**ZA 21 5**

# Entscheid vom 24. Juni 2021
# Zivilabteilung

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichterin Franziska Ledergerber Kilchmann,
Oberrichter Franz Odermatt,
Gerichtsschreiberin Carmen Meier.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.__,**
Z.__,

vertreten durch lic. iur. Markus Haas, Rechtsanwalt, Bolzern Haas & Partner, Winkelriedstrasse 35, Postfach 2340, 6002 Luzern,

**Berufungsklägerin/Beklagte,**

gegen

**B.__ AG (vormals: C.__ AG),**
X.__,

vertreten durch MLaw Myrjana Niedrist, Rechtsanwältin, Dorfplatz 12, Postfach, 6371 Stans,

**Berufungsbeklagte/Klägerin.**

**Gegenstand**

**Forderung aus Arbeitsvertrag**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung / Einzelgericht vom 7. Januar 2021 (ZE 20 39).

## Sachverhalt:

### A.

Am 9. März 2020 gelangte die C.__ AG (CHE-__) mit Klage gegen A.__ an das Kantonsgericht Nidwalden und verlangte, diese sei zur Bezahlung einer Konventionalstrafe im Betrag von Fr. 30'000.– zzgl. Zins zu 5% seit Gesuchseinreichung zu verpflichten.

### B.

Das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, erkannte mit Urteil ZE 20 39 vom 7. Januar 2021 («Urteil ZE 20 39»):

> «1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die [Berufungsklägerin] verpflichtet, der [Berufungsbeklagten] Fr. 10'000.00 zzgl. Zins zu 5% seit 31. Oktober 2019 zu bezahlen.
>
> 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
>
> 3. Es werden keine Gerichtskosten gesprochen (vgl. Art. 114 lit. c ZPO).
>
> 4. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO wird die [Berufungsklägerin] verpflichtet, der [Berufungsbeklagten] eine Parteientschädigung zu entrichten.
>
> Die [Berufungsklägerin] hat der [Berufungsbeklagten] somit ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 8'100.80 (Honorar herabgesetzt auf Fr. 7'000.00, Auslagen Fr. 521.60 und 7.7% Mehrwertsteuer auf Fr. 7'521.60 = Fr. 579.20) zu bezahlen.
>
> 5. [Zustellung].»

### C.

Hiergegen erhob A.__ («Berufungsklägerin») mit Eingabe vom 22. März 2021 Berufung mit den Anträgen:

> «1. Das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 7. Januar 2021 sei aufzuheben.
>
> 2. Die Klage der Berufungsbeklagten vom 9. März 2020 sei abzuweisen.
>
> 3. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
>
> 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen über sämtliche Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten, eventualiter der Vorinstanz.»

**D.**

Die C.__ AG («Berufungsbeklagte») schloss in ihrer Berufungsantwort vom 3. Mai 2021 auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

**E.**

Ein zweiter Schriftenwechsel wurde nicht angeordnet. Die Parteien reichten am 4. resp. 14. Mai 2021 ihre Kostennoten ein.

**F.**

Am __ 2021 (Publikationsdatum im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB: __ 2021) übernahm die D.__ AG (CHE-__, neu: B.__ AG) die Aktiven und Passiven der C.__ AG gemäss Fusionsvertrag vom __ 2021.

**G.**

Die vorinstanzlichen Akten wurden praxisgemäss beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 24. Juni 2021 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## Erwägungen:

**1.**

**1.1**

Angefochten ist das Urteil ZE 20 39 betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10‘000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelbegehren belaufen sich auf einen Streitwert von Fr. 30'000.–, womit die Streitwertgrenze erreicht wird. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Einzelgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei

am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Da der Berufungskläger am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und durch das angefochtene Urteil unmittelbar betroffen ist, ist er zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung der Urteilsbegründung erfolgte am 8. März 2021. Die Berufung wurde fristgerecht am 22. März 2021 beim Obergericht Nidwalden eingereicht. Nachdem ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung innert Frist eingereicht wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

## 1.2

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidfindung relevant sind.

**1.3**

Mit der Klageeinreichung werden die Parteien eines Verfahrens grundsätzlich abschliessend festgelegt. Parteiwechsel wird der prozessuale Vorgang genannt, bei dem eine der Hauptparteien aus einem laufenden Prozess (d.h. nach Eintritt der Rechtshängigkeit) ausscheidet und durch einen Dritten ersetzt wird. Die neu eintretende Partei setzt das Verfahren in eigenem Namen fort (BALZ GROSS/ROGER ZUBER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, 2012, N 1 f. zu Art. 83 ZPO). Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig; besondere gesetzliche Bestimmungen über die Rechtsnachfolge bleiben vorbehalten (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Unter diese vorbehaltenen Bestimmungen über die Rechtsnachfolge fällt etwa die gesetzlich vorgesehene Universalsukzession bei einer Fusion gemäss Art. 22 Abs. 1 Fusionsgesetz (FusG; SR 221.301). Die übernehmende Gesellschaft tritt im Prozess ipso iure an die Stelle der übertragenden Prozesspartei (GROSS/ZUBER, a.a.O., N 27 zu Art. 83 ZPO). Dritten gegenüber wirkt die Universalsukzession am ersten Werktag nach der Veröffentlichung derjenigen Ausgabe des SHAB, in der die Eintragung der Fusion publiziert wird (THOMAS GELZER, in: Vischer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Fusionsgesetz, 2004, N 4 zu Art. 22 FusG).

Die Berufungsbeklagte ist infolge Absorptionsfusion gemäss Art. 83 Abs. 4 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 FusG von Gesetzes wegen per __ 2021 in die Prozessstellung der ursprünglich klagenden C.__ AG eingetreten.

**2.**

Die Berufungsklägerin beanstandet den angefochtenen Entscheid in verschiedener Hinsicht. Im Einzelnen wird nachfolgend auf die Gültigkeit (nachfolgende E. 3) resp. Übermässigkeit des Konkurrenzverbots (nachfolgende E. 4), die Höhe der Konventionalstrafe (nachfolgende E. 5) sowie vorinstanzliche Prozesskostenverlegung (nachfolgende E. 6) einzugehen sein.

**3.** Gültigkeit des Konkurrenzverbots

**3.1**

Die Vorinstanz erwog – soweit hier relevant – hinsichtlich der Gültigkeit des Konkurrenzverbots, dass die Berufungsklägerin im Zeitraum vom März 2018 bis zum Dezember 2018, nach ihrer Beförderung zur «Sachbearbeiterin Lohn- und Sozialversicherungswesen/Personal-assistentin» Einblick in den Kundenkreis der Berufungsbeklagten gehabt habe (dortige E. 2.1.1.2 S. 7 f.). Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass mit der neuen Funktion Kompetenzen und Berechtigungen erweitert

worden seien und die Berufungsklägerin ein selbstständiges Aufgabengebiet erhalten habe. Aufgrund ihres (von der Vorinstanz wiedergegebenen) Aufgabenkatalogs und den damit zusammenhängenden Kundenkontakten, habe sie Einblicke in die Bedürfnisse, Wünsche, Eigenheiten und Ansprüche der Kunden erhalten. Komme hinzu, dass sie beim Erstellen der Lohnbuchhaltung einen umfassenden Einblick in Verträge und die darin enthaltenen Konditionen erhalten habe, was ihren Einblick in den Kundenkreis noch intensiviert habe. Die Vorinstanz sah sich in dieser Auffassung im Weiteren bestärkt, weil die Berufungsklägerin intensiv in ihr neues Aufgabengebiet eingearbeitet worden sei und sie im Zusammenhang mit der Beförderung eine zusätzliche Vertraulichkeitserklärung habe unterzeichnen müssen.

## 3.2

Die Berufungsklägerin stellt in Abrede, dass sie im Zeitraum vom März bis Dezember 2018, nach der Übernahme der Funktion «Sachbearbeiterin Lohn- und Sozialversicherungswesen/Personalassistentin», Einblick in den Kundenkreis gehabt habe. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung habe sie in dieser Funktion lediglich administrative Aufgaben ausgeführt. Weder die Eintragung von Rapporten, das Erstellen von Rechnungen und Statistiken, die Koordination von Vorstellungsgesprächen, die Prüfung von Interviewberichten und Bewerbungsdossiers, die Erstellung von individuellen Einsatzverträgen noch die Unterstützung in arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Belangen hätten ihr einen Einblick in den Kundenkreis erlaubt. Dass sie diesbezüglich über ein selbstständiges Aufgabengebiet verfügt und im Kontakt mit Kunden gestanden habe, ändere daran nichts. Sie sei nicht die erste Ansprechperson für die Kunden gewesen. Ebenfalls nicht nachvollziehbar sei die vorinstanzliche Annahme, dass ein Einblick in die Vertragskonditionen automatisch einen Einblick in den Kundenkreis zur Folge habe. Wenn überhaupt, handle es sich bei den Vertragskonditionen um Geschäftsgeheimnisse. Unbegründet sei auch, dass die Vorinstanz ihre Schlussfolgerung darauf abstütze, dass sie über zwei Monate in das neue Aufgabengebiet eingearbeitet worden sei und im Februar 2018 eine zusätzliche Vertraulichkeitserklärung unterzeichnet habe. Ersteres sei durch eine neue bzw. erweiterte Software bedingt gewesen und habe – während besagter zwei Monate – nur einen Bruchteil des Pensums ausgemacht. Bei Letzterem (Vertraulichkeitserklärung) gehe es wiederum um die Frage, ob aufgrund der vertraulich zu behandelnden Informationen von Geschäftsgeheimnissen auszugehen sei. Diese Erklärung lasse im Übrigen einzig Rückschlüsse darauf zu, dass die Berufungsbeklagte diese Informationen (subjektiv) als geheimhaltungswürdig qualifiziert habe, nicht jedoch, dass diese auch tatsächlich (objektiv) geheimhaltungswürdig gewesen seien.

Falsch liege die Vorinstanz überdies, wenn sie für denselben Zeitraum von einem Einblick in die Geschäftsgeheimnisse ausgehe, weil sie (die Berufungsklägerin) ab März 2018 diverse Statistiken erstellt und dabei insbesondere Einblick in Umsatzzahlen, Konditionen, Kundentarife der Arbeitgeber, das Budget der Berufungsbeklagten, mehrere Unternehmenskennzahlen sowie die sog. Temporärkalkulation erhalten habe. Bei Letzterer handle es sich um Branchenkenntnisse und nicht um Geschäftsgeheimnisse. Dasselbe gelte für die anderen erwähnten Zahlen. Die Vertragskonditionen könnten auch durch eine einfache Nachfrage bei den Kunden erhältlich gemacht werden, weshalb es sich bei diesen nicht um Geschäftsgeheimnisse handle.

## 3.3

Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 1 und 2 OR). Die Voraussetzungen des Konkurrenzverbots hat die Vorinstanz einlässlich erläutert (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 2.1.1 S. 5 f.). Auf diese zutreffenden Ausführungen kann an dieser Stelle verwiesen werden.

## 3.4

### 3.4.1

Zu klären ist, ob der Berufungsklägerin im Rahmen ihrer letzten Tätigkeit bei der Berufungsbeklagten Einblick in deren Kundenkreis gewährt wurde. Irrelevant ist dabei, ob die Berufungsklägerin die erste Ansprechperson für Kunden war oder ob sie diesbezüglich Entscheidungs- bzw. Verhandlungsbefugnisse hatte und über welches Mass an Selbstständigkeit sie hierbei verfügte. Massgebend – und durch Art. 340 Abs. 2 OR explizit verlangt («wenn das Arbeitsverhältnis […] Einblick in den Kundenkreis […] gewährt […]») – ist eine integrale Betrachtungsweise. Zu beurteilen ist mit anderen Worten, ob die Berufungsklägerin aufgrund des Arbeitsverhältnisses *als Ganzes* – d.h. in der Gesamtheit ihrer Aufgaben, Berechtigungen und Kundenkontakte in der von ihr ausgeübten Funktion – einen Einblick in den Kundenkreis gewinnen konnte. Ob und in welchem Ausmass einzelne

Aufgaben *isoliert* betrachtet einen Einblick in den Kundenkreis erlaubten, kann unbeantwortet bleiben. Wird der Einblick in den Kundenkreis ab dem März 2018 bejaht, kann offenbleiben, ob die Berufungsklägerin bereits vor ihrer Beförderung Einblick in den Kundekreis hatte und ob ihr das Arbeitsverhältnis zusätzlich Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährte.

### 3.4.2

Die Rechtsvorgängerin der Berufungsbeklagten war eine Aktiengesellschaft des Schweizerischen Rechts (Art. 620 ff. OR) mit folgendem Zweck: Suche, Selektion, Beratung, Schulung und Coaching von Personal, einschliesslich Kaderselektion und Laufbahnberatung; Zurverfügungstellung von Personal für Fest-, Temporär- und Teilzeitstellen sowie Erbringungen von Dienstleistungen und Entwickeln von Produkten zur Förderung und Entwicklung des Menschen am Arbeitsplatz; Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Outplacement und Outsourcing im Bereich Recruiting; Unternehmensberatung und Beratungen bei Nachfolgeregelungen im Personalbereich; Beteiligungen; Erwerb, Verwaltung, Verwertung und Veräusserung von Lizenzen, Patenten, Erfindungen, Verfahren, Urheberrechten, Marken und anderen Immaterialgüterrechten sowie Beteiligungen (vi-KB 2). Die vormalige Arbeitgeberin der Berufungsklägerin war demnach u.a. auch – was hier hauptsächlich relevant ist – in der Personalvermittlung tätig. Die Tätigkeit der Personalvermittlung umfasst die Suche und Auswahl von geeignetem Personal im Auftrag eines Arbeitgebers bzw. für einen Arbeitgeber (Zusammenführen von Stellensuchenden und Arbeitgebern zum Abschluss von Arbeitsverträgen; exemplarisch: Art. 2 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG; SR 823.11]). Bei dieser Geschäftstätigkeit ist ein i.S.v. Art. 340 Abs. 2 OR relevanter Einblick in den Kundenkreis einerseits mit der Kenntnis des Kundenstamms, d.h. Wissen um den Kreis der Arbeitgeber für welche die Berufungsbeklagte Personal sucht, andererseits mit der Kenntnis der Bedürfnisse dieses Kundenstamms, d.h. Wissen betreffend die finanziellen und qualitativen Erwartungen der Arbeitgeber an die zu vermittelnden Stellensuchenden, gleichzusetzen.

### 3.4.3

Die Berufungsklägerin trat bei der Berufungsbeklagten per 23. März 2015 eine Stelle als Personalassistentin an (vi-KB 3). Nach einer Weiterbildung zur zertifizierten Personalassistentin (vi-KB 9) wurde sie Ende März 2018 befördert und arbeitete bis zu ihrem Ausscheiden per 31. Dezember 2018 als Sachbearbeiterin Lohn- und

Sozialversicherungswesen/Assistentin (vi-KB 8; vi-PBB S. 4). Zeitgleich wurde der ursprüngliche Aufgabenkatalog der Berufungsklägerin erweitert. Dieser gestaltete sich gemäss dem aufgelegten Arbeitszeugnis neu wie folgt (vi-KB 8):

- Selbstständiges Führen der gesamten Lohn-, Versicherungs- und Personaladministration für das Temporärpersonal
- Kontrollieren und Fakturieren von Temporär-Dienstleistungen
- Einhalten der Gesamtarbeitsvertragsbedingungen (GAV) inklusive Anpassung der Tariflöhne
- Unterstützen von temporären Mitarbeitern in arbeitsrechtlichen sozialen Belangen
- Einholen von Aufenthaltsbedingungen und verantwortlich für deren Verlängerungen
- Kontrollieren und Erstellen von Einsatz- und Verleihverträgen
- Erstellen von Arbeitszeugnissen für Temporärpersonal
- Erstellen von diversen Statistiken und Jahresdeklarationen für die Geschäftsleitung
- Unterstützen von Personalberatern im Temporärbereich in rechtlichen Fragen
- Empfang-, Post- und Telefondienst
- Führen des Protokolls an Teamsitzungen
- Team-Assistenz für diverse administrative Arbeiten
- Unterstützen bei der Organisation von Anlässen und Meetings

Auch die Parteien erläuterten anlässlich der Hauptverhandlung: Der Berufungsklägerin sei ein selbstständiges Aufgabengebiet zugeteilt worden, welches sie unabhängig von den Personalberatern bearbeitet habe (vi-PBB S. 4). In diesem Zusammenhang seien auch die Berechtigungen der Berufungsklägerin massgeblich erweitert worden (vi-PBK S. 3). Zu den neuen Aufgaben hätten das Eintragen von Rapporten von Bewerbern in das interne System, die Erstellung der monatlichen Abrechnung der Temporärmitarbeiter und der Rechnungen für Kunden gehört. Zudem habe sie monats- oder quartalsweise Statistiken erstellt (vi-PBB S. 4). Im Wesentlichen sei sie für den Temporärbereich zuständig gewesen (vi-PBB S. 5). Im Übrigen habe Kundenkontakt bestanden (vi-PBB S. 3; auch: vi-KB 8). Aufgrund ihrer Schnittstellenfunktion als Personalassistentin Lohn- und Sozialversicherungswesen habe die Berufungsklägerin alle Konditionen, Kalkulationen (inkl. der sog. Temporärkalkulation), Verträge (inkl. der Zusammenarbeitsverträge der Berufungsbeklagten mit ihren Kunden) und Bewerber gekannt (vi-PBK S. 4). Über einen vergleichbaren Informationsstand habe bei der Berufungsbeklagten einzig die Geschäftsleitung verfügt (vi-PBK S. 4).

Im Bereich des Temporärpersonals führte die Berufungsklägerin demnach die gesamte Lohn-, Versicherungs- und Personaladministration selbstständig, wobei sie gegenüber den beiden externen Anspruchsgruppen – den Bewerbern (Stellensuchenden) und den Kunden (Arbeitgeber) – mindestens zeitweise eigenständig auftrat. So umfasste ihr Aufgabenkatalog in dieser Hinsicht nämlich u.a. die Rechnungsstellung, die Kontrolle der Temporärdienstleistungen sowie Beratungsleistungen für das Temporärpersonal. Es kann somit keine Rede davon sein, dass die Berufungsklägerin bloss untergeordnete Administrativtätigkeiten ausführte. Vielmehr erforderte die Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben offensichtlich sowohl eingehende Kenntnisse des Kundenstammes als auch deren Besonderheiten und Bedürfnisse, andernfalls sie die den ihr umfassenden Aufgabenkatalogs gar nicht hätte erledigen können. Aufgrund ihrer Arbeitstätigkeit explizit bekannt waren ihr etwa die Verträge des vermittelten Personals sowie die Verträge der Berufungsbeklagten mit den auftraggebenden Arbeitgebern. Die Berufungsklägerin kannte dementsprechend die Konditionen der auftraggebenden Arbeitgeber, die Eckpunkte deren Zusammenarbeit mit der Berufungsbeklagten sowie die interne Einzelfall-Margenkalkulation für vermitteltes Temporärpersonal (sog. Temporärkalkulation). Sie war damit – zumindest im Bereich der Vermittlung des Temporärpersonals – in den Grossteil der geschäftsrelevanten Prozesse eingebunden, wobei sie umfassende Kenntnis des Kundenstamms der Berufungsbeklagten und dessen relevante Daten und Bedürfnisse erlangte. Dass ein Grossteil dieses Wissens nicht alleine auf täglichen Kundenkontakt zurückzuführen ist, sondern sie dieses Wissen mittelbar, d.h. aufgrund ihrer Einsicht in alle relevanten (Vertrags-)Dokumente, wahrnahm, steht der Gültigkeit des Konkurrenzverbots nicht entgegen. Ein im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR relevanter Einblick in den Kundenkreis kann sich – wie hier – auch bei bloss punktuellem Kundenkontakt anderweitig verwirklichen (in diesem Sinne auch: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., 2012, N 9 zu Art. 340 OR; JOE RÄBER, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, 2020, N 448 *[«Entscheidend ist nicht die Art der Kenntnisnahme, sondern die Qualität der Information.»]*). Diese, ihr aufgrund ihrer Tätigkeit zugänglich gemachten Spezialkenntnisse gehen denn auch weit über Branchen- oder Ausbildungsübliches hinaus und betreffen konkrete Kundenbeziehungen/-verhältnisse der Berufungsbeklagten und sind Dritten, namentlich auch Konkurrenten, nicht ohne Weiteres zugänglich.

Der Vorinstanz ist demzufolge im Ergebnis zuzustimmen: Die Berufungsklägerin hatte aufgrund ihrer letzten Tätigkeit bei der Berufungsbeklagten Einblick in deren Kundenkreis, indem sie sowohl deren Kundenstamm als auch deren Bedürfnisse – und damit die

wesentlichen Voraussetzungen, welche diesen Kundenstamm an die Berufungsbeklagte binden – kannte. Das Konkurrenzverbot war demnach gültig.

## 4. Übermässigkeit des Konkurrenzverbots

### 4.1

In einem ersten Schritt erwog die Vorinstanz, ein Teil der Lehre vertrete im Falle des blossen Schutzes des Kundenstammes ein Konkurrenzverbot von maximal sechs Monaten. Die Berufungsklägerin habe aber neben dem Einblick in den Kundenkreis auch Einblick in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gehabt, womit eine solche, allfällige Obergrenze ohnehin nicht zum Tragen komme (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 2.3.4.1 S. 13 f.).

In einem zweiten Schritt erachtete die Vorinstanz das für die Maximaldauer von drei Jahren abgeschlossene, nachvertragliche Konkurrenzverbot allerdings als übermässig und reduzierte es zeitlich auf ein Jahr. Zu diesem Ergebnis gelangte die Vorinstanz nach einer umfassenden Interessenabwägung resp. Angemessenheitsprüfung: Zugunsten der Berufungsklägerin berücksichtigte sie den Stand ihrer beruflichen Laufbahn (Alter, Lohn), den kurz dauernden Einblick in den Kundenkreis (neun Monate während einer vierjährigen Anstellungsdauer) und damit die fehlende Möglichkeit ein tragendes Verhältnis mit den Kunden der Berufungsbeklagten aufzubauen, die Schnelllebigkeit der Personalvermittlungsbranche, den Verlust von arbeitsrelevantem Kundenkontakt und Wissen nach ihrer Kündigung, die fehlende Böswilligkeit und Vergütung für das Konkurrenzverbot. Auf Seiten der Berufungsbeklagten bedachte sie namentlich den umfassenden Einblick der Berufungsklägerin in deren Kundenkreis sowie sensible Daten (Geschäftsgeheimnisse) ab März 2018, das daraus resultierende erhebliche Schädigungspotential, die Widerhandlung gegen das Konkurrenzverbot wider Wissens und die angegebene, jedoch nicht umgesetzte Neuorientierung als Kündigungsgrund (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 2.3.4.2 S. 15 f.).

### 4.2

Die Berufungsklägerin macht geltend, selbst wenn ein Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse vorläge, sei dieser bloss sehr gering bzw. oberflächlich gewesen, da er bloss während der letzten neun Monate des rund vierjährigen Arbeitsverhältnisses bestanden habe. Eine intensive Beziehung zu den Kunden habe während dieser Zeit nicht aufgebaut werden können; die Branche sei sehr schnelllebig. Dementsprechend sei ein Schädigungspotential zu verneinen, weshalb sich maximal eine Dauer von sechs und nicht – wie von der Vorinstanz festgelegt – zwölf Monaten rechtfertige.

## 4.3

Die relevanten rechtlichen Grundlagen hat die Vorinstanz einlässlich erläutert (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 2.1.2 Abschn. 1 f. S. 8 f. [potenzielle Schädigungsgefahr]; E. 2.3 S. 10 ff. [Beschränkung des Konkurrenzverbots]). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf diese zutreffenden Ausführungen verwiesen.

## 4.4

Die Vorinstanz hat dargelegt, weshalb sie einerseits eine erhebliche Schädigungsgefahr (Urteil ZE 20 39 E. 2.1.2 Abschn. 3 S. 9), andererseits sowohl einen Einblick in den Kundenkreis, als auch zusätzlich in Geschäftsgeheimnisse der Berufungsbeklagten annahm (dortige E. 2.3.4.1 Abschn. 3 S. 14). Ebenso zeigte sie, unter Berücksichtigung der relevanten Interessen, ausführlich auf, weshalb in gegenständlicher Konstellation ein nachvertragliches Konkurrenzverbot von noch einem Jahr als angemessen erachtet wird (dortige E. 2.3.4.2 S. 15 f.). Das Obergericht schliesst sich den zutreffenden Ausführungen an.

Zu ergänzen ist, dass sich in den referenzierten Urteilserwägungen – unter Berücksichtigung des Beweismaterials – eine nachvollziehbare Auseinandersetzung mit den konkreten Sachumständen (auch den subjektiven), eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessenlagen und schlussendlich hinsichtlich der Dauer des Konkurrenzverbots ein vertretbarer Ermessensentscheid findet. Bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden auferlegt sich die Rechtsmittelinstanz eine gewisse Zurückhaltung und setzt nicht ohne Not ihr eigenes Ermessen an dasjenige der Vorinstanz (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff. S. 202 ff.; MARTIN H. STERCHI, in: BK-ZPO, a.a.O., N 8 f. zu Art. 310 ZPO). Inwiefern der Vorinstanz, wie von der Berufungsklägerin moniert, eine Ermessensüberschreitung oder eine Verletzung der Begründungspflicht anzulasten wäre, erhellt nicht. Dass der Einblick in den Kundenkreis bzw. die Geschäftsgeheimnisse von geringer Intensität bzw. Dauer war, hat die Vorinstanz in ihrer Würdigung nämlich berücksichtigt (dortige E. 2.3.4.2 S. 15 f.). Dasselbe gilt für das erhebliche Schädigungspotential der bei der Berufungsbeklagten erlangten Kenntnisse (dortige E. 2.1.2 Abschn. 3 S. 9). Ebenso wenig zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz in ihrer Gesamtwürdigung auch das Verhalten der Berufungsklägerin miteinbezog, wie das Wissen um das bestehende Konkurrenzverbot bei Antritt der konkurrenzierenden Stelle sowie die sich als unzutreffend erweisende Kündigungsangabe betreffend eine berufliche Neuorientierung. Indessen ist festzuhalten, dass die Herabsetzung der Dauer des

Konkurrenzverbots auf ein Jahr selbst dann noch vertretbar wäre, wenn die vorgenannten subjektiven Elemente bei der Würdigung unberücksichtigt geblieben wären.

## 5. Höhe der Konventionalstrafe

### 5.1

Die Vorinstanz bejahte im Weiteren eine Verletzung des Konkurrenzverbots (dortige E. 2.4 S. 16 f.). Hinsichtlich der Höhe der Konventionalstrafe wurde erwogen, dass die Parteien diese im Anstellungsvertrag vom 6. März 2015 vereinbart hätten, nämlich ein Jahresgehalt, berechnet vom letzten Monatslohn inkl. alle zusätzlichen Bezüge (vi-KB 3). Die Berufungsbeklagte habe angesichts des jungen Alters der Berufungsklägerin sowie ihres (mutmasslich) durchschnittlich hohen Einkommens klageweise einen Betrag von Fr. 30'000.– gefordert, der sieben Monatslöhnen der Berufungsklägerin entspreche. Die Vorinstanz berücksichtigte, dass die Berufungsklägerin von ihrem neuen Arbeitgeber wiederum als Mitarbeiterin Administration und nicht als Personalberaterin angestellt wurde und die geforderte Konventionalstrafe angesichts des geringen Salärs eine schwere finanzielle Last darstellen würde. Sie zog weiter in Erwägung, dass die Berufungsklägerin lediglich während neun Monaten Einblicke in die Kundenkreise und Geschäftsgeheimnisse der Berufungsbeklagten gehabt hat. Nachdem das Gericht das nachvertragliche Konkurrenzverbot in zeitlicher Hinsicht als unangemessen erachte und um zwei Drittel reduziert habe, sei auch eine Kürzung der eingeklagten Konventionalstrafe um zwei Drittel, auf Fr. 10'000.– vorzunehmen.

### 5.2

Diesbezüglich wendet sich die Berufungsklägerin nunmehr gegen die Höhe der Konventionalstrafe. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die Konventionalstrafe in der Höhe von einem Jahresgehalt (rund Fr. 55'000.–) von Beginn weg zu hoch gewesen sei, auch wenn man vorliegend nicht der gesamte Betrag eingeklagt habe. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen überschritten, indem sie bei der Bemessung der angemessenen Höhe der Konventionalstrafe unberücksichtigt gelassen, dass die Berufungsbeklagte diese bereits freiwillig um rund die Hälfte reduziert habe. Deshalb hätte die Vorinstanz den geforderten Betrag (Fr. 30'000.–) korrekterweise um die Hälfte (Fr. 15'000.–) kürzen müssen, da die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe bereits massiv übersetzt gewesen sei. Diesen um die Hälfte gekürzten Betrag hätte sie aufgrund der zeitlichen Übermässigkeit um weitere zwei Drittel (Fr. 10'000.–) auf Fr. 5'000.– reduzieren müssen, wobei aufgrund der Umstände

(schlechtes Betriebsklima, nur oberflächlicher Einblick in den Kundenkreis/ Geschäftsgeheimnisse, längere Arbeitslosigkeit, fehlender Schadenseintritt etc.) gar von einer Konventionalstrafe abzusehen gewesen wäre.

## 5.3

Die relevanten rechtlichen Grundlagen hat die Vorinstanz erläutert (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 2.5 Abschn. 1 f. S. 17). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf diese zutreffenden Ausführungen verwiesen.

## 5.4

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Konventionalstrafe vertraglich auf das letzte Jahresgehalt, konkret auf rund Fr. 55'000.– festgelegt wurde. Ebenso sind sich die Parteien einig, dass die festgelegte Konventionalstrafe übermässig war. Rechtsfolge der Übermässigkeit einer Konventionalstrafe ist die ermessensweise richterliche Herabsetzung – unter Würdigung aller Umstände – auf das angemessene Mass (vgl. Art. 340a Abs. 2 OR), was die Vorinstanz denn richtigerweise auch tat. Wiederum steht damit ein Ermessensentscheid der Vorinstanz zur Diskussion, bei dessen Überprüfung sich die Rechtsmittelinstanz eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not sein eigenes Ermessen an dasjenige der Vorinstanz setzt (vgl. Hinweis in vorstehender E. 4.4).

Einerseits wird der Vorinstanz betreffend den *Umfang* der Herabsetzung eine Ermessensüberschreitung vorgeworfen (s.o., E. 5.2 Abschn. 1): Die Vorinstanz bewegte sich zweifellos in ihrem Ermessenrahmen, wenn sie davon ausging, dass die Reduktion des Konkurrenzverbots in zeitlicher Hinsicht um zwei Drittel eine Reduktion der Konventionalstrafe in gleichem Verhältnis rechtfertige. Mit dieser $^2/_3$-Reduktion aufgrund zeitlicher Übermässigkeit zeigt sich denn grundsätzlich auch die Berufungsklägerin einverstanden. Sie fordert aber, dass die Konventionalstrafe nochmals hälftig zu reduzieren sei, weil die Berufungsbeklagte bloss rund die Hälfte der ursprünglich vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe eingeklagt habe. Diese Forderung ist unbegründet. Der Umstand, dass die Berufungsbeklagte die Übermässigkeit der Konventionalstrafe antizipierte und darum bloss einen Teil des vertraglich Vereinbarten einklagte, ist allenfalls in prozessualer Hinsicht relevant, für die richterliche Herabsetzung gemäss Art. 340a Abs. 2 OR allerdings ohne Bedeutung.

Ein Ermessensfehler könnte der Vorinstanz einzig hinsichtlich der *Höhe* der zu kürzenden Konventionalstrafe angelastet werden. Ausgangspunkt der richterlichen Herabsetzung bildet nämlich nicht wie von der Vorinstanz angenommen der eingeklagte (Fr. 30'000.–), sondern

der vertraglich vereinbarte, übermässige Betrag (Fr. 55'000.–). Wiederum ist hervorzuheben, dass der antizipierende, vorprozessuale Teilverzicht für die richterliche Herabsetzung gemäss Art. 340a Abs. 2 OR keine Rolle spielt. Bei einer Kürzung um zwei Drittel wäre die Konventionalstrafe demnach nicht auf Fr. 10'000.– (Fr. 30'000.– × $^2/_3$), sondern auf rund Fr. 18'500.– (Fr. 55'000.– × $^2/_3$) festzulegen gewesen. Gesagtes gereichte allerdings einzig zum Vorteil der Berufungsbeklagten respektive zum Nachteil der Berufungsklägerin. Nachdem die Berufungsbeklagte hier ihrerseits weder Berufung noch Anschlussberufung erhob, kommt aber das Verschlechterungsverbot zu tragen. Das Berufungsgericht kann der Berufungsbeklagten nicht mehr zusprechen als sie bereits von der Vorinstanz zugesprochen erhielt (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO). Eine diesbezügliche Anpassung fällt damit ausser Betracht, womit der vorinstanzliche Rechtsspruch nichtsdestotrotz zu bestätigen ist.

## 6. Vorinstanzliche Kostenverlegung

### 6.1

Die Vorinstanz erwog, dass die Klage in der Sache, nicht aber in der Summe gutgeheissen wurde. Die Bezifferung der Forderung sei für die Klägerin besonders schwierig gewesen, da die Höhe vom richterlichen Ermessen abhängig gewesen sei. Daher werde gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen abgewichen und der Berufungsklägerin die Kosten auferlegt.

### 6.2

Die Berufungsklägerin wendet hiergegen ein, es sei nicht ersichtlich inwiefern die Abschätzung der angemessenen Höhe der Konventionalstrafe nicht möglich bzw. erschwert gewesen sei. Ebenso handle es sich bei der Berufungsbeklagten klarerweise um die wirtschaftlich stärkere Partei. Aufgrund der massiven Übersetztheit der ursprünglich vereinbarten Konventionalstrafe hätte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten die Kosten in Anwendung von Art. 107 ZPO vollumfänglich auferlegen müssen. Zumindest hätte die Vorinstanz die Prozesskosten nach Art. 106 Abs. 2 ZPO verlegen und der Berufungsklägerin maximal ein Drittel der Verfahrenskosten auferlegen dürfen.

### 6.3

Die rechtlichen Grundlagen für die (vorinstanzliche) Kostenverlegung wurden durch die Vorinstanz in zutreffender Weise dargelegt (vgl. Urteil ZE 20 39 E. 3 Abschn. 1 f. S. 18; E. 3.2 Abschn. 1 f. S. 19); darauf wird verwiesen.

## 6.4

Die vorinstanzliche Kostenverlegung ist weder in der Vorgehensweise noch im Ergebnis zu beanstanden. Die Berufungsbeklagte klagte wegen Verletzung des Konkurrenzverbots eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 30'000.– ein, was ihrer Auffassung nach rund sieben Monatslöhnen der Berufungsklägerin entsprach. Das Gericht bejahte den Bestand und die Verletzung des Konkurrenzverbots sowie daraus folgend die Konventionalstrafe, womit von einem grundsätzlichen Obsiegen auszugehen ist. Sowohl die nur teilweise klagende Berufungsbeklagte als auch die Vorinstanz gingen indessen davon aus, dass die vereinbarte Konventionalstrafe nicht vollständig zu leisten, sondern infolge Übermässigkeit gemäss Art. 340a Abs. 2 OR unter Würdigung aller Umstände ermessenweise herabzusetzen sei. Während die Berufungsbeklagte von einem Betrag von Fr. 30'000.– ausging und einklagte, legte die Vorinstanz den zu leistenden Betrag schlussendlich auf bloss Fr. 10'000.– fest. Dieser Ermessensentscheid des Gerichts ist bzw. war von einer Vielzahl von Faktoren («unter Würdigung aller Umstände»; vgl. exemplarisch: RÄBER, a.a.O., N 764 ff.) abhängig, welche für eine klagende Partei im Regelfall vorgängig nur schwer abschätzbar sind. Entgegen der berufungsklägerischen Auffassung lässt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine eigentliche Standardisierung ableiten, welche es erlauben würde, den gerichtlichen Ermessensentscheid (genau) zu prognostizieren (zu den die Herabsetzung rechtfertigenden Kriterien: BGE 114 II 264 E. 1a). Demnach ist mit der Vorinstanz dafür zu halten, dass die Bezifferung des Anspruchs für die Berufungsbeklagte hier schwierig, demnach die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO erfüllt und die Vorinstanz berechtigt war, von den Verteilungsgrundsätzen abzuweichen und die Prozesskosten ermessensweise, vollständig der grundsätzlich unterliegenden Berufungsklägerin aufzuerlegen. Dass es sich bei ihr um die wirtschaftlich schwächere Partei handelt, vermag daran nichts zu ändern.

## 7.

Nach dem Gesagten ist die Berufung unbegründet, vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

## 8.

## 8.1

Im Entscheidverfahren werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem

Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten gesprochen (vgl. Art. 114 lit. c ZPO). Zum Entscheidverfahren zählen auch allfällige kantonale Rechtsmittelverfahren (anstelle vieler: VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 2 zu Art. 114 ZPO).

In gegenständlichem Berufungsverfahren war eine Angelegenheit betreffend eine Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis mit einem Streitwert von Fr. 30'000.– zu beurteilen. Demnach werden in Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO keine Gerichtskosten gesprochen.

## 8.2

Die Kostenlosigkeit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich indessen bloss auf die Gerichtskosten (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung BBl 2006 7300 Ziff. 5.8.3); Parteientschädigungen werden hingegen nach den allgemeinen Regeln festgesetzt und verteilt (Art. 96, Art. 104 ff. ZPO). Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In Prozessen mit einem Streitwert von Fr. 30'000.– beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 2'000.– bis Fr. 8'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 500.– bis Fr. 4'800.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätzen sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Das Honorar beträgt je Stunde zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– (Art. 34 Abs. 2 PKoG).

Die Rechtsvertretung der Berufungsbeklagten macht mit Kostennote vom 4. Mai 2021 eine Parteientschädigung von Fr. 2'098.95 (Honorar Fr. 1'875.– [7.5 Std. à Fr. 250.–], Auslagen Fr. 73.90, 7.7% MwSt. Fr. 150.05) geltend. Diese liegt innerhalb des gesetzlichen Kostenrahmens, ist angemessen und wird genehmigt. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 2'098.95 zu bezahlen.

## Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung vom 3. Mai 2021 wird abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten gesprochen.

3. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 2'098.95 zu bezahlen.

4. Zustellung dieses Urteils an:

Stans, 24. Juni 2021

**OBERGERICHT NIDWALDEN**
**Zivilabteilung**
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Carmen Meier

i.V. MLaw Silvan Zwyssig Versand: _____

**Rechtmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 30'000.–.