



Geschäfts-Nr. LA060009/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. B. Suter, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichterin lic. iur. J. Haus Stebler sowie die juristische Sekretärin lic. iur. C. Fischer Maurer

Beschluss und Urteil vom 4. März 2008

in Sachen

A._____,

Beklagte, Widerklägerin und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B._____,

Klägerin, Widerbeklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung/Zeugnis**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 19. Dezember 2005 (AN050297)**

Abschliessende Rechtsbegehren vor Vorinstanz:

Klägerin (Urk. 1 S. 2 und 10 S. 1f.):

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein Arbeitszeugnis auszustellen, das sich wahrheitsgetreu und vollständig über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten der Klägerin ausspricht;
2. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen noch zu beziffernden Betrag als Bonus 2004 zuzüglich Zins zu 5% auf dem noch zu beziffernden Betrag seit 1. April 2005 zu bezahlen, welcher heute auf Fr. 64'000.– geschätzt wird;
3. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 420.– als Spensersatz zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 zu bezahlen;
4. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 3'480.– brutto zur Abgeltung nicht bezogener Ferien zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 zu bezahlen;
5. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 34'625.– brutto zur Abgeltung von Überstundenarbeit zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2005 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Beklagte und Widerklägerin (Urk. 5 S. 2 und 13 S. 1f.):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Widerbeklagte der Widerklägerin eine Entschädigung von 20% der Bruttobetriebserträge des Jahres 2005 für die Betreuung von C._____, D._____, E._____, F._____ und G._____, am Ende des Kalenderjahres 2005 zu bezahlen haben wird.
2. Die Feststellung der Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung von 20% der Bruttobetriebserträge für das Jahr 2005 bezieht sich auch auf die Betreuung von H._____ (Switzerland).
3. Eventualiter sei die Klägerin zu verpflichten der Beklagten eine Entschädigung von 20% der Bruttobetriebserträge für die im Urteilszeitpunkt fälligen Ansprüche aus Betreuung von C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____ (Switzerland) zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Widerbeklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 19. Dezember 2005:

Das Gericht beschliesst:

1. Die Anerkennung der Hauptklage im Umfang von Fr. 420.– wird vorgemerkt, und der Prozess wird betreffend Spesenersatz als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben.
2. Auf das Feststellungsbegehren der Widerklage der Beklagten und Widerklägerin gegen die Klägerin und Widerbeklagte wird nicht eingetreten.
- 3.+4. (...)

Das Gericht erkennt sodann:

1. In teilweiser Gutheissung der Hauptklage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 55'080.60 netto nebst Zins zu 5% seit 31. März 2005 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Hauptklage abgewiesen.
2. Das Eventualbegehren der Widerklage der Beklagten und Widerklägerin gegen die Klägerin und Widerbeklagte wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 10'286.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 60.00 Vorladungsgebühr
Fr. 575.00 Schreibgebühr
Fr. 76.00 Zustellungsgebühr
Fr. 10'997.00 Kosten total.
4. Die Kosten werden der Klägerin und Widerbeklagten zu 1/4 und der Beklagten und Widerklägerin zu 3/4 auferlegt.
5. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'857.55 zuzüglich Fr. 521.15 (7,6 % Mehrwertsteuer), d.h. von insgesamt Fr. 7'378.70 zu bezahlen.
- 6.+7. (...)

Berufungsanträge:

Der Beklagten, Widerklägerin und Appellantin (Urk. 28 S. 2 und Urk. 33 S. 2):

- „1. Es sei die Ziff. 2 des Urteils vom Arbeitsgericht Zürich vom 19. Dezember 2005 aufzuheben.
2. In Gutheissung der Widerklage sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Entschädigung von 20% der Bruttobetriebs-erträge des Jahres 2005 aus Betreuung von C._____, E._____, F._____, G._____ und H._____ (Switzerland) zu bezahlen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens seien entsprechend anzupassen, wobei die Berufungsbeklagte mindestens die Hälfte der Verfahrenskosten zu tragen hat und Prozessentschädigungen wettgeschlagen werden.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
5. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren zu entschädigen.“

Der Klägerin, Widerbeklagten und Appellatin (Urk. 30):

„Die Berufung, sofern und soweit darauf einzutreten ist, sei abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2005 – soweit es mit Berufung angefochten worden ist – vollumfänglich zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Appellantin.“

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. 1. Vorgeschichte

1.1. Die Beklagte und Widerklägerin sowie Appellantin (nachfolgend **Beklagte** genannt) betreibt gemäss Handelsregisterauszug des Kantons Zürich eine Beratungsunternehmung in Öffentlichkeitsarbeit, Kommunikation und Verlagsmarke-

ting (Urk. 31). Die Klägerin und Widerbeklagte sowie Appellatin (fortan **Klägerin**) trat am 1. März 2003 als Senior-Beraterin in den Bereich Public Relations bei der Beklagten ein; das im Brief vom 25. November 2002 vereinbarte Jahressalär betrug Fr. 152'000.– brutto (Urk. 4/2). Im Anhang 3 zu diesem Schreiben vom 25. November 2002 ist eine sogenannte Kundensicherungsklausel formuliert mit folgendem Wortlaut (vgl. Anhang 3 zu Urk. 4/2 und Urteil der Vorinstanz Urk. 22 S. 4):

"Sollte das Arbeitsverhältnis aus irgendeinem Grund aufgelöst werden und sich ein Kunde der zur A.____-Gruppe gehörenden Arbeitgeberfirma den ehemaligen Mitarbeitenden anschliessen, so entrichten sie an A.____ eine Entschädigung von 20% der Bruttobetriebserträge eines vollen Jahres, welche sie bzw. die Firma, in die sie direkt übergewechselt haben, für die Betreuung der zuvor von der zur A.____-Gruppe gehörenden Arbeitgeberfirma betreuten Aufträge einnehmen. Und dies im weiteren unter folgenden Voraussetzungen: Wenn die ehemaligen Mitarbeitenden diesen Kunden bei der Arbeitgeberfirma der A.____-Gruppe in irgendeiner Funktion persönlich betreut haben; wenn der bisherige Kunde den ehemaligen Mitarbeitenden innerhalb von 18 Monaten nach ihrer Kündigung nachfolgt; wenn der bisherige Kunde den ehemaligen Mitarbeitenden sowohl mit einem, mehreren oder allen der bis anhin von der Arbeitgeberfirma der A.____-Gruppe betreuten Budgets nachfolgt."

Per Oktober 2003 wurde die Klägerin Mitglied der Geschäftsleitung bei der Beklagten, woraus sich geringfügige Änderungen in den Anstellungsbedingungen ergaben, unter anderem ein Anspruch von fünf statt wie bisher vier Wochen Ferien pro Jahr (Urk. 1 S. 4 und Urk. 5 S. 4, Prot. I S. 32). Im Juni 2004 erfolgte die Einführung eines Bonussystems für die Klägerin, gültig für das Jahr 2004 (Urk. 4/3).

1.2. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 29. September 2004 die ordentliche Kündigung per 31. Januar 2005 (Urk. 4/4). In der Folge löste sie am 22. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis fristlos auf, welches Schreiben der Beklagten am 23. Dezember 2004 zuging (Urk. 4/5).

2. Streitverhältnis und Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 31. März 2005 erhob die Klägerin Klage beim Arbeitsgericht Zürich (Urk. 1). Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Ausstellung eines wahrheitsgetreuen Arbeitszeugnisses und als Bonus 2004 einen noch zu be-

ziffernden Betrag von einstweilen geschätzt Fr. 64'000.–. Weiter forderte sie unter dem Titel Spesenersatz Fr. 420.–, Fr. 3'480.– brutto als Abgeltung von nicht bezogenen Ferien und Fr. 34'625.– für die Abgeltung von Überstundenarbeit (Urk. 1 sowie 10 S. 1). Die Beklagte anerkannte lediglich die Spesenforderung im Betrag von Fr. 420.–; sie erklärte im Betrag von Fr. 10'863.– Verrechnung mit Forderungen gegen die Klägerin wegen ungerechtfertigtem Verlassen der Arbeitsstelle (Entschädigung von einem Viertel Monatslohn und weiteren Schaden von Fr. 7'940.–; vgl. zum Ganzen Urk. 5 S. 3 und 4). Sie erhob gestützt auf die erwähnte Kundensicherungsklausel Widerklage, mit welcher sie die Feststellung verlangte, dass die Klägerin für das Jahr 2005 eine Entschädigung von 20% des Bruttobetriebsertrages aus der Betreuung verschiedener Firmen schulde und am Ende des Kalenderjahres 2005 zu bezahlen haben werde; den Betrag schätzte sie auf mindestens Fr. 120'000.–; anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz verlangte sie eventualiter die Bezahlung einer Entschädigung von 20% der Bruttobetriebserträge für die im Urteilszeitpunkt fälligen Ansprüche aus der Betreuung der genannten Firmen (Urk. 5 S. 2 und 5 sowie Urk. 13 S. 2). Zur weiteren Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Entscheid verwiesen werden; insbesondere einigten sich die Parteien nach Durchführung der Hauptverhandlung betreffend Abänderung des Zeugnisses (Urk. 22 S. 5; Prot. I S. 34; § 161 GVG). Ebenso für die ausführliche Darstellung der – nach Themen geordneten – Parteibehauptungen im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 22 S. 5f., S. 9f. und 12f. sowie S.14f. und 19f.).

2.2. Die Vorinstanz erachtete die Hauptklage teilweise als ausgewiesen: Insbesondere sprach sie der Klägerin Fr. 56'970.– als Bonus zu, da sie diesen – bei Erreichen der vorgegebenen Ziele - als festen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR erachtete (Urk. 22 S. 8f.). Bezüglich Abgeltung von Überstunden kam das Arbeitsgericht Zürich zum Schluss, die Beklagte schulde der Klägerin keine Entschädigung für das aufgestaute Gleitzeitguthaben, da letztere die Kompensation durch ihre ungerechtfertigte fristlose Kündigung selber verhindert habe und im übrigen im Arbeitsvertrag auch eine gültige Wegbedingung der Entschädigung für Überstunden erfolgt sei (Urk. 22 S. 9ff. und 11f.). Unter dem Titel Ferienentschädigung kam die Vorinstanz bei einem ausgewiesenen Restferiensaldo bis 23. De-

zember 2004 von 5,5 Tagen zu einer ausgewiesenen Forderung von Fr. 1'033.60; dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin nur bis zum 23. Dezember 2005 (fristlose Kündigung) Anspruch auf Lohn gehabt, aber den ganzen Lohn für den Monat Dezember 2005 ausbezahlt erhalten hatte (Urk. 22 S. 12ff.). Die Verrechnungsforderung der Beklagten erachtete das Arbeitsgericht Zürich im Umfang des sogenannten Lohnviertels im Betrag von Fr. 2'923.– (Art. 337d Abs. 1 OR) als von der Klägerin geschuldet, da es deren fristlose Kündigung wie erwähnt als ungerechtfertigt ansah; einen darüber hinausgehenden Schadenersatz aus entgangenem Gewinn sprach sie der Beklagten mangels Substantiierung jedoch nicht zu (Urk. 22 S. 14ff., S. 18). Hinsichtlich der Widerklage hielt das erstinstanzliche Gericht fest, der Beklagten fehle das notwendige Feststellungsinteresse und selbst wenn auf die Widerklage einzutreten wäre, wäre diese abzuweisen (Urk. 22 S. 18ff.). Das Eventualbegehren der Widerklage wies die Vorinstanz mangels Fälligkeit der geltend gemachten Ansprüche ab und ergänzte, das Begehren scheitere auch bereits an der Formungültigkeit der Kundensicherungsklausel (Urk. 22 S. 22).

Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte folglich mit Urteil vom 19. Dezember 2005 in teilweiser Gutheissung der Hauptklage zur Bezahlung von Fr. 55'080.60 (Fr. 56'970.– + Fr. 1'033.60 – Fr. 2'923.– = Fr. 55'080.60) und wies die Hauptklage im übrigen ab. Die eventualiter widerklageweise geltend gemachte Leistungsklage wies sie vollumfänglich ab. Schliesslich nahm das Arbeitsgericht Zürich mit Beschluss von der Klageanerkennung betreffend Spesenersatz im Umfang von Fr. 420.– Vormerk und trat auf die Widerklage bezüglich Feststellungsbegehren nicht ein (Urk. 22 S. 22ff.).

2.3. Mit Eingabe vom 18. Januar 2006 erklärte die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2005 (Urk. 23). Innert mit Verfügung vom 30. Januar 2006 angesetzter Frist erstattete die Beklagte die Berufungsbegründung, welche vom 13. März 2006 datiert (Urk. 26 und 28). Die Berufungsantwort datiert vom 23. März 2006 (Urk. 30). Während die Beklagte die Aufhebung von Ziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2005 beantragt und – in Gutheissung der Widerklage – die Ver-

pflichtung der Klägerin, ihr eine Entschädigung von 20 % der Bruttobetriebserträge des Jahres 2005 aus Betreuung von bestimmten Firmen, verlangt, ersucht die Klägerin um Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 28 S. 2 und 30 S. 2). Die schriftliche Replik wurde mit Eingabe vom 18. April 2006 (Urk. 33) erstattet und die Duplik datiert vom 30. Mai 2006 (Urk. 37). Unter dem 5. Februar 2007 reichte die Beklagte eine Noveneingabe ein (Urk. 39), zu welcher die Klägerin am 14. Februar 2007 Stellung nahm (Urk. 42). Mit Verfügung vom 16. Februar 2007 wurde diese Stellungnahme der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 43). Mit Schreiben vom 9. Juli 2007 zeigte Rechtsanwältin Y._____ die Mandatsübernahme von Rechtsanwalt Y1._____ auf Seiten der Klägerin an, da der frühere Vertreter in den Regierungsrat gewählt worden war (Urk. 44).

2.4. Das Verfahren ist spruchreif. Die Parteien haben auf ihre Anwesenheit an der Urteilsberatung und Urteilseröffnung verzichtet (Prot. II S. 9).

II. Erwägungen

1. Umfang und Gegenstand der Berufung

1.1. Die Vorinstanz hat die Anerkennung der Hauptklage im Umfang von Fr. 420.– vorgemerkt und die Hauptklage nur teilweise gutgeheissen, wobei sie auch die Verrechnungsforderung der Beklagten nur in reduziertem Umfang schützte. Auf die widerklageweise erhobene Feststellungsklage trat sie nicht ein. Der Beschluss der Vorinstanz sowie Ziffer 1 des Erkenntnisses mit Bezug auf die Hauptklage blieben unangefochten, so dass sowohl der Beschluss als auch Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichtes vom 19. Dezember 2005 grundsätzlich in Rechtskraft erwachsen sind. Dies ergibt sich aus der massgeblichen Regelung gemäss zürcherischer Zivilprozessordnung, wonach die Berufung Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils zwar hemmt, nach Stellung der Berufungsanträge jedoch nur in deren Umfang (§ 260 Abs. 1 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. Zürich 1997, N 2 zu § 260 ZPO). Indessen stehen sich vorliegend verrechenbare Ansprüche in

Haupt- und Widerklage gegenüber, so dass sich die aufschiebende Wirkung auf das ganze vorinstanzliche Urteil bezieht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 260 ZPO). Die Rechtskraft ist somit erst mit heutigem Datum vorzumerken.

1.2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nurnmehr die von der Beklagten angehobene Widerklage (Eventualantrag vor Vorinstanz).

1.3. Die im Berufungsverfahren vorgenommene Änderung des Widerklage-rechtsbegehrens auf eine Leistungsklage und die Einschränkung bezüglich die Firma „D._____“ blieb seitens der Klägerin zu Recht unbestritten (Urk. 28 S. 3 mit Verweisen und Urk. 30 S. 3f. Rz 10, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 61 und N 7 und 7a zu § 115 ZPO). Auf die Rüge der Klägerin, das Rechtsbegehren sei unpräzise (Urk. 30 S. 4 Rz 8), wird nötigenfalls noch zurück zu kommen sein.

2. Noven im Berufungsverfahren

2.1. Gemäss § 267 ZPO sind vor der Berufungsinstanz neue Vorbringen (Noven: tatsächliche Behauptungen, Einreden und Beweismittel) nur noch unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 zulässig. Gemäss § 115 sind solche Vorbringen unter anderem dann zulässig, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO) oder wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (§ 115 Ziff 3 ZPO). Es können indes nicht ohne derartige Gründe neue Tatsachen behauptet und weitere Beweismittel angerufen werden. Insbesondere schliesst § 115 ZPO unechte Noven nach Schluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens aus, welche Bestimmung auch im Rechtsmittelverfahren anwendbar ist (Frank/Sträuli/Messmer, N 5 zu § 115 ZPO, § 267 Abs. 1 ZPO). Auch in Arbeitsstreitigkeiten sind Noven vor der zweiten Instanz unzulässig (ZR 106 Nr. 6).

2.2. a. Die Beklagte brachte in der Berufungsbegründung neu vor,

- die Beklagte (gemeint: Klägerin) habe im Zeitpunkt der Unterschrift des Arbeitsvertrages am 28. November 2002 sichere Kenntnis von der Kundensicherungsklausel erlangt, da I._____, der ehemalige Ge-

schäftsführer der früheren A._____ Public Relations AG und die Klägerin mehrere sehr ausführliche Vertragsverhandlungen und Besprechungen geführt hätten, wobei sämtliche Klauseln wie alle Anhänge des Vertrages eingehend besprochen worden seien;

- die Klägerin habe sich mehrmals ausführlich mit dem gesamten Vertrag auseinandergesetzt, so dass von einer sicheren Kenntnisnahme der Kundensicherungsklausel ausgegangen werden könne;
- eine Kundensicherungsklausel sei in der Kommunikationsbranche üblich.

Die Beklagte erwähnte in diesem Zusammenhang, erst die neuartige Rechtsauffassung der Vorinstanz habe sie dazu veranlasst, diese Vorbringen im jetzigen Stadium geltend zu machen (Urk. 28 S. 5). In der Replik ergänzte sie, ihrer Ansicht nach sei die Gültigkeit der umstrittenen Kundensicherungsklausel des Arbeitsvertrages vom 25. November 2002 eine reine Rechtsfrage; erst die Rechtsauffassung der Vorinstanz, nämlich, dass die Klägerin durch diese Klausel in ihrem beruflichen Fortkommen eingeschränkt sei und somit auf die vorliegende Klausel die Bestimmungen des Konkurrenzrechts Anwendung fänden, habe sie dazu veranlasst, die erwähnten Tatsachen vorzubringen, da sie bis dahin der Ansicht gewesen sei, die Gültigkeit der Kundensicherungsklausel sei aus rein rechtlich dargelegten Gründen gegeben und es sich insbesondere nicht um ein Konkurrenzverbot oder eine ähnlich geartete nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung handle (Urk. 33 S. 3f.).

b. aa. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, bei ihren Überlegungen an den von der Beklagten bezeichneten Orten weise die Vorinstanz durchwegs auf Bundesgerichtsentscheide und Standardwerke aus dem Arbeitsvertragsrecht hin. Unter Verweis auf Lehre und Rechtsprechung übernehme diese die dort vertretenen Haltungen und habe damit keine neuartige eigene Rechtsauffassung entwickelt, mit welcher die Beklagte im Hauptverfahren vor Vorinstanz nicht habe rechnen müssen (Urk. 30 S. 3). Die Beklagte selbst mache nicht geltend, dass sich die angeblich neuen bedeutsamen Tatsachen erst nach dem Vorliegen des Entscheides der Vorinstanz ereignet hätten oder sie diese erst danach hätte feststellen können. Da sie es im Zusammenhang mit ihrer eigenen rechtlichen Beurteilung einfach nicht für nötig befunden hätte, diese Behauptungen in erster Instanz vorzutragen, lägen keine echten Noven vor (Urk. 37 S. 2f.).

bb. Die Klägerin hält weiter dafür, bei den beklagtischen Vorbringen in der Replik zu einem früheren Kauf von Kunden von K._____ durch die Beklagte, wonach sie damals für den Kundenstamm bezahlt habe und heute die Kundensicherungsklausel als Korrektiv zur damaligen entgeltlichen Überführung von Kunden verstanden haben wolle, handle es sich um Tatsachen, die schon vor Ausfällung des vorinstanzlichen Entscheids existiert hätten und der Beklagten auch zugänglich gewesen seien; derartige unechte Noven seien ausser Acht zu lassen (Urk. 37 S. 3 Rz 6. mit Verweis auf Urk. 33 S. 3f. Rz 5, 38 und 47).

c. aa. Die Klägerin hatte bereits vor Vorinstanz argumentiert, die Kundensicherungsklausel enthalte zwar kein eigentliches Konkurrenzverbot, die vorgesehenen Folgen der Konkurrenzierung seien aber dieselben; insbesondere verfolge die Kundensicherungsklausel mit Entschädigungspflicht den gleichen Zweck wie ein eigentliches Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafe. Somit müssten die Bestimmungen von Art. 340ff. OR vorliegend Anwendung finden (Urk. 10 S. 11ff.). In der Replik hatte sie sodann ausführen lassen, die Kundensicherungsklausel, wie sie lediglich in einem Anhang 3 des Arbeitsvertrages enthalten sei, erfülle die Formvorschriften eines Konkurrenzverbotes – welche Bestimmungen anwendbar wären – nicht: Der Anhang 3 des Arbeitsvertrages sei nicht unterzeichnet. Damit bestritt sie die Erfüllung des Formerfordernisses der Schriftlichkeit explizit (Prot. I S. 18 und S. 25f.). Somit hätte die Beklagte bereits vor Vorinstanz Anlass gehabt, die in diesem Zusammenhang nach ihrer Ansicht wesentlichen Tatsachen vorzubringen. Es kann daher nicht gesagt werden, die neuen Vorbringen in der Berufungsbegründung seien erst durch die von der Vorinstanz vertretene Rechtsauffassung betreffend die Ungültigkeit der Kundensicherungsklausel veranlasst worden. Es handelt sich mithin um unechte Noven, die im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören sind.

bb. Mit Bezug auf die Übernahme von Kunden von der früheren Arbeitgeberin der Klägerin ist zu ergänzen, dass Herr L._____ von der Beklagten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung angegeben hatte, die Kunden seien von der Firma „K._____ PR“ mitgebracht worden, Herr K._____ habe der A._____ sein gesamtes Geschäft inklusive Kunden und Personal verkauft; die Kunden seien also

nicht von der Klägerin mitgebracht worden, sondern von Herrn K._____, die Klägerin sei Angestellte der K.____ PR gewesen (Prot. I S. 9). Auch die klägerische Vertreterin führte anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Arbeitsgericht Zürich aus, die Kunden von der K.____ Public Relations AG seien im Jahre 2002 übernommen und ein beträchtlicher Betrag dafür bezahlt worden. Aus diesem Grunde nehme die Beklagte diese Kundensicherungsklausel in ihre Verträge auf, weil es sich um hochpotentielle Kunden handle, welche man nicht jeden Tag aquirieren könne und im Falle eines Abgangs wiederum eine Entschädigung greifen sollte (Prot. I S. 30). Neu vorgebracht und deshalb nicht zulässig ist hingegen, dass die Beklagte denselben Prozentanteil im Zusammenhang mit der Übernahme der Kunden an den früheren Arbeitgeber der Klägerin als Kaufpreis bezahlt habe und die Kundensicherungsklausel im Vertrag der Klägerin ein Korrelat dazu darstelle; gemäss den früheren Angaben Herrn L.____s vor Vorinstanz ist nämlich davon auszugehen, dass die ganze K.____ Public Relations AG von der Beklagten übernommen wurde und hierfür ein bestimmter Kaufpreis bezahlt wurde; dass die Bezahlung einer Entschädigung für bestimmte Kunden an den früheren Arbeitgeber, Herr K.____, in irgendeinem Zusammenhang mit dem Wechsel der Klägerin zur Beklagten stand, wurde damit aber vor Vorinstanz nicht behauptet.

2.3. Auch die Beklagte bezeichnet gewisse Vorbringen der Klägerin in der Berufungsantwort als unzulässige Noven (Urk. 33 S. 4f.). Der Klägerin ist indessen recht zu geben, wenn sie ausführt, sie habe bereits in der ergänzenden Klagebegründung vor Vorinstanz Ausführungen zu den Kunden der Beklagten (C.____, F.____ und G.____) gemacht (Urk. 37 S. 3 Rz 5. mit Verweis auf Urk. 10 S. 15 Ziff. 11 lit. e). Weiter sind die Ausführungen der fehlenden Zeichnungsberechtigung von N.____ im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages durch den eingereichten Handelsregisterauszug sofort bewiesen (vgl. Urk. 30 Ziff. 15 mit Verweis auf Urk. 31) und deshalb zulässig (§ 115 Ziff. 2 ZPO). Bei den weiteren Vorbringen handelt es sich um Entgegnungen auf die von der Beklagten vorgebrachten unechten Noven in der Berufungsbegründung (Urk. 37 S. 3).

2.4. Die Vorbringen in der Noveneingabe der Beklagten vom 5. Februar 2007, wonach die Klägerin, welche im übrigen seit Mai 2005 als Einzige neben der

Inhaberin M._____ über Einzelzeichnungsberechtigung verfüge, mit SHAB-Publikation vom 29. November 2006 wiederum einziges Mitglied des Verwaltungsrates neben M._____ geworden sei (Urk. 39), werden durch den Handelsregisterauszug vom 2. Februar 2007 (Urk. 40) belegt. Folglich sind diese Vorbringen gestützt auf § 115 Ziff. 2 ZPO grundsätzlich zu berücksichtigen. Auf die Frage, inwieweit diese Tatsachen für die Beurteilung des vorliegenden Falls von Relevanz sind (vgl. die negierenden Ausführungen der Klägerin dazu in Urk. 42 S. 2f.), wird nötigenfalls noch einzugehen sein.

3. Qualifikation der Kundensicherungsklausel / analoge Anwendung der Bestimmungen betreffend Konkurrenzverbot?

3.1. Die Vorinstanz führte aus, für ähnlich beschränkende Vereinbarungen wie die im Gesetz vorgesehenen, müssten die gleichen Regeln und Voraussetzungen analog gelten wie für die im Gesetz ausdrücklich geregelten. Sie befand, die zwischen der Klägerin und Beklagten allfällig vereinbarte Kundensicherungsklausel solle eine Abwerbung von bestehenden Kunden der Beklagten durch die Klägerin verhindern. Das Eindringen in den Kundenkreis eines Konkurrenten sei eine typisch konkurrenzierende Tätigkeit im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR. Bei den von der Beklagten genannten Kunden handle es sich vorwiegend um Unternehmen aus der Pharmabranche. Die Anwendung der Bestimmungen über das Konkurrenzverbot rechtfertigten sich vorliegend, da die auf die Betreuung von Kunden aus der Pharmabranche spezialisierte Klägerin durch die Kundensicherungsklausel in ihrem beruflichen Fortkommen durchaus eingeschränkt wäre (Urk. 22 S. 20 f. mit Verweis auf BGE 130 III 357 und Frick, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich, Bern 2000, S. 84).

3.2. Parteivorbringen

a. Beklagte

aa. Die Beklagte brachte dagegen in der Berufungsbegründung vor, ein Konkurrenzverbot beinhalte grundsätzlich den Verzicht des Arbeitnehmers auf eine konkurrenzierende Tätigkeit nach dessen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, womit vermieden werden solle, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter

Ausnutzung bestimmter bei diesem erworbener Kenntnisse schädige. Die Klägerin habe bei ihrem Arbeitsantritt die für ihre Tätigkeit verlangten Kenntnisse bereits inne gehabt und diese nicht erst bei der Beklagten erworben. Die vorliegende Kundensicherungsklausel beinhalte auch keinen Verzicht auf eine Konkurrenzierung, im Gegenteil sei Konkurrenz der Klägerin durchaus erlaubt. Die Klausel stelle nichts weiter als eine zur Überführung der Kunden durch die Klägerin in ihren eigenen Kundenstamm korrelierende Gewinnbeteiligungsklausel der Beklagten dar. Der Klägerin sei es somit nicht im Generellen versagt, als Beraterin im Pharma-Bereich tätig zu werden. Der Zweck der Kundensicherungsklausel könne demnach auch als passiver Abwerbeschutz verstanden werden, welcher jedoch nicht wie ein aktives Abwerbeverbot zu Lasten der Beklagten in die Nähe eines Konkurrenzverbotes komme (Urk. 28 S. 4 Rz 8 und 9).

bb. Replicando argumentierte die Beklagte – soweit die Vorbringen nicht als unzulässige Noven zu qualifizieren sind –, durch die Konkurrenzklausel solle nicht vermieden werden, dass die Klägerin die Beklagte unter Ausnutzung von bestimmten bei dieser erworbenen Kenntnissen oder Fähigkeiten schädige. Im Gegenteil: Durch die Mitführung von Kunden unter einmaliger Abrechnungspflicht sei es der Klägerin möglich gewesen, sich selbständig zu machen. Sie sei bereits als Senior-Partnerin bei der Beklagten eingetreten, demzufolge habe sie im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Beklagten keine neuartigen Kenntnisse erworben, mit welchen sie die Klägerin schädigen könnte. Es handle sich somit nicht um ein Verbot einer konkurrenzierenden Tätigkeit. Sollte diese jedoch unter Verstoss gegen die vereinbarte Kundensicherungsklausel geschehen, habe die Beklagte einen einmaligen Anspruch auf einen Teil der Bruttobetriebserträge des Jahres 2005 aus der Betreuung der erwähnten Kunden. Das Bestehen dieser einmaligen Abrechnungspflicht beschränke weder das wirtschaftliche Fortkommen, noch die Bewegungsfreiheit der Klägerin. Die Klägerin habe als Angestellte der Verkäuferin (*Anmerkung der erkennenden Kammer: K. _____ Public Relations AG = vormalige Arbeitgeberin der Klägerin*) der im Jahre 2002 in den eigenen Kundenstamm der Beklagten überführten Kunden letztere nur im Rahmen ihrer Tätigkeit persönlich betreut, jedoch seien es nicht eigene Kunden der Klägerin gewesen. Somit handle es sich offensichtlich vorliegend nicht um ein Konkurrenzverbot oder um eine ähn-

lich geartete nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung, sondern um eine Gewinnbeteiligungsvereinbarung (Urk. 33 S. 3f. Rz 4+5). Die Kundensicherungsklausel schränke die Klägerin in ihrem beruflichen Fortkommen nicht ein, da diese ja lediglich einmalig 20% der Bruttobetriebserträge des Jahres 2005 aus der Kundenbetreuung von C._____, F._____, G._____, E._____ und H._____ (Switzerland) an die Beklagte abliefern müsse. Der Klägerin verblieben somit 80% der Bruttobetriebserträge des Jahres 2005 und sie könne somit einen Gewinn erwirtschaften, den sie grösstenteils für sich selbst einstreichen könne. Ob der verpflichteten Person nach Erfüllen ihrer Pflicht noch ein Gewinn verbleibe, sei ihrer Ansicht nach ein rechtlich relevantes Abgrenzungskriterium zwischen einer Konkurrenzklausele und einer Gewinnbeteiligungsclausele, wie der vorliegenden. Im übrigen stützten sich sowohl die Vorinstanz als auch die Klägerin fälschlicherweise auf BGE 130 III 353. Der im angeführten Bundesgerichtsentscheid zu beurteilende Sachverhalt weise überhaupt keine Nähe oder Ähnlichkeit zum vorliegenden Sachverhalt auf, da das im Entscheid betroffene Konkurrenzverbot im unterzeichneten Arbeitsvertrag selbst enthalten und die Formvorschriften daher unstrittig gewesen seien. Der erwähnte BGE 130 III 353 halte einzig fest, dass für nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen die Bestimmungen des Konkurrenzrechts Anwendung fänden; wie diese ausgestaltet seien und ob beispielsweise ein Verweis auf eine in einem Anhang des Arbeitsvertrages enthaltene allfällige Konkurrenzklausele für ein rechtsgültiges Zustandekommen eines Konkurrenzverbots ausreiche, werde im besagten Entscheid nicht einmal am Rande thematisiert. Das Bundesgericht halte ferner fest, es werde eine Beurteilung der Interessen im Einzelfall verlangt, und es sei zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsbeschränkung die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers tatsächlich beeinträchtige. Ob die Bestimmungen des Konkurrenzrechts auf im Gesetz nicht geregelte Fälle Anwendung fänden, sei somit von Fall zu Fall zu entscheiden. Im konkreten Fall habe die Klägerin die einmalige Pflicht, 20% der Bruttobetriebserträge zu bezahlen und könne einen Gewinn in Höhe von 80% behalten. Es handle sich somit um eine vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligungsclausele, da ein Erschweren des wirtschaftlichen Fortkommens aufgrund dieser Abrechnungspflicht nicht gegeben sei (Urk. 33 S. 8f. Rz 21 bis 24).

b. Klägerin

aa. Die Klägerin hält dem in der Berufungsantwort entgegen, die Vorinstanz qualifiziere nicht die Kundensicherungsklausel als Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR, sondern als nachvertragliche Einschränkung der Betätigungsfreiheit der Beklagten und leite daraus ab, dass für die Kundensicherungsklausel im vorliegenden Fall dieselben Voraussetzungen gelten müssten, wie für ein nachvertragliches Konkurrenzverbot, wobei sich die Vorinstanz auf die klare und deutliche Ausführung in BGE 130 III 357 stütze. Wohl nicht im Ernst in Frage gestellt werden könne, dass die Kundensicherungsklausel mit Entschädigungspflicht eine Abwerbung von bestehenden Kunden der Beklagten durch die Klägerin verhindern solle und damit eine Einschränkung im Betätigungsfeld der Klägerin als Senior-Beraterin darstelle. Kaum Platz bleibe für die von der Beklagten übernommene, ohnehin fragwürdige Unterscheidung zwischen passivem Abwerbenschutz und aktivem Abwerbeverbot; diese sei durch den neueren Bundesgerichtsentscheid vom 20. Februar 2004 überholt (Urk. 30 S. 4f. Rz 9).

bb. In der Replik liess die Klägerin sodann vorbringen, eine Mitarbeiterin, welche belastet von einer Kundensicherungsklausel mit einer Honorarabgabepflicht von 20% eine neue Stelle suche, sei in ihrer Betätigungsfreiheit ganz erheblich eingeschränkt. Nicht nur die Klägerin als vormalige Mitarbeiterin des angeblichen Verkäufers von Kunden an die Beklagte hätte eine solche Kundensicherungsklausel in ihren Arbeitsvertrag eingebaut erhalten sollen, sondern auch die übrigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen (Beraterinnen wie Assistenten) seien auf die gleiche Weise in ihrer Betätigungsfreiheit beschränkt worden. Die Beklagte anerkenne die bisherigen Kunden als solche, die von der Klägerin persönlich betreut worden seien. Wo ein derartiges persönliches Verhältnis bestehe, bleibe für Konkurrenzverbote und gleich gelagerte Beschränkungen des wirtschaftlichen Fortkommens eines Arbeitnehmers kein Platz. Die Klägerin wies in der Replik ihre Verpflichtung – sowohl die eigene als auch diejenige ihrer Arbeitgeberin – zur Abrechnung über Betriebserträge ihrer Arbeitgeberin zurück. Eine Verpflichtung der Klägerin, bei der Ausarbeitung ihres Arbeitsvertrages auf eine Bereitschaft zur Offenlegung der Bücher hinzuwirken, bestehe nicht. Kein Arbeitgeber würde darauf einsteigen. Da-

ran zeige sich die das Fortkommen der Klägerin beschränkende Wirkung der Kundensicherungsklausel (Urk. 37 S. 4ff). Wer auch nur einmalig 20% der Bruttobetriebserträge eines Kalenderjahres abliefern müsse, sei in seinem beruflichen Fortkommen erheblich eingeschränkt. Ferner lasse die Beklagte die Gewinnungskosten und den Betriebsaufwand vollkommen ausser acht, wenn sie ausführe, der Klägerin verblieben 80% der Bruttobetriebserträge. Erneut sei darauf hinzuweisen, dass der Klägerin selbst als angestellte Arbeitnehmerin ohnehin keinerlei Bruttobetriebserträge verblieben und sie daraus schon gar nicht einen Gewinn erzielen könne. Der Hinweis des Bundesgerichts in BGE 130 III 353ff. auf den Interessenausgleich im Einzelfall erfolge im Zusammenhang mit der Würdigung der Regeln von Art. 340 ff. OR, welche zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe aufweisen. Der Grundsatz, wonach für eine nachvertragliche Einschränkung der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten, wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, gelte absolut und erfordere keine Interessenabwägung im Einzelfall. Es könne nicht die Klägerin sein, auf deren Buckel das angebliche Korrektiv zur behaupteten Kundschaftsentschädigung aus dem Kauf eines Kundenstammes im Jahre 2002 ausgetragen werde, zumal die Klausel nicht auf diejenigen Kunden beschränkt sei, die angeblich seinerzeit im Jahre 2002 von K._____ durch die Beklagte übernommen worden seien. Das Korrektiv sei zeitlich auch nicht begrenzt (Urk. 37 S. 7f.).

3.3. a. Ein (nachvertragliches) Konkurrenzverbot liegt dann vor, wenn sich ein Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, ihn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zu konkurrenzieren. Eine solche Vereinbarung bedarf der Schriftform (Art. 340 Abs. 1 OR). Das Konkurrenzverbot ist sodann nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

b. Frick befasste sich in seiner Dissertation unter anderem mit dem nachvertraglichen Verbot von Kundenabwerbungen (Kundenschutzklausel). Er hielt fest, eine solche Kundenschutzklausel solle verhindern, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers abwerbe. Das Eindringen in den

Kundenkreis eines Konkurrenten stelle eine typisch konkurrenzierende Tätigkeit im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR dar. Im Gegensatz zum Personalabwerbverbot könne eine nachvertraglich wirkende Kundenschutzklausel somit grundsätzlich unter das Konkurrenzverbot fallen. Es sei demzufolge im Einzelfall zu prüfen, ob die Anwendung der entsprechenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen von Art. 340 – 340c OR gerechtfertigt sei. Die Bestimmungen zum Konkurrenzverbot zielten darauf ab, den Arbeitnehmer vor einer zu weitgehenden nachvertraglichen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit und seines beruflichen Fortkommens zu schützen. Eine solche Einschränkung liege beispielsweise vor, wenn eine marktführende Unternehmung einem Arbeitnehmer generell verbiete, nach Arbeitsvertragsende „ihre“ Kunden zu betreuen, da dies faktisch einem Konkurrenzverbot nahe komme. Anders verhalte es sich, wenn die nachvertragliche Einschränkung des Arbeitnehmers durch die konkrete Kundenschutzklausel so gering sei, dass sich die Anwendung der Schutzbestimmungen von Art. 340 ff. OR nicht rechtfertige. Zwar unterscheidet Frick – wie dies die Beklagte vorbringt – tatsächlich zwischen aktivem Abwerbverbot und passivem Abwerbenschutz, der nicht wie ein (aktives) Abwerbverbot zu Lasten des Arbeitnehmers in die Nähe eines Konkurrenzverbots kommen und daher von den Art. 340-340c OR erfasst werden könne; diese Unterscheidung nahm er allerdings gestützt auf die Einschätzung, dass im geschilderten Fall durch die zu beurteilende Klausel primär Kunden eines Arbeitgebers davon abgeschreckt werden sollten, einen Arbeitnehmer abzuwerben, vor (Frick, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Bern 2000, S. 84f.).

c. Im von Frick kommentierten Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 25. November 1985 wurde die von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer (Senior-Systemanalytiker) eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.– bezahlen müsse, wenn er innert zweier Jahre nach Austritt bei der früheren Arbeitgeberin für Kunden tätig werde, bei denen er im Anstellungsverhältnis eingesetzt worden war, nicht als Konkurrenzklausel angesehen und die Anwendbarkeit der entsprechenden Schutzbestimmungen von Art. 340ff. OR verneint. Zur Begründung hielt das Arbeitsgericht fest, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers werde dadurch weder blockiert noch behindert, son-

dem lediglich leicht beschnitten, und zwar würden dem Kläger praktisch nur Vorteile abgesprochen, die er dank seiner Tätigkeit bei der Beklagten habe erlangen können (JAR 1987 S. 154f. Ziff. IV).

d. Konkurrenzierung ist auch die Abwerbung bloss einzelner Kunden, weshalb auch ein Kundenabwerbverbot unter die Art. 340ff. OR fällt (Streiff / von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6.A. Zürich 2006, N 7 zu Art. 340 OR, S. 833f. mit Verweisen auf BGE 130 III 353 und 4C.360/2004 vom 19.1.2005 E. 3.2.).

e. In BGE 130 III 353ff. war ein Fall zu beurteilen, in dem nebst einem üblichen Konkurrenzverbot auch ein Abwerbverbot vereinbart worden war. Das Bundesgericht hielt dazu folgendes fest (S. 355ff. mit Hervorhebungen durch die erkennende Kammer):

„2.1.1 Soweit die Beklagte dafür hält, das vorliegend vereinbarte Abwerbverbot unterstehe nicht den gleichen Voraussetzungen wie ein Konkurrenzverbot, verkennt sie die gesetzliche Regelung. Die schweizerische Wirtschaftsordnung geht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aus (Art. 94 Abs. 1 BV). Entsprechend gewährt die neue Bundesverfassung auch ausdrücklich die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht (Art. 27 Abs. 1 BV) und hält fest, dass diese insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasse (Art. 27 Abs. 2). Nach dem Grundverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) und die Behörden einschliesslich der Gerichte haben dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV...).

(...)

Das Arbeitsvertragsrecht bezweckt aber mit seinen zwingenden Bestimmungen auch den Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Partei. Weil der Arbeitnehmer in der Regel auf das Erwerbseinkommen und damit auf eine Anstellung für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist, sind alle Bindungen und Einschränkung der beruflichen Betätigungsfreiheit, die über das Arbeitsverhältnis hinausgehen, bedenklich. Entsprechend hat der Gesetzgeber solchen Vereinbarungen im Arbeitsvertragsrecht in aller Regel klare Schranken gesetzt. Die ausführlichste Ausgestaltung hat dabei das nachvertragliche Konkurrenzverbot gefunden (Art. 340 ff. OR). Aber auch die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht ist positivrechtlich verankert. Der Arbeitnehmer ist nach

Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist (Art. 321a Abs. 4 OR).

Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber nicht alle denkbaren nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen regeln konnte. Eingang ins Gesetz fanden nur jene Klauseln, die in der Praxis Bedeutung haben. Daraus muss geschlossen werden, dass für ähnliche beschränkende Vereinbarungen wie die im Gesetz vorgesehenen die gleichen Regeln und Voraussetzungen analog gelten müssen wie für die im Gesetz ausdrücklich geregelten, sofern sie überhaupt als zulässig zu betrachten sind (...)

Dass ein Abwerbverbot von Kunden einen Arbeitnehmer in seiner Wirtschaftsfreiheit weniger beschränke als ein Konkurrenzverbot lässt sich nicht allgemein behaupten (...). Ein Konkurrenzverbot kann so eng gefasst sein, dass es praktisch keine Einschränkung darstellt, während sich andererseits eine Betätigung ohne Abwerbung der Kunden bei einem sehr kleinen Markt als unmöglich und sich ein Abwerbverbot entsprechend einschneidend erweisen kann. **Die in den Art. 340ff. OR enthaltene Regelung macht die Wirksamkeit und die Rechtsfolgen des eigentlichen Konkurrenzverbots wie auch anderer nachvertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen von einem ausgewogenen Interessenausgleich abhängig. Die Regelung verlangt eine Beurteilung der Interessen im Einzelfall und erlaubt damit sehr wohl auch zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die konkrete Ausgestaltung der Wettbewerbsbeschränkung die wirtschaftliche Freiheit des Arbeitnehmers tatsächlich beeinträchtigt. Die Regelung bietet damit genügend Raum, dem unterschiedlichen Ausmass der Bindung Rechnung zu tragen. Insofern müssen von vornherein für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot, sofern diese nicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ohnehin unzulässig sind (...).**

f. Das Bundesgericht bestätigte am 19. Januar 2005 diese Ansicht, wonach die in den Art. 340 ff. OR enthaltene Regelung analog auch auf Abwerbverbote anzuwenden ist, da diese die berufliche Entfaltung des Arbeitnehmers bei einem kleinen Markt in ähnlicher Weise behindern können wie Konkurrenzverbote (4C.360/2004 E.3.2. mit Verweis auf BGE 130 III 353 E. 2.2.1 S. 357).

3.4. Im vorliegenden Fall

a. Die Beklagte hält zwar richtig fest, dass in der zu beurteilenden Klausel kein klar formulierter Verzicht der Klägerin auf eine Konkurrenzierung enthalten ist; eine Gewinnbeteiligungsklausel im herkömmlichen Sinn kann die Kundensiche-

rungsklausel indessen nicht sein, da eine Gewinnbeteiligung üblicherweise zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart wird (Art. 322 a OR). Eine Art Rückzahlungsanspruch für eine früher empfangene Leistung wäre in der vereinbarten Form unzulässig, da einerseits von der Beklagten vor Vorinstanz ein Zusammenhang der Kaufpreiszahlung für die Übernahme der Kunden des früheren Arbeitgebers der Klägerin und ihrer konkreten Anstellung nicht behauptet worden war. Andererseits wäre die Vereinbarung der Rückzahlung eines Kaufpreises, den auch nach Darstellung der Beklagten nicht die Klägerin, sondern deren früherer Arbeitgeber erhalten hatte, rechtsmissbräuchlich und würde wohl – insbesondere auch mangels Begrenzung auf die übernommenen Kunden und mangels Befristung – gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen (Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, 3.A. Basel 2005, S. 107). Die Kundensicherungsklausel legt auch kein eigentliches Abwerbeverbot fest, aber es werden die finanziellen Konsequenzen bei einer Weiterbetreuung von Kunden an einem neuen Wirkungsort festgehalten; dies kommt einer Konventionalstrafe nahe. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich ein Arbeitnehmer durch Leistung einer vereinbarten Konventionalstrafe des Konkurrenzverbots entledigen kann, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben (Art. 340b Abs. 2 OR). Insofern ist die Vereinbarung der Abgabe von 20% des Bruttobetriebsertrages durchaus vergleichbar. Die Beklagte selbst spricht immerhin davon, die Klausel könne als passiver Abwerbeschutz verstanden werden, was beinhaltet, dass damit eine neue vertragliche Beziehung zwischen den Kunden der alten Arbeitgeberin und der Klägerin respektive deren neuer Arbeitgeberin verhindert werden soll. Der Titel „Kundensicherung“ in Anhang 3 ist sodann ein klarer Hinweis darauf, dass die vereinbarte Klausel die Abwerbung von Kunden verhindern sollte und nicht lediglich eine Gewinnbeteiligungsklausel darstellt. Darauf deuten auch zwei Schreiben der A._____ Corporate vom 22. Dezember 2004 und 3. Januar 2005 (Urk. 12/5+6), worin es mit Bezug auf die fragliche Klausel heisst „Des weiteren halten wir fest, dass folgende *Konkurrenzklausele* besteht und gültig ist“ (*Hervorhebung* durch die erkennende Kammer). Gemäss BGE 130 III 353ff. haben tatsächlich für alle nachvertraglichen Einschränkungen der Betätigungsfreiheit die gleichen Voraussetzungen zu gelten wie für das nachvertragliche Konkurrenzverbot und die Interessenab-

wägung hat erst bei der Beurteilung der Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, stattzufinden. Abgesehen davon ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Klägerin durch die im Anhang 3 enthaltene Kundensicherungsklausel tatsächlich faktisch beträchtlich und nicht etwa nur leicht in ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt würde: So ist unbestritten, dass die Klägerin einen Teil der in Frage stehenden Kunden bereits bei ihrem früheren Arbeitgeber K._____ AG betreut hatte und sie auf die Pharmabranche spezialisiert war (Prot. I S. 12, vgl. dazu insbesondere den letzten Punkt im Arbeitszeugnis gemäss Teilvergleich vor Vorinstanz, Prot. I S. 32f.). Dies ergibt sich auch daraus, dass Herr L._____ vor Vorinstanz angab, der Beklagten habe nach dem Weggang der Klägerin die Kompetenz im Bereich „Health Care/Pharma“ für die Betreuung der Kunden gefehlt, niemand ausser der Klägerin habe „Health Care“ Kunden betreut (Prot. S. 6ff.). Somit war die Möglichkeit der Klägerin, neue Kunden in ihrem angestammten Spezialgebiet zu betreuen, auf eben diesen Health Care und Pharmabereich begrenzt und die von der Klausel umfassten und im Rechtsbegehren erwähnten Firmen haben dort notorischerweise eine bedeutende Markstellung. Die Beklagte machte denn auch geltend, durch die Mitführung von Kunden unter einmaliger Abrechnungspflicht sei es der Klägerin überhaupt möglich gewesen, sich selbständig zu machen.

b. Die Beklagte schätzte sodann auch den von der Klägerin an sie abzuliefernden – von der Klägerin allerdings in dieser Höhe bestrittenen – Bruttoertragsanteil auf Fr. 120'000.–, was immerhin in der Nähe des ehemals bei der Beklagten erzielten Nettojahresgehalts exklusive Bonus liegt (vgl. Urk. 4/2); mithin wäre ihr vom ersten Jahreslohn kein grosser Teil mehr für den Lebensunterhalt verblieben. Da die Klägerin sodann im massgebenden Jahr 2005 angestellt und nicht etwa selbständig erwerbend war, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass ihr 80 % der Einnahmen als Gewinn verblieben, ganz abgesehen davon, dass mit dem Bruttoertrag vorab noch die Auslagen zu bestreiten wären, wie die Klägerin richtig ausführt. Schliesslich ist der Klägerin darin beizupflichten, dass sie sicherlich Mühe gehabt hätte, eine neue Stelle zu finden, wenn sie die neue Arbeitgeberin mit den Ansprüchen aus der Kundensicherungsklausel konfrontiert und um Übernahme der entsprechenden Verpflichtungen ersucht hätte. Somit kann auch nicht

gesagt werden, die Klägerin werde nur leicht eingeschränkt, wie das im zitierten Entscheid JAR 1987 S. 152ff. der Fall war. Die Kundensicherungsklausel gemäss Anhang 3 zum Arbeitsvertrag fällt somit unter die Bestimmungen von Art. 340ff. OR. Zur Gültigkeit müssen folglich die dort formulierten Voraussetzungen erfüllt sein.

4. Schriftlichkeit

4.1. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzung der Schriftlichkeit als nicht erfüllt, da die Unterschrift des Arbeitnehmers vorausgesetzt werde und es nicht genüge, wenn im unterzeichneten Arbeitsvertrag allgemein auf einen nicht unterzeichneten Anhang verwiesen werde. Zumindest die kritischen Punkte sollten im unterzeichneten Verweis ausdrücklich erwähnt werden, was im Schreiben vom 25. November 2002 bezüglich der Kundensicherung nur sehr allgemein erfolgt sei (Urk. 22 S. 21).

4.2. Parteivorbringen

a. Die Beklagte erachtet den Hinweis im Schreiben vom 25. Juni 2002 auf den Anhang 3 als ausdrücklich und klar. Sie weist darauf hin, es handle sich beim fraglichen Anhang 3 nicht um ein allgemeines Reglement oder ein Mitarbeiterhandbuch, sondern der Verweis beziehe sich auf einen Anhang des Arbeitsvertrages und somit auf den Vertrag selbst; der Verweis im Arbeitsvertrag sei konkreter Natur und es handle sich nicht um eine globale Einbeziehung von allgemeinen internen Regelungen (Urk. 28 S. 5 und 33 S. 9f.).

b. Die Klägerin hält dem entgegen, die schriftformbedürftige Klausel müsse im unterschriebenen Vertragstext enthalten sein. Der Verweis auf eine Klausel in einem anderen Dokument genüge nicht. Der Anhang 3 sei zwar dem Schreiben vom 25. November 2002 beigefügt gewesen, indessen zusammen mit anderen Anhängen und Unterlagen. Im Gegensatz zu den anderen Anhängen werde hinsichtlich Anhang 3 auf Seite 3 des Arbeitsvertrages nur pauschal das Stichwort „Kundensicherung“ verwendet. Die Kundensicherungsklausel im nicht unterzeichneten Anhang 3 gebe eine vorgedruckte, allgemeine Formulierung ganz allgemein aus

der A._____-Gruppe wieder. Ihr fehle der besondere Bezug zum konkreten Arbeitsverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien (Urk. 30 S. 7 und 37 S. 10).

4.3. Das Konkurrenzverbot kann nur schriftlich begründet werden (Art. 340 Abs. 1 OR). Die Schriftlichkeit hat eine Schutzfunktion, indem der Arbeitnehmer vor Übereilung geschützt und sich so der Tragweite seiner Verpflichtung und der ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst werden soll. Daraus ergibt sich, dass der wesentliche Inhalt des Konkurrenzverbotes der Schriftform bedarf (vgl. statt vieler Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 8 zu Art. 340 OR). In Lehre und Praxis ist indessen umstritten, ob dabei die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR Anwendung finden (so Brühwiler, a.a.O., N 2 zu Art. 340 OR) oder darüber hinaus strengere Anforderungen gelten (vgl. lit. b. nachfolgend).

a. Im Zusammenhang mit der Wegbedingung der Überstundenschädigung nach Art. 321 c OR hat das Bundesgericht sich in einem Urteil vom 7. Januar 2005 zur Frage der Schriftlichkeit wie folgt geäußert:

Auszug aus 4C.407/2004:

3.1 Ob die in Art. 321c Abs. 3 OR verlangte Schriftform eingehalten ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln. Durch die Unterschrift soll unter anderem festgehalten werden, dass der Unterzeichnende den Inhalt der schriftlichen Erklärung anerkennt (Rekognitionszweck; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar N. 20 und 22 zu Art. 13 OR; Schmidlin, Berner Kommentar N. 9 der Allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12-15 OR). Darum muss die Unterschrift in der Regel nach ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken. Geht die Rekognitionsabsicht indessen klar aus der Urkunde hervor, so ist die Schriftform auch dann eingehalten, wenn die Erklärung oder der Vertrag auf mehreren Schriftstücken verkündet, aber nur eines davon unterzeichnet worden ist. Das ist namentlich dann der Fall, wenn im unterschriebenen Schriftstück ausdrücklich auf die anderen hingewiesen wird (Schönenberger/Jäggi, a.a.O., N. 38 zu Art. 13 OR; Schmidlin, a.a.O. N. 21 der Allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12-15 OR). Wenn der Ausschluss der Überstundenentschädigung in den "Allgemeinen Arbeitsbedingungen" festgehalten wird, die vom Arbeitnehmer nicht unterschrieben worden sind, auf die aber in dem von ihm unterzeichneten Arbeitsvertrag verwiesen wird, ist somit das Erfordernis der Schriftform erfüllt und dem damit verfolgten Schutz- und Warnzweck Genüge getan (Bundesgerichtsurteil 4C.196/1993 vom 4. Januar 1994, E. 1 mit Hinweisen). Zwar wird in der Literatur auch die gegenteilige Auffassung

vertreten (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertrag 5. Auflage, 1992, N. 7 zu Art. 321c OR). Entgegen den Ausführungen des Kantonsgerichts teilt jedoch Brühwiler diese Ansicht nicht, sondern gibt sie bloss wieder. An der angeführten Stelle (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N. 11 zu Art. 321c OR) verweist er auf N. 2 zu Art. 320 OR seiner Kommentierung, wo der ausdrückliche Hinweis auf das Reglement für ausreichend erachtet wird. In neuster Zeit wird im Übrigen eine entsprechende Regelung in einem Reglement für zulässig erachtet und ein ausdrücklicher Verweis lediglich als "vorteilhaft", nicht etwa als zwingend bezeichnet (Christoph Senti, Reglement als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, in AJP 2004 S.1083 ff., 1090). Für das Bundesgericht besteht damit kein Anlass, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen. Da der Vertrag deutlich auf die allgemeinen Arbeitsbedingungen verweist, ist die Schriftform eingehalten. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Regelung der Überstunden ist demgegenüber nicht notwendig.

b. Demgegenüber halten jedoch Streiff / von Kaenel, die wohlgermerkt in der neuesten 6. Auflage aus dem Jahr 2006 die obenerwähnte Rechtsprechung erwähnen, aber – aufgrund der Einstufung des Ausschlusses der Bezahlung von Überstunden als in der Regel ungewöhnlich – den Verweis auf das Firmenreglement nicht genügen lassen (vgl. Streiff / von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 321c OR), **mit Bezug auf Art. 340 OR** dafür, nur eine unzweideutige Abmachung zwischen den Parteien könne zur Gültigkeit des Konkurrenzverbotes führen. Absatz 1 verstärke die übliche Warnfunktion der Schriftform, indem die **Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers schriftlich** zu sein habe, gehe also über die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR hinaus. Die blosser Bezugnahme auf eine Regelung im Anstellungsreglement genüge deshalb nicht (Streiff / von Kaenel, a.a.O. N 5 zu Art. 340 OR). Gemäss weiteren Autoren respektive Kommentatoren kann das Konkurrenzverbot zwar auch losgelöst vom Arbeitsvertrag vereinbart werden, muss aber für sich immer dem Erfordernis der Schriftform genügen. Insbesondere genügen der Verweis auf ein Konkurrenzverbot im Anstellungsreglement, in Arbeitsverträgen von anderen Mitarbeitern, im Mitarbeiterhandbuch oder in einem früheren Arbeitsvertrag nicht, selbst wenn die Verbotsklausel dem Arbeitnehmer nachweislich zur Kenntnis gebracht wurde (Rickenbach, die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Bern 2000, S. 139f.; Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 7 zu Art. 340 OR; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich, Bern 2001 S. 19f.; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot,

Diss. Freiburg 2001, S. 42 Rz 110). Gemäss Reh binder muss sodann die Konkurrenz klausel selbst unterschrieben sein. Er hält zudem fest, dass sich Konkurrenzverbotsabreden meist bereits in den schriftlichen Arbeitsverträgen fänden und sich somit überhaupt nicht von den übrigen Vereinbarungen abheben würden, so dass die mit dem Schriftformerfordernis einhergehende Warnfunktion weitgehend an Bedeutung verliere. In diesem Zusammenhang verweist Reh binder darauf, dass die Angestelltenverbände im Vernehmlassungsverfahren ehemals die öffentliche Beurkundung verlangten (Reh binder, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR, S. 218 mit Verweis auf die Botschaft; Rickenbacher, a.a.O., S. 138f. Fn 644), welcher Forderung der Gesetzgeber hätte nachkommen müssen, wenn es ihm mit der Warnfunktion ernst gewesen wäre. Auch nach der im Kommentar des Gewerkschaftsbundes vertretenen Meinung genügt insbesondere der Verweis auf eine Klausel in einem anderen Dokument nicht (Brunner / Bühler / Waeber / Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A. Basel 2005, N 2 zu Art. 340 S. 294). Auch der Kommentar des Gewerbeverbandes hält fest (Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Bern 1991, N 5 und 6 zu Art. 340 OR): „Ist demzufolge das Konkurrenzverbot nicht im Arbeitsvertrag selbst statuiert, sondern etwa in einem vorgedruckten „allgemeinen Geschäftsreglement“ oder in einem „Mitarbeiterhandbuch“, die zwar zu integrierenden Bestandteilen des Anstellungsvertrages erklärt und dem Arbeitnehmer ausgehändigt werden, so vermag dies der Schutzfunktion des Schriftformerfordernisses nicht zu genügen. (...) Die verlangte Schriftform bezieht sich nicht nur auf das Festhalten eines Konkurrenzverbotes, sondern dessen gesamten Inhalt, damit sich der Arbeitnehmer der beabsichtigten Verpflichtung Rechenschaft geben kann. Zweifel über den Umfang des Konkurrenzverbotes müssen sich zum Nachteil des Arbeitgebers auswirken. Mithin ist es angezeigt, die Begrenzung des Konkurrenzverbots nach Ort, Zeit und Gegenstand zu konkretisieren und unterzeichnen zu lassen.“. Der letztgenannte Kommentar sieht die Unterzeichnung der Konkurrenz klausel selbst folglich als Gültigkeitsvoraussetzung an.

c. Anderer Meinung ist allerdings Brühwiler, der die Bezugnahme im unterzeichneten Arbeitsvertrag auf eine in einem beigefügten Anstellungsreglement enthaltene Konkurrenzverbots klausel, das dem Arbeitnehmer nachweisbar zur Kenntnis gebracht und von den Parteien als Vertragsbestandteil anerkannt worden sei, als

genügend erachtet. Dies entspreche den allgemeinen Gesetzesvorschriften über die Schriftlichkeit als Gültigkeitsform und Art. 340 Abs. 1 OR statuiere keine Abweichungen von diesen allgemeinen Vorschriften. Schönenberger / Jäggi führen diesbezüglich aus, die räumliche Stellung der Unterschrift auf der Urkunde diene dazu, die Rekognition auszudrücken. Daher müsse die Unterschrift nach ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken, d.h. in der Schriftrichtung dem Text folgen. Ein durch die Unterschrift räumlich nicht gedeckter Text sei nicht formrichtig verkündet und daher unwirksam. Dies gelte grundsätzlich auch für einen Text der auf dem gleichen Schriftstück unter der Unterschrift oder auf der Rückseite anschliesse, und zwar selbst dann, wenn feststehe, dass er vor der Unterzeichnung angebracht worden sei; denn auch in diesem Fall habe ihn der Erklärende durch die Unterzeichnung nicht anerkannt. Anders sei es jedoch, wenn der durch die Unterschrift gedeckte Text auf das Nachfolgende ausdrücklich verweise (z.B. auf einen nachfolgenden Vordruck). Ferner genüge für die Rekognition eines nachfolgenden Textes, auf den nicht verwiesen werde, eine besondere Unterzeichnung nur mit den Initialen (Schönenberger / Jäggi, Zürcher Kommentar Art. 1-17 OR, 1973, N 20 und 37f. zu Art. 13 OR). Nach Schilderung der abweichenden Meinungen gibt Brühwiler die Empfehlung ab, aufgrund der ungesicherten Rechtspraxis Konkurrenzverbotsklauseln in den unterschriebenen Vertragstext aufzunehmen (Brühwiler, a.a.O., N. 2 zu Art. 340 OR).

d. Staehelin hält sodann dafür, die schriftliche Abrede sollte streng genommen für ihre Gültigkeit alle objektiv und subjektiv wichtigen Punkte erfassen, namentlich auch den Umfang des Konkurrenzverbotes hinsichtlich Ort, Zeit und Gegenstand der untersagten Tätigkeit. Jedenfalls sei Formnichtigkeit gegeben, wenn die schriftliche Abrede Punkte offen lasse, so dass für eine Ergänzung mehrere unterschiedliche Lösungen in Frage kämen. Der Schriftform sei zwar Genüge getan, wenn der schriftliche Einzelarbeitsvertrag auf ein dem Arbeitgeber übergebenes Reglement oder Mitarbeiterhandbuch verweise, in welchem das Konkurrenzverbot festgelegt sei. Im Hinblick auf die sogenannte Ungewöhnlichkeitsklausel müsse jedoch die Konkurrenzverbotsklausel im Reglement durch Fettdruck oder auf andere Weise hervorgehoben werden. Dasselbe gelte für Konkurrenzverbotsklauseln in unterschriebenen Formularverträgen. Nicht genügend sei der (unterschrie-

bene) Verweis auf die mit anderen Arbeitnehmern derselben Firma unvollständig vereinbarten Konkurrenzverbote (Stahelin, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR).

4.4. a. Der Text der vorliegend zu beurteilenden Kundensicherungsklausel findet sich im nicht unterzeichneten Anhang 3 zum Schreiben vom 25. November 2002, in welchem die Beklagte als künftige Arbeitgeberin die wichtigsten Regelungen betreffend Arbeitszeit, Salär etc. festhielt und das von der Klägerin auf Seite 4, wo alle Anhänge und weitere Unterlagen als Beilagen aufgelistet werden, datiert (28.11.2002) und unterschrieben wurde (Urk. 4/2). Der unterschriebene Brieftext enthält auf Seite 3 oben jedoch lediglich den Verweis „Kundensicherung: Für die Vereinbarungen zur Kundensicherung verweisen wir auf Anhang 3.“ und erklärt diesen auch nicht zum integrierenden Vertragsbestandteil. Demgegenüber finden sich bezüglich Anhang 2 und 4 genauere Umschreibungen, was mit den entsprechenden Texten geregelt werden soll: Insbesondere bezüglich Geheimhaltungspflicht wurde die folgende Formulierung aufgenommen: „Sie verpflichten sich auf absolute Diskretion, wie im Anhang 2 geregelt, der Bestandteil dieses Vertrages ist“. Nach nunmehr übereinstimmender Darstellung der Parteien waren die verschiedenen Anhänge dem Brief der Beklagten vom 25. November 2002 (Arbeitsvertrag) beigelegt (vgl. Berufungsantwort Klägerin, Urk. 30 S. 7). Weiter sind sich die Parteien einig, dass verschiedene Mitarbeiter, also nicht nur die Klägerin, diesen Text zusammen mit dem Vertrag erhielten: So sagte jedenfalls die Vertreterin der Beklagten vor Vorinstanz, die Beklagte nehme diese Kundensicherungsklausel in ihre Verträge auf, da sie ehemals für die Kundenübernahme bezahlt habe, und es sich um hochpotentielle Kunden handle (Prot. I S. 30). Dies ergibt sich auch aus dem allgemein mit der Bezeichnung „Kunde der zur A.____-Gruppe gehörenden Arbeitgeberfirma“ (statt konkret A.____ Public Relations AG, vgl. Urk. 31) und „ehemalige Mitarbeitende“ (statt B.____) formulierten Text in Anhang 3; ebenfalls aus den formulierten Voraussetzungen, wonach unter anderem die Klausel Anwendung findet auf ehemalige(n) Mitarbeitende(n), die die Kunden in irgendeiner Form bei der A.____-Gruppe persönlich betreut haben. Demzufolge handelt es sich nicht um eine spezielle Vereinbarung im Vertrag mit der Klägerin, sondern um eine allgemein bei der Beklagten und offenbar in der ganzen A.____-Gruppe, die aus mehreren Gesellschaften besteht (vgl. Internetauftritt

unter www.A._____.ch), verwendete Klausel. Nachdem es sich um unzulässige Noven handelt (vgl. oben Ziffer 2.2), muss vorliegend offen bleiben, ob die Klägerin tatsächlich bei der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages aufgrund mehrerer eingehender Besprechungen mit I._____ von der Beklagten und mehrmaliger Auseinandersetzung mit der Kundensicherungsklausel bei Leistung der Unterschrift sichere Kenntnis von der Regelung hatte und ob eine solche Klausel in der Kommunikationsbranche üblich ist. Da die fragliche Kundensicherungsklausel jedenfalls allgemein als unüblich eingestuft werden muss, hätte deshalb vorliegend – ähnlich wie bei Formularverträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen – die Verpflichtung zur Leistung von 20% des Bruttobetriebsertrages bei Weiterbetreuung von Kunden an einem neuen Arbeitsort oder als Inhaberin einer neuen Firma zumindest deutlich hervorgehoben werden müssen (vgl. dazu Staehelin oben lit. c.dd. sowie auch Gauch / Schlupe / Schmid / Rey, Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, Band 1, 8.A. Zürich 2003, N 1128ff, 1141ff. und 1147 analog).

b. Im weiteren ist – unter Berücksichtigung der Meinungen von Streiff / von Kaenel und sinngemäss Rehbindler sowie des Gewerbeverbandes, wonach die Schutzfunktion in Art. 340 OR weitergeht als bei üblicher Schriftlichkeit, – im vorliegenden Fall auch der Meinung der Vorinstanz beizupflichten (Urk. 22 S. 21), dass der nicht näher konkretisierte Verweis auf einen Anhang im unterschriebenen Text den Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht genügt. Anders als bei anderen Vereinbarungen im Arbeitsvertrag, die der Schriftlichkeit bedürfen, wie insbesondere die Wegbedingung der Entschädigung von Überstunden, handelt es sich bei der zu beurteilenden Klausel um eine sehr weitreichende Verpflichtung und geht nicht „nur“ auf einen Verzicht der Arbeitnehmerin auf finanzielle Ansprüche neben dem ordentlichen Lohn wie zum Beispiel den Verzicht auf Überstundenentschädigung: Insbesondere betrifft die Verpflichtung eine finanzielle Leistung nach Beendigung des Arbeitsvertrages, ohne dass eine Gegenleistung wie beispielsweise eine Karenzentschädigung vorgesehen ist. Die vorne zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Form einer Abrede nach Art. 321c Abs. 3 OR kann wegen dieser sehr unterschiedlichen Tragweite der arbeitnehmerischen Verpflichtungen nicht unbesehen auf Art. 340 Abs. 1 OR übertragen wer-

den. Diese Abstufung in der Gewichtung lässt sich auch daraus ersehen, dass der Gesetzgeber Art. 340 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 321c Abs. 3 OR als relativ zwingende Vorschrift erlassen hat (Art. 362 OR), von denen durch Abrede nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Die wesentlichen Elemente der Konkurrenzverbotsabrede als solche müssen unterschrieben sein, da das Erfordernis der Schriftlichkeit ansonsten vereitelt würde. Mithin ist das Formerfordernis der Schriftlichkeit im vorliegenden Fall nicht erfüllt und die Kundensicherungsklausel ist nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR), was zur Abweisung der Widerklage führt.

5. Unzulässigkeit der Kundensicherungsklausel analog Konkurrenzverbot

5.1. Die Vorinstanz erachtete es als fraglich, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot überhaupt zulässig wäre. Für den Fall, dass die persönlichen Fähigkeiten eines Arbeitnehmers ausschlaggebend seien, fehle es nämlich am erforderlichen Kausalzusammenhang (Urk. 22 S. 21).

5.2. a. In diesem Zusammenhang lässt die Klägerin vorbringen, es handle sich vorliegend um eine unverbindliche Klausel, weil das Bundesgericht ein Konkurrenzverbot nicht zulasse, wenn Kunden dem früheren Arbeitnehmer wegen dessen besonderen Eigenschaften folgten; diesfalls sei der potentielle Schaden nicht auf die Einblicke in den Betrieb des Arbeitgebers, sondern primär auf die persönliche Tüchtigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen. Die Klägerin habe insbesondere mit den wesentlichen Kunden wie C._____ AG, O._____ und G._____ einen direkten persönlichen Kontakt gepflegt und diese schon vor ihrem Eintritt bei der Beklagten betreut. Es seien Kunden, welche die Klägerin dank ihrer persönlichen Tüchtigkeit und Sachkompetenz, ihres persönlichen Urteilsvermögens und Geschicks habe betreuen können. Soweit die Klägerin heute immer noch seinerzeitige Kunden betreue, bilde diese starke Beziehung den Grund dazu (Urk. 30 S. 9 und 37 S. 12).

b. Die Beklagte argumentiert demgegenüber, es sei erlogen, dass die Klägerin die Kunden C._____, F._____, G._____, E._____ und H._____ (Switzerland) als ihre persönlichen Kunden zur Beklagten mitgenommen habe. Die Klägerin habe diese

teilweise bei ihrem früheren Arbeitgeber K._____ Partner Public & Relation AG betreut. K._____ habe dann den Kundenstamm im Jahre 2002 an die Beklagte verkauft. Es werde bestritten, dass die Bindung zwischen der Klägerin und den Kunden grösser gewesen sei als zwischen der Beklagten und den Kunden (Urk. 33 S. 13).

5.3. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikationsgeheimnisse und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs 2 OR). Gemäss konstanter Lehre und Rechtsprechung besteht kein Raum für ein Konkurrenzverbot, wenn die Bindung zu Kunden vorwiegend auf den besonderen Fähigkeiten des Arbeitnehmers basiert, auf seiner persönlichen Geschicklichkeit und wenn die Beziehungen zwischen ihm und den Kunden recht persönlicher Natur sind. Diesfalls folgen die Kunden dem Arbeitnehmer nicht wegen den beim Arbeitgeber erworbenen Kenntnissen, sondern wegen dessen besonderen, persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten und wegen seiner Tüchtigkeit. Wo eine Beeinträchtigung der Kundenbeziehungen nicht auf die beim ehemaligen Arbeitgeber erworbenen besonderen Kenntnisse zurückzuführen ist, sondern vor allem mit der Berufserfahrung und den persönlichen Fähigkeiten zusammenhängt, kann von erheblichen Schädigungsmöglichkeiten nicht die Rede sein. Der Arbeitnehmer darf diese Fähigkeiten – egal, wo er sie gesammelt hat – immer verwerten; bei einem neuen Arbeitgeber selbst zum Nachteil des früheren Arbeitgebers. Denn die Fähigkeiten und Charaktereigenschaften des Arbeitnehmers sind als Teil seiner Persönlichkeit grundsätzlich der Bindung verschlossen und dürfen somit auch nicht durch ein Konkurrenzverbot der weiteren Verwertung entzogen werden. Darunter fallen unter anderen Eigenschaften wie die besondere Sachkompetenz des Arbeitnehmers, sein persönliches Urteilsvermögen oder die Art, wie er eine Aufgabe angeht. Es fehlt diesfalls am Kausalzusammenhang zwischen den erworbenen Spezialkenntnissen und der Schädigungsmöglichkeit. Das wurde beispielsweise bejaht für einen Turn- und Tanzlehrer, einen Damencoiffeur, einen Reitlehrer (allerdings wurde in BGE 61 II 90 ein Konkurrenzverbot auch einmal als zulässig erachtet) und einen Klavierlehrer. Einen Spezialfall stellen die sogenannten

freien Berufe dar (Arzt, Zahnarzt, Rechtsanwalt, Ingenieur, Architekt), bei denen die persönlichen Fähigkeiten für den Erfolg bei den Kunden massgebend sind. Arbeitgeber und Arbeitnehmer wenden beide primär die an der Hochschule erworbenen Kenntnisse an, deshalb werden in der Regel Konkurrenzverbote als unstatthaft angesehen oder jedenfalls sehr stark eingeengt. Nicht den freien Berufen zugezählt wird hingegen die Stellung eines Revisors oder Treuhänders, auch wenn er in leitender Stellung tätig ist, u.a., weil hier das handwerkliche, nicht das persönliche Element im Vordergrund stehe (vgl. statt vieler Streiff / von Kaenel, a.a.O., N. 8 und 10f. zu Art. 340 OR, Brühwiler, a.a.O., S. 421f. N. 12 zu Art. 340 OR sowie Neeracher, a.a.O., S. 36f.). Dem Geheimnischarakter steht entgegen, wenn das betreffende Know-how zur Berufserfahrung eines Arbeitnehmers gehört, die innerhalb der betreffenden Branche verbreitet ist (Rehbinder, a.a.O., S. 220, N 9 zu Art. 340 OR). Massgebendes Hauptkriterium für die fragliche Abgrenzung ist gemäss Neeracher, wie gross der originäre Beitrag des Arbeitnehmers zur Befriedigung der Kundenbedürfnisse ist, d.h. wie stark das Resultat der Arbeit von der Eigenleistung des Arbeitnehmers abhängt. Basieren die Leistung und der Erfolg des Arbeitnehmers vorwiegend auf dem Wissen und den Angeboten des Arbeitgebers, und sind sie somit weitgehend vorgegeben, so spricht dies gegen das Überwiegen der persönlichen Eigenschaften. Hängt der Erfolg vorwiegend, wenn nicht ausschliesslich, vom Können und Verhalten des Arbeitnehmers ab, so sind dessen persönliche Eigenschaften für den Wechsel der Kundschaft massgebend. Je kreativer und freier der Arbeitnehmer handeln kann, desto eher überwiegen seine persönlichen Fähigkeiten (Neeracher, a.a.O., S. 38ff.).

5.4. Die Beklagte selbst führte in anderem Zusammenhang aus, die Klägerin habe die für ihre Tätigkeit verlangten Kenntnisse und Fähigkeiten bereits inne gehabt und nicht erst bei der Beklagten erworben. Nach deren Weggang fehlte es der Beklagten an der Kompetenz im fraglichen Bereich Pharma und Health Care. Ferner räumt die Beklagte ein, dass die Klägerin die fraglichen Kunden teilweise bereits beim früheren Arbeitgeber betreut hatte. Somit besteht – mangels (neuem) Einblick in den Kundenkreis oder Verwendung von bei der Beklagten erworbenen Kenntnissen (OR 340 Abs. 2 OR) – vorliegend tatsächlich kein Raum für ein (faktisches) Konkurrenzverbot oder ein Abwerbeverbot. Unbestrittenermassen

war die Klägerin mit der Betreuung wichtiger Kunden wie O._____, und G._____ bereits vor ihrer Anstellung bei der Beklagten bei ihrem früheren Arbeitgeber be-
traut. Diese Kunden wie auch andere (wie beispielsweise C._____, wobei auf-
grund der Parteivorbringen nicht ganz klar ist, ob diese schon bei der K._____ AG
Kundin war), für welche die Klägerin bei der Beklagten als Senior-Beraterin tätig
war, verzichteten offenbar nach der Ankündigung des Weggangs der Klägerin von
der Beklagten auf eine weitere Zusammenarbeit mit der A._____ Corporate und
liessen sich fortan weiter von der Klägerin an deren neuem Arbeitsort beraten.
Aufgrund dieser Umstände liegt der Schluss nahe, dass die Bindung zwischen
diesen Kunden und der Klägerin grösser war als zwischen der Beklagten und den
Kunden. Gerade im Bereich Public Relations und Öffentlichkeitsarbeit, welche
Tätigkeitsgebiete der Klägerin waren (vgl. dazu insbesondere das Arbeitszeugnis
gemäss Teilvergleich vor Vorinstanz, Prot. I S. 32f.) dürfte – anders als zum Bei-
spiel im Bereich Buchhaltung, wo verschiedene Personen bei gegebenen beruf-
lichen Fähigkeiten ein gleichlautendes Resultat abliefern werden – der persön-
liche Stil und die Fähigkeiten eines Beraters wichtig sein. Somit besteht ein ähnli-
ches Vertrauensverhältnis wie bei Ärzten und Anwälten. Mithin war die vorliegend
zu beurteilende Kundensicherungsklausel auch aus diesen Gründen insbesonde-
re mangels Kausalzusammenhang für die Klägerin nicht verbindlich. Auch des-
halb ist die Widerklage abzuweisen.

6. Schlussfolgerung

Demzufolge erübrigt es sich auf die weiteren Vorbringen der Parteien, namentlich
im Zusammenhang mit der Frage der Stellung der Klägerin bei ihrer neuen Ar-
beitgeberin näher einzugehen. Ebensowenig sind die weiteren Rügen der Kläge-
rin, das Rechtsbegehren der Beklagten sei unpräzise (vgl. II.1.3.), weiter zu er-
örtern. Aus den obenerwähnten Gründen ist die Widerklage der Beklagten abzu-
weisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Zuzufolge Abweisung der Widerklage wird die Beklagte diesbezüglich kosten- und entschädigungspflichtig. Die Kosten- und Entschädigungsregelung durch die Vorinstanz ist deshalb zu bestätigen, da deren Entscheid einerseits rechtskräftig geworden und andererseits hinsichtlich der Widerklage zu bestätigen ist.

2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind der Klägerin sodann gestützt auf § 64 Abs. 2 ZPO vollumfänglich aufzuerlegen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist entsprechend der seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden neuen Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 festzulegen (§ 19 GGebVo). Dabei ist diese gemäss § 2 Abs. 3 GGebVo die Nebenkosten, Schreibgebühren, Vorladungen und Zustellkosten enthaltende pauschale Gerichtsgebühr in Anwendung der §§ 4, 9 Abs. 1 und 13 GGebVo für das vorliegende Verfahren auf Fr. 9'500.– festzusetzen. Die Beklagte ist sodann in Anwendung von § 68 Abs. 1 ZPO zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Diese – wie auch die Gerichtsgebühr – ist aufgrund des von der Beklagten angenommenen Streitwerts von mindestens Fr. 120'000.– (Urk. 33 S. 7 Rz 17, vgl. auch die Ausführungen der Klägerseite vor Vorinstanz Prot. I S. 15) und gemäss den massgeblichen Bestimmungen der Anwaltsgebührenverordnung (§§ 4, 6 und 12 AnwGebVo) auf Fr. 10'000.– zuzüglich Fr. 760.– (7.6 % Mehrwertsteuer) festzulegen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 19. Dezember 2005 in Rechtskraft erwachsen ist; er lautet wie folgt:
 1. Die Anerkennung der Hauptklage im Umfang von Fr. 420.– wird vorgemerkt, und der Prozess wird betreffend Spesenersatz als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben.

2. Auf das Feststellungsbegehren der Widerklage der Beklagten und Widerklägerin gegen die Klägerin und Widerbeklagte wird nicht eingetreten.
3. +4. (...)
2. Es wird weiter vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 19. Dezember 2005 in Ziffer 1 in Rechtskraft erwachsen ist. Ziffer 1 lautet wie folgt:
 1. In teilweiser Gutheissung der Hauptklage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 55'080.60 netto nebst Zins zu 5% seit 31. März 2005 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Hauptklage abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Widerklage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3 bis 5) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'500.–.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– zuzüglich Fr. 760.– (7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

Zulässigkeit und Voraussetzungen einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richten sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, insb. Art. 72 ff., 90 ff. und 113 ff.). Eine allfällige Beschwerde wäre innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne einzureichen. Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, läuft die Frist zur bundesrechtlichen Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid erst ab Eröffnung des Entscheides des Kassationsgerichtes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. B. Suter
lic. iur. C. Fischer Maurer

versandt am: js