

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech,
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Urteil und Beschluss vom 10. April 2017

in Sachen

A1. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
31. August 2016 (AG130007-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- „1. Es sei dem Beklagten unter Androhung der gerichtlichen Bestrafung mit Busse im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, vorsorglich und bis auf Weiteres, jedoch bis mindestens am 12. März 2014, die Klägerin direkt oder indirekt zu konkurrenzieren, namentlich in den Bereichen Personalvermittlung, Personalberatung sowie Executive Search schweizweit tätig zu sein bzw. entsprechende Dienstleistungen, insbesondere in den Fachbereichen Hochbau, Spezial-/Tiefbau, Tunnelbau, Infrastrukturbau, Verkehrsplanung, Kunstbauten, Konstruktiver Ingenieurbau, Immobilienentwicklung, Portfoliomanagement, Technische Gebäudeausrüstung und Facility Management anzubieten;
2. der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 175'000.00 nebst Zins zu 5% seit 6. März 2012 zu bezahlen;
3. unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt auf Nachweis weiterer Verletzungssachverhalte;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 31. August 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 15'250.00 ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 240.00 Zeugenentschädigungen

CHF. 15'490.00 Total

3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.

Sie werden zunächst aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen bezogen.

Die Klägerin wird zudem verpflichtet, der Gerichtskasse den noch offenen Betrag von CHF 90.– nachzuzahlen.

4. Dem Beklagten wird der von ihm geleistete Barvorschuss zurückbezahlt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteienschädigung von CHF 29'322.– (CHF 27'150.– zuzüglich CHF 2'172.– Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(6./7. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 89 S. 2):

- „1. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 175'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. März 2012 zu bezahlen;
 2. unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt auf Nachweis weiterer Verletzungssachverhalte;
 3. eventualiter sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 31. August 2016 (Geschäfts-Nr. AG130007) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten –,

Des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 95 S. 2):

- „1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten der Berufungsklägerin.“

Erwägungen:

I.

Die Klägerin ist eine Personalberatungsfirma. Der Beklagte war bei ihr mit Arbeitsvertrag vom 30. April 2009 ab 1. Juli 2009 als Senior Consultant angestellt.

Zu seinen Hauptaufgaben gehörte gemäss Vertrag die Vermittlung von Spezialisten und Führungskräften aus dem Segment „Immobilien- und Baumanagement“ an interessierte Wirtschaftskreise und der sukzessive Aufbau eines eigenen Kundenportefeuilles innerhalb des Kompetenzgebietes zur Bearbeitung von Kundenmandaten und die laufende Pflege des Beziehungsnetzes. Mit Schreiben vom 27. Februar 2012 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis per 27. März 2012. Mit Austrittsvereinbarung vom 6. März 2012 beendeten die Parteien das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einverständnis bereits per 12. März 2012. Im Arbeitsvertrag war ein Konkurrenzverbot vereinbart worden. Mit der vorliegenden Klage fordert die Klägerin vom Beklagten eine Strafzahlung von Fr. 175'000.– wegen mehrfacher Verletzung dieses Verbotes. Die Vorinstanz kam nach Durchführung eines Beweisverfahrens zum Schluss, das Konkurrenzverbot sei nicht verbindlich, weil die Person des Beklagten und dessen Fähigkeiten derart im Vordergrund gestanden hätten, dass die Kunden und Kandidaten ihm deswegen gefolgt seien. Damit fehle es an einem Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Schädigung und dem Einblick in den Kundenkreis bzw. in Geschäftsgeheimnisse. Überdies fehle es an einem erheblichen Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots, da sie den fraglichen Geschäftsbereich jedenfalls bis 2014 nicht mehr bewirtschaftet habe.

II.

Die Klage ging am 26. September 2013 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1). Der Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 90 S. 4 f.). Mit Berufungsschrift vom 5. Oktober 2016 hat die Klägerin rechtzeitig gegen das erstinstanzliche Urteil vom 31. August 2016 Berufung eingelegt (Urk. 89). Den mit Verfügung vom 12. Oktober 2016 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 11'750.– hat sie innert Frist geleistet (Urk. 92 f.). Die Berufungsantwort datiert vom 4. Januar 2017 und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 16. Januar 2017 zur Kenntnis gebracht (Urk. 95).

Wegen Ferienabwesenheit der Kammerpräsidentin übernimmt Oberrichter Dr. H.A. Müller als deren Stellvertreter vorliegend den Vorsitz.

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungs-

instanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

3. Die Vorinstanz hat die Klage vollumfänglich abgewiesen. Die Berufung der Klägerin richtet sich nicht gegen die Abweisung von Ziffer 1 des Rechtsbegehrens. Insofern ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 5. Januar 2017 in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

IV.

1. a) Das zwischen den Parteien im Arbeitsvertrag vom 30. April 2009 vereinbarte Konkurrenzverbot lautet wie folgt (Urk. 5/3 S. 4):

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses während zweier Jahre sich jeder direkten oder indirekten konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene oder fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin (Arbeitgeberin sowie deren Schwestergesellschaft A2._____ AG) im Wettbewerb steht, noch in einem solchen tätig zu sein, mit ihm zusammenzuarbeiten oder sich daran zu beteiligen.

Das Konkurrenzverbot gilt für die gesamte Schweiz und bezieht sich auf Personalvermittlung / Personalberatung / Executive Search. Das Konkurrenzverbot ist auch dann verletzt, wenn sich ein Konkurrenzbetrieb ausserhalb dieses Gebietes befindet, er aber im Ausschliesslichkeitsgebiet konkurrenzierende Tätigkeiten entfaltet.

Bei jedem Verstoss gegen das Konkurrenzverbot schuldet der Arbeitnehmer eine Konventionalstrafe in der Höhe von 50% seines Jahreszielgehaltes beim Austritt aus dem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin. Die Zahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht von der Pflicht zur Einhaltung des Konkurrenzverbotes.

Die Arbeitgeberin ist ferner berechtigt, zusätzlich den Ersatz des durch die Konkurrenzierung entstandenen Schadens zu verlangen und die reale Einhaltung des Konkurrenzverbotes durchzusetzen.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich sodann und insbesondere, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln."

b) Gemäss Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin 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. 2 OR).

Unter dem Kundenkreis ist der Kundenstamm zu verstehen, für den man beim Verkauf des Geschäftes Goodwill bezahlen würde; Einblick in den Kundenkreis setzt voraus, dass der Arbeitnehmer persönlichen Kontakt zu den Kunden hatte, der es ihm erlaubt, deren Eigenschaften und Bedürfnisse kennenzulernen, so dass er den Kunden leicht gleiche Leistungen anbieten und sie so für sich gewinnen könnte (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 340 N 9 S. 1231 f.). Als Fabrikationsgeheimnis gilt das Know-how des Unternehmens; zu den Geschäftsgeheimnissen zählt das Organisatorische und Kalkulatorische wie beispielsweise Lieferquellen, Preiskalkulationen, Rabattsätze, Marketingstrategien etc. (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 N 12 S. 1236). Damit die vom Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse unter den Begriff des Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses fallen, müssen sie Besonderheiten im technischen, organisatorischen oder finanziellen Bereich betreffen, die der Arbeitgeber geheim halten will; es kann sich nicht um Kenntnisse handeln, welche in allen Unternehmen derselben Branche erworben werden können. Art. 340 Abs. 2 OR unterscheidet zudem zwischen dem Einblick in den Kundenkreis einerseits und den Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen andererseits. Der blosser Einblick in den Kundenkreis kann daher keinesfalls eines dieser besonderen Geheimnisse darstellen, bezüglich derer der Arbeitnehmer auch nach Beendigung

des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet wäre (Art. 321a Abs. 4 OR; BGE 138 III 67 = Pra 101 Nr. 76, E. 2.3.2).

Das Konkurrenzverbot ist sodann nur verbindlich, wenn die Verwendung der durch den erwähnten Einblick erlangten Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Das Schädigungspotential für den alten Arbeitgeber besteht im Umstand, dass entsprechende Informationen vom neuen Arbeitgeber bzw. Unternehmen konkurrenzierend ausgenutzt werden können. Als Kunden sind solche Personen zu betrachten, die mit einer gewissen Regelmässigkeit Geschäftsbeziehungen mit dem Arbeitgeber eingehen oder vermitteln. In den geschützten Kreis fallen auch jene Kunden, die erst durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber gewonnen worden sind (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 340 N 3a). Nach der Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer dank seiner Kenntnis der Stammkunden und ihrer Gewohnheiten in der Lage ist, selber ähnliche Leistungen wie sein Arbeitgeber zu erbringen und damit Stammkunden abzuwerben. Denn diesfalls kann der Arbeitnehmer den Arbeitgeber aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis und der Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen. Anders ist die Situation hingegen, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sind, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers. Wendet sich in einem solchen Fall ein Kunde vom Arbeitgeber ab, um dem Arbeitnehmer zu folgen, resultiert für den Arbeitgeber kein Nachteil daraus, dass der Arbeitnehmer Kenntnisse über den Kundenkreis verwendet; der Nachteil entsteht ihm vielmehr dadurch, dass der Arbeitnehmer seine persönlichen Fähigkeiten nicht mehr für den Arbeitgeber einsetzt. In einem solchen Fall, in dem die Leistung des Arbeitnehmers durch eine gewichtige persönliche Komponente gekennzeichnet ist, rechtfertigt sich kein Konkurrenzverbot (BGE 138 III 67 = Pra 101 Nr. 76, E. 2.2.1; BGer 4A_680/2015 vom 1.7.2016, E. 2.1).

2. Zu den beiden ersten Voraussetzungen – Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse sowie Schädigungspotenzial –

schrieb die Vorinstanz lediglich, sie seien zwar bestritten, aber klar als gegeben anzusehen (Urk. 90 S. 8). Diese Feststellung blieb im Berufungsverfahren von beiden Parteien unbestritten (Urk. 89 S. 7 Rz 11; Urk. 95 S. 4 Rz 7), weshalb davon auszugehen ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

3. a) Die Klägerin gehört zu einer von C._____ beherrschten Unternehmensgruppe unter dem Dach der A._____ Group AG. Zur Unternehmensgruppe zählen neben der Klägerin die A3.'_____ AG und die A4._____ AG, früher auch noch die A5._____ AG (Urk. 17 S. 11; Urk. 63 S. 1 f.; vgl. Handelsregister des Kantons Zürich, Firmennummern CHE-1 und CHE-2). Das Konkurrenzverbot erstreckt sich nach seinem Wortlaut auf die Schwestergesellschaft „A2._____ AG“. Die Vorinstanz hielt dazu fest, eine solche Firma existiere nicht. Gegenüber den Schwestergesellschaften sei kein Konkurrenzverbot ausdrücklich festgehalten. Der Beklagte sei nur für die Klägerin und nicht auch für die andern genannten Gesellschaften tätig gewesen. Gemäss Angaben des Beklagten habe eine Datenweitergabe von der Klägerin an die andern Gesellschaften, nicht jedoch in umgekehrter Richtung stattgefunden. Dies werde von der Gegenseite „so nicht bestritten“. Der Beklagte habe somit nicht vom Kundenkreis der gesamten "Gruppe", sondern nur von demjenigen der Klägerin Kenntnis erhalten. Nach dem Gesagten sei klar, dass sich das Konkurrenzverbot nur auf die Klägerin und nicht auch auf andere von C._____ beherrschte Gesellschaften erstrecke, was wiederum bedeute, dass der Beklagte zu jenen Unternehmen in den Wettbewerb habe treten dürfen (Urk. 90 S. 10).

b) Die Klägerin weist darauf hin, dass gemäss Handelsregister unter der Firmennummer CHE-1 die A2._____ AG früher unter A3._____ AG und neu unter A3.'_____ AG firmiere, gegenüber welcher das Konkurrenzverbot ebenfalls Gültigkeit beanspruchen könne. Falsch sei überdies, dass der Beklagte keinen Einblick in den Kundenkreis der Firmengruppe erhalten habe. Die Klägerin habe in der Replik ausgeführt, dass die Daten in einer gemeinsamen Datenbank der klägerischen Gruppe geführt würden und die einzelnen Personendaten von den anderen Schwestergesellschaften aufgrund der segmentierten Marktbearbeitung ausschliesslich ihrem Zweck entsprechend und damit in der Regel nicht für eige-

ne Zwecke bearbeitet würden. Der Beklagte sei gehalten gewesen, die Daten nur in seinem Marktsegment zu bearbeiten (Urk. 89 S. 10).

c) Die klägerische Sachdarstellung zu den Umfirmierungen bei der A2._____ AG ist zutreffend und wird vom Beklagten nicht bestritten (Urk. 95 S. 5 f. Rz 11). Das Konkurrenzverbot erstreckte sich demnach auf die frühere A2._____ AG und heutige A3.'_____ AG. Die Klägerin anerkannte in der Replik (Urk. 32 Rz 13 f.), dass die Firmengruppe eine gemeinsame Datenbank („D._____“) führte, und behauptete, der Beklagte habe sie zu seinen Zwecken gerne intensiv genutzt. Weiter hat sie die Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort (Urk. 17 S. 11) nicht bestritten, wonach die A3._____ AG und die A4._____ AG über eine eigene Datenbank verfügten, auf welche die zwei anderen Gesellschaften keinen Zugriff hatten. „D._____“ hatte demgegenüber auch nach Darstellung des Beklagten zur Folge, dass Personendaten von Kandidaten auch den anderen Unternehmungen der Gruppe zugänglich gemacht wurden. Mit diesen Präzisierungen sind die vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu beanstanden.

4. a) Gestützt auf das durchgeführte Beweisverfahren kam die Vorinstanz zum Schluss, die Person des Beklagten und dessen Fähigkeiten hätten derart im Vordergrund gestanden, dass die Kunden (gemeint: Arbeitgeber) und Kandidaten (Arbeitnehmer) ihm deswegen gefolgt seien. Es fehle damit an einem Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Schädigung und dem Einblick in den Kundenkreis bzw. in Geschäftsgeheimnisse. Das Konkurrenzverbot sei daher nicht verbindlich. Der Beklagte habe zwar einerseits angedeutet, dass nicht nur die persönlichen Fähigkeiten des Beraters von Bedeutung seien, wenn er beispielsweise den Umgang der verschiedenen Unternehmen der Unternehmensgruppe mit den Daten von Kandidaten beanstande. Andererseits hätten aber die Befragungen von E._____, damals Geschäftsführer der Klägerin, und C._____ ergeben, dass im vorliegenden Fall offenbar das Können und Verhalten des Beklagten für die Kunden ausschlaggebend gewesen sei. E._____ und C._____ hätten ausgeführt, die Klägerin habe keinen Nachfolger für den Beklagten gefunden, weil die angefragten Personen sich nicht zugetraut hätten, mit den Kontakten, welche der Beklagte gut etabliert habe, erfolgreich zu arbeiten, da dieser immer

noch konkurrenzierend tätig gewesen sei. Alle hätten gewusst, dass der Beklagte alle Kontakte angesprochen habe und intensiv mit diesen Kontakten arbeite. Der Beklagte habe „verbrannte Erde“ zurückgelassen. C._____ habe auf die Frage, ob der Beklagte so gut gewesen sei, dass man als A1._____ gar keine Chance mehr gehabt habe, bestätigt, dass man deswegen keinen anderen Personalberater habe anstellen können. Er habe zudem dargelegt, dass es in der vorliegenden Branche nicht das Problem sei, Firmen als Auftraggeber zu haben. Das Problem sei, Kandidaten loyal zu haben, damit diese zuhörten, weil diese jeden Tag kontaktiert würden. Diese hätten den Zugang zu Menschen, von welchen sie dächten, sie hätten gute Positionen. Nach den Aussagen von C._____ sei es für einen Kunden nicht massgebend, zu welchen Bedingungen ein Mitarbeiter vermittelt werde, wie teuer er sei. Massgebend sei, dass im konkreten Fall der Beklagte die 3'000 Kontakte, die er bei der Klägerin aufgebaut habe, alle gut kenne, viel besser als ein neuer Berater, den die Klägerin einarbeite. Aus diesen Ausführungen sei zu schliessen – so die Vorinstanz weiter –, dass die Person eines Personalberaters für die Kunden, ganz besonders aber auch für die Kandidaten, von grosser Wichtigkeit sei. Die Kontakte allein, die der Klägerin im vorliegenden Fall ja alle erhalten geblieben seien und mit der die Klägerin hätte weiterarbeiten können, reichten also für einen Geschäftserfolg nicht aus. Glaube man den Aussagen von C._____, seien die 3'000 Kontakte allein praktisch nichts wert, sofern und solange auch der Beklagte mit diesen Kontakten arbeite. Und offensichtlich hätten die Klägerin und mögliche Nachfolger des Beklagten diesen als fachlich so gut erachtet, dass sie für mehrere Jahre die Finger von diesem Geschäft gelassen hätten. Dass der Beklagte die 3'000 Kontakte – jedenfalls nach Behauptung der Klägerin – während der Anstellungszeit bei ihr aufgebaut und kennengelernt habe, ändere an der Unverbindlichkeit des Konkurrenzverbots nichts. Letztlich habe es die Klägerin zu vertreten, wenn bei ihr ausschliesslich der Beklagte mit diesen Kontakten zu tun gehabt und niemand anderer diese Kontakte und deren Eigenheiten gekannt habe. Wenn die Klägerin dem Beklagten heute vorwerfe, sich um die Pflege der Datenbank foutiert zu haben – und damit sinngemäss behaupte, der Beklagte habe die Wertlosigkeit der immer noch bei der Klägerin vorhandenen Daten verursacht –, sei ihr entgegenzuhalten, dass sie in den fast drei Jahren seit

dem Stellenantritt am 1. Juli 2009 genug Zeit gehabt hätte, den Beklagten zu kontrollieren und allenfalls zur Pflege der Datenbank anzuhalten. Letztlich sei es die Klägerin, die für ihre eigenen Daten verantwortlich sei. Dass offenbar der Beklagte innerhalb der Klägerin der Einzige gewesen sei, der mit den vorhandenen Daten erfolgreich habe arbeiten können, hätte im Übrigen auch dann zu Problemen bei der Klägerin geführt, wenn der Beklagte nach seinem Abgang in einem völlig anderen Beruf gearbeitet und nicht ein Konkurrenzunternehmen eröffnet hätte. Auch dann wäre die Klägerin gegenüber andern Konkurrenzunternehmen, die es – was gerichtsnotorisch sei – durchaus gebe, ins Hintertreffen geraten (Urk. 90 S. 16 ff.).

b) Die Klägerin moniert im Berufungsverfahren, die Vorinstanz habe nicht angeben können, worin denn die Fähigkeiten (ohne die der Klägerin gehörenden Kundendaten und -details) bestanden hätten. Die Vorinstanz habe verkannt, dass der Kausalzusammenhang zwischen den klägerischen Kunden- und Geschäftsgeheimnissen (> 3000 Kontaktdaten und -details) und der Schädigungsmöglichkeit sehr wohl vorhanden gewesen sei, denn nicht die persönlichen Eigenschaften des Klägers, sondern dessen nahtlose intensive Bearbeitung der Kundendaten und -details, was das Konkurrenzverbot gerade hätte verhindern sollen, habe der Klägerin Schwierigkeiten und Schaden bereitet. Weiter habe die Vorinstanz verkannt, dass die langjährigen Kundenkenntnisse die primäre Geschäftsbasis der Personalvermittlung darstellten, nämlich die über Jahre zusammengetragenen und dokumentierten Kenntnisse über Organisation, Geschäftsphilosophie, -kultur und -entwicklung, Entscheidungsträger und -charaktere bzw. Rückmeldungen vermittelt Personen, d.h. Detailinformationen, welche die Klägerin in einer Datenbank über jede Kontaktnahme systematisch erfasst habe. Nur so könnten die zahlenden Kunden, d.h. die suchenden Arbeitgeber, bedürfnisgerecht bedient werden, ohne dass diese sich jedes Mal von neuem erklären bzw. vorstellen müssten. Nur auf dieser Basis ergäben sich die notwendige Vertrauensbasis und entsprechend langjährige Kundenbeziehungen (Urk. 89 S. 8 ff.).

c) Der Beklagte hält fest, es entspreche auch der Darstellung der Klägerin, dass die Kunden und Kandidaten ihm wegen seiner Person und seiner Fähigkeiten gefolgt seien. Warum dem so sei, könne offengelassen werden. Vermutlich

sei es so gewesen, weil er Kunden und Kandidaten persönlich gekannt habe und nicht nur als Einträge in einer Datenbank und weil Kunden und Kandidaten ihn persönlich gekannt hätten. Die Bedeutung des in Datenbanken enthaltenen Wissens habe durch soziale Businessnetzwerke wie Xing und LinkedIn und die oftmals kurzen Anstellungsdauern der Kandidaten, d.h. die rasche Veraltung des Wissens, stark abgenommen. Entscheidend sei bei der Vermittlung von Kadermitarbeitern und Spezialisten der Kontakt zu Kunden und Kandidaten und deren Vertrauen in den jeweiligen Personalvermittler. Weiter bestritt der Beklagte, sich Kontaktdaten oder Geschäftsgeheimnisse der Klägerin angeeignet zu haben; es handle sich dabei um ein Novum (Urk. 95 S. 5 ff.).

d) aa) Der Beklagte hatte in der Klageantwort geltend gemacht, seine Tätigkeit als Senior Consultant für Fachspezialisten und Führungskräfte sei so personenbezogen gewesen, dass ihm die Kunden wegen seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten und nicht wegen des Wissens, das er bei der Klägerin erworben habe, gefolgt seien (Urk. 17 S. 2 f.). Ein Senior Consultant für Spezialisten und Führungskräfte müsse zu den Personalabteilungen und Geschäftsleitungen in den Unternehmen starke persönliche Kontakte aufbauen und die spezifischen Bedürfnisse eines Unternehmens, die Organisationsstruktur, die Unternehmenskultur usw. kennenlernen. Dabei könne ihm behilflich sein, dass er – wenn er bereits mehrere Kandidaten in ein Unternehmen vermittelt habe – ein ganzes Netzwerk von persönlichen Kontakten beim Kunden habe. Er könne so gemeinsam mit dem Unternehmen zu Beginn des Rekrutierungsprozesses eine Bedürfnisanalyse machen und werde so weit mehr Berater als reiner Stellenvermittler. Folgende Punkte führte der Beklagte auf, um zu zeigen, dass seine persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten im Vordergrund standen und seinen beruflichen Erfolg ausmachten (Urk. 17 S. 4 ff.):

- Gemäss Arbeitsvertrag habe der Aufbau eines eigenen Kundenportefeuilles und die laufende Pflege des Beziehungsnetzes zu seinen Aufgaben gehört.
- Im Arbeitszeugnis werde erwähnt, dass er ein eigenes Kundenportefeuille habe aufbauen können, da er die Anliegen der Kunden erkannt habe und ihnen adäquate Leistungen habe anbieten können. Er habe sich eine gute Kandidaten-

und Kundenbasis erarbeitet, woraus er äusserst erfolgreich Vermittlungen getätigt habe.

- Wie wichtig die Persönlichkeit der Mitarbeitenden sei, zeige ein Blick auf die Websites der Klägerin und ihrer Schwestergesellschaften, wo die Präsentation der Mitarbeiter breiten Raum einnehme.

- Im Jahre 2009 habe der Beklagte ein Netzwerk von ungefähr 1'600 Kontakten auf www.xing.com gehabt, welche fast ausschliesslich Fach- und Führungskräfte in der Bau- und Immobilienbranche seien und welche er zur Klägerin mitgenommen habe. Heute umfasse sein Netzwerk zirka 2'100 Kontakte.

- Die Klägerin habe in der Klageschrift selber bestätigt, dass ihr Geschäft auf intensiven Kunden- und Kandidatenbeziehungen beruhe.

bb) Die Klägerin hielt dem schon damals entgegen, dass die langjährigen Kundenkenntnisse die primäre Geschäftsbasis der Personalvermittlung darstellten, nämlich die über Jahre zusammengetragenen Kenntnisse über Organisation, Geschäftsphilosophie, -kultur und -entwicklung, Entscheidungsträger und -charaktere bzw. Rückmeldungen vermittelter Personen, d.h. Detailinformationen, welche die Klägerin in einer Datenbank über jede Kontaktnahme systematisch erfasse, was der Beklagte aber vernachlässigt habe. Nur so könnten die zahlenden Kunden, d.h. die suchenden Arbeitgeber, bedürfnisgerecht bedient werden, ohne dass diese sich jedes Mal von neuem erklären bzw. vorstellen müssten. Nur auf dieser Basis ergäben sich eine Vertrauensbasis und entsprechend langjährige Kundenbeziehungen. Dass ein engagierter Mitarbeiter alle sich auch über Social Media bietenden Möglichkeiten für eine erfolgreiche und auch erfolgssalarierte Tätigkeit nutzen solle, sei unbestritten. Diese in Erfüllung der Arbeitspflichten während der Arbeitszeit erfolgende Kontaktpflege wäre weisungsgemäss ebenfalls in der Datenbank der Klägerin abzubilden und aufzuzeichnen gewesen, wovon sich der Beklagte aber offensichtlich bereits in Vorbereitung seiner eigenständigen Tätigkeit bewusst focht habe. Zu diesen Ausführungen offerierte die Klägerin als Beweismittel die Befragung von E._____ und C._____ als Zeugen (Urk. 24 S. 4 f.; Urk. 32 S. 4 f.).

cc) Die Klägerin legt in ihrer Kritik am vorinstanzlichen Entscheid den Fokus auf die Arbeitgeber, über welche über Jahre hinweg Daten gesammelt und in einer Datenbank erfasst würden, um sie bedürfnisgerecht bedienen zu können. Damit kontrastiert aber die Aussage C.____s, das Problem sei nicht, Firmen als Auftraggeber zu haben, sondern loyale Kandidaten, und diese habe der Beklagte bei der Klägerin aufgebaut und kenne sie alle gut. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass die Datenbank der Klägerin erhalten blieb und sie mit diesen Daten hätte arbeiten können. Entscheidend für das erfolgreiche Vermitteln von Arbeitskräften ist aber offensichtlich der persönliche Kontakt zu den Kandidaten, und diesen hatte der Beklagte. Dass der Abgang des Beklagten bei der Klägerin auch dann zu Problemen geführt hätte, wenn dieser nicht konkurrenzierend tätig geworden wäre, wird von der Klägerin nicht bestritten. In diesem Zusammenhang ist an die Aussage C.____s zu erinnern, wonach Kandidaten „jeden Tag“ kontaktiert würden, zweifellos also nicht nur vom Beklagten. Im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten hat die Klägerin auch die Angabe des Beklagten, dass er – bevor er zur Klägerin kam – über ungefähr 1‘600 Kontakte auf www.xing.com verfügte, welche fast ausschliesslich Fach- und Führungskräfte in der Bau- und Immobilienbranche betrafen. Der Beklagte hat also nicht einfach die Kundenkontakte, welche er bei seiner Anstellung bei der Klägerin gewonnen hatte, weiter gepflegt. Aus dem Umstand, dass es der Klägerin nicht möglich war, ohne den Beklagten die Personalvermittlung im Bau- und Immobilienbereich fortzusetzen, hat die Vorinstanz zu Recht geschlossen, dass die Person des Beklagten und seine Fähigkeiten für die Kunden und Kandidaten im Vordergrund standen. Der Identität des Arbeitgebers des Beklagten massen sie demgegenüber offenbar keine Wichtigkeit bei, ansonsten es für die Klägerin angesichts der von C.____ betonten sehr guten Kontakte zur Immobilienbranche (vgl. Urk. 63 S. 5 und 6) ein Leichtes hätte sein müssen, zumindest die Arbeitgeber als Kunden zu behalten. Ob ein Konkurrenzverbot im Bereich Personalberatung und -vermittlung grundsätzlich zulässig ist (Urk. 89 Rz 18), kann dahingestellt bleiben, da stets der Einzelfall zu betrachten ist. Mit der Vorinstanz, auf deren zutreffende Erwägungen im Übrigen verwiesen werden kann, ist vorliegend von der Unverbindlichkeit des Konkurrenz-

verbots auszugehen. Dies führt zur Klageabweisung. Für einen Nachklagevorbehalt bleibt damit von vornherein kein Raum.

5. a) Alternativ zum soeben Gesagten erwog die Vorinstanz, dass das Konkurrenzverbot wegen des fehlenden erheblichen Interesses der Klägerin an dessen Aufrechterhaltung weggefallen wäre (Art. 340c Abs. 1 OR). Aufgrund des Beweisergebnisses stehe fest, dass die Klägerin den Bereich, den der Beklagte abgedeckt habe, nach dessen Weggang nicht mehr bearbeitet habe. F._____ sei nie für die Klägerin oder in deren Auftrag tätig gewesen. Dies habe E._____ bestätigt. Es sei zwar die Idee gewesen, dass F._____ bei allfälligen Anfragen die Klägerin "lancieren" sollte. Effektiv habe F._____ aber nie Mandate für die Klägerin beigebracht und die Klägerin nie lanciert. G._____ (heute G.'_____) und H._____, Angestellte der A3._____ AG, seien zwar im Bau- und Immobilienbereich unter der Marke "A1._____" aufgetreten. Allfällige Umsätze seien aber nicht in die Kasse der Klägerin, sondern offenbar in die Kasse der A3._____ AG geflossen. In den Themenbereichen Projektleiter, Gesamtprojektleiter, Bauherrenvertretung habe es nach der Aussage von E._____ von 2012 bis 2014 keine Umsätze gegeben. Auch C._____ habe bestätigt, dass der Bereich des Beklagten nach dessen Weggang effektiv nicht mehr bearbeitet worden sei. Die Klägerin habe niemanden gehabt, der das hätte machen können. C._____ habe von einer "Cooling-Down-Period" gesprochen. Grund dafür, dass die Stelle des Beklagten nicht mehr habe besetzt werden können, sei gemäss E._____ und C._____, dass sich niemand getraut habe, weil der Beklagte „verbrannte Erde“ zurückgelassen habe und noch konkurrenzierend tätig gewesen sei. Dass der Bereich, den der Beklagte bei der Klägerin bearbeitet habe, nach dessen Abgang nicht mehr abgedeckt worden sei, spiegle auch der Ausdruck der Website der Klägerin wider (Urk. 90 S. 15). Der Beklagte sei daher mit der Klägerin nicht in einem Wettbewerb gestanden, sondern höchstens mit einer Schwestergesellschaft. Die Klägerin habe den fraglichen Geschäftsbereich jedenfalls bis 2014 nicht mehr bewirtschaftet, obwohl alle Kontaktdaten bei ihr verblieben seien. Sie hätte einen neuen Mitarbeiter oder eine neue Mitarbeiterin anstellen können, um diesen Geschäftsbereich zu bearbeiten. Dass dies möglich gewesen wäre, dokumentiere die Klägerin selber damit, dass sie auf Herbst 2015 jemanden neu habe einstellen wol-

len. Dadurch, dass sie dies nicht früher getan habe, habe sie in Kauf genommen, während der Dauer des allfälligen Konkurrenzverbots nicht im Wettbewerb mit dem Beklagten zu stehen (Urk. 90 S. 19).

b) Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe nichts unversucht gelassen, um sich das vom Beklagten betreute Kundensegment in aller Breite über den gruppeneigenen Research zu sichern. Sie habe rund hundert der vom Beklagten betreuten Kandidaten telefonisch kontaktiert und nach einem allfälligen Interesse an einer Tätigkeit zugunsten der Klägerin gefragt (Urk. 89 S. 6 und 12; Urk. 24 S. 6). Der Bereich „Construction and Real Estates“ habe weiterhin zum (z.B. qua Website) erklärten Tätigkeitsgebiet der Klägerin gehört (Urk. 89 S. 6 und 12 f.). Die weggefallenen Umsätze und geringen Aktivitäten seien Folge der konkurrenzierenden Tätigkeit des Beklagten und nicht Folge eines fehlenden Interesses der Klägerin gewesen (Urk. 89 S. 9 und 13). Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz die Insertionen unter der Firma der Klägerin (Urk. 19/13) nicht als Interessennachweis, weiterhin im Bereich „Construction and Real Estates“ tätig zu sein, würdige. Die diversen Vermittlungen nach dem Ausscheiden des Beklagten durch Mitarbeiterinnen von Schwestergesellschaften, die aber im Namen der Klägerin erfolgt seien, hätten nämlich ungeachtet jeglicher interner Verrechnungsfragen das fortbestehende Interesse der Klägerin an der Marktpräsenz, der Bearbeitung und am Wiederaufbau des Sektors Bau und Immobilien auf der Stufe Projektleitung und technische Berufe manifestiert. Der Zeuge F._____ habe bestätigt, nach dem Weggang des Beklagten vereinzelt auch im Kundensegment der Klägerin für die Gruppe tätig gewesen zu sein. Dies werde ebenfalls vom Zeugen I._____ ausgeführt, welcher von seinen Kontakten und der kürzlich erfolgten Zusammenarbeit mit der Klägerin durch deren Berater F._____ gesprochen habe (Urk. 89 S. 12).

c) Der Beklagte hält es für lebensfremd, dass die Klägerin keinen Nachfolger für ihn habe finden können. Die Kontaktaufnahme mit rund hundert Kandidaten sei eine bloße Parteibehauptung (Urk. 95 S. 3). Im Bereich Bau und Immobilien sei bei der Klägerin niemand mehr tätig gewesen. Die Klägerin habe den vom Beklagten betreuten Geschäftsbereich – wie bereits zuvor geplant und für den Beklagten damals wirtschaftlich bedrohlich – auf eine Tochtergesellschaft verlagert.

Sie habe in diesem Bereich selber keinen Umsatz mehr erzielen wollen und folglich auch keinen Schaden erlitten (Urk. 95 S. 4). F._____ sei seit 2012 für A4._____ AG auf dem Markt in Erscheinung getreten, was auch seiner Aussage entspreche, dass er bei A4._____ AG angestellt gewesen sei. Er sei nicht bei der A3._____ AG (spätere A2._____ AG bzw. A3.'_____ AG) angestellt und damit nicht für eine Gesellschaft tätig gewesen, für welche das fragliche Konkurrenzverbot Gültigkeit beanspruche (Urk. 95 S. 5 f.). Das Inserat unter Urk. 19/13 stamme aus der Zeit, als der Beklagte noch bei der Klägerin angestellt gewesen sei. Es belege, dass er gruppenintern konkurrenziert worden sei, was einer seiner Kündigungsgründe sei (Urk. 95 S. 7).

d) aa) Zum Beweisthema, ob die Klägerin die Bau- und Immobilienbranche nicht mehr bearbeitet habe, hat die Vorinstanz die Befragung von F._____ als Zeugen, die Befragung von C._____ und E._____ als Partei und die Urkunde 19/2 als Beweismittel zugelassen. Zum Beweisthema, ob F._____ ab Januar 2012 bei A4.'_____ AG [recte: A4._____ AG] das gleiche Kundensegment bearbeitet habe wie der Beklagte bei der Klägerin, war wiederum die Befragung von F._____, C._____ und E._____ vorgesehen; dazu kamen die Urkunden 19/18 und 19/19 als weitere Beweismittel (Urk. 34 S. 2 f.).

bb) F._____ war nach seinen Aussagen am 1. März 2012 zur A4._____ AG, also zu einer Schwestergesellschaft der Klägerin, auf die sich das Konkurrenzverbot nicht erstreckte (s. oben IV/3), gekommen. Er erklärte, er habe in der Immobilien- und Baubranche auf oberster Kaderstufe vermittelt und beraten. In der Praxis sei es auch vorgekommen, dass es mittleres Kader oder einmal eine Fachperson gewesen sei. Zur Klägerin habe er keine Berührungspunkte gehabt. Er habe nicht für sie gearbeitet. Es sei ihm nicht bekannt, ob die Klägerin noch im Bereich Immobilien und Baubranche tätig sei (Urk. 46 S. 1 ff.).

E._____ sagte aus, die Klägerin habe nach dem Ausscheiden des Beklagten im Sinne einer Sofortmassnahme versucht, dessen Geschäft zu sichern, indem sie über ihr Research Team rund 100 Kandidaten nach ihrem Interesse befragt habe, für sie als Consultant tätig zu sein, aber auch, um Möglichkeiten zu evaluieren, ob sie für diese Personen in Zukunft von Interesse sein könnte. Dies sei dann

fruchtlos verlaufen, weil man aus den Gesprächen erfahren habe, dass die Personen sehr gut vernetzt und im Markt bedient gewesen seien. „Aber parallel über die anderen Tätigkeitsfelder der A1._____, insbesondere die Bereiche Finanzen, Marketing, Kommunikation und Personal, also HR, zumindest die Kundenbeziehung in der Bau- und Immobilienbranche aufrecht zu erhalten.“ Das sei das eine gewesen. Sie hätten dann innerhalb der Unternehmensgruppe versucht, diese Synergieeffekte auszureizen, indem sie F._____ angehalten hätten, sie zu lancieren, wann immer sich Möglichkeiten ergeben hätten. Seit 2014 seien auch wieder Umsätze im Kerngeschäft Bau- und Immobilienbranche der Klägerin gemacht worden. Zuvor habe es im Kerngeschäft, in den Themenbereichen Projektleiter, Gesamtprojektleiter, Bauherrenvertretung etc. keine Umsätze gegeben. In diesem Bereich seien indirekt Umsätze getätigt worden, zumal auch Mitarbeiter der A3._____ AG, z.B. H._____ und G._____, als A1._____ auf dem Markt aufgetreten seien. Im Kerngeschäft habe die A3._____ AG nicht in diesem Masse Umsätze gemacht (Urk. 52 S. 1 f.).

Auch C._____ schilderte, dass E._____ als Geschäftsführer der Klägerin sich vergeblich darum bemüht habe, die Position des Beklagten nach dessen Weggang wieder zu besetzen. Man habe dann zu F._____ gesagt, er solle zumindest das Notdürftigste machen, damit die Klägerin später, wenn er die Kader Ebene betreue, im Bereich der Fachspezialisten wieder jemanden identifizieren und anstellen könne. C._____ erklärte weiter, sie hätten versucht, zwischendurch über die Klägerin ein Stellenangebot zu platzieren, wobei Mitarbeiterinnen von ihm, H._____ und G._____, mitgeholfen hätten. Die Klägerin sei aktuell – die Befragung C._____s fand am 2. September 2015 statt – auf einem sehr guten Weg, voraussichtlich im Herbst oder vorher jemanden anzustellen. Es habe leider eine „Cooling-Down-Period“ bei der Klägerin gebraucht. Heute erinnere sich niemand mehr daran, dass der Beklagte bei der Klägerin gewesen sei. C._____ bejahte die Frage, ob F._____ auch Vermittlungen im Bereich gemacht habe, der ursprünglich vom Beklagten bearbeitet worden sei (Urk. 63 S. 8 ff., S. 17).

Urk. 19/2 ist der Ausdruck der Website der Klägerin vom 24. Oktober 2013. Richtig ist zwar, wie die Klägerin geltend macht (Urk. 89 S. 6), dass bei J._____ steht, er verantworte die Kompetenzteams „A1._____ retail & consumer goods,

communications sowie construction & real estate“. Ein Kompetenzteam für den Fachbereich Bau und Immobilien wird aber nicht aufgeführt. Urk. 19/18 ist das Portrait von F._____ bei der A4._____ AG, Urk. 19/19 ein Auszug von dessen Website über Referenzen.

Urk. 19/13 ist in der Beweisverfügung nicht enthalten und die Klägerin zeigt nicht auf, dass sie diese Urkunde vor Vorinstanz rechtzeitig als Beweismittel zum vorliegenden Beweisthema angerufen hätte. Das gleiche gilt für den von der Klägerin zitierten Zeugen I._____, der übrigens lediglich sagte, er habe bis vor einem halben Jahr Kontakt mit F._____ gehabt, nicht aber sagen konnte, ob dieser bei der Klägerin oder bei A4._____ AG arbeitete (Urk. 48 S. 2).

cc) F._____ arbeitete im Zeitpunkt seiner Befragung nicht mehr bei der A4._____ AG. Nach seinen Angaben, die von keiner Partei in Zweifel gezogen werden, hatte er das Arbeitsverhältnis selber gekündigt und kam es dabei zu keinen Auseinandersetzungen. Den Beklagten kennt er nicht, ebenso wenig das Prozessthema (Urk. 46 S. 1 f.). Es bestehen daher keinerlei Vorbehalte gegenüber der Glaubwürdigkeit von F._____. Aufgrund seiner Aussagen steht fest, dass er nicht für die Klägerin im vom Beklagten abgedeckten Kundensegment tätig war. Irrelevant ist, inwieweit er für die A4._____ AG in diesem Kundensegment tätig war, weil sich das Konkurrenzverbot nicht auf diese Firma erstreckte. E._____ und C._____ schilderten übereinstimmend, dass die Klägerin erfolglos versucht habe, die Stelle des Beklagten neu zu besetzen. Als Geschäftsführer der Klägerin bzw. Chef der Unternehmensgruppe ist zwar ihren Aussagen mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen. Aber es ist nachvollziehbar, dass die Stelle des Beklagten zunächst wieder besetzt werden sollte, nachdem dieser der Klägerin in seinem Sektor einen beträchtlichen Jahresumsatz von zuletzt über Fr. 700'000.– gebracht hatte (Urk. 5/10). Allerdings ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Bau- und Immobilienbranche nicht mehr weiter bearbeitete. Gemäss E._____ gab es erst 2014 wieder Umsätze in diesem Bereich. C._____ sprach von einer „Cooling-Down-Period“. Auf der Website der Klägerin figurierte am 24. Oktober 2013 für den Fachbereich Bau und Immobilien kein Kompetenzzentrum mehr, weshalb J._____ einem solchen auch nicht vorstehen konnte. Überdies werden in seinem Portrait bezüglich dieses Bereichs keinerlei Kompetenzen erwähnt. Sehr vage

blieben die Aussagen E.____s und C.____s, wonach Mitarbeiterinnen der A3.'____ AG das Geschäft des Beklagten für die Klägerin in geringfügigerem Umfang weitergeführt haben sollen. So blieb völlig offen, wann, bei welcher Gelegenheit und in welchem Umfang dies der Fall war. Die dabei generierten Umsätze wären jedenfalls nicht bei der Klägerin angefallen.

dd) Gemäss Art. 340c Abs. 1 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten. Das wird u.a. dann angenommen, wenn der Arbeitgeber den durch das Konkurrenzverbot geschützten Geschäftsbereich aufgegeben oder verlegt hat (BK OR-Rehbinder, Art. 340c N 2). Das Interesse muss schon bei Beginn der Konkurrenzfähigkeit weggefallen sein (ZR 82 [1983] Nr. 126 S. 308, E. VII). Massgebend ist nicht bloss die momentane Situation, sondern ob für die ganze rechtliche Dauer des Konkurrenzverbots ein erhebliches Interesse des Arbeitgebers nicht mehr besteht (BK OR-Becker, Art. 360 N 1; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich 2001, S. 66). Weggefallen muss die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung, wie sie für die Wirksamkeit des Konkurrenzverbots nach Art. 340 Abs. 2 OR erforderlich ist (ZK OR-Staehelin, Art. 340c N 2). Der Arbeitnehmer muss den Beweis erbringen, dass das Arbeitgeberinteresse weggefallen ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c N 2).

Vorliegend wurde die Konkurrenzfirma des Beklagten, die K.____ GmbH, am 6. März 2012 ins Handelsregister eingetragen (Urk. 90 S. 4; Urk. 5/14). Das Arbeitsverhältnis endete per 12. März 2012. Das Interesse an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes hätte demnach ab diesem Zeitpunkt bis zum 12. März 2014 sowohl für die Klägerin als auch für die A3.'____ AG weggefallen sein müssen. Bezüglich letzterer hat die Vorinstanz keine Beweisverfügung erlassen. Dies ist aber nicht entscheidrelevant. Mit den vom Beklagten angerufenen Beweismitteln (Zeuge F.____, Urk. 19/2) hat er den Beweis nicht erbracht, dass seitens der Klägerin für die ganze Dauer des Konkurrenzverbots kein erhebliches Interesse mehr bestand. Der Zeuge F.____ konnte dazu nichts sagen. Der Ausdruck der Website der Klägerin gibt deren Internetauftritt vom 24. Oktober 2013 wieder. C.____ und E.____, deren Parteibefragungen zum Gegenbeweis durchgeführt wurden, stützten den Standpunkt des Beklagten nicht. Sie schilder-

ten die Bemühungen der Klägerin, einen Nachfolger für diesen zu finden bzw. einzelne Aufträge via die A3.'_____ AG abzuwickeln. Ob diese Bemühungen erfolgreich waren oder nicht, ob sie genügend waren oder nicht, ist für die Gültigkeit des Konkurrenzverbots nicht entscheidend. Massgebend ist, dass das Interesse der Klägerin vorhanden war bzw. der Beklagte den Wegfall des Interesses für die ganze Dauer des Konkurrenzverbots nicht beweisen konnte. Ob die Klägerin im Verlauf der Zeit ihre Bemühungen einstellte, ist nicht erheblich. Wäre das Konkurrenzverbot verbindlich, wäre es nicht wegen des fehlenden erheblichen Interesses der Klägerin an dessen Aufrechterhaltung weggefallen. Die Eventualbegründung der Vorinstanz für die Klageabweisung greift nicht.

V.

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen und wird die Klägerin auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Parteientschädigung beträgt für das erstinstanzliche Verfahren Fr. 29'322.– und für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 6'500.– (inkl. 8 % MwSt.; § 13 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 31. August 2016 bezüglich der Abweisung von Rechtsbegehren Ziffer 1 am 5. Januar 2017 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 15'250.00 ; die weiteren Kosten betragen:

CHF 240.00 Zeugenentschädigungen

CHF 15'490.00 Total

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'750.– festgesetzt.
4. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden der Klägerin auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Dem Beklagten wird der von ihm geleistete Barvorschuss zurückbezahlt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 35'822.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 175'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. H.A. Müller

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am: jo