicht wesentlich, in welchem Verhältnis die fünf Millionen Umsatz, für die die Beklagte verantwortlich war, zum Gesamtumsatz der Klägerin stand. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist ein besonderes Interesse nicht erst dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber sich in einer Not-situation wiederfindet oder sich gar in seiner Existenz bedroht sieht. Andernfalls wäre die Realvollstreckung für grössere Unternehmen ausgeschlossen. Aus demselben Grund kann das besondere Interesse auch nicht zuverlässig am Umsatz des Arbeitgebers gemessen werden (RÄBER, a.a.O., N. 826, m.w.H.).

Unbehilflich ist auch der Einwand der Beklagten, dass der Vertriebsvertrag zwischen der Klägerin und der D. GmbH gekündigt wurde und eine allfällige Schädigung lediglich aus dem Umstand dieser Kündigung resultieren würde. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, vertreiben die Klägerin und die C. AG sich konkurrenzierende Produkte. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin die D. Produkte nicht mehr vertreiben kann, nicht von einem "relativierten" Schadenspotenzial auszugehen, sondern vielmehr von einem akzentuierten. So läuft die Klägerin nicht nur Gefahr, ihre D. Abnehmer an die C. AG zu verlieren,

sondern es besteht zudem das Risiko, dass Abnehmer alternativer Produkte durch die Beklagte vom D. Angebot der C. AG überzeugt und zu einem Anbieterwechsel animiert werden, da die C. AG nunmehr Alleinvertreiberin von D. in der Schweiz ist. Der Einwand der Beklagten, es sei unbekannt, welcher Anteil des Umsatzes der Klägerin auf den Verkauf von D. Produkten zurückzuführen ist (Berufung Rz. 11), ist vor diesem Hintergrund irrelevant. Hinzu kommt, wie die Klägerin zu Recht vorbrachte, dass die Beschaffenheit der Branche, die sehr konzentriert und stark spezialisiert ist, das Schadenspotenzial zusätzlich erhöht.

Insgesamt ist ein erhebliches Interesse der Klägerin im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR somit zu bejahen.

6.3.2.

Das Vorgehen der Beklagten erweist sich zudem als besonders treuwidrig. In tatsächlicher Hinsicht ist erstellt, dass die Beklagte und ein weiterer Mitarbeiter der Klägerin, E., ihren Arbeitsvertrag fast zeitgleich per 30. September 2022 gekündigt haben und E. die Geschäftsführung bei der C. AG übernommen hat. Die Feststellung der Vorinstanz, es sei (erhöht) glaubhaft, dass sich diese abgesprochen haben, da es unwahrscheinlich sei, dass die zeitgleiche Kündigung und der Wechsel in dieselbe Konkurrenzunternehmung bloss dem Zufall geschuldet seien, ist nicht zu beanstanden und wurde im Berufungsverfahren auch nicht gerügt. Demgegenüber verneinte die Vorinstanz die (erhöhte) Glaubhaftigkeit einer Kollusion der Beklagten mit D. Zu erwähnen ist immerhin, dass die Beklagte offenbar gewusst hat, dass die C. AG in Zukunft Vertreiberin der D. Produkte in der Schweiz sein wird. Wie die Beklagte selbst vorbrachte, ging sie auch davon aus, dass die Klägerin die D. Produkte nicht mehr vertreiben können (vgl. Gesuchsantwort Rz. 15 und 21), die Klägerin mithin ihr Vertriebsrecht verlieren würde. Auch die zeitliche Nähe der Kündigung der Arbeitsverträge durch die Beklagte und E. einerseits (Kündigungen vom 27. und 29. Juni 2022; GB 6 und 7) und die geplante frühzeitige Beendigung des Distributionsvertrags durch die D. GmbH andererseits (E-Mail vom 21. Juni 2022; GB 8), jeweils auf den 30. September 2022, sprechen dafür, dass die Beklagte ihr neues Arbeitsverhältnis im Wissen um die Geschehnisse mit D. aufgenommen hat. Sie ist mithin nicht zu irgendeiner beliebigen Konkurrentin der Klägerin gewechselt, sondern wissentlich zu einer Gesellschaft, die aus der gescheiterten Distributionsbeziehung zwischen der Klägerin und der D. Profit zu schlagen versucht, was als besonders treuwidrig zu werten ist. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist auch nicht glaubhaft, dass die Beklagte massgeblich auf den Verkauf von D. Produkten angewiesen war (angefochtener Entscheid E. 4.2.5.3.4). Hinzu kommt, dass, wie erwähnt, glaubhaft ist, dass die Beklagte innert kurzer Zeit nach ihrem Stellenwechsel eine Vielzahl von Kunden der Klägerin über ihren Wechsel zur C. AG informiert hat, in der Absicht, diese abzuwerben. Mithin ist glaub-

haft, dass die Beklagte die C. AG aktiv dabei unterstützen sollte, die gescheiterte Vertriebsbeziehung der Klägerin mit D. auszunützen, bzw. gerade zu diesem Zweck zur neu gegründeten Konkurrenz gewechselt oder von dieser zumindest im Wissen über die Umstände abgeworben worden ist. Vor diesem Hintergrund erschiene es unbillig, der Klägerin die vertraglich vereinbarte Realerfüllung zu versagen.

7.

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Hauptsachenprognose positiv ausfällt, d.h. das Vorliegen eines zivilrechtlichen Anspruchs (Realvollstreckung des Konkurrenzverbots) glaubhaft im Sinne der Rechtsprechung ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. vorstehend E. 3).

8.

Weiter muss der Ansprecherin zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen aus der Verletzung des zivilrechtlichen Anspruchs ein nicht leicht wieder gutmachender Nachteil drohen (Verfügungsgrund; Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist mit Verweis auf das vorstehend Gesagte zu bejahen (E. 6.3.1). Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal muss die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zudem dringlich sein. Dass dies entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 4.3.3) nicht der Fall wäre, wird weder gerügt noch ist dies ersichtlich. Damit ist die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden.

9.

9.1.

Die Beklagte beantragt subeventualiter, dass das von der Vorinstanz ausgesprochene Tätigkeitsverbot für die Beklagte bei der C. AG auf ihren früheren Wirkungskreis bei der Klägerin (Kantone Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin) zu begrenzen sei, ihr mithin lediglich zu verbieten sei, in diesen Kantonen Kunden der C. AG zu besuchen und/oder diese zu kontaktieren oder anderweitig zu betreuen (Antrag Ziff. 4). Die Beklagte führt hierzu aus, dass unbestritten sei, dass sie tatsächlich und nur in den Kantonen Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin tätig gewesen sei. Die Vorinstanz vermische auf unzulässige Art und Weise den örtlichen und den sachlichen Anwendungsbereich des Konkurrenzverbots. Im von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid 4C.298/2001 sei es um den sachlichen Anwendungsbereich eines Konkurrenzverbots gegangen. Die Argumentation könne nicht analog auf die Frage des örtlichen Anwendungsbereichs angewendet werden. Insbesondere in einer Konstellation wie vorliegend, wo das Konkurrenzverbot vorwiegend dem Kundenschutz diene, erfülle es bereits seinen Zweck, wenn die Arbeitnehmerin die ehemaligen Kunden nicht mehr besuchen könne und somit der Kundenkontakt abgeschnitten werde. In den übrigen Kantonen, in denen die Beklagte nie tätig gewesen sei, habe sie keine Kundenkontakte, die geschützt

werden müssten. Das Konkurrenzverbot müsse folglich bedingungslos auf die Kantone Aargau, Bern, Basel-Stadt, Solothurn und Tessin eingeschränkt werden (Berufung Rz. 15 ff.).

9.2.

Inhalt einer vorsorglichen Massnahme kann gemäss Art. 262 ZPO jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Implizit darin enthalten ist auch das Kriterium der Verhältnismässigkeit der Massnahme. Diese muss also nicht nur in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet, sondern auch notwendig sein. Kann der befürchtete Nachteil mit verschiedenen Massnahmen sichergestellt werden, so ist diejenige zu wählen, die weniger in die Rechtsstellung des Gesuchsgegners eingreift (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 262 ZPO, N. 23 zu Art. 261 ZPO).

9.3.

Im Urteil des Bundesgerichts 4C.298/2001 erwog dieses, dass die Arbeitsorganisation im Betrieb der neuen Arbeitgeberin eine Rolle spiele, soweit es um die Frage gehe, ob die Verwendung der an der früheren Stelle erworbenen Kenntnisse des Beklagten den Kläger erheblich schädigen könnte. Dass eine solche Schädigungsmöglichkeit bestehe, liege auf der Hand, habe der Beklagte doch bezüglich der von der Klägerin vertriebenen Produkte Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sowie den Kundenkreis. Er verfüge damit über Informationen, die von der neuen Arbeitgeberin konkurrenzierend ausgenutzt werden könnten. An der Möglichkeit einer Schädigung ändere es nichts, wenn die Beklagte sich im neuen Betrieb nicht um die vom Konkurrenzverbot erfassten Produkte kümmere. Diese organisatorische Massnahme reiche in keiner Weise aus, um zu verhindern, dass Informationen vom Beklagten zum hierfür Verantwortlichen fliessen und von diesem verwendet werden können (Urteil des Bundesgerichts 4C.298/2001 vom 12. Februar 2012 E. 2d; so etwa auch NEERACHER, a.a.O., S. 46; BOPP/BRUNNER, Arbeitsvertrag, 2021, N. 6 zu Art. 340a OR).

Die vorliegende Konstellation ist mit derjenigen, die dem vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheid 4C.298/2001 zugrunde lag, vergleichbar. Wenn es auch nicht um den sachlichen Geltungsbereich eines Konkurrenzverbots geht, sondern den örtlichen Umfang eines ausgesprochenen Tätigkeitsverbots, sind die Überlegungen dieselben. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist dem Schutz der Klägerin mit einem auf bestimmte Kantone beschränkten Tätigkeitsverbot bei der C. AG nämlich auch hier nicht Genüge getan. Die C. AG ist als direkte Konkurrentin der Klägerin auch in Kantonen tätig, in denen die Beklagte früher für die Klägerin tätig war. Irgendwelche Schutzvorkehrungen, die verhindern sollten, dass die Beklagte ihr Wissen nicht auch im verbotenen Geltungsbereich einbringt, sei dies durch

eigene Abwerbeversuche oder über andere Mitarbeiter der C. AG, wurden weder vorgebracht noch sind solche ersichtlich.

Die Begründung der Beklagten kommt im Ergebnis denn auch einem einfachen Abwerbeverbot nahe. Es fragt sich, ob im Bereich des Kundenschutzes, der vorliegend im Vordergrund steht (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.2.4.1 und 4.2.4.3 betreffend den Einblick der Beklagten in Geschäftsgeheimnisse der Klägerin), ein vorsorgliches Konkurrenzverbot nicht grundsätzlich unverhältnismässig ist und ein milderer Abwerbeverbot genügend Schutz böte (RÄBER, a.a.O., Rz. 985, m. H. auf die Lehre; vgl. auch Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 12. Mai 2015 [400 15 48] E. 6, in dem es jedoch um die Abwerbung von zu vermittelndem Personal einer Personaldienstleisterin ging und festgestellt wurde, dass nach Verfügung des Abwerbverbots keine Kündigungen mehr bei dieser eingegangen seien, weshalb das Konkurrenzverbot nicht als notwendig erachtet wurde). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass an die Realvollstreckung eines Konkurrenzverbots an sich bereits hohe Anforderungen gestellt werden. Der Arbeitnehmer muss sich namentlich besonders treuwidrig verhalten haben. Trifft dies zu, muss die Durchsetzung des Konkurrenzverbots möglich sein. Der treuwidrige Arbeitnehmer soll nicht mit einem milderen Abwerbeverbot belohnt werden – einer Massnahme, welche dem Arbeitgeber bedeutend weniger Schutz bietet, zumal es dem treuwidrigen und auf Tarnung bedachten Arbeitnehmer vielfach möglich sein wird, sogar aktiv Kunden abzuwerben, ohne dass der Arbeitgeber ihm dies nachweisen könnte (RÄBER, a.a.O., Rz. 987 ff.).

9.4.

Die von der Vorinstanz ausgesprochene Massnahme ist geeignet und erforderlich, um die gefährdeten, erheblichen Interessen der Klägerin zu schützen. Besondere Gründe, die eine Realvollstreckung als unverhältnismässig erscheinen liessen, sind nicht ersichtlich. Damit ist die Berufung der Beklagten abzuweisen.

10.

10.1.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind auf Fr. 1'500.00 festzusetzen (§ 8 VKD) und mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

10.2.

Überdies hat die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 7'061.90 (Fr. 4070.00 + 9 % des Streitwerts von Fr. 66'871.65, davon 70 % [§ 3

Abs. 1 lit. a AnwT i.V.m. § 3 Abs. 2 Satz 2 AnwT)) und unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die fehlende Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 8 AnwT) und pauschalen Auslagen von Fr. 100.00, ist die Parteientschädigung auf gerundet Fr. 4'337.00 festzusetzen.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 1'500.00 wird der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'337.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 66'871.65**.

Aarau, 1. Mai 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 3. Kammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Massari

Sulser