

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240072-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Stebler

Urteil vom 9. September 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. Juni 2024 (ET240004)**

Rechtsbegehren:

(act. 1/2 S. 2 ff.)

"Einleitend

1. Die vorliegenden Anträge seien für zulässig zu erklären.

Superprovisorische Massnahmen

2. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich in irgendeiner Weise an einer mit A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Unternehmung zu beteiligen, indem er direkt oder indirekt, als Selbständiger oder als Angestellter für einen direkten oder indirekten Konkurrenten tätig wird;
3. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, ein Unternehmen im gleichen Geschäftsbereich wie in dem der A. _____ AG zu gründen und für eine mit der A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Firma tätig zu werden;
4. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), zu verbieten, mit Kunden und Geschäftspartnern in Kontakt zu treten, Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG oder Personen oder Organisationen, die Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG waren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, für eigene oder fremde Rechnung, persönlich oder über eine andere Organisation zu kontaktieren, um sie zu veranlassen, ihre Geschäfts- oder Vertragsbeziehungen mit der A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern;
5. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, die A. _____ AG zu kontaktieren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, persönlich oder über eine andere Person oder Organisation mit einem Mitarbeiter der A. _____ AG Kontakt aufzunehmen, um ihn zu veranlassen, seine Vertragsbeziehung mit A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern oder eine Tätigkeit in den Geschäftsbereichen des Body-Leasing oder Payroll-Dienstleistungen (Personalvermittlung, Payrolling, Subpayrolling) auszuüben;
6. Es sei festzustellen, dass Herr B. _____ gegen die im Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 enthaltene Konkurrenzverbotsklausel verstossen hat;
7. Herrn B. _____ sei zu verurteilen, an A. _____ AG einen Betrag von CHF 90'000 (entspricht 12 Monatsgehälter) zuzüglich 5% Zinsen pro Jahr ab dem 7. Juni 2024 wegen Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel zu bezahlen;

8. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung gegenüber einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), anzuweisen, seine Tätigkeit bei der C. _____ AG sofort aufzugeben;
9. Herrn B. _____ sei anzuweisen, C. _____ AG die vom Arbeitsgericht des Bezirksgericht Dietikon getroffene Entscheidung mitzuteilen und der A. _____ AG den Nachweis der Zustellung der Entscheidung zukommen zu lassen innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt der Entscheidung;
10. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), zu verbieten, eine Tätigkeit auszuüben, die gegen die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verstösst;
11. Es sei zu bestimmen, dass die superprovisorischen Massnahmen sofort in Kraft treten und bis zum Eintritt der Rechtskraft der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen aufrechterhalten bleiben;
12. Es sei darauf zu verzichten, von der A. _____ AG eine Sicherheit einzuverlangen.

Später, als provisorische Massnahmen

13. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich in irgendeiner Weise an einer mit A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Unternehmung zu beteiligen, indem er direkt oder indirekt, als Selbständiger oder als Angestellter für einen direkten oder indirekten Konkurrenten tätig wird;
14. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, ein Unternehmen im gleichen Geschäftsbereich wie in dem der A. _____ AG zu gründen und für eine mit der A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Firma tätig zu werden;
15. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich an Personen zu wenden, die sich einer behördlichen Verfügung widersetzen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG oder Personen oder Organisationen, die Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG waren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, für eigene oder fremde Rechnung, persönlich oder über eine andere Organisation zu kontaktieren, um sie zu veranlassen, ihre Geschäfts- oder Vertragsbeziehungen mit der A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern;
16. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, die A. _____ AG zu kontaktieren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, persönlich oder über eine andere Person oder Organisation mit einem Mitarbeiter

der A. _____ AG Kontakt aufzunehmen, um ihn zu veranlassen, seine Vertragsbeziehung mit A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern oder eine Tätigkeit in den Geschäftsbereichen des Body-Leasing oder Payroll-Dienstleistungen (Personalvermittlung, Payrolling, Subpayrolling) auszuüben;

17. Es sei festzustellen, dass Herr B. _____ gegen die im Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 enthaltene Konkurrenzverbotsklausel verstossen hat;
18. Herrn B. _____ sei zu verurteilen, an die A. _____ AG einen Betrag von CHF 90'000 zu zahlen (entspricht 12 Monatsgehälter), zuzüglich 5% Zinsen pro Jahr ab dem 7. Juni 2024 wegen Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel;
19. Es sei zu bestätigen den an Herrn B. _____ Befehl, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung gegenüber einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), anzuweisen, seine Tätigkeit bei der C. _____ AG sofort aufzugeben;
20. Herrn B. _____ sei anzuweisen, C. _____ AG die vom Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Dietikon getroffene Entscheidung mitzuteilen und der A. _____ AG den Nachweis der Zustellung der Entscheidung zukommen zu lassen innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt der Entscheidung;
21. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) zu verbieten, eine Tätigkeit auszuüben, die gegen die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verstösst;
22. Es sei zu bestimmen, dass die vorsorglichen Massnahmen sofort in Kraft treten und bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Urteils in der Hauptsache aufrechterhalten bleiben;
23. Es sei darauf zu verzichten, von der A. _____ AG eine Sicherheit einzuverlangen;

In jedem Fall

24. Es sei A. _____ AG das Recht vorzubehalten, ihre Rechtsbegehren zu erweitern;
25. Jeden anderen, entgegenstehenden oder weitergehenden Antrag von Herrn B. _____ sei zurückzuweisen;
26. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten Herrn B. _____."

Urteil des Bezirksgerichts:

(act. 7 = act. 10)

1. Das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'300.00 festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
- 5.-6. [Mitteilungssatz, Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 11 S. 2 ff.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 25. Juni 2024, ET240004-M, sei aufzuheben,

Superprovisorische Massnahmen, aufgrund der Dringlichkeit und vor Anhörung der Parteien

2. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich in irgendeiner Weise an einer mit A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Unternehmung zu beteiligen, indem er direkt oder indirekt, als Selbständiger oder als Angestellter für einen direkten oder indirekten Konkurrenten tätig wird;
3. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, ein Unternehmen im gleichen Geschäftsbereich wie in dem der A. _____ AG zu gründen und für eine mit der A. _____ AG konkurrierenden Organisation oder Firma tätig zu werden;
4. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), zu verbieten, mit Kunden und Geschäftspartnern in Kontakt zu treten, Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG oder Personen oder Organisationen, die Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG waren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, für eigene oder fremde Rechnung, persönlich oder über eine andere Organisation zu kontaktieren, um sie zu veranlassen, ihre Geschäfts- oder Vertragsbeziehungen mit der A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern;
5. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, die A. _____ AG zu kontaktieren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, persönlich oder über eine andere Person oder Organisation mit einem Mitarbeiter der A. _____ AG Kontakt aufzunehmen, um ihn zu veranlassen, seine Vertragsbeziehung mit A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern

oder mit einem der oben genannten Geschäftsbereiche Geschäfte abzuschliessen;

6. Es sei festzustellen, dass Herr B._____ gegen die im Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 enthaltene Konkurrenzverbotsklausel verstossen hat;
7. Herrn B._____ sei zu verurteilen, an A._____ AG einen Betrag von CHF 90'000 (entspricht 12 Monatsgehälter) zuzüglich 5% Zinsen pro Jahr ab dem 7. Juni 2024 wegen Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel zu bezahlen;
8. Herrn B._____ sei zu verurteilen der A._____ AG eine Entschädigung in Höhe des durch die Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel verursachten Schadens zu zahlen;
9. Herrn B._____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung gegenüber einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), anzuweisen, seine Tätigkeit bei der C._____ AG sofort aufzugeben;
10. Herrn B._____ sei anzuweisen, seinem Arbeitgeber C._____ AG die getroffene Entscheidung mitzuteilen und der A._____ AG den Nachweis der Zustellung der Entscheidung zukommen zu lassen;
11. Herrn B._____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), zu verbieten, eine Tätigkeit auszuüben, die gegen die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verstösst;
12. Es sei festzustellen, dass die A._____ AG Herrn B._____ keinen Betrag als Entschädigung für die Konventionalstrafe schuldet, da Herr B._____ die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verletzt hat;
13. Es sei zu bestimmen, dass die superprovisorischen Massnahmen sofort in Kraft treten und bis zum Eintritt der Rechtskraft der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen aufrechterhalten bleiben;
14. Es sei darauf zu verzichten, von der A._____ AG eine Sicherheit einzuverlangen;

Später, provisorisch

15. Herrn B._____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich in irgendeiner Weise an einer mit A._____ AG konkurrierenden Organisation oder einem mit A._____ AG konkurrierenden Unternehmen zu beteiligen, indem er direkt oder indirekt, als Selbständiger oder als Angestellter eines direkten oder indirekten Konkurrenten tätig wird;
16. Herrn B._____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung gegen eine behördliche Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), zu verbieten, ein Unternehmen im gleichen Geschäftsbereich wie die A._____ AG zu gründen und für eine mit der A._____ AG konkurrierende Organisation oder Firma tätig zu werden;

17. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, sich an Personen zu wenden, die sich einer behördlichen Verfügung widersetzen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG oder Personen oder Organisationen, die Kunden, Vertriebspartner, Fachhändler oder Partner der A. _____ AG waren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, für eigene oder fremde Rechnung, persönlich oder über eine andere Organisation zu kontaktieren, um sie zu veranlassen, ihre Geschäfts- oder Vertragsbeziehungen mit der A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern;
18. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, der die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) unter Strafe stellt, zu verbieten, die A. _____ AG zu kontaktieren, in irgendeiner Weise direkt oder indirekt, persönlich oder über eine andere Person oder Organisation mit einem Mitarbeiter der A. _____ AG Kontakt aufzunehmen, um ihn zu veranlassen, seine Vertragsbeziehung mit A. _____ AG in irgendeiner Weise zu ändern oder mit einem der oben genannten Geschäftsbereiche Geschäfte zu machen;
19. Es sei festzustellen, dass Herr B. _____ gegen die im Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 enthaltene Konkurrenzverbotsklausel verstossen hat;
20. Herrn B. _____ sei zu verurteilen, an die A. _____ AG einen Betrag von CHF 90'000 zu zahlen (entspricht 12 Monatsgehälter), zuzüglich 5% Zinsen pro Jahr ab dem 7. Juni 2024 wegen Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel;
21. Herr B. _____ sei zu verurteilen, der A. _____ AG eine Entschädigung in Höhe des durch die Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel verursachten Schadens zu zahlen;
22. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB, welcher die Nichtbefolgung einer behördlichen Verfügung unter Strafe stellt (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), anzuweisen, seine Tätigkeit bei der C. _____ AG sofort einzustellen;
23. Herrn B. _____ sei anzuweisen, seinem Arbeitgeber C. _____ AG den Entscheid mitzuteilen und der A. _____ AG den Nachweis der Zustellung des Entscheids zukommen zu lassen;
24. Herrn B. _____ sei, unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) zu verbieten, eine Tätigkeit auszuüben, die gegen die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verstösst;
25. Es sei festzustellen, dass die A. _____ AG Herrn B. _____ keinen Betrag als Entschädigung für die Konventionalstrafe schuldet, da Herr B. _____ die Konkurrenzverbotsklausel in seinem Arbeitsvertrag vom 11. April 2023 verletzt hat;
26. Es sei zu bestimmen, dass die vorsorglichen Massnahmen sofort in Kraft treten und bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Urteils in der Hauptsache aufrechterhalten bleiben;

27. Es sei darauf zu verzichten, von der A. _____ AG eine Sicherheit einzuverlangen;
28. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 25. Juni 2024, ET240004-M, aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
29. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1.

1.1 Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) bezweckt die Beratung und das Erbringen von Dienstleistungen für den Verleih von Mitarbeitern und das Personalwesen an Dritte (act. 3/1 = act. 15). Mit "Indetermined Employment Contract" vom 5./11. April 2023 wurde der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) als Key Account Manager Junior mit einem Pensum von 100 % per 11. April 2023 angestellt (act. 3/2; nachfolgend: Arbeitsvertrag).

1.2 Im Arbeitsvertrag wurde unter Ziffer 12 unter anderem ein nachvertragliches Konkurrenzverbot "Post-contractual Non-Competition Clause" vereinbart, das in freier Übersetzung der Berufungsklägerin wie folgt lautet (act. 1/2 S. 9 f.):

"Nachvertragliches Konkurrenzverbot

Der Arbeitnehmer nimmt zur Kenntnis, dass er Zugang zu Kundeninformationen sowie zu Geschäftsgeheimnissen des Arbeitgebers hat und dass die Nutzung dieses Wissens dem Arbeitgeber erheblichen Schaden zufügen kann.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, sich nach Beendigung dieses Vertrags weder direkt noch indirekt an einem Konkurrenzunternehmen oder -betrieb als Selbständiger zu beteiligen oder direkt oder indirekt bei einem Konkurrenten angestellt zu werden.

Nach Beendigung des Arbeitsvertrags darf der Arbeitnehmer weder ein Unternehmen in der gleichen Branche gründen noch in oder für ein konkurrierendes Unternehmen tätig werden. Das Konkurrenzverbot ist gültig:

Im Gebiet der (Schweiz) (nachfolgend "Gebiet")

für einen Zeitraum von (1) (einem) Jahr (nachstehend "Verbotszeitraum")

in Bezug auf die folgenden Handels- und Geschäftsbereiche:

- Personalleasing, Lohnverrechnung (Portage Salarial, Payrolling, Subpayroll)

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für denselben Verbotszeitraum und dasselbe Verbotsgbiet weder direkt noch indirekt, persönlich oder über (eine) andere Person(en) oder Unternehmung(en), Kunden, Vertriebshändler, Einzelhändler oder Partner des Arbeitgebers für sein eigenes Geschäft oder für das Geschäft eines Dritten zu werben, zu veranlassen oder zu versuchen, sie zu veranlassen.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, keine Person, die Arbeitnehmer des Arbeitgebers ist, direkt oder indirekt, persönlich oder über (eine) andere Person(en) oder Unternehmung(en), zu veranlassen, aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber auszuschneiden oder in einem der oben genannten Geschäftsbereiche tätig zu werden.

Sanktionen

Im Falle einer Verletzung des Konkurrenzverbots erkennt der Arbeitnehmer an, dass er/sie dem Arbeitgeber einen Schaden zufügt und dass der Arbeitgeber das Recht hat, den Arbeitnehmer auf Schadenersatz für diesen Schaden zu verklagen. Im Falle eines Verstosses gegen dieses Konkurrenzverbot erklärt sich der Arbeitnehmer damit einverstanden, dass das Unternehmen Anspruch auf einen Betrag in Höhe von (maximal 36) Monatsgehältern hat. Darüber hinaus behält sich das Unternehmen das Recht vor, weiteren Schadenersatz und/oder die Erfüllung des Konkurrenzverbots zu verlangen.

Der Arbeitgeber hat das Recht, neben der Zahlung von Schadenersatz an den Arbeitgeber die sofortige Beendigung jeder Tätigkeit des Arbeitnehmers zu verlangen, die gegen dieses Konkurrenzverbot verstösst.

Entschädigung

Während der 12-monatigen Dauer des Konkurrenzverbots zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Bruttoentschädigung in Höhe von 50 % des monatlichen Bruttogrundgehalts des Arbeitnehmers (unter Ausschluss von Boni, Gratifikationen oder Abfindungen) wie es zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verdient wurde. Um jeden Zweifel auszuschliessen, wird keine Entschädigung bezahlt, wenn der Arbeitnehmer während der Verbotszeit eine Tätigkeit in einem nicht konkurrierenden Unternehmen aufnimmt."

2. Mit Eingabe vom 14. Juni 2024 machte die Berufungsklägerin ein Gesuch um Erlass vorprozessualer (super-)provisorischer Massnahmen beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren anhängig (act. 1/2 S. 2 ff.). Mit Urteil vom 25. Juni 2024 wurden die Gesuche um Erlass superprovisorischer sowie provisorischer Massnahmen abgewiesen (act. 7 = act. 10 = act. 12). Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 8. Juli 2024 fristgerecht (vgl. act. 8/1) Berufung mit eingangs erwähnten Anträgen (act. 11 S. 2 ff.).

3. Mit Verfügung vom 10. Juli 2024 wurde auf das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen nicht eingetreten (act. 16). Der ebenfalls mit Verfügung vom 10. Juli 2024 einverlangte Kostenvorschuss ging fristgerecht (vgl. act. 17/1; act. 18) ein (act. 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 bis 8). Es wurde davon abgesehen, eine Berufungsantwort einzuholen (act. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Erstinstanzliche Massnahmenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz ist von dem von der Berufungsklägerin selbst auf Fr. 90'000.– bezifferten Streitwert ausgegangen (vgl. act. 10 E. Ziff. I. 1.1 und IV. 2). Die Berufungsklägerin gibt diesen Betrag auch in der Berufung an (act. 11 Rz. 3). Die Berufung ist demgemäss zulässig.

2.

2.1 Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Neue Tatsachen und neue Beweismittel werden im Berufungsverfahren im Übrigen nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten und vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1). Die zumutbare Sorgfalt beurteilt sich nach einem objektivierten Massstab, der danach fragt, was eine durchschnittlich sorgfältige Person in der gleichen Situation erhoben und beachtet hätte (OGer ZH LB200044 vom 19. Dezember 2022 E. 2.6.4.4; OGer ZH NG200014 vom 19. November 2020 E. 3.4; OGer ZH LB120011 vom 3. Dezember 2012 E. 5).

2.2 Die Berufungsklägerin bringt zwei Noven vor. So habe sich der Berufungsbeklagte nach seiner Kündigung auf der Plattform D._____ auf einem von der Berufungsklägerin zur Verfügung gestellten Login angemeldet und überdies habe sie von einem Berater die Information erhalten, er sei vom Berufungsbeklagten kontaktiert worden und es sei ihm mitgeteilt worden, dass der Berufungsbeklagte neu bei der C._____ AG arbeite und sich weiterhin um ihn kümmern würde (act. 11 Rz. 13 ff.). Während es sich bei Letzterem ohnehin um eine unbelegte Parteibehauptung handelt, da der Berater gemäss Berufungsklägerin die Kommunikation zwischen ihm und dem Berufungsbeklagten nicht zur Verfügung stellen konnte (vgl. act. 11 Rz. 15), ist bei Ersterem die Zulässigkeit des (unechten) Novums zu prüfen. Die Berufungsklägerin führt aus, dass der Vorfall sich am 10. Juni 2024 ereignet habe und die Marketingmanagerin der Berufungsklägerin ebenfalls am

10. Juni 2024 das Profil gesperrt habe nachdem sie eine Benachrichtigung über das Login erhalten habe. Die HR-Verantwortliche und ein Verwaltungsratsmitglied der Berufungsklägerin seien über diese Vorkommnisse erst nach Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen vor der Vorinstanz informiert worden, da die Marketingmanagerin davon ausgegangen sei, mit der Sperrung des Logins habe es sein Bewenden und sie nicht über die genaueren Hintergründe vor und nach der Kündigung des Berufungsbeklagten informiert gewesen sei (act. 11 Rz. 13 f.). Von einer durchschnittlich sorgfältigen Person in der gleichen Situation wie die Berufungsklägerin darf erwartet werden, dass sie diese Tatsachenvorbringen innerhalb des Unternehmens sorgfältig und umfassend sammelt und zu diesem Zweck mit Mitarbeitern, welche über potenziell hilfreiche Informationen verfügen, das Gespräch sucht. Bei einer Marketingmanagerin, welche gemäss Ausführungen der Berufungsklägerin über die Kompetenz verfügt, Mitarbeiter von einer Plattform zu sperren, auf welcher alle neuen und bestehenden Deals gespeichert sind, ist davon auszugehen, dass sie über relevante Informationen verfügen könnte. Die Berufungsklägerin hat sich mithin selbst zuzuschreiben, wenn sie sich diese Information nicht rechtzeitig beschafft hat. Somit ist das Vorbringen verspätet und deshalb unbeachtlich.

2.3 Die Berufungsklägerin stellt, wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren, nebst der vorsorglichen Realvorstreckung des Konkurrenzverbots gegenüber dem Berufungsbeklagten (act. 11, Anträge Ziffer 15 bis 18 sowie 22 bis 24) weitere vorsorgliche Begehren, wonach festzustellen sei, dass der Berufungsbeklagte gegen die Konkurrenzverbotsklausel verstossen habe (act. 11, Antrag Ziffer 19), der Berufungsbeklagte zu verurteilen sei, der Berufungsklägerin einen Betrag von Fr. 90'000.– zuzüglich 5 % Zinsen zu zahlen (act. 11, Antrag Ziffer 20), der Berufungsbeklagte zu verurteilen sei, die Höhe des durch die Verletzung der Konkurrenzverbotsklausel verursachten Schadens zu bezahlen (act. 11 Antrag Ziffer 21) und festzustellen sei, dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten keinen Betrag als Entschädigung für die Konventionalstrafe schulde (act. 11 Antrag Ziffer 25). Zu diesen Anträgen findet sich in der Berufungsschrift keine Begründung. Vielmehr führt die Berufungsklägerin selbst aus, dass sie im vorinstanzlichen Massnahmengesuch die vorläufige Realvollstreckung des Konkurrenzverbots be-

antrag habe (vgl. act. 11 Rz. 16) und setzt sich anschliessend auch bloss mit den entsprechenden Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid auseinander. Da es somit an einer Begründung der Anträge Ziffer 19, 20, 21 und 25 und damit auch an einer genügenden Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid mangelt, ist auf die Berufung in Bezug auf die Anträge Ziffer 19, 20, 21 und 25 nicht einzutreten.

III.

1.

1.1 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf die Rechtsbegehren, welche die direkte Vollstreckung zum Gegenstand haben im Wesentlichen, dass die Berufungsklägerin im Rahmen einer Hauptsachenprognose die Tatsachen glaubhaft zu machen habe, die darauf schliessen liessen, dass ein gültiges Konkurrenzverbot bestehe und dessen Realvollstreckung überhaupt möglich sei. Die Berufungsklägerin lege zunächst ausführlich dar, wie es zur Auflösung des Vertragsverhältnisses zwischen ihr und dem Berufungsbeklagten gekommen sei. Sie mache jedoch keinerlei Angaben zum bereits eingetretenen oder drohenden Schaden, den sie durch das geltend gemachte konkurrenzierende Verhalten des Berufungsbeklagten erleide. Ihre diesbezüglichen Ausführungen beschränkten sich darauf, festzuhalten, dass der Berufungsklägerin durch das Vorgehen des Berufungsbeklagten "ein sehr ernsthafter Schaden" entstehen könnte. Es sei daher nicht bekannt, ob der Schaden die vereinbarte Konventionalstrafe von bis zu drei Jahresgehältern, mithin Fr. 270'000.–, zu übersteigen möge. Damit habe sie es unterlassen, glaubhaft zu machen, dass sie ein überwiegendes Interesse daran habe, dass der Berufungsbeklagte nicht mehr bei der Konkurrenz, insbesondere der C._____ AG, arbeite. Es könne offen gelassen werden, ob es auch an der kumulativen Voraussetzung der besonderen Treuwidrigkeit des Berufungsbeklagten mangle, wobei hier durchaus Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass sich der Berufungsbeklagte insbesondere durch das Versenden von E-Mails an Kunden der Berufungsklägerin nicht korrekt verhalten habe. Da es bereits an der Glaubhaftmachung der Hauptsachenprognose scheitere respektive an einem nicht leicht wiedergutzuma-

chenden Nachteil mangle, sei aus prozessökonomischen Gründen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei abzuweisen (act. 10 E. Ziff. II. 2 ff.).

1.2 Die Berufungsklägerin bringt dagegen zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe die Voraussetzungen für die Realexekution nur teilweise erwogen und sich nicht dazu geäussert, ob eine Verletzung des Konkurrenzverbots glaubhaft gemacht worden sei. Entgegen der Vorinstanz sei nicht einzig auf das erhebliche Interesse der Berufungsklägerin und den ihr entstandenen bzw. drohenden Schaden abzustellen, sondern im Rahmen einer richterlichen Gesamtbetrachtung der Interessen und des dynamischen Verhältnisses zwischen den materiellen Voraussetzungen der Realvollstreckung eines Konkurrenzverbots und der qualifizierten Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers habe auch das qualifiziert treuwidrige Verhalten des Berufungsbeklagten im Rahmen der Hauptsachen- und Nachteilsprognose ausreichend Berücksichtigung zu finden. Vor dem Hintergrund, dass der Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin seit Mitte April 2024 eine Arbeitsunfähigkeit vorgegaukelt habe, zuletzt angegeben habe, eine angeblich dringend notwendige, mehrmonatige Therapie auf Mallorca zur Behandlung seines angeblichen Vor-Burnout zu benötigen sowie ein von ihm eingereichtes Arztzeugnis ihm eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bis zum 9. Juni 2024 bescheinigt habe, mute seine neue Anstellung bei der C._____ AG grotesk und widersprüchlich an. Der Berufungsbeklagte habe sich vor und bei seiner unberechtigten fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses besonders treulos verhalten, indem er die Berufungsklägerin angelogen und eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe, um nur kurze Zeit später trotz der angeblichen Arbeitsunfähigkeit und einer dringend behandlungsbedürftigen Erkrankung eine neue Stelle bei einem die Berufungsklägerin konkurrenzierenden Arbeitgeber anzutreten. Damit habe der Berufungsbeklagte nicht nur in Missachtung der Konkurrenzklausel konkurrenziert, sondern auch in besonders schwerwiegender Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, da ihm die Berufungsklägerin stets die Möglichkeit zur Genesung eingeräumt und am Arbeitsverhältnis festgehalten habe. Aufgrund seiner Qualifikation als Key Account Manager sei der Berufungsbeklagte zudem nicht an eine bestimmte Branche gebunden und könne ohne weiteres eine ähnliche Stelle

in einer anderen als der vom sachlich beschränkten Konkurrenzverbot erfassten Branche finden, ohne dass sein ökonomisches Fortkommen in schwerwiegender Weise beeinträchtigt werde. Angesichts des grob erscheinenden Vertragsbruchs und mehrfacher Verletzung der Konkurrenzklausel durch den Berufungsbeklagten seien die Anforderungen an das Arbeitgeberinteresse und somit des der Berufungsklägerin entstandenen bzw. drohenden Schadens nicht hoch anzusetzen. Somit sei entgegen der Vorinstanz einerseits auch das treuwidrige Verhalten des Berufungsbeklagten zu berücksichtigen und fliesse direkt in die Interessenabwägung im Rahmen der Hauptsachen- und Nachteilsprognose ein und andererseits überwiegen die Interessen der Berufungsklägerin an der Anordnung der Realvollstreckung des Konkurrenzverbots die Interessen des Berufungsbeklagten klar. Weiter führt die Berufungsklägerin aus, dass die Vorinstanz den Umfang und Bestand des Konkurrenzverbots sowie die (mehrfache) Verletzung des Konkurrenzverbots durch den Berufungsbeklagten nicht erwogen bzw. sich nicht dazu geäußert habe. Die Vorinstanz verliere in ihrer Erwägung zur Hauptsachenprognose kein Wort darüber, dass die Berufungsklägerin den Bestand und die Wirksamkeit des Konkurrenzverbots glaubhaft gemacht habe, was Grundlage für den Unterlassungsanspruch der Berufungsklägerin gegenüber dem Berufungsbeklagten sei. Aus diesem Grund sei eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend den Bestand und Umfang des Konkurrenzverbots nicht möglich. Vielmehr scheine die Vorinstanz die Hauptsachen- mit der Nachteilsprognose zu vermischen, ohne den Sachverhalt betreffend die geltend gemachten Konkurrenzverletzungen vollständig festzustellen (vgl. act. 11 Rz. 19 ff.).

2. In Bezug auf die Voraussetzungen der Realvollstreckung kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 10 E. Ziff. III. 3.3). Daraus ergibt sich und wird von der Berufungsklägerin auch bestätigt (vgl. act. 11 Rz. 21), dass die Anforderungen an die Realvollstreckung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots hoch sind. Sodann weist die Berufungsklägerin darauf hin, dass die materiellen Voraussetzungen der Realvollstreckung (besonders erhebliches Interesse des Arbeitgebers an der Realvollstreckung und qualifizierte Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers eines Konkurrenzverbots) in einem dynamischen Verhältnis zueinander stünden. Die Interessen des

Arbeitgebers und diejenigen des Arbeitnehmers müssten immer umfassend gegeneinander abgewogen werden. Es könne somit auch ein besonders krass treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers die Realexekution in einem Fall rechtfertigen, in welchem das Schadenspotenzial allein dies noch nicht nahe gelegt hätte (act. 11 Rz. 22). Diese Ausführungen sind zwar zutreffend und widersprechen den Ausführungen der Vorinstanz auch nicht. Ergänzend ist aber darauf hinzuweisen, dass nebst der Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers stets auch das Schadenspotenzial für den Arbeitgeber je einzeln vorliegen müssen und in einer Gesamtbetrachtung der beiden Erfordernisse die Realvollstreckung gerechtfertigt sein muss (vgl. RUDOLPH, Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, TREX 6/03, S. 324 ff., S. 327). Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 131 III 473 E. 3.2).

3. Die Berufungsklägerin bestreitet nicht, dass sie – wie von der Vorinstanz er- wogen – es unterlassen hat, ein überwiegendes Interesse daran glaubhaft zu ma- chen, dass der Berufungsbeklagte nicht mehr bei der Konkurrenz, insbesondere der C. _____ AG arbeite (act. 10 E. Ziff. III. 3.4). Auch in der Berufungsschrift fin- den sich keine Angaben der Berufungsklägerin zum bereits eingetretenen oder drohenden Schaden, den sie durch das geltend gemachte konkurrenzierende Verhalten des Berufungsbeklagten erlitten hat (vgl. act. 11). Vielmehr macht die Berufungsklägerin geltend, dass allein das geltend gemachte treuwidrige Verhal- ten des Berufungsbeklagten die hohen Anforderungen an die Realerfüllung des Konkurrenzverbots erfülle. Damit verkennt sie, dass das Verhalten des Arbeitneh- mers und die bedrohten Interessen des Arbeitgebers die Realvollstreckung rechtfertigen müssen (vgl. oben, E. Ziff. III. 2.). Zwar ist es, wie auch von der Beru- fungsklägerin aufgezeigt, zutreffend, dass ein krass treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers ein eher geringes Schadenspotenzial des Arbeitgebers aufwie- gen kann. Nichtsdestotrotz sind aber im Rahmen einer Gesamtabwägung beide Interessen zu prüfen und gegeneinander abzuwägen. Da die Berufungsklägerin, wie von der Vorinstanz dargelegt und von der Berufungsklägerin nicht bestritten, im vorinstanzlichen Verfahren keinerlei Angaben zum bereits eingetretenen oder drohenden Schaden durch das geltend gemachte konkurrenzierende Verhalten des Berufungsbeklagten gemacht hat, ist eine Gesamtabwägung vorliegend aus-

geschlossen. Eine solche Gesamtabwägung lässt sich entgegen der Berufungsklägerin nicht dadurch umgehen, indem einzig auf das Verhalten des Arbeitnehmers abgestellt wird. Hinzu kommt, dass vorliegend die Vorinstanz zwar zu Recht darauf hinwies, dass Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass sich der Berufungsbeklagte durch das Versenden von E-Mails an Kunden der Berufungsklägerin nicht korrekt verhalten habe. Gestützt darauf und da, wie dargelegt (vgl. oben E. Ziff. II. 2.2), die weiter von der Berufungsklägerin vorgebrachten Noven unbeachtlich sind, ist sodann ohnehin fraglich, ob das geltend gemachte Verhalten des Berufungsbeklagten überhaupt als krass treuwidrig zu qualifizieren ist. Die Frage kann aber letztlich offen bleiben, weil es bereits am Glaubhaftmachen eines eingetretenen oder drohenden Schadens bei der Berufungsklägerin fehlt.

4. Mit ihren weiteren Ausführungen rügt die Berufungsklägerin die Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Begründungspflicht nach Art. 8 ZGB, da die Vorinstanz in ihrer Erwägung zur Hauptsachenprognose kein Wort darüber verliere, dass die Berufungsklägerin den Bestand und die Wirksamkeit des Konkurrenzverbots glaubhaft gemacht habe (act. 11 Rz. 29 ff.). Tat- und Rechtsfragen, welche für die Entscheidungsfindung des Gerichts unerheblich sind, müssen von den Gerichten nicht berücksichtigt werden (BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 53 N 25 m.w.H.). Da die Vorinstanz bereits aufgrund des fehlenden Glaubhaftmachens des Schadenpotenzials für die Berufungsklägerin als Arbeitgeberin auf eine fehlende Voraussetzung für die Realvollstreckung des Konkurrenzverbots und damit eine negative Hauptsachenprognose schliessen durfte, erübrigten sich weitere Ausführungen für die Vorinstanz. Es liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der Begründungspflicht vor, wenn die Vorinstanz auf Ausführungen zum Bestand und der Wirksamkeit des Konkurrenzverbots verzichtete.

5. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unzulässig und ist entsprechend abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist

unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 90'000.– in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'200.– festzulegen. Die Entscheidunggebühr ist der Berufungsklägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 25. Juni 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 4'200.– festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 11 sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 90'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Stebler

versandt am: