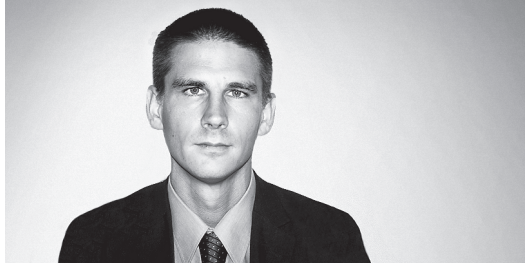


Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten

Dr. iur. Roger Rudolph, Wetzikon*



A. Allgemeine Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von Konkurrenzverboten

Der Anspruch auf Realexekution setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine gültige Konkurrenzklausel verein-

- Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse (Art. 340 Abs. 2 OR)
- Erhebliche Schädigungsmöglichkeit (Art. 340 Abs. 2 OR)
- Kausalzusammenhang zwischen Einblick in Kundenkreis bzw. Geheimnisse und der Schädigungsmöglichkeit (Art. 340 Abs. 2 OR)
- Kein Dahinfallen zufolge Fehlens eines erheblichen Arbeitgeberinteresses (Art. 340c Abs. 1 OR)
- Kein Dahinfallen aufgrund der Kündigungsumstände (Art. 340c Abs. 2 OR)
- Angemessene Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand (Art. 340a Abs. 1 OR)
- Kein Dahinfallen durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht²

Zusammenfassung

Im Sanktionensystem von Art. 340b OR sieht das Gesetz neben Schadenersatz und Konventionalstrafe die Realexekution als schärfste Sanktion bei Konkurrenzverbotsübertretungen vor. Mit diesem Instrument kann der Arbeitgeber seinen ehemaligen Mitarbeiter gerichtlich und unter Androhung von Zwangsvollstreckung zwingen, die konkurrenzierende Tätigkeit einzustellen. Ein Blick in die einschlägigen Entscheidungssammlungen zeigt, dass es dem Thema an Aktualität nicht mangelt und das verbreitete Vorurteil, Konkurrenzverbote liessen sich ohnehin nicht durchsetzen, nicht zutrifft¹. Nachfolgend werden zunächst die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Realexekution anhand der Lehre und der neueren Rechtsprechung dargestellt. Daran anschliessend werden ausgewählte prozessuale Fragen behandelt.

B. Besondere Voraussetzungen für den Anspruch auf Realexekution

Art. 340b Abs. 3 OR regelt als *lex specialis* zum allgemeinen Erfüllungsanspruch des Obligationenrechts (Art. 98 Abs. 3 OR) die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten. Zum Schutze des Arbeitnehmers vor übermässigen Einschränkungen macht diese Spezialvorschrift den Erfüllungsanspruch des Arbeitgebers von strengeren Voraussetzungen abhängig³. Diese lassen sich in formelle und materielle Erfordernisse unterteilen.

bart worden ist. Pro memoria können die *allgemeinen Voraussetzungen* für die Verbindlichkeit von Konkurrenzverbotsabreden stichwortartig wie folgt zusammengefasst werden:

- Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers (Art. 340 Abs. 1 OR)
- Kein Lehrverhältnis (Art. 344a Abs. 4 OR)
- Schriftform der Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers (Art. 340 Abs. 1 OR)

I. Formelle Voraussetzungen

1. Der Anspruch auf Realexekution nach Art. 340b Abs. 3 OR setzt in formeller Hinsicht voraus, dass er «*besonders schriftlich verabredet*» worden ist. Schriftlichkeit ist gemäss Art. 340 Abs. 1 OR ganz generell, also nicht nur für die Frage der Realexekution, eine beim Konkurrenzverbot zwingend einzuhaltende Formvorschrift. Nach ganz überwiegender Rechtsauffassung reicht bei unentgeltlichen Konkurrenzklauseln die Unterschrift des Arbeitnehmers, um die Schriftform von Art. 340 Abs. 1 OR einzuhalten⁴⁵. Dies muss auch für das Schriftformerfordernis bei Realexekution gelten. Die Unterzeichnung durch den Arbeitgeber ist demnach, obschon die Regel, nicht erforderlich⁶.
2. Ob Konkurrenzverbote nicht nur im Arbeitsvertrag oder in separaten, schriftlichen Einzelvereinbarungen, sondern auch in durch Verweis anwendbar erklärten *Reglementen* gültig vereinbart werden können, ist umstritten, wird aber überwiegend und zu Recht abgelehnt⁷. Dies ist richtig besehen nicht eine Frage des Schriftformerfordernisses, sondern der Ungewöhnlichkeitsregel⁸. Ein Konkurrenzverbot ist deshalb auch dann nicht gültig zustande gekommen, wenn das Anstellungsreglement, auf das im Arbeitsvertrag verwiesen wird, noch zusätzlich unterzeichnet wird. Da ein Konkurrenzverbot eine im Sinne der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen «geschäftsunübliche Klausel» darstellt, müsste der Arbeitnehmer ausdrücklich darauf hingewiesen werden, damit sie gültig wird⁹. Der Hinweis ist zwar auch formlos möglich, doch ist er vom Arbeitgeber zu beweisen, weshalb sich auch hier Schriftlichkeit oder die Signierung der Konkurrenzverbotsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Kurzzeichen empfiehlt. Diese Rechtslage bei allgemeinen Anstellungsbedingungen muss erst recht für die Realexekution als schärfste Massnahme zur Durchsetzung einer Konkurrenzklausel gelten.
3. Die Formulierung der Realexekution muss nicht nur ausdrücklich, sondern auch *unmissverständlich* sein. Jede Undeutlichkeit in der Vereinbarung wirkt sich bereits nach der Unklarheitsregel «in dubio contra stipulatorem» zu Ungunsten des Arbeitgebers aus¹⁰. Der Arbeitnehmer muss also aus dem verwendeten Text auf die Bedeutung der Klausel schliessen können, und zwar ohne dass es zum Verständnis weiterer Erläuterungen durch den Arbeitgeber oder gar Nachforschungen des Arbeitnehmers bedarf. Generell wird hier von Lehre und Rechtsprechung ein

strenger Massstab angelegt¹¹. Der Arbeitnehmer muss aus der Klausel ohne weiteres folgern können, dass der Arbeitgeber ihn bei späterer Konkurrenzierung zur Aufgabe der konkurrenzierenden Tätigkeit zwingen kann. Beispielsweise wäre eine Formulierung «Realexekution im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR bleibt vorbehalten» ungenügend. Auch eine Klausel, wonach die Bezahlung der Konventionalstrafe nicht von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots entbinde, genügt nach überwiegender Rechtsauffassung nicht¹².

Gewähr dafür, dass sich der Arbeitgeber den Realexekutionsanspruch rechtsgenügend vorbehält, bietet folgender Formulierungsvorschlag:

«Bei Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot schuldet der Arbeitnehmer für jeden einzelnen Fall eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. x. Die Geltendmachung weiteren Schadens bleibt vorbehalten. Die Bezahlung der Konventionalstrafe und/oder des Schadens befreit den Arbeitnehmer nicht von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots. Der Arbeitgeber hat jederzeit das Recht, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands zu verlangen und dem Arbeitnehmer die konkurrenzierende Tätigkeit verbieten zu lassen (Realexekution).»

4. Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob die Vereinbarung eines Anspruchs auf Realexekution zwingend die *Abrede einer Konventionalstrafe* voraussetzt¹³. Anlass zu dieser Kontroverse bieten sowohl der etwas missverständliche Text von Art. 340b Abs. 3 OR («neben der Konventionalstrafe») wie auch die Botschaft¹⁴. Nach überwiegender Rechtsauffassung kann eine Realexekution auch ohne Konventionalstrafe gültig vereinbart werden¹⁵. Verträte man die gegenteilige Meinung, so wäre der Arbeitgeber jedenfalls nicht verpflichtet, zunächst erfolglos auf Zusprechung der Konventionalstrafe zu klagen, bevor er ein Realexekutionsbegehren stellen darf¹⁶. Ohnehin wird die Frage kaum je von praktischer Bedeutung sein, da Konkurrenzklauseln mit integrierter Realexekution regelmässig auch eine Konventionalstrafe vorsehen.

II. Materielle Voraussetzungen

Materiell setzt der Anspruch auf Realexekution je ein qualifizierendes Element auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite voraus. Einerseits hat das *Interesse des Arbeitgebers* am Erfüllungsanspruch *besonders hoch* zu sein. Andererseits muss im Handeln des *Arbeitneh-*

mers eine *qualifizierte Treuwidrigkeit* erkannt werden können.

1. Besonderes Interesse des Arbeitgebers

Nach Art. 340b Abs. 3 OR müssen die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers die Realexekution rechtfertigen. Das Interesse des Arbeitgebers bemisst sich primär nach dem durch die Konkurrenzierung drohenden Ausmass der Schädigung¹⁷. Dass dieses Interesse besonders hoch sein muss, ergibt sich schon daraus, dass bereits die Verbindlichkeit einer Konkurrenzklausel stets ein erhebliches Interesse bzw. Bedrohungspotenzial voraussetzt (Art. 340 Abs. 2, Art. 340c Abs. 1 OR). Das die Realexekution rechtfertigende, besondere Interesse des Arbeitgebers muss mithin *mehr als erheblich* sein¹⁸. Die Literatur legt auch hier einen strengen Massstab an. Vereinzelt wird sogar die Auffassung vertreten, die konkurrenzierende Tätigkeit müsse das Gedeihen und die Existenz des Arbeitgebers bedrohen, um die Realvollstreckung zu rechtfertigen¹⁹. Nur in extremen Ausnahmefällen solle dem Arbeitgeber dieses Instrument als ultima ratio zur Verfügung stehen²⁰.

Der überwiegende Teil der Rechtslehre und die Judikatur sind zu Recht nicht ganz so restriktiv²¹. Verlangt wird aber stets ein *überragendes Interesse des Arbeitgebers*, das zu bejahen ist, wenn schwer wiegende, wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers durch die Konkurrenzierung gefährdet sind, wobei auch immateriellen Interessen Rechnung zu tragen ist²². Die Gefahr einer erheblichen Schädigung durch fortgesetzte Konkurrenzierung muss deutlich grösser sein als die vereinbarte Konventionalstrafe, ansonsten der Erfüllungsanspruch entfällt²³. Generell gilt, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer Realexekution abnimmt, je kürzer die Restdauer des Konkurrenzverbots wird und je länger der Arbeitgeber mit der Durchsetzung zuwartet²⁴.

2. Besonders treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers

- a) Kumulativ²⁵ zum besonders erheblichen Interesse des Arbeitgebers an der Realexekution muss eine *qualifizierte Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers* gegeben sein, damit der Erfüllungsanspruch gutgeheissen werden kann²⁶. Die Tatsache allein, dass der Arbeitnehmer in Missachtung der Konkurrenzklausel konkurrenziert, reicht keinesfalls. Vielmehr muss in seinem Handeln ein Verhalten erkannt werden, welches in besonders schwer wiegender Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst²⁷.
- b) Lehre und Judikatur haben verschiedene *Fallkate-*

gorien entwickelt, welche auf die von Art. 340b Abs. 3 OR geforderte, besondere Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers schliessen lassen. Stichwortartig können folgende Sachverhalte angeführt werden:

- Vereinbarung, mit welcher sich der Arbeitnehmer die Übernahme der Konventionalstrafe vom neuen Arbeitgeber versprechen lässt²⁸
- Systematisches Abwerben von Kunden²⁹ oder Abwerben von Kunden mit falschen Behauptungen³⁰
- Verwenden von Material des ehemaligen Arbeitgebers³¹
- Verlegen des Arbeitsorts ins grenznahe Ausland bei Weiterführung der effektiven Tätigkeit im früheren Gebiet³²
- Unberechtigtes fristloses Verlassen der Stelle und ganz allgemein besonders treuloses Verhalten vor oder bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses³³
- Fehlen jeglicher Bereitschaft des Arbeitnehmers, sich an das vereinbarte Konkurrenzverbot zu halten³⁴
- Nichtinformation des Arbeitgebers über künftige Konkurrenzaktivität unter gleichzeitiger Absprache mit anderen, ebenfalls konkurrenzierenden Mitarbeitern³⁵

Diese von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallkategorien sind zweifellos hilfreich, doch darf nicht übersehen werden, dass die vorausgesetzte, besondere Treuwidrigkeit stets im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu beurteilen ist, in die auch das Verhalten des Arbeitgebers einzubeziehen ist. Insbesondere ist zu beachten, dass auch die Kumulation einzelner an sich nicht besonders treuwidriger Handlungen in ihrer Gesamtheit ein besonders treuwidriges Verhalten darstellen und damit dem Arbeitgeber den Anspruch auf Realexekution eröffnen kann³⁶.

3. Verhältnis der beiden Voraussetzungen

In seiner Subsumtion wird der Richter die unbestimmten Rechtsbegriffe der bedrohten Arbeitgeberinteressen und des Arbeitnehmerverhaltens erfahrungsgemäss *pragmatisch* ausfüllen, indem er alle Facetten des konkreten Falls in seine Beurteilung einfließen lässt. Dies führt in der Praxis dazu, dass die beiden materiellen Voraussetzungen der Realexekution in einem *dynamischen Verhältnis* zueinander stehen. Vorausgesetzt ist ein Sachverhalt, der es *insgesamt als unbillig* erscheinen liesse, den Arbeitgeber auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen³⁷. Mit anderen Worten kann ein besonders krass treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers die Realexekution in einem Fall rechtfertigen, in welchem das Schadenspotenzial allein die-

se noch nicht nahe gelegt hätte. Dabei kann diese Dynamik nur im Rahmen der gesetzlichen Erfordernisse spielen; immer müssen das subjektive (Treuwidrigkeit) und das objektive Erfordernis (Schadenspotenzial) je einzeln vorliegen, doch muss die *richterliche Gesamtbetrachtung* der beiden Erfordernisse die Realvollstreckung rechtfertigen³⁸.

C. Ausgewählte prozessuale Fragen zur Durchsetzung der Realexekution

I. Vorsorgliche Massnahmen (einstweiliger Rechtsschutz)

1. Der Anspruch auf Realexekution bietet dem in seinen Rechten verletzten Arbeitgeber in aller Regel nur dann wirksamen Rechtsschutz, wenn er ihn im Rahmen von *vorsorglichen Massnahmen* (einstweiliger Rechtsschutz) durchsetzen kann. Blicke der Arbeitgeber auf das ordentliche Verfahren verwiesen, könnte er meist erst nach Ablauf der Verbotsfrist mit einem rechtskräftigen Urteil rechnen, sodass der rechtswidrig konkurrenzierende Arbeitnehmer trotz Gutheissung der Klage gar nie zur Aufgabe der Konkurrenzierung gezwungen werden könnte. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher primär auf ausgewählte Fragen zum einstweiligen Rechtsschutz.
2. Voraussetzungen und Verfahren für vorsorgliche Massnahmen bei der Realexekution richten sich nach *kantonalem Prozessrecht*³⁹. Dieses bestimmt auch, unter welchen Voraussetzungen eine Massnahme superprovisorisch, d. h. ohne vorgängige Anhörung des beklagten Arbeitnehmers angeordnet werden kann. Generell gilt, dass der Arbeitgeber in einem *summarischen*, d. h. beweismittelbeschränkten Verfahren neben der *Dringlichkeit*⁴⁰ zweierlei *glaubhaft*⁴¹ machen muss: Einerseits muss ihm durch die Konkurrenzierung des Arbeitnehmers ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen (*Nachteilsprognose*⁴²); zum andern muss sein Klagebegehren wahrscheinlich begründet sein (*Hauptsachenprognose*). Nach allgemeiner Auffassung sind die Anforderungen an die geforderte Glaubhaftmachung bei Realexekution im Sinne von Art. 340b Abs. 3 OR wegen der häufig sehr einschneidenden Wirkung besonders hoch^{43,44}. Nach der subjektiven Wahrnehmung des Autors lässt sich allerdings dieser an sich sehr strenge Massstab durch superprovisorisch beantragte Realexekutionsbegehren, wenn also das Gericht in einem ersten Verfahrensstadium ausschliesslich gestützt auf die Sachdarstellung des Arbeitgebers über die Massnahme befindet, vergleichsweise leicht unterlaufen. Es rechtfertigt sich daher das Postulat, dass superprovisorisch beantragte Realexekutionsbegehren wirklich nur in aussergewöhnlichen Ausnahmefällen bewilligt werden. In allen anderen Fällen ist dem betroffenen Arbeitneh-

mer unter Ansetzung einer Kurzfrist, die nicht mehr als einige wenige Tage betragen soll, zunächst das rechtliche Gehör zu gewähren, sei es durch eine schriftliche Eingabe oder durch eine Verhandlung, bevor über die Massnahme entschieden wird.

3. Verschiedene kantonale Prozessordnungen sehen vor, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherstellung (Kautio) abhängig gemacht werden kann oder sogar muss⁴⁵. Die Kautioerweisung erweist sich neben ihrer Sicherstellungsfunktion auch als geeignetes Instrument, um die Ernsthaftigkeit einer beantragten Massnahme zu prüfen⁴⁶. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass eine Kautioerweisung nichts daran ändert, dass die Geltendmachung von Schadenersatz zufolge einer sich nachträglich als ungerechtfertigt erwiesenen Massnahme nur sehr schwer durchzusetzen ist. Dies wird nur gelingen, wenn dem Arbeitgeber Mut- oder Böswilligkeit oder zumindest grobfahrlässiges Verhalten nachgewiesen werden kann⁴⁷.
4. Gegen den Massnahmeentscheid sind neben den kantonalen *Rechtsmitteln* die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 OG) und die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) zulässig, nicht aber die bundesrechtliche Berufung, da kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG vorliegt⁴⁸.

II. Schutzschrift

1. Als Schutzschrift wird die Eingabe einer möglicherweise beklagten Partei bezeichnet, welche in Erwartung eines gegen sie gerichteten Begehrens auf Anordnung einer superprovisorischen Verfügung *vorsorglich* dem Gericht Gründe darlegt, die einer solchen Verfügung oder wenigstens einem Verzicht auf vorgängige Anhörung entgegenstehen⁴⁹.
2. An sich läge die Vermutung nahe, dass dieses prozessuale Instrument zur präventiven Abwehr von superprovisorisch beantragten Realexekutionsbegehren in der Praxis durchaus zum Einsatz kommt. Angesichts der Schwere des Eingriffs, welche die Anordnung der Massnahme für den betroffenen Arbeitnehmer meist darstellt, wäre in der Tat zu erwarten, dass ein potenziell mit einer Realexekution bedrohter Arbeitnehmer, der um die Gefahr einer Massnahme weiss⁵⁰, alle rechtlichen Mittel ausschöpft, um diese zu verhindern. Dazu kommt, dass heute weitgehend anerkannt ist, dass gestützt auf den verfassungsmässigen und zivilprozessualen Gehörsanspruch Schutzschriften von den Gerichten

entgegengenommen, aufbewahrt und – nach Eingang des Begehrens auf Erlass superprovisorischer Massnahmen – berücksichtigt werden müssen⁵¹.

3. Der Befund ist allerdings ein anderer: Soweit ersichtlich, spielen Schutzschriften zur Abwehr superprovisorischer Realexekutionsbegehren in der arbeitsrechtlichen *Praxis* überhaupt *keine Rolle*. Auch in der Literatur scheint das Thema noch nicht diskutiert worden zu sein. Das Arbeitsgericht Zürich, dem schweizweit in Arbeitsstreitigkeiten wohl am häufigsten angerufenen Gericht, bestätigte auf Anfrage das juristische Mauerblümchendasein der Schutzschrift in Realexekutionsprozessen. Bei dieser Instanz konnte man sich nicht erinnern, jemals eine solche Eingabe erhalten zu haben⁵². Dabei kann eine solche Eingabe aus Arbeitnehmeroptik durchaus Sinn machen, etwa dann, wenn die qualifizierten Voraussetzungen (überragendes Arbeitgeberinteresse, besondere Treuwidrigkeit) für den Erfüllungsanspruch zwar gegeben sind, das Konkurrenzverbot aber infolge begründeter Kündigung des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR weggefallen ist⁵³. Mit der Schutzschrift kann der Arbeitnehmer dem Gericht die Umstände der Kündigung vorsorglich zur Kenntnis bringen und so eine ansonsten möglicherweise verfügte Realexekution abwehren.
4. Vor einem allzu *leichtfertigen Einsatz* der Schutzschrift ist aber zu *warnen*: Einerseits hat das angerufene Gericht dem präsumtiven Gesuchsteller, d.h. dem Arbeitgeber, unmittelbar nach Eingang der Schutzschrift davon Kenntnis zu geben⁵⁴. Dieser kann sich somit bei der Begründung seines Begehrens mit dem Argumentarium des Arbeitnehmers auseinandersetzen und versuchen, dieses durch seine Begründung zu Fall zu bringen. Denkbar ist sogar, dass der Arbeitgeber überhaupt erst durch das Studium der Schutzschrift auf die Idee kommt, ein Gesuch um vorsorgliche Realexekution zu stellen. Zum andern wird mit dem Einreichen der Schutzschrift in der Regel ein formelles und damit kostenpflichtiges Verfahren eröffnet⁵⁵. Diese Verfahrenskosten sind dem Arbeitnehmer als Einreicher der Schutzschrift aufzuerlegen⁵⁶. Aus diesen Gründen dürfte auch die Furcht mancher Gerichte unbegründet sein, als Deponie für missbräuchlich oder leichtfertig eingereichte Eingaben missbraucht zu werden. Ferner haben selbstverständlich auch Schutzschriften den formellen Anforderungen des jeweils anwendbaren Zivilprozessrechts an Gerichtseingaben zu genügen. Von besonderer Bedeutung ist hier eine rechtsgenügende Identifikation der Parteien und des präsumtiven Streitgegenstands⁵⁷.

III. Alternativer Gerichtsstand nach Art. 33 GestG?

Das auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzte Gerichtsstandsgesetz sieht für vorsorgliche Massnahmen in Art. 33 GestG zusätzlich zum ordentlichen Gerichtsstand für die Hauptklage einen *alternativen Gerichtsstand* an dem Ort vor, an dem die *Massnahme vollstreckt* werden soll. Es stellt sich die Frage, ob sich ein Arbeitgeber bei einem Begehren um vorsorgliche Real-exekution zusätzlich zum Wahlgerichtsstand nach Art. 24 Abs. 1 GestG (Beklagtenwohnsitz, Ort der Arbeitsverrichtung) auf dieses alternative Forum berufen kann. Kann also beispielsweise ein Arbeitnehmer, dessen früherer Arbeitsort in Rapperswil war, der in Frauenfeld wohnt und jetzt in der Stadt Winterthur bei einem Konkurrenten des ehemaligen Arbeitgebers konkurrenzierend tätig ist, vom Arbeitsgericht Winterthur mit einer vorsorglichen Massnahme belegt werden? Die Frage ist zu *verneinen*. Der alternative Gerichtsstand von Art. 33 GestG setzt voraus, dass die angebehrte Massnahme aus sich selbst heraus vollstreckbar ist⁵⁸. Dies ist bei einer im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes verfügten Real-exekution nicht der Fall, da hier in der Regel kein direkter, sondern nur indirekter Zwang ausgeübt werden kann, insbesondere die Androhung von Bestrafung nach Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlung⁵⁹. Es handelt sich also um einen indirekten, psychischen Zwang, der erst noch in einem Zusatzverfahren (Bestrafung nach Art. 292 StGB) durchgesetzt werden müsste. Damit entfällt, wie ausgeführt, der besondere Gerichtsstand am Massnahmeort gemäss Art. 33 GestG⁶⁰.

IV. Streitwert

Der Streitwert einer Klage bestimmt je nach kantonal-rechtlicher Ausgestaltung die sachliche Zuständigkeit, die Zulässigkeit von Rechtsmitteln und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Der Festsetzung des Streitwerts kommt somit eine zentrale Bedeutung für den weiteren Verfahrensgang zu und hat bei der Verteilung der Gerichts- und Parteikosten auch direkt finanzielle Auswirkungen auf die Parteien. In der Praxis scheint die Berechnung des Streitwerts für Real-exekutionsbegehren häufig Mühe zu bereiten. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass es sich um einen *vermögenswerten Anspruch* handelt, der in die Streitwertberechnung einfließen muss und kumulativ zu all-fälligen weiteren Begehren (Konventionalstrafe, wei-terer Schaden) einzurechnen ist.

Nach *Frank/Sträuli/Messmer* ist bei Unterlassungskla-gen vom Vorteil auszugehen, der aus der Unterlassung für den Kläger resultiert⁶¹. Damit müsste der betriebs-wirtschaftliche Nachteil, den der Arbeitgeber durch die Konkurrenzierung erfährt, betragsmässig ermittelt werden. Dies ist kaum oder nur durch aufwändige Gut-achten möglich, weshalb sich die Praxis mit Alternativen behilft. Das Arbeitsgericht Zürich hat in einem Fall, in dem die Konventionalstrafe im Umfang einer Tagespauschale pro konkurrenzierender Tag bestimmt war, entschieden, dass für jeden Tag der verlangten Real-exekutionsdauer die gleiche eingeklagte Tages-pauschale als Streitwert einzusetzen sei. Dies führte bei 545 Tagen à Fr. 130.– zu einem Streitwert von über Fr. 70 000.–⁶². *Kuhn/Koller* halten dafür, dass dem Streitwert für eine Real-exekution ohne weiteres der gleiche oder doppelte Betrag der eingeklagten Kon-ventionalstrafe beigemessen werden könne⁶³. Ein an-derer Ansatz könnte darin liegen, für jeden Monat der beantragten Verbotsdauer einen Betrag entsprechend dem letzten vom Arbeitnehmer beim klagenden Arbeitgeber verdienten Monatslohn einzusetzen. Unabhängig von der gewählten Berechnungsmethode kann demnach gesagt werden, dass Real-exekutions-begehren stets ein ganz erheblicher Streitwert zuzu-ordnen ist, der den Grenzwert von Fr. 30 000.– für das kostenlose Verfahren nach Art. 343 Abs. 2 OR in aller Regel deutlich übersteigen wird. Damit ist auch ge-sagt, dass bei Streitwerten in diesen Dimensionen die unterliegende Partei mit durchaus empfindlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu rechnen hat.

V. Dringlichkeit

Aus dem Erfordernis des nicht leicht wiedergutzuma-chenden Nachteils folgt, dass der Gesuchsteller seinen Anspruch auf einstweiligen Rechtsschutz verlieren kann, wenn er mit seinem Begehren zu lange zuwar-tet, weil dann die vorausgesetzte Dringlichkeit fehlt⁶⁴. Diese Gefahr droht dem zögerlichen Arbeitgeber erst recht, wenn er ein Begehren um superprovisorische Real-exekution stellt. Ein solcher Rechtsverlust ist aller-dings nicht leichthin anzunehmen. Dem Arbeitgeber ist nicht zuzumuten, dass er sein Massnahmebegehren bereits nach Auftauchen erster vager Anhaltspunkte für die Konkurrenzierung durch seinen ehemaligen Arbeitnehmer stellen muss. Es ist dem Arbeitgeber jedenfalls eine angemessene Zeit zur Sammlung von Beweismitteln einzuräumen, die es ihm erlaubt, das Klagefundament für die geforderte Glaubhaftma-chung zusammenzutragen^{65,66}. Allerdings darf erwartet

werden, dass der Arbeitgeber nach Feststellung erster Anhaltspunkte für die Konkurrenzierung auch tatsächlich aktiv wird und speditiv die nötigen Beweiserhebungen vornimmt. Tut er dies nicht, verwirkt er sein Recht auf einstweiligen Rechtsschutz. Ein solcher Rechtsverlust tritt selbstverständlich dann nicht ein, wenn die Gerichtseingabe nur deshalb verzögert erfolgt, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zunächst mit einer Abmahnung von seinem rechtswidrigen Tun abzuhalten versucht, letzterer sich aber dadurch nicht beeindruckt lässt und weiter konkurrenziert. ■

* Dr. iur. Roger Rudolph, Rechtsanwalt, Wetzikon

- ¹ Eine Auswahl neuerer Entscheide zur Realexekution: Bundesgericht in: JAR 1997, S. 223 ff.; Bezirksgericht Winterthur in: SARB-Rechtsprechung 2/1997 Nr. 23; Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 228 ff.; Appellationshof des Kantons Bern in: JAR 2002, S. 321 ff.; Appellationshof des Kantons Bern in: JAR 1996, S. 323 ff.; Einzelrichter des Bezirkes Visp in: RVJ 1997, S. 274 ff.; Arbeitsgericht Zürich in: ZR 99 (2000) Nr. 100; Obergericht des Kantons Luzern in: LGVE 1999 I Nr. 11 = SJZ 97 (2001) S. 258 f.; Obergericht des Kantons Luzern in: JAR 1992, S. 289 f.; Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in: JAR 1991, S. 300 ff.; Tribunal des prud'hommes de Neuchâtel in: JAR 1992, S. 292 ff.
- ² Neben der arbeitsrechtlichen Standardliteratur ist folgende Fachliteratur zum Thema zu erwähnen: *Bohny Peter*, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989; *ders.*, Konkurrenzverbot, in: Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, S. 139 ff.; *Busse Thomas*, Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Konkurrenzklausele – ein Rechtsvergleich aus schweizerischer und deutscher Sicht, Diss. Basel 1990; *Cotti Lukas*, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 207, Freiburg 2001; *Haefliger Arthur*, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2. Auflage Bern 1975; *Kuhn René*, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Muri bei Bern 1981; *Neeracher Christoph*, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 49, Bern 2001; *Pidoux Philippe*, La Prohibition de Concurrence dans le Contrat de Travail, Diss. Lausanne 1969; *Rehbinder Manfred*, Gegenstand und Voraussetzungen des vertraglichen Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, S. 285 ff.; *Rickenbach Matthias W.*, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 44, Bern 2000; *Schiesser Fridolin*, Arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot und Realexekution, in: Zeitschrift für Wirtschaft und Recht 1979, S. 254 ff.
- ³ *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 340b OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 116; vgl. auch *Portmann*, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 1007.
- ⁴ *Brühwiler*, Handkommentar, 2. Auflage, N 2 zu Art. 340 OR; *Rehbinder* (Anm. 3), N 7 zu Art. 340 OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 19; *Stahelin*, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 340 OR; *Streiff/von Kaenel*, Kommentar, N 5 zu Art. 340 OR; vgl. schon Art. 13 Abs. 1 OR, wonach Schriftform nur die Unterschrift des Verpflichteten voraussetzt.
- ⁵ Ob es sich bei entgeltlichen Konkurrenzverboten (Karenschädigung) anders verhält, die Unterschrift des Arbeitgebers hier ein Formerfordernis darstellt, ist umstritten. Vgl. dazu *Stahelin* (Anm. 4), N 8 zu Art. 340 OR.
- ⁶ Art. 340b Abs. 3 OR verlangt für die Realexekution eine besondere schriftliche *Verabredung*, also nicht nur eine schriftliche Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers, wie dies in Art. 340 Abs. 1 OR der Fall ist. Bedeutet dies, dass die Realexekutionsklausel auch die Unterschrift des Arbeitgebers erfordert? Andernfalls läge im strikten Wortsinn keine schriftliche Abrede vor. Die Frage ist aber wohl zu verneinen, da mit dem Schriftformerfordernis nur der Arbeit-

nehmer geschützt werden soll und Art. 13 Abs. 1 OR eine gegenteilige Vermutung schafft. In der Regel wird das Konkurrenzverbot ohnehin direkt in den Einzelarbeitsvertrag integriert, sodass ein etwaiges Unterschriftserfordernis seitens des Arbeitgebers kaum je Probleme bereiten wird.

- ⁷ Bejahend etwa *Brühwiler* (Anm. 4), N 2 zu Art. 340 OR; *Stahelin* (Anm. 4), N 8 zu Art. 340 OR; ablehnend *Bohny*, Stellenwechsel und Entlassung (Anm. 2), N 5.13; *Cotti* (Anm. 2), N 110; *Egli*, OR-Handkommentar, N 5 zu Art. 340 OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 19, mit Verweis auf ein Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. Oktober 1998; vgl. auch Arbeitsgericht Zürich in: JAR 1983, S. 214 ff.; *Rehbinder* (Anm. 3), N 7 zu Art. 340 OR; *Streiff/von Kaenel* (Anm. 4), N 5 zu Art. 340 OR.
- ⁸ Dazu weiterführend *Kramer/Schmidlin*, Berner Kommentar, N 205 ff. zu Art. 1 OR.
- ⁹ *Bucher*, OR Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 135; *Kramer/Schmidlin* (Anm. 8), N 203 zu Art. 1 OR analog.
- ¹⁰ *Streiff/von Kaenel* (Anm. 4), N 5 zu Art. 340 OR. Der Grundsatz «in dubio contra stipulatorem» bedeutet, dass bei der Auslegung unklarer Formulierungen im Zweifelsfall diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser ungünstiger ist.
- ¹¹ *Kuhn/Koller*, Aktuelles Arbeitsrecht, 8/4 S. 3; *Streiff/von Kaenel* (Anm. 4), N 8 zu Art. 340b OR.
- ¹² Statt vieler: *Neeracher* (Anm. 2), S. 117, mit Verweis auf ein Urteil des Bezirksgerichts Visp in: RVJ 1997, S. 278. Die Formulierung schliesst denn auch bloss die in Art. 340b Abs. 2 OR vorgesehene Wandelpön aus und hat keinen klaren Bezug zur Realexekution.
- ¹³ Vgl. die Literaturübersicht bei *Cotti* (Anm. 2), N 708 ff.; *Neeracher* (Anm. 2), S. 117 Fn. 713; verneinend Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 228 ff.; a.M. Appellationshof des Kantons Bern in: JAR 2002 S. 322.
- ¹⁴ Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967, S. 161: «(...) kann neben Konventionalstrafe und Schadenersatz *kumulativ* vom Arbeitgeber die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangt werden» (Hervorhebung durch den Autor).
- ¹⁵ Vgl. den sorgfältigen Nachweis bei *Cotti* (Anm. 2), N 708 ff., insb. N 719 ff.
- ¹⁶ Ebenso *Neeracher* (Anm. 2), S. 118.
- ¹⁷ *Stahelin* (Anm. 4), N 17 zu Art. 340b OR.
- ¹⁸ Ebenso *Egli* (Anm. 7), N 6 zu Art. 340b OR; *Rehbinder* (Anm. 3), N 11 zu Art. 340b OR.
- ¹⁹ *Haefliger* (Anm. 2), S. 76.
- ²⁰ *Rehbinder* (Anm. 3), N 11 zu Art. 340b OR; *Brunner/Bühler/Waeber*, Kommentar, N 4 zu Art. 340b OR; *Streiff/von Kaenel* (Anm. 4), N 8 zu Art. 340b OR.
- ²¹ *Rehbinder* (Anm. 3), N 11 zu Art. 340b OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 119 f.; *Stahelin* (Anm. 4), N 17 zu Art. 340b OR; vgl. BGE 103 II 126; Bezirksgericht Winterthur in: SARB-Rechtsprechung 2/1997, N 23.
- ²² *Neeracher* (Anm. 2), S. 119.
- ²³ Obergericht Zürich in: ZR 85 (1986) Nr. 67; *Haefliger* (Anm. 2), S. 76; *Neeracher* (Anm. 2), S. 119; *Stahelin* (Anm. 4), N 17 zu Art. 340b OR.
- ²⁴ *Brühwiler* (Anm. 4), N 4b zu Art. 340b OR, mit Verweisen auf die Praxis; *Neeracher* (Anm. 2), S. 119. Überlanges Zuwarten hat auch prozessuale Nachteile, indem der Arbeitgeber dadurch seines Anspruchs auf einstweiligen Rechtsschutz verlustig gehen kann; vgl. hinten C.V.
- ²⁵ Dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, ergibt sich bereits aus der vom Gesetz verwendeten Verknüpfung («und»). Vgl. weiterführend *Bohny*, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot (Anm. 2), S. 62.
- ²⁶ Das Gesetz bringt dieses Erfordernis in Art. 340b Abs. 3 OR dadurch zum Ausdruck, dass «das Verhalten des Arbeitnehmers dies [die Realexekution]» rechtfertigen müsse.
- ²⁷ *Haefliger* (Anm. 2), S. 77; *Neeracher* (Anm. 2), S. 120.
- ²⁸ *Stahelin* (Anm. 4), N 18 zu Art. 340b OR. Gleiches muss gelten, wenn der neue Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dessen Konkurrenzverbotsprozess gegen den ehemaligen Arbeitgeber finanziert.
- ²⁹ *Neeracher* (Anm. 2), S. 121.
- ³⁰ *Haefliger* (Anm. 2), S. 77; *Rehbinder* (Anm. 3), N 11 zu Art. 340b OR.

- ³¹ *Haefliger* (Anm. 2), S. 77; *Neeracher* (Anm. 2), S. 120.
- ³² *Streiffvon Kaenel* (Anm. 4), N 8 zu Art. 340b OR.
- ³³ BGE 103 II 124; *Staehein* (Anm. 4), N 18 zu Art. 340b OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 120.
- ³⁴ Bundesgericht in: JAR 1997, S. 227.
- ³⁵ Appellationshof des Kantons Bern in: JAR 2002, S. 321 ff.
- ³⁶ Zutreffend *Neeracher* (Anm. 2), S. 121.
- ³⁷ *Vischer*, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage Bern 1994, S. 195.
- ³⁸ Vgl. schon *Haefliger* (Anm. 2), S. 76 f.
- ³⁹ BGE 103 II 120 ff.; *Egli* (Anm. 7), N 7 zu Art. 340b OR; *Rehbinder* (Anm. 3), N 12 zu Art. 340b OR. Die bekannte Diskussion, ob sich für im Bundesprivatrecht begründete Rechte der einstweilige Rechtsschutz ebenfalls nach – ungeschriebenen – Bundesrecht richte und das kantonale Recht nur für das Verfahren massgeblich sei, soll hier ausgeblendet werden; vgl. dazu *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar ZPO ZH, N 2 zu § 110 ZPO.
- ⁴⁰ Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 228 ff., mit Verweisen; vgl. auch hinten C.V.
- ⁴¹ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit zwar nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind: BGE 88 I 14; *Neeracher* (Anm. 2), S. 123, mit Verweisen.
- ⁴² In dieser ist dem dem Arbeitgeber drohenden Nachteil jener des Arbeitnehmers gegenüberzustellen, der letzterem durch die vorläufige Massnahme droht (z. B. temporäre Aufgabe seines Geschäfts); vgl. im Einzelnen zu dieser Interessenabwägung *Cotti* (Anm. 2), N 867 ff.
- ⁴³ Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 233; *Brühwiler* (Anm. 4), N 5 zu Art. 340b OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 123; *Rehbinder* (Anm. 3), N 12 zu Art. 340b OR; *Staehein* (Anm. 4), N 19 zu Art. 340b OR. *Streiffvon Kaenel* (Anm. 4), N 9 zu Art. 340b OR, verlangen sogar ein Teilbeweisverfahren.
- ⁴⁴ Nicht erforderlich ist, dass die Verletzung bereits erfolgt ist. Denkbar ist demnach, dass ein Massnahmebegehren bereits bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine unmittelbar bevorstehende Verletzung gutgeheissen wird; ebenso *Staehein* (Anm. 4), N 20 zu Art. 340b OR.
- ⁴⁵ Z.B. § 227 ZPO ZH; zur Bemessung der Kautions vgl. *Neeracher* (Anm. 2), S. 127. *Streiffvon Kaenel* (Anm. 4), N 9 zu Art. 340b OR, verlangen eine Sicherheitsleistung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn. Das Appellationsgericht des Kantons Gené hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1981 die Kautions auf Fr. 100 000.– festgelegt, vgl. JAR 1983, S. 228. In einem unveröffentlichten Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 25. Mai 1999 (Verfahren CG990013) wurde die Sicherheitsleistung ebenfalls auf Fr. 100 000.– festgesetzt.
- ⁴⁶ Gl.M. *Neeracher* (Anm. 2), S. 127.
- ⁴⁷ Vgl. *Frank/Sträuli/Messmer* (Anm. 39), N 3 zu § 230 ZPO; illustrativ LGVE 1999 I Nr. 11 = SJZ 97 (2001) S. 258; zur Schadenssubstantiierung: ZR 101 (2002) Nr. 55.
- ⁴⁸ *Rehbinder* (Anm. 3), N 12 zu Art. 340b OR; *Neeracher* (Anm. 2), S. 127, mit weiteren Hinweisen. Nach *Cotti* (Anm. 2), N 864, ist die Zulässigkeit der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde allerdings zweifelhaft, wenn man mit dem Bundesgericht den einstweiligen Rechtsschutz beim arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot dem kantonalen Recht zuordnet.
- ⁴⁹ *Frank/Sträuli/Messmer* (Anm. 39), Ergänzungsband, N 8 zu § 56/57 ZPO; ausführlich zum Thema: *Hess-Blumer*, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, Diss. Zürich 2001; *Güntherich*, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2000.
- ⁵⁰ Beispielsweise wenn ihn der Arbeitgeber vorgängig und unter Androhung von rechtlichen Schritten abgemahnt hat.
- ⁵¹ *Leupold*, Die Schutzschrift – Grundsätzliches und prozessuale Fragen, in: AJP 9/1998 S. 1081, mit einem umfassenden Überblick über die einschlägige Literatur; vgl. auch Zürcher Handelsgericht in: ZR 96 (1997) Nr. 46. Kritisch allerdings BGE 119 Ia 53 ff.
- ⁵² Der Autor bedankt sich bei Herrn Bezirksrichter lic. iur. Martin Farner für die freundlicherweise erteilten Auskünfte.
- ⁵³ So z.B. wenn eine einseitige Lohnkürzung des Arbeitgebers für die Kündigung des Arbeitnehmers ursächlich war, womit ein begründeter Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ge-

setzt wurde. Der Arbeitgeber wird wohl kaum von sich aus im Massnahmebegehren auf diesen für ihn nachteiligen Sachverhalt hinweisen. Es ist allerdings zu postulieren, dass ein Kläger, der ein Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen stellt, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess verpflichtet ist, auch jene massgeblichen Sachverhaltselemente offenzulegen, welche sich zu seinen Lasten auswirken können. Ebenso Handelsgericht Zürich in: ZR 101 (2002) Nr. 24. Noch ablehnend Bezirksgericht Horgen, Verfügung vom 17. März 2000, EU990125 (nicht publiziert).

- ⁵⁴ So die überwiegende Meinung; vgl. *Leupold* (Anm. 50), S. 1083; *Hess-Blumer* (Anm. 48), S. 183.
- ⁵⁵ Vgl. dazu *Hess-Blumer* (Anm. 48), S. 176 ff.
- ⁵⁶ Denkbar ist auch, dass die Kosten erst im nachfolgenden Massnahmeverfahren geregelt werden oder dass der Arbeitnehmer im Hauptprozess Ersatz der ihm im Schutzschriftenverfahren auferlegten Kosten verlangt; vgl. *Leupold* (Anm. 50), S. 1084 f. Zur Höhe der anzusetzenden Gerichtsgebühr vgl. *Leupold* (Anm. 50), S. 1084, und *Hess-Blumer* (Anm. 48), S. 194 ff.
- ⁵⁷ *Leupold* (Anm. 50), S. 1082.
- ⁵⁸ So ausdrücklich für Regelungsmassnahmen *Dietrich* in: Müller/Wirth (Hg.), Kommentar GestG, N 69 zu Art. 33 GestG.
- ⁵⁹ *Haefliger* (Anm. 2), S. 78; *Neeracher* (Anm. 2), S. 127. Direkter Zwang soll nach diesen Autoren allerdings dann möglich sein, wenn der Arbeitnehmer selber ein Konkurrenzgeschäft eröffnet. Diesfalls sei z.B. eine polizeiliche Schliessung des Geschäfts denkbar. Ob dies auch gilt, wenn der Arbeitnehmer sein Geschäft in die Rechtsform einer juristischen Person kleidet und er sich von dieser anstellen lässt, muss indessen bezweifelt werden bzw. wäre wohl nur in seltenen Durchgriffsfällen denkbar. Ansonsten ist generell auszuschliessen, dass sich der Massnahmeentscheid gegen Dritte richten kann; vgl. dazu auch *Cotti* (Anm. 2), N 723; *Neeracher* (Anm. 2), S. 126; *Rickenbach* (Anm. 2), S. 175.
- ⁶⁰ Ferner gilt bei einem Massnahmebegehren, mit welchem eine Person mit einem Verbot belegt werden soll, ganz allgemein derjenige Ort als Vollstreckungsort, an welchem diese Person ihren Wohnsitz hat; vgl. *Dietrich* (Anm. 58), N 68 zu Art. 33 GestG; *Spühler/Tenchio/Infanger*, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel 2001, N 26 zu Art. 33 GestG; *Werth* in: Kellerhals/von Werdt/Güntherich (Hg.), Gerichtsstandsgesetz, Bern 2001, N 15 zu Art. 33 GestG.
- ⁶¹ *Frank/Sträuli/Messmer* (Anm. 39), N 7 zu § 22 ZPO.
- ⁶² Arbeitsgericht Zürich in: ZR 99 (2000) Nr. 100. In einem unveröffentlichten Entscheid vom 19. Dezember 2000, AG000039, in welchem eine Verbotsdauer von über 2½ Jahren zu beurteilen war, hat das gleiche Gericht dem Realexekutionsbegehren allerdings überhaupt keinen Streitwert zugemessen.
- ⁶³ *Kuhn/Koller* (Anm. 11), 18/10 S. 4.
- ⁶⁴ Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 228 ff., mit Verweisen; vgl. auch Bezirksgericht Winterthur in: SARB-Rechtsprechung 2/1997 Nr. 134.
- ⁶⁵ Ebenso Bezirksgericht Bülach in: SARB-Rechtsprechung 1/1997 Nr. 15 = JAR 1997, S. 228 ff.
- ⁶⁶ Der Appellationshof des Kantons Bern hat in einem nicht publizierten Entscheid vom 9. Februar 1998 (Verfahren Nr. 480/II/97/luev) erwogen, dass ein Massnahmebegehren unmittelbar nach Antritt der Stelle beim neuen Arbeitgeber vom alten Arbeitgeber eingereicht werden müsse, sofern letzterer vom Stellenantritt Kenntnis hat. In casu reichte der ehemalige Arbeitgeber das Begehren zwei Wochen nach Stellenantritt ein, was das Gericht als verspätet erachtete und infolgedessen das Massnahmebegehren abwies.

Dieser Beitrag erschien in der ARV 2003, Seite 1ff.