

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA240001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huzinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiber MLaw A. Eggenberger

Urteil vom 13. Juni 2024

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 5. Dezember 2023 (AG230001-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 100'000.00, zuzüglich Zins von 5% seit 01.08.2022, zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, unter Einschluss der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 600.00, zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 5. Dezember 2023

(Urk. 31 S. 34 f.):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2022 zu bezahlen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 8'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
Die Gerichtskosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.
Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Gerichtskostenvorschuss sowie die Schlichtungspauschale im Umfang von total Fr. 9'350.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 10'900.– (inkl. 7.7% MWST) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 30 S. 2):

- "1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen.

2. Eventualiter sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 35 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 5. Dezember 2023 sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1.1 Die Klägerin und Berufungsbeklagte (Klägerin; Arbeitgeberin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.____, Luzern. Sie erbringt Versicherungs-, Vorsorge- sowie Risikoberatungsdienstleistungen und vermittelt und bewirtschaftet Versicherungen für Betriebe, Gesellschaften, Privatpersonen und Körperschaften des privaten und öffentlichen Rechts (Urk. 1 Rz 8; Urk. 15 Rz 4). Sie übernahm mit Fusionsvertrag vom tt.mm.2021 die D.____ AG, zu deren Mitarbeitern der Beklagte und Berufungskläger (Beklagter; Arbeitnehmer; Urk. 1 Rz 2; Urk. 5/2 f. und Urk. 5/5; Urk. 15 Rz 4, 6) und zu deren Kunden die E.____ AG (Urk. 1 Rz 22 f.; Urk. 15 Rz 35 f.) gehörte. Der Beklagte war in der Folge unter fortbestehendem Arbeitsverhältnis für die Klägerin tätig, zuletzt als stellvertretender ... [Funktion] des Standorts Zürich und ...-Leiter F.____ [Versicherungssparte] (Urk. 1 Rz 2, 8; Urk. 15 Rz 6, 8). Zu seinem Tätigkeitsbereich gehörte sowohl vor als auch nach der Übernahme der D.____ AG durch die Klägerin das Versicherungsbroker-Mandat E.____ AG für das gesamte G.____-Versicherungs-Portefeuille (Urk. 1 Rz 8, 22 f.; Urk. 15 Rz 5, 7 f.; vgl. Urk. 5/8).

1.2 Mit Schreiben vom 28. September 2021 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich per 31. März 2022 (Urk. 1 Rz 9; Urk. 5/9; Urk. 15 Rz 22). In

der Folge trat er eine neue Arbeitsstelle bei der H. _____ an (Urk. 1 Rz 10; Urk. 15 Rz 24), für die er das Mandat G. _____-Versicherung der E. _____ AG weiterbetreut (Urk. 1 Rz 15; Urk. 15 Rz 28).

1.3 Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, durch die (nahtlose) Weiterbetreuung der E. _____ AG gegen das mit Nachtrag vom 18. Dezember 2017 zum Arbeitsvertrag vom 25. Februar 2013 mit folgendem Wortlaut vereinbarte nachvertragliche "Verbot der Abwerbung von Kunden" zu verstossen (Urk. 1 Rz 14, 53; Urk. 5/5):

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während 1 Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Kunden der Gesellschaft, für die er während der letzten 12 Monate vor dem effektiven Ende seiner Tätigkeit für die Gesellschaft tätig war oder mit diesen in diesem Zeitraum in Kontakt stand, abzuwerben, eine Abwerbung zu versuchen oder für solche Kunden in irgendeiner Weise direkt oder indirekt tätig zu sein. Für jede Verletzung dieser Verpflichtung hat der Arbeitnehmer der Gesellschaft eine Konventionalstrafe in Höhe von CHF 100'000 zu bezahlen. Die Zahlung der Konventionalstrafe entbindet den Arbeitnehmer nicht von der Einhaltung dieses Abwerbeverbotes. Die Gesellschaft ist berechtigt, die Herstellung des vertragskonformen Zustandes und Ersatz des über die Konventionalstrafe hinausgehenden Schadens zu verlangen."

2. Mit Eingabe vom 24. Januar 2023 (Datum des Poststempels) erhob sie deshalb unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise ... und ..., vom 6. Oktober 2022 beim Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1 und 3); sie macht damit die Konventionalstrafe gemäss vorstehend wiedergegebener Vertragsklausel geltend.

3. Nach durchgeführtem Verfahren (Urk. 31 E. I.; Prot. I S. 2 ff.) verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten mit Urteil vom 5. Dezember 2023 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, der Klägerin Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2022 zu bezahlen (Urk. 31 S. 34 f.). Dagegen liess der Beklagte mit den eingangs erwähnten Anträgen Berufung erheben (Urk. 30). Mit Verfügung vom 22. Januar 2024 wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschus-

ses von Fr. 8'750.– angesetzt (Urk. 32), der in der Folge geleistet wurde (Urk. 33). Ihre Berufungsantwort erstattete die Klägerin unter dem 18. März 2024 innert der mit Verfügung vom 13. Februar 2024 angesetzten Frist (Urk. 34 f.). Die Rechtschrift wurde dem Beklagten am 3. April 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 37). Weiter Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-29). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Beklagte ist durch das Urteil der Vorinstanz beschwert. Es handelt sich um eine berufungsfähige Streitigkeit (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO; Urk. 27/1 und Urk. 30) und der verlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 32 f.). Auf die Berufung ist unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. Art. 310 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3) einzutreten.
2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungschrift selber in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_651/2012 vom 7.2.2013, E. 4.2; vgl. auch zum diesbezüglich analogen bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A_498/2021 vom 21.12.2021, E. 2.1.; BGer 5A_563/2021 vom 18.10.2021, E. 2.3.). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im vorinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2). Soweit den Rügeerfordernissen Genüge getan ist, erfolgt die Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit unbeschränkter Kognition (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Im Berufungsverfahren neu vorgetragene Behauptungen sind dabei unter den Voraussetzun-

gen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, wobei diejenige Partei, die sich auf (insbesondere unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun hat (BGer 5A_266/2015 vom 24.6.2015, E. 3.2.2.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Rechtsmittelverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6).

III.

1. Die E._____ AG beendete das Mandatsverhältnis G._____ -Versicherung mit der Klägerin mit E-Mail vom 20. Januar 2022 auf den Zeitpunkt des Ausscheidens des Beklagten bei der Klägerin. Die erklärte Absicht der vom Beklagten über sein "Wettbewerbsverbot" informierten E._____ AG war es dabei, die Zusammenarbeit mit dem Beklagten bei dessen neuer Arbeitgeberin fortzusetzen. Der Kündigung war ein erfolgloses Gespräch zwischen der Klägerin und der E._____ AG betreffend die Nachfolge des Beklagten vorausgegangen (Urk. 1 Rz 10; Urk. 15 Rz 23; Urk. 20 Rz 37; Urk. 23/36; Urk. 24). Nach seinem Ausscheiden bei der Klägerin betreute der Beklagte die E._____ AG für seine neue Arbeitgeberin nahtlos weiter. Die Parteien stimmen darin überein, dass diese Weiterbetreuung der E._____ AG durch den Beklagten in sachlicher und zeitlicher Hinsicht prinzipiell unter die zwischen ihnen (im Sinn von Art. 340 Abs. 1 OR gültig) schriftlich vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung fällt. Gegenstand von Kontroversen ist (einzig) die Verbindlichkeit derselben bezogen auf die E._____ AG (vgl. Art. 340 Abs. 2 OR; Urk. 31 E. IV., E. VI.6. und E. VI.7.1. f.).

2. Die Vorinstanz erwog dazu nach grundsätzlichen Ausführungen zur Rechtslage (Urk. 31 E. V.), dass der Beklagte betreffend die E._____ AG über einen im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR relevanten Einblick in den Kundenkreis der Klägerin verfügt habe (Urk. 31 E. 3.), sich für die Klägerin aus der (potentiellen) Kündigung eines Beratungsmandats durch eine Kundin, die sich durch einen ihrer ehemaligen Arbeitnehmer weiter betreuen lasse, ein erhebliches Schadenspotential ergebe (Urk. 31 E. VI. 4.1. f., vgl. auch E. VI.9.4.) und es in erster Linie, die aufgrund des Arbeitsverhältnisses der Parteien erworbenen spezifischen Kenntnisse

des Beklagten betreffend die E. _____ AG seien, die es diesem ermöglicht hätten, eine Weiterbetreuung derselben konkret auf deren Bedürfnisse auszurichten und damit erfolgversprechend zu gestalten. Die Schädigungsmöglichkeit gehe unter dem Vorbehalt, dass der Kausalzusammenhang nicht infolge einer Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften des Beklagten fehle, kausal auf den Einblick in den Kundenkreis der Klägerin zurück (Urk. 31 E. 4.3.). Eine Personenfokussiertheit der Kundenbeziehung reiche entgegen dem Beklagten für die Annahme einer das Abwerbeverbot unzulässig machenden Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften nicht aus. Gerade bei (wie vorliegend) länger andauernden Kundenbeziehungen dürfte es sich in der Praxis kaum vermeiden lassen, dass ein stärkerer Bezug des Kunden zu einem bestimmten Arbeitnehmer entstehe. Es schiene allerdings verfehlt, daraus ohne zusätzliche Prüfung allfälliger mit der Person des Arbeitnehmers verbundener Fähigkeiten respektive einer persönlichen Komponente im erwogenen Sinn auf eine Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften zu schliessen. Nicht relevant sei demnach auch, in welchem genauen Umfang der Beklagte über die Jahre hinweg tatsächlich für das Mandat E. _____ AG gearbeitet habe sowie, ob und in welchem Ausmass er dabei auf Unterstützung durch Mitarbeitende der Klägerin angewiesen gewesen sei (Urk. 31 E. VI.5.3.). Bei einer Gesamtbetrachtung der Vorbringen des Beklagten werde ersichtlich, dass auch er in erster Linie den durch die langjährige Betreuung der E. _____ AG während seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin gewonnenen spezifischen Kenntnissen sowie den im selben Rahmen erlangten Kenntnissen über die Branche der E. _____ AG massgebliche Bedeutung im Hinblick auf seinen Wert für die E. _____ AG zumesse (Urk. 31 E. VI.5.2.). Dafür, dass es nicht um eine persönliche Komponente oder unmittelbar mit der Person des Beklagten verbundene Fähigkeiten, sondern um im Rahmen des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin erworbene Spezialkenntnisse gegangen sei, spreche sodann, dass (sinngemäss) auch der Beklagte der Ansicht sei, dass eine Weiterbetreuung der E. _____ AG durch die Klägerin grundsätzlich möglich gewesen wäre, wenn sie sich um eine Nachfolge bemüht und einen Wissenstransfer durchgeführt hätte. Seine Vorbringen, wonach die Klägerin über niemanden verfügt habe, der das Mandat für die E. _____ AG hätte übernehmen können, überzeuge insofern nicht, als die Kläge-

rin, hätte die E. _____ AG das Mandat nicht bereits gekündigt gehabt, ohne Weiteres eine/n (allgemein) fachlich qualifizierte/n Nachfolger/in für den Beklagten hätte anstellen und einen Wissenstransfer vom Beklagten auf diese Person hätte veranlassen können. Weshalb dies nicht hätte möglich sein sollen, habe der Beklagte nicht näher ausgeführt und sei auch nicht ersichtlich. Vorauszusetzen, dass bereits jemand bei der Klägerin vorhanden sei, der oder die zusätzlich auch schon über praktische Erfahrung mit dem spezifischen Kunden und dessen Branche verfügt habe, scheine jedenfalls verfehlt. Sei mangels anderslautender substantiierter Vorbringen davon auszugehen, dass die Einstellung eines/einer neuen Mitarbeitenden möglich gewesen wäre, auf den/die eine Informationsweitergabe hätte erfolgen können, bedürfe auch der strittige Punkt keiner Weiterungen, ob andere Mitarbeitende der Klägerin für die Übernahme des Mandats E. _____ AG geeignet gewesen wären. Die in diesem Zusammenhang offerierten Zeugenbefragungen seien entsprechend nicht rechtserheblich. Ein Anspruch des Beklagten auf entsprechende Beweisabnahmen wäre auch insofern zu verneinen, als nicht dargelegt worden sei, was die zur Befragung offerierten Personen genau hätten bestätigen können sollen. Ein Beweisverfahren könne jedenfalls nicht dazu dienen, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setze solche vielmehr voraus (Urk. 31 E. VI.5.4.). Bei den Kenntnissen des Beklagten, die für die Möglichkeit zur Weiterbetreuung als relevant zu betrachten seien, handle es sich um spezifische Kundenkenntnisse, welche sich der Beklagte nicht aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, sondern (bloss) aufgrund seiner Anstellung bei der Klägerin habe erarbeiten können. Selbst wenn sehr gute, allgemeine branchenspezifische Fachkenntnisse, hinreichende Berufserfahrung und wohl auch ein gewisses Mass an vorhandenen Soft Skills vorausgesetzt gewesen seien, um von der Klägerin mit dem Mandat E. _____ AG in leitender Position betraut zu werden, erscheine es nämlich so, als ob der Beklagte jedenfalls im Zeitpunkt der Mandatsübergabe grundsätzlich austauschbar gewesen sei. Hätte damals jemand anderes als er das Mandat übernommen und sich im Lauf der Zeit, wenn auch durch gute Mandatsbetreuung, spezifische Kenntnisse über die E. _____ AG zugelegt, wäre diese Person für die E. _____ AG wertvoll geworden. Zu dem, was den Beklagten (auch nach seiner eigenen Sachdarstellung) für die

E._____ AG hauptsächlich interessant gemacht habe, habe er somit im Wesentlichen durch sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin Zugang erhalten (Urk. 31 E. VI.5.5., vgl. auch E. VI.5.7.). Auch aus einer von der Klägerin im Übrigen bestrittenen besonders hohen Komplexität des Mandats könne keine Personenbezogenheit im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgeleitet werden. Dies habe vorliegend insofern umso mehr zu gelten, als der Beklagte den Zugang zum entsprechenden Wissen erst aufgrund des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin erhalten habe und zudem im Grundsatz selbst von einer Übertragbarkeit dieses Wissens ausgehe. Die Frage nach der Komplexität des Mandates E._____ AG könne mithin offenbleiben (Urk. 31 E. VI.5.6.). Nicht gefolgt werden könne dem Beklagten schliesslich, wenn er sich darauf berufe, dass seine Tätigkeit mit einem freien Beruf im Sinn der Rechtsprechung zu nachvertraglichen Konkurrenz- und Abwerbeverboten vergleichbar und deshalb von einer Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften auszugehen sei. Selbst bei typischen freien Berufen seien Konkurrenz- und Abwerbeverbote sodann nicht per se ausgeschlossen, sondern es komme stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Eine solche Einzelfallbetrachtung sei mit dem Ergebnis angestellt worden, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall gerade nicht von der Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften auszugehen sei (Urk. 31 E. VI.5.8.). Mit dem streitgegenständlichen Abwerbeverbot gehe im Übrigen keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Beklagten einher (Urk. 31 E. VI.6.). Soweit der Beklagte geltend mache, die Klägerin habe nie ernsthaft versucht, die E._____ AG als Kundin zu halten und er darin sinngemäss ein Grund für einen Wegfall der (wirksamen) prozessgegenständlichen Kundenschutzklausel gemäss Art. 340c Abs. 1 OR erblicke, könne ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Aus einer allfälligen anfänglichen Untätigkeit der Klägerin betreffend eine Mandatsübernahme abzuleiten, dass sie sich nie ernsthaft darum bemüht habe, die E._____ AG als Kundin zu behalten, scheine angesichts des auf den 19. Januar 2022 anberaumten Treffens mit der E._____ AG und des danach bis zum letzten Arbeitstag des Beklagten noch verbleibenden Zeitraums verfehlt. Zudem habe die Klägerin mit der Anberaumung eines Treffens mit der E._____ AG klar ihre Absicht erkennen lassen, etwas zu unternehmen, um sie als Kundin behalten zu können. Nachdem die E._____ AG

tags darauf das Mandat gekündigt habe, hätten von der Klägerin jedenfalls keine weitreichenden Bemühungen mehr erwartet werden können, um die E. _____ AG allenfalls doch noch zum Umdenken zu bewegen. Das gelte umso mehr, als die E. _____ AG für die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses der Parteien ausdrücklich eine Weiterbetreuung durch den Beklagten gewünscht habe. Verbotsklauseln wie die streitgegenständliche dienten auch dazu, der Arbeitgeberin zu ermöglichen, innert der Verbotsdauer die Nachfolgebetreuung der fraglichen Kunden ohne Konkurrenzierung durch den ehemals betreuenden Arbeitnehmer zu festigen. Es scheine deshalb verfehlt, von der Klägerin zu verlangen, dass schon während laufender Kündigungsfrist des Beklagten eine vollkommen gleichwertige Nachfolgebetreuung etabliert worden wäre (Urk. 31 E. VI.7.5.). Der Beklagte behauptete schliesslich, die Klägerin habe sich mit dem Entscheid der E. _____ AG betreffend die Beendigung des Mandatsverhältnisses abgefunden und sehe auch darin einen Wegfall des Interesses. Seiner Darstellung gemäss existiere diesbezüglich eine E-Mail, deren Edition er verlange. Sein entsprechendes Begehren sei jedoch nicht hinreichend substantiiert, weshalb offenbleiben könne, ob ein sich Abfinden mit einem Wegfall des Interesses [an der Aufrechterhaltung der Kundenschutzklausel] gleichgesetzt werden könne (Urk. 31 E. VI.7.6.).

3.1 Der Beklagte beanstandet die Feststellungen der Vorinstanz nicht, dass er bezogen auf die E. _____ AG über einen im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR relevanten Einblick in den Kundenkreis der Klägerin verfügte (Urk. 31 E. 3.), der Klägerin bei einer (potentiellen) Kündigung des Mandats der E. _____ AG eine erhebliche Schädigung im Sinn der Bestimmung drohte (Urk. 31 E. 4.VI.1. f., vgl. auch E. VI.9.4.) und in erster Linie seine spezifischen Kenntnisse über die E. _____ AG sowie deren Branche (und nicht etwa ein besonderes Verkaufstalent, eine besondere Vertrauenswürdigkeit etc.) ausschlaggebend für die Weiterbetreuungsmöglichkeit gewesen seien (Urk. 31 E. VI.5.2., vgl. auch E. VI.4.3.). Er stört sich jedoch an deren Erwägung, dass nicht relevant sei, in welchem genauen Umfang er über die Jahre hinweg tatsächlich für das Mandat E. _____ AG gearbeitet habe, sowie, ob und in welchem Ausmass er dabei auf Unterstützung durch weitere Mitarbeitende der Klägerin angewiesen gewesen sei. Diese beruhe in tatsächlicher Hinsicht auf der unzulässigen, den Sachverhalt und die Parteibehauptungen igno-

rierenden pauschalen Annahme, dass aus einer lang andauernden Kundenbeziehung zwangsläufig ein stärkerer persönlicher Bezug von Kunden zu einem bestimmten Arbeitnehmer entstehe (Urk. 30 Rz 8 f.) und in rechtlicher Hinsicht auf der falschen Annahme, dass die Nähe zum Kunden irrelevant sei (Urk. 30 Rz 9). Die Vorinstanz hätte eine Einzelfallbetrachtung vornehmen und beurteilen müssen, inwieweit die Art und Weise der Vertragserfüllung an die E._____ AG so erfolgt sei, dass daraus eine ausserordentlich starke Personenbezogenheit resultiert habe, respektive ob und inwieweit die Klägerin die vertragliche Leistung auch ohne ihn überhaupt noch hätte erbringen können (Urk. 30 Rz 9 f., 19). Weiter beruhten die Feststellungen der Vorinstanz, dass die Klägerin ohne Weiteres eine/n (allgemein) fachlich qualifizierte/n Nachfolger/in für ihn hätte anstellen und einen Wissenstransfer von ihm auf diese Person hätte veranlassen können und die vorinstanzliche Äusserung, es erscheine verfehlt vorauszusetzen, dass bereits jemand bei der Klägerin vorhanden sei, der oder die zusätzlich auch schon über praktische Erfahrung mit dem spezifischen Kunden und dessen Branche verfügte (Urk. 31 E. VI.5.4.), auf einer falschen Anwendung der Bestimmungen von Art. 8 ZGB, Art. 150 Abs. 1 ZPO, Art. 152 Abs. 1 ZPO und auf willkürlichen Sachverhaltsannahmen (Urk. 30 Rz 20-38). Die Vorinstanz hätte bei richtiger Betrachtung der Beweislage und damit bei richtiger Rechtsanwendung aus der unbestrittenen Tatsache, dass die Klägerin bis Ende Arbeitsverhältnis des Beklagten keinen neuen Mitarbeitenden/keine neue Mitarbeitende eingestellt habe, zum Schluss kommen müssen, dass die Klägerin offensichtlich nicht in der Lage gewesen sei, seine Nachfolge in Bezug auf die Kundin E._____ AG so zu regeln, dass eine Vertragserfüllung weiterhin zufriedenstellend möglich gewesen wäre oder zumindest, dass die Klägerin keinen Ersatz für den Beklagten habe anstellen wollen und die E._____ AG wissentlich und willentlich als Kundin aufgegeben habe (Urk. 30 Rz 26). Aus Kundensicht stimme die Sachverhaltsannahme der Vorinstanz, dass es verfehlt sei, vorauszusetzen, dass bereits jemand bei der Klägerin vorhanden gewesen sei, der oder die zusätzlich auch schon über praktische Erfahrung mit dem spezifischen Kunden oder dessen Branche verfügt habe, offensichtlich nicht. Wenn die Klägerin die E._____ AG als Kundin hätte behalten wollen, hätte sie über eine Person verfügen müssen, welche über praktische Erfah-

zung mit der Kundin und der Branche verfügt habe (Urk. 30 Rz 28 f.). Die Klägerin habe – in der wohl zutreffenden Erkenntnis, dass sie die Kundin E. _____ AG im Bereich G. _____-Versicherungen ohne ihn gar nicht würde weiterbetreuen können – die Kundin E. _____ AG ebenso aufgegeben, wie die Arbeitgeberin im Fall BGer 4A_286/2017 die Personalvermittlung im Bereich Bauberufe vorübergehend aufgegeben habe, weil sie sich aufgrund der engen, personenbezogenen Beziehungen des Arbeitnehmers im Bereich der Personalvermittlung in Bauberufen als nicht mehr wettbewerbsfähig erachtet habe. Im vorliegend zu beurteilenden Fall gehe es jedoch nicht um Beziehungen zu einer Vielzahl von Kunden und nicht um die Gültigkeit eines Konkurrenzverbots in seiner Gesamtheit. Es gehe lediglich um die Gültigkeit einer Kundenschutzklausel in Bezug auf eine einzelne, spezifische Kundenbeziehung. In dieser sei die Personenbezogenheit auf jeden Fall weit gewichtiger als im Fall BGer 4A_286/2017. Da er die Kundenschutzklausel in Bezug auf alle anderen Kunden der Klägerin eingehalten habe, sei die wirtschaftliche Relevanz für die Klägerin entsprechend gering und der Wegfall des Konkurrenzverbots eine logische und wirtschaftlich leicht vertretbare Folge ihres unternehmerischen Handelns (Urk. 30 Rz 37). In prozessualer Hinsicht wirft der Beklagte der Vorinstanz dabei (weiter) eine Verletzung seines Anspruchs auf Beweisführung und rechtliches Gehör vor (Urk. 30 Rz 4-6).

3.2 Die Klägerin hält die beklagtischen Rügen demgegenüber für unsubstantiiert und auch in der Sache für unbegründet. Die Vorinstanz habe - so die Klägerin kurzgefasst - die massgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit der Kundenschutzklausel korrekt herausgearbeitet, diese aufgrund der konkreten Umstände unter Würdigung der Vorbringen der Parteien im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung beurteilt und sei auf dieser Grundlage richtig zum Schluss gekommen, dass die durch den Beklagten beantragten Beweise mangels Rechtserheblichkeit nicht weiter beachtlich seien. Der Beklagte lege nicht dar, wieso die als nicht relevant beurteilten Aspekte doch relevant seien oder die Vorinstanz Kriterien unrechtmässig in ihre Beurteilung einbezogen habe (Urk. 35 Rz 9-63). Namentlich habe die Vorinstanz belegt festgehalten, dass in erster Linie die spezifischen Kenntnisse des Beklagten über die E. _____ AG sowie deren Branche ausschlaggebend für die Weiterbetreuungsmöglichkeit gewe-

sen seien (Urk. 35 Rz 30, vgl. auch Rz 32 f., 35, 52) und habe zu Recht festgestellt, dass es nicht massgeblich sei, ob im Zeitpunkt des Ablaufs des Arbeitsverhältnisses bereits jemand bereit gestanden hätte, die Mandatsbetreuung nahtlos weiterzuführen (Urk. 35 Rz 39). Der Beklagte kreiere mit der "Personenbezogenheit" ein eigenes, nicht massgebliches Kriterium und versuche anhand desselben darzulegen, das Mandat sei in einer Art und Weise auf ihn bezogen gewesen, die es ihm erlaubt habe, die Kundin auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiter zu betreuen (Urk. 35 Rz 5-8, 38, vgl. auch Rz 11). Die nach Ansicht des Beklagten relevante Frage, ob ein nahtloser Übergang sichergestellt gewesen sei, müsse nicht geprüft werden. Es sei nicht seine Sache, ihr vorzuschreiben, was sie zu tun und zu unterlassen habe. Er habe einfach die Weiterbetreuung der E._____ AG zu unterlassen gehabt (Urk. 35 Rz 39, 42, 47, vgl. auch Rz 54). Dass nach einem Wissenstransfer eine Weiterbetreuung der E._____ AG grundsätzlich möglich sei, widerlege der Beklagte nicht. Ob im Zeitpunkt seines Ausscheidens ein Mitarbeitender für einen Wissenstransfer zur Verfügung gestanden hätte, sei rechtlich irrelevant; auch der Beklagte lege nichts anderes dar (Urk. 35 Rz 43). Es sei bestritten, dass sie bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses des Beklagten die Mandatsbetreuung nicht hätte sicherstellen können. Sie unterliege jedoch keiner Beweispflicht, dass sie die Weiterbetreuung sichergestellt habe. Es sei ein nicht relevantes Kriterium, das der Beklagte einführen wolle. Er führe denn auch weder eine Rechtsbestimmung noch eine Gerichtspraxis an, wonach derjenige, der nachweisen könne, dass eine mangelnde Sicherstellung einer Weiterbetreuung eines Mandats zu einer Übernahme durch den bisherigen Mandatsbetreuer berechtige, mit einer entsprechenden Entbindung von der Kundenschutzklausel. Der Beklagte vertrete eine sachfremde Sichtweise. Das bestehende Brokermandat mit der E._____ AG sei vertragskonform zu erfüllen gewesen, was vorliegend jedoch nicht von Relevanz sei (Urk. 35 Rz 48). Die Kundensicht bzw. die Sicht der E._____ AG, die aus Bequemlichkeitsgründen weiter mit dem Beklagten habe zusammenarbeiten wollen, sei bei der Beurteilung der sich vorliegend stellenden Fragen irrelevant (Urk. 35 Rz 50 f.). Sie habe die E._____ AG als Kundin nicht aufgegeben. Bei dieser habe es sich im Übrigen zwar "nur" um eine Kundin gehandelt, aber immerhin um eine sehr relevante. Eine Verletzung der Kunden-

schutzklausel müsse nicht zum Ruin einer Unternehmung führen. Der Beklagte setze sich nicht ansatzweise mit der Feststellung der Vorinstanz auseinander, dass die Klägerin mit der E. _____ AG im Bereich G. _____-Versicherungen Umsätze erzielt habe, die im Verlauf der Jahre tendenziell angestiegen seien und zuletzt auch die Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe (deutlich) überschritten hätten. Daher sei von einem erhöhten Schadenspotential und einem tatsächlichen Schadenseintritt auszugehen (Urk. 35 Rz 56 f.).

4. Der vorinstanzliche Entscheid beruht u.a. auf der rechtlichen Prämisse, dass ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis unwirksam sei, wenn der Arbeitnehmer dem Kunden eine Leistung erbringe, die vorwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sei, sodass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit als der Identität des Arbeitgebers beimesse. Gewichtige persönliche Komponenten könnten in besonderen pädagogischen oder rhetorischen Fähigkeiten, Sachkompetenz, einem scharfen Verstand, strategischem Denken oder in der Geschicklichkeit und im Urteilsvermögen des Arbeitnehmers liegen. Davon zu unterscheiden seien Fähigkeiten eines Arbeitnehmers, durch Ausnützung des gewonnenen Spezialwissens Kunden an sich zu binden. Pflege der Arbeitnehmer einen langjährigen und intensiven Kundenkontakt, sei eine Person naturgemäss im Zentrum und nicht die Identität des Arbeitgebers. Diese Nähe vermöge allerdings für sich nicht für die Annahme eines ausschlaggebenden Gewichts der persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften auszureichen (Urk. 31 E. V.1.3.). Konkret beziehend auf den (sinngemässen) Standpunkt des Beklagten, eine Personenfokussiertheit der Kundenbeziehung reiche für die Annahme einer das Abwerbverbot unzulässig machenden Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften aus, verdeutlichte sie sodann, dass aus einer solchen ohne zusätzliche Prüfung allfälliger mit der Person verbundener Fähigkeiten respektive einer persönlichen Komponente im obgenannten Sinn nicht auf eine Massgeblichkeit persönlicher Eigenschaften geschlossen werden könne (Urk. 31 E. V.5.3.). Der Beklagte setzt sich mit dieser rechtlichen Prämisse der vorinstanzlichen Argumentation jedoch nicht auseinander, sondern wiederholt (kurz gefasst) einzig, dass das vorliegend zu beurteilende Kundenverhältnis durch einen (ausserordentlich) starken persönlichen Bezug geprägt sei, der als relevant erachtet

werden müsse. Die Relevanz scheint er dabei aus der Kundensicht (Urk. 30 Rz 28) und dem (behaupteten) Umstand abzuleiten, dass die Klägerin eine zufriedenstellende Vertragserfüllung gegenüber der E._____ AG ohne ihn nicht hätte gewährleisten können (Urk. 30 Rz 20 ff.). Warum das im Licht von Gesetz, Literatur und Rechtsprechung so sein sollte bzw. die Kundensicht oder die Art und Weise der weiteren Vertragserfüllung in anderer Weise für die Beurteilung des Rechtsstreits relevant sein sollte, legt er indessen nicht dar. Seine Berufungsbegründung genügt daher insoweit den prozessualen Anforderungen (vgl. E. II.2.) nicht. Seine weiteren, die Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz betreffenden Beanstandungen (Urk. 30 Rz 7-9, 11-26, 28, 30-38) bauen auf der von ihm prozessual ungenügend vorgetragenen Rüge der falschen Rechtsanwendung auf. Dass die Vorinstanz auch ausgehend von ihrer Rechtsauffassung zu einem anderen, für ihn günstigen Ergebnis hätte kommen müssen, legt der Beklagte nicht dar. Das gilt namentlich auch für die seine Nachfolge betreffenden Sachverhaltsrügen (Urk. 30 Rz 20 ff.). Der Beklagte verlangt im Ergebnis nichts anderes als eine seinem (im Berufungsverfahren wiederholten) Standpunkt entsprechende Neuurteilung der Wirksamkeit der prozessgegenständlichen Kundenschutzklausel, ohne sich substantiiert mit den diese verwerfenden Darlegungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Seine Vorbringen in der Berufungsbegründung genügen den prozessualen Anforderungen vor diesem Hintergrund insgesamt nicht, sodass es allein deswegen ohne Weiteres beim Urteil der Vorinstanz bliebe (Urk. 31). Seiner Berufung ist allerdings auch kein Erfolg beschieden, wenn von prozessual genügenden Beanstandungen seinerseits ausgegangen wird:

5.1 Rechtsgeschäftliche nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen bilden ein grundsätzlich zulässiges Instrument zum Schutz wirtschaftlicher Interessen der verbotsbegünstigten Arbeitgeberin. Sie sind gemäss Art. 340 Abs. 2 OR verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der Schädigungsgefahr muss (hypothetisch) ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (BGer 4A_116/2018 vom 28.3.2019, E. 4.1; zur Anwendbarkeit von Art. 340 ff. OR auf alle Arten von nach-

arbeitsvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen vgl. BGE 130 III 353 E. 2.1). Erforderlich ist eine persönliche Beziehung und ein direkter Kontakt zwischen dem Arbeitnehmer und den Kunden, der es dem Arbeitnehmer erlaubt hat, die Eigenschaften, Anliegen, Anschauungen, Gepflogenheiten und Bedürfnisse des Kunden kennen zu lernen. Es ist folglich das Bestehen eines aus der Arbeitsbeziehung erwachsenden persönlichen Bezugs, die es dem Arbeitnehmer aufgrund der dadurch erworbenen qualifizierten Spezialkenntnisse leicht macht, die bisherige Leistung anzubieten und den Arbeitgeber dadurch erheblich zu schädigen, die nach der gesetzlichen Konzeption ein nachvertragliches Konkurrenzverbot rechtfertigt (BGE 138 III 67 E. 2.2.1). Unzulässig ist ein solches demgegenüber, wenn die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Kundenbeziehung nicht auf die erworbenen besonderen Kenntnisse zurückzuführen ist, sondern vor allem mit der Berufserfahrung, den persönlichen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften des Arbeitnehmers zusammenhängt. Der Arbeitnehmer darf diese immer und auch zum Nachteil eines früheren Arbeitgebers verwerten (Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich, Bern 2001, S. 36). Die Rechtsprechung nimmt die Unwirksamkeit einer rechtsgeschäftlich vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkung unter dem Aspekt der Kausalität an, wenn die persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers gegenüber den von ihm erfahrenen, qualifizierten Kundeninformationen von primärer Bedeutung sind (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 f.; BGE 78 II 39 E. 1.; BGE 61 II 90 E. 2.; BGer 4A_286/2017 vom 1.11.2017, E. 2.1). Davon ging auch die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht aus (Urk. 31 E. V.1.1. bis V.1.3.).

5.2 Für die Beurteilung der Schädigungsmöglichkeit im Sinn von Art. 340 Abs. 2 OR sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses massgeblich. Fällt die erforderliche Schädigungsmöglichkeit nachträglich, während der Dauer des Konkurrenzverbots dahin, ist Art. 340c Abs. 1 OR anwendbar, gemäss welchem das Konkurrenzverbot seine Wirksamkeit verliert, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten (ZK OR-Staehelin, Art. 340c N 2).

6.1 Der Beklagte kritisiert die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht explizit, wirft ihr aber kurzgefasst zunächst vor, die "ausserordentlich starke Personenbezogenheit" der in Frage stehenden Kundenbeziehung verkannt zu haben (Urk. 30 Rz 3, 9). Aus seinen Ausführungen ergibt sich dabei, dass er mit "Personenbezogenheit" seine, auf den im Lauf der Arbeitsbeziehung erworbenen kundenspezifischen Kenntnissen beruhende Bedeutung für die E. _____ AG meint (vgl. Urk. 30 Rz 11-17, 28, 38). Davon ging auch die Vorinstanz aus (Urk. 30 VI.5.2. und E. VI.5.5., vgl. auch E. VI.4.3.); ihre entsprechenden Feststellungen blieben seitens des Beklagten (folgerichtig) unbeanstandet. Damit steht nach dem zur Rechtslage Erwogenen (E. III.5.1) auch allein gestützt auf die Darstellung des Beklagten fest, dass seine Beziehung zur E. _____ AG die dem Schutz durch eine nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung zugänglichen wirtschaftlichen Interessen der Klägerin idealtypisch betrifft. Seine gegenteilige Argumentation beruht auf dem Kriterium der sehr starken Personenbezogenheit des Kundenverhältnisses, mit dem er aus Kundensicht mit dem Interesse an einer reibungs- und aufwandlosen weiteren Vertragserfüllung argumentiert (Urk. 30 Rz 20 ff.), das im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR nicht relevant ist.

6.2 So trägt der Beklagte zwar zutreffend vor, dass die Dauer einer Kundenbeziehung allein nichts über die Stärke des persönlichen Bezugs zwischen dem involvierten Arbeitnehmer und einer Kundin aussagt (Urk. 30 Rz 8). Unter dem Aspekt der vorliegend umstrittenen Kausalität zwischen dem Einblick in den Kundenkreis, der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen persönlichen Kontakt zwischen Arbeitnehmer und Kunde voraussetzt (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2.1), und der Schädigungsgefahr, ist indessen nicht die persönliche Nähe zwischen Arbeitnehmer und Kunde als solche, sondern die Frage wesentlich, worauf diese sachlich beruht. Beruht sie auf persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, ist ein nachvertragliches Konkurrenzverbot unzulässig. Beruht sie auf im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erworbenen qualifizierten Spezialkenntnissen des Arbeitnehmers, ist ein solches dagegen zulässig. Ist unter dem Aspekt der Kausalität die persönliche Nähe irrelevant, spielt auch deren Intensität keine Rolle. Die Vorinstanz durfte und musste sich im vorliegenden Zusammenhang folglich auf die Beurteilung der Frage beschränken, ob die unbestrittene Bedeu-

tung des Beklagten für die E. _____ AG (und folglich die damit einhergehende Schädigungsgefahr) auf dessen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten oder auf seinen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erworbenen qualifizierten Spezialkenntnissen beruhte. Das hat sie getan und unbeanstandet festgestellt, dass die Bedeutung des Beklagten für die E. _____ AG hauptsächlich auf im Rahmen des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin erworbenem Spezialwissen beruht (E. III.6.2). Ob die Klägerin diese Bedeutung des Beklagten für die E. _____ AG durch ihre organisatorischen Entscheide selber geschaffen hat (vgl. Urk. 30 Rz 7), spielt dabei keine Rolle. Eine Wettbewerbsbeschränkung, die es dem ehemaligen Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit untersagt, seinem ehemaligen Arbeitgeber Kunden mit dem erworbenen Spezialwissen streitig zu machen, zielt gerade darauf, dem für den Arbeitgeber aus der Übertragung von Aufgaben auf einen Arbeitnehmer fließenden Risiko eines Kundenverlusts zu begegnen. Auf Weiterungen betreffend die Intensität des persönlichen Bezugs des Beklagten zur E. _____ AG (vgl. Urk. 30 Rz 7-19) verzichtete die Vorinstanz zu Recht.

6.3.1 Weiter ist dem Beklagten zwar darin zu folgen, dass die Wirkung einer (befolgten) Kundenschutzklausel dem Interesse des Kunden an einer (nahtlosen) Weiterbetreuung seines Auftrags durch die mit seinen Bedürfnissen vertraute Person widerspricht (vgl. Urk. 30 Rz 27-29, 36). Die arbeitsrechtliche Regelung betreffend die nachvertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt jedoch nicht den Schutz von Kundeninteressen, sondern einzig denjenigen des verbotsbelasteten Arbeitnehmers als schwächere Partei vor einer übermässigen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit (BGE 130 III 353 E. 2.1.1.; Botschaft BBl 1967 II 241, S. 402; vgl. auch Urk. 31 E. VI.7.3. f.). Kundeninteressen sind im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR folglich nicht relevant. Wovon die E. _____ AG die Weiterführung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin abhängig machte und ob die Klägerin diese Bedingungen erfüllte, ist für die Beurteilung der Wirksamkeit der prozessgegenständlichen Kundenschutzklausel mithin nicht von Bedeutung. Bedeutsam ist einzig das Interesse der Klägerin am nachvertraglichen Schutz dieser Kundenbeziehung im Verhältnis zum Beklagten, das losgelöst vom Verhalten

der E. _____ AG und des Beklagten an den Vorgaben von Art. 340 Abs. 2 OR zu messen ist.

6.3.2 Aus der (demnach) massgeblichen Sicht des Arbeitgebers zielt die Vereinbarung einer Kundenschutzklausel darauf, ihm Zeit zu verschaffen, um seine Marktposition nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer, der über bei ihm erworbene Spezialkenntnisse verfügt, zu verteidigen (vgl. auch Urk. 31 E.VI.7.5.). Eine Kundenschutzklausel ist daher entgegen dem vom Beklagten (zumindest sinngemäss) vertretenen Standpunkt (vgl. Urk. 30 Rz 26) grundsätzlich unabhängig von Bemühungen um eine zufriedenstellende Weiterbetreuung von Kunden während der Dauer der Kündigungsfrist oder dem Bestehen einer konkreten Nachfolgeregelung im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirksam (vgl. Urk. 30 Rz 26). Es genügt, dass der verbotsbelastete Arbeitnehmer im Prinzip ersetzbar ist, weil eben nicht seine persönlichen Fähigkeiten, sondern erworbenes Wissen für die Schädigungsmöglichkeit ausschlaggebend sind. Eines Nachweises, dass entsprechende Fachkräfte stellensuchend sind (vgl. Urk. 30 Rz 21), bedarf es nicht. Vorbehalten bleibt der theoretisch denkbare Nachweis aussergewöhnlicher Umstände auf dem Arbeitsmarkt, die eine allenfalls nötige Rekrutierung während der Dauer des Konkurrenzverbots aussichtslos erscheinen lassen, der allerdings vom Arbeitnehmer zu erbringen wäre. Dass der Beklagte im Prinzip ersetzbar war, räumt er im Berufungsverfahren im Ergebnis ein, indem er davon ausgeht, dass die Regelung seiner Nachfolge grundsätzlich möglich gewesen wäre, wenn sich die Klägerin entsprechend bemüht hätte, und der Wissenstransfer spezifische Kundenkenntnisse betroffen hätte, die die E. _____ AG auch selbst hätte vermitteln können (Urk. 30 Rz 30-36). Er bestätigt damit die Annahmen der Vorinstanz (Urk. 30 E. VI.5.4.). Ob der E. _____ AG im Zusammenhang mit der Übergabe der Mandatsbetreuung auf einen neuen (Haupt-)Verantwortlichen bei der Klägerin Zusatzaufwand entstanden wäre, ist nicht relevant (E. III.6.3.1). Anzumerken ist der Vollständigkeit halber im Übrigen, dass der E. _____ AG mit dem Wissenstransfer verbundener Zusatzaufwand auch bei jedem anderen Leistungserbringer (in wohl noch grösserem Umfang) entstanden wäre, der nicht auf die Dienste des Beklagten zählen konnte. Gerade deshalb war die Kundenschutzklausel für die Klägerin wirtschaftlich interessant. Im Sinn

des Erwogenen aussergewöhnliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt behauptet der Beklagte nicht.

6.3.3 Davon ausgehend, dass eine Kundenschutzklausel grundsätzlich unabhängig von Bemühungen um eine zufriedenstellende Weiterbetreuung von Kunden während der Dauer der Kündigungsfrist oder dem Bestehen einer konkreten Nachfolgeregelung im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirksam ist (E. III.6.4), kann aus dem vom Beklagten (behaupteten) Verhalten der Klägerin rund um die Regelung seiner Nachfolge allein auch nicht darauf geschlossen werden, dass die Klägerin die Kundenbeziehung zur E. _____ AG "wissentlich und willentlich" aufgegeben hätte (Urk. 30 Rz 26, Rz 30-38). Weitere Umstände, aus denen auf Entsprechendes geschlossen werden könnte, trägt der Beklagte nicht vor. Es ist vielmehr unbestritten, dass die Klägerin noch während laufendem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten ein Treffen mit der E. _____ AG organisierte und bei dieser Gelegenheit versuchte, diese davon zu überzeugen, ihre Dienste auch weiterhin in Anspruch zu nehmen. Tags darauf kündigte die E. _____ AG das Mandat mit der erklärten Absicht, die Zusammenarbeit (trotz Wettbewerbsverbots) mit dem Beklagten bei dessen neuer Arbeitgeberin fortzusetzen (Urk. 1 Rz 10; Urk. 15 Rz 23; Urk. 20 Rz 37; Urk. 23/36: Urk. 24 ; vgl. Urk. 31 E. VI.7.5.). Dass von der Klägerin in der Folge keine weitreichenden Bemühungen mehr erwartet werden konnten, um die E. _____ AG noch zum Umdenken zu bewegen, erwog die Vorinstanz zutreffend (Urk. 31 E. VI.7.5.) und blieb vom Beklagten, der der Klägerin im Berufungsverfahren selber "nur" zum Vorwurf macht, sich nicht rechtzeitig um seine Nachfolge und einen Wissenstransfer gekümmert zu haben, unbeanstandet. Die Klägerin beugte sich mit anderen Worten dem Umstand, dass die E. _____ AG nicht auf die Dienste des Beklagten verzichten wollte. Einen eigenen Absichten folgenden unternehmerischen Entscheidung traf die Klägerin nicht. Namentlich kann nicht von einem den besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Beklagten geschuldeten Verzicht der Klägerin auf die Kundenbeziehung die Rede sein, weil es eben die erworbenen Spezialkenntnisse waren, die den Beklagten für die E. _____ AG attraktiv machten (E. III.5.; vgl. so die Klägerin zutreffend Urk. 35 Rz 54, 56). In dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall denn auch grundsätzlich von der

Konstellation, die dem vom Beklagten ins Feld geführten bundesgerichtlichen Entscheid vom 1. November 2017 zugrunde lag. In jenem ging es um ein Tätigkeitsgebiet, in dem der persönliche Kontakt zu Kandidaten als entscheidend für den Geschäftserfolg beurteilt wurde, und einen in dieser Hinsicht besonders talentierten Arbeitnehmer. Dieses im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR relevante Talent zwang die ehemalige Arbeitgeberin zu einem vorübergehenden teilweisen Rückzug aus der Geschäftstätigkeit (BGer 4A_286/2017 vom 1. November 2017; OG/ZH LA160029). Der vorübergehende teilweise Rückzug aus der Geschäftstätigkeit war Folge und Ausdruck der - vorliegend nicht gegebenen - bestimmenden Bedeutung der persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des ehemaligen Arbeitnehmers, aufgrund derer das Konkurrenzverbot im Licht von Art. 340 Abs. 2 OR unwirksam war. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die E._____ AG auch im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien noch zum durch die prozessgegenständliche Vertragsklausel geschützten Kundestamm der Klägerin gehörte.

6.3.4 Die Feststellung der Vorinstanz, der Klägerin habe bei einer (potentiellen) Kündigung des Mandats der E._____ AG eine erhebliche Schädigung im Sinn von Art. 340 Abs. 2 OR gedroht (Urk. 31 E. 4.VI.1. f., vgl. auch E. VI.9.4.), blieb unbeanstandet (vgl. E. III.3.). In welchem Verhältnis diese Schädigungsmöglichkeit zur wirtschaftlichen Bedeutung der nicht kompromittierten Kundenbeziehung steht (Urk. 30 Rz 37), ist mit Blick auf die Wirksamkeit der prozessgegenständlichen Kundenschutzklausel unwesentlich.

6.4 Weiterungen betreffend die Nachfolgeregelung durch die Klägerin einschliesslich eines Beweisverfahrens erachtete die Vorinstanz folglich im Ergebnis zutreffend als irrelevant (vgl. Urk. 31 E. VI.5.4.). Ob die Behauptungen und Beweisofferten der Parteien im gegenteiligen Fall genügt hätten (Urk. 30 Rz 21 f., 24 f.), kann offenbleiben.

7. Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass die prozessgegenständliche Kundenschutzklausel wirksam ist. Mit ihr ist für den Beklagten - wie die Vorinstanz unbeanstandet und ebenfalls zutreffend erwog (Urk. 31 E. VI.6.) - keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens verbunden (Urk. 31 E. VI.6.). Sie ist

auch nicht nachträglich weggefallen: Das Vorliegen einer Kündigung aus begründetem Anlass im Sinn von Art. 340c Abs. 2 OR wurde nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich (Urk. 31 E. VI.7.1). Das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung der prozessgegenständlichen Kundenschutzklausel blieb ungeachtet der Kündigung des Mandatsverhältnisses durch die E. _____ AG erhalten (vgl. dazu E. III.6.3.3 und E. III.6.4 und Urk. 31 E. VI.7.2). Dass der Beklagte mit der Weiterbetreuung der E. _____ AG gegen die wirksame Kundenschutzklausel verstossen hat und die Konventionalstrafe in voller Höhe zuzüglich Zins von 5% seit 1. August 2022 geschuldet ist, hat die Vorinstanz (den übereinstimmenden Standpunkten der Parteien folgend) unbeanstandet festgestellt (Urk. 31 E. VI.8. ff.). Davon ist folglich ohne Weiteres auszugehen.

8. Der Beklagte ist damit in Abweisung seiner Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids zu verpflichten, der Klägerin Fr. 100'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. August 2022 zu bezahlen.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird der unterliegende Beklagte für die Verfahren beider Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Die von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren bestimmte Entscheidunggebühr und volle Parteientschädigung wurden in ihrer Höhe nicht beanstandet. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2.-4.) ist damit ohne Weiteres zu bestätigen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist ausgehend vom Streitwert von Fr. 100'000.– gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 8'750.– festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die zweitinstanzliche Parteientschädigung bemisst sich in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV und inklusive 8.1 % Mehrwertsteuer auf Fr. 7'800.–.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 100'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. August 2022 zu bezahlen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2.-4.) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'800.– zu bezahlen.
6. 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.

7. 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. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG,

Zürich, 13. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw A. Eggenberger

versandt am:
ip