

En matière de mise en œuvre d'une clause de non-concurrence pour **connaissance de la clientèle**, les **capacités propres du travailleur** doivent être prises en considération (cons. 2.2).

La clause de non-concurrence ne saurait lier le travailleur lorsque fait défaut un **rapport de causalité** entre la connaissance de la clientèle et un dommage potentiel considérable pour l'employeur (cons. 2.3).

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille.
Gerichtsschreiber Hug.

Verfahrensbeteiligte

A. AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Daniel Alder,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Raphael Spring,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Zürich, I. Zivilkammer,
vom 10. April 2017 (LA160029-O/U).

Sachverhalt:

A.

Die A. AG (Klägerin, Beschwerdeführerin) ist eine Personalberatungsfirma mit Sitz in U., bei welcher B. (Beklagter, Beschwerdegegner) vom 1. Juli 2009 bis zum 12. März 2012 als Senior Consultant angestellt war. Zu den Hauptaufgaben des Beklagten gehörten gemäss Vertrag die Vermittlung von Spezialisten und Führungskräften aus dem Segment "Immobilien- und Baumanagement" an interessierte Wirtschaftskreise sowie der sukzessive Aufbau eines eigenen Kundenportefeuilles innerhalb des Kompetenzgebietes zur Bearbeitung von Kundenmandaten und die laufende Pflege des Beziehungsnetzes.

Ausserdem enthielt der Arbeitsvertrag folgende Konkurrenzverbotsklausel:

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses während zweier Jahre sich jeder direkten oder indirekten konkurrenzierenden Tätigkeiten zu enthalten, insbesondere weder auf eigene oder fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin [...] im Wettbewerb steht, noch in einem solchen tätig zu sein, mit ihm zusammenzuarbeiten oder

sich daran zu beteiligen.

Das Konkurrenzverbot gilt für die gesamte Schweiz und bezieht sich auf Personalvermittlung/Personalberatung/Executive Search. [...]

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

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

Am 6. März 2012 wurde die C. GmbH mit dem Beklagten als Geschäftsführer ins Handelsregister eingetragen. Gemäss Darstellung der Klägerin soll der Beklagte in dieser Funktion ihre Kundschaft abgeworben haben.

B.

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch vor Arbeitsgericht Zürich klagte die Klägerin mit Eingabe vom 23. September 2013 gegen den Beklagten auf Bezahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 175'000.-- aufgrund mehrfacher Verletzung des Konkurrenzverbots. Das Arbeitsgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 31. August 2016 ab, da sie das Konkurrenzverbot mangels Kausalzusammenhangs zwischen dem Einblick in den Kundenkreis beziehungsweise in Geschäftsgeheimnisse und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit als unverbindlich erachtete.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 10. April 2017 ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. Mai 2017 beantragt die Beschwerdeführerin die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Bezahlung von Fr. 175'000.--, eventualiter die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung.

Während die Vorinstanz sich nicht vernehmen liess, reichte der Beschwerdegegner eine vom 25. August 2017 datierende Beschwerdeantwort ein.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 141 III 395 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 BGG). Der Streitwert übersteigt den Betrag von Fr. 15'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sind im kantonalen Verfahren nicht geschützt worden (Art. 76 Abs. 1 BGG) und die Beschwerde erging fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

1.2. Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Begründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Dies bedeutet, dass die Beschwerde auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen hat, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll dabei in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140

III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116).

1.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Dabei kann sie sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise ihrer Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18; 133 II 249 E. 1.4.3).

1.4. Die Beschwerdeführerin stellt ihren rechtlichen Vorbringen eine Darstellung des Sachverhalts aus ihrer Sicht voran, jedoch ohne Ausnahmen von der Sachverhaltsbindung geltend zu machen. Die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerdeschrift haben daher unberücksichtigt zu bleiben. Im Übrigen vermengt die Beschwerdeführerin Sachverhalts- und Rechtsfragen in unzulässiger Weise, womit teilweise unklar ist, inwiefern Bundesrecht durch den angefochtenen Entscheid verletzt sein soll, wenn die vorinstanzlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil zugrunde gelegt werden. So handelt es sich insbesondere bei den Fragen, inwiefern die Leistung des Beschwerdegegners von seiner besonderen Befähigung abhing sowie bei der von der Vorinstanz verneinten natürlichen Kausalität um Sachverhaltsfragen (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 71; 133 III 81 E. 4.2.2 S. 88; Urteil 5A_522/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 4.5, nicht publ. in: BGE 142 III 9). Soweit in der Beschwerde unter der Überschrift "Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung" vom diesbezüglich festgestellten Sachverhalt abgewichen wird, kann die Beschwerdeführerin nicht gehört werden. An einer Stelle bezeichnet sie zwar eine Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz als offensichtlich unrichtig, unterlässt es jedoch, substantiiert aufzuzeigen, inwiefern dies der Fall sein soll.

2.

In rechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Art. 340 OR verletzt, weil sie das Konkurrenzverbot für unverbindlich erklärte.

2.1. Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

Nach der Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer dank seiner Kenntnis der Stammkunden und ihrer Gewohnheiten in der Lage ist, selber ähnliche Leistungen wie sein Arbeitgeber zu erbringen und damit Kunden abzuwerben. Denn diesfalls kann der Arbeitnehmer den Arbeitgeber aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis und der Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen. Anders ist die Situation hingegen, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sind, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers. Wendet sich in einem solchen Fall ein Kunde vom Arbeitgeber ab, um dem Arbeitnehmer zu folgen, resultiert für den Arbeitgeber kein Nachteil daraus, dass der Arbeitnehmer Kenntnisse über den Kundenkreis verwendet; der Nachteil entsteht ihm vielmehr dadurch, dass der Arbeitnehmer seine persönlichen Fähigkeiten nicht mehr für den

Arbeitgeber einsetzt (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 71; Urteile 4A_680/2015 vom 1. Juli 2016 E. 2.1; 4A_466/2012 vom 12. November 2012 E. 3.2).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Kausalzusammenhang zwischen "Kundengeheimnissen" und Schädigungsmöglichkeit müsse bezüglich der "konkreten Arbeitsposition in objektiver Hinsicht" gegeben sein und dürfe nicht von der "Unverfrorenheit und systematischen Durchsetzungskraft eines individuellen Verkaufstalents" abhängen, ansonsten die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes nicht von der konkreten Arbeitsstelle, sondern von den unterschiedlichen individuellen Persönlichkeiten der jeweiligen Arbeitnehmer abhängig wäre.

Insoweit die Beschwerdeführerin die aufgeführte Rechtsprechung kritisiert, kann ihr nicht gefolgt werden. Die "konkrete Arbeitsposition in objektiver Hinsicht" ist zwar zu berücksichtigen. Es ist sodann jedoch für jeden Fall gesondert zu prüfen, wie das Arbeitsverhältnis tatsächlich ausgeübt wurde, weshalb die individuellen Fähigkeiten entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ebenfalls relevant sind. Mithin ist die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes jeweils anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles zu beurteilen (BGE 78 II 39 E. 1 S. 41; vgl. auch Urteil 4C.100/2006 vom 13. Juli 2007 E. 2.3 f.). Dies gilt für die Personalvermittlungsbranche ebenso wie für jede andere Berufsart (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2 f.).

Demnach ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin, ein breiter und treuer Kundenstamm sei in der Personalverleih- und Vermittlungsbranche beziehungsweise im Dienstleistungsgewerbe allgemein unerlässlich, weshalb die ständige Rechtsprechung davon ausgehe, dass auch Personalberater rechtsverbindliche Konkurrenzverbote eingehen könnten, unbehelflich, zumal die von ihr vorgebrachte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend verbindliche Konkurrenzverbote mangels vergleichbaren Fallkonstellationen nicht einschlägig ist. Entgegen dem vorliegenden Fall kannte der Personalberater in einem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid die Kundschaft nicht persönlich (Urteil 4A_680/2015 vom 1. Juli 2016 E. 2.2) während ein weiteres Urteil die nicht vergleichbare Tätigkeit einer Kosmetikerin betraf (Urteil 4A_261/2013 vom 1. Oktober 2013). Sodann war in einem anderen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Fall die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots nicht strittig (Urteil 4A_22/2014 vom 23. April 2014 E. 3). In den übrigen aufgeführten Urteilen wurde schliesslich nicht thematisiert, ob die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers im Vordergrund standen (BGE 130 III 353; Urteile 4A_466/2012 vom 12. November 2012; 4A_107/2011 vom 25. August 2011; 4A_126/2009 vom 12. Juni 2009).

2.3. Selbst nach Angaben der Beschwerdeführerin legte der Beschwerdegegner ein "besonderes Talent und eine besondere Unverfrorenheit" im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit an den Tag. Die Beschwerdeführerin sah sich nach Abgang des Beschwerdegegners sodann gezwungen, die Personalvermittlung im Bau- und Immobilienbereich trotz guter Kontakte zur Immobilienbranche vorübergehend gänzlich aufzugeben. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz Art. 340 OR verletzt haben soll, indem sie hieraus schloss, dass die persönlichen Fähigkeiten des Beschwerdegegners gegenüber der Identität der Beschwerdeführerin vorrangig waren. Fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit kann der Vorinstanz auch keine unrichtige Rechtsanwendung vorgeworfen werden, wenn sie das Konkurrenzverbot als unverbindlich erachtete. Folglich ist die Konventionalstrafe nicht geschuldet.

3. Die Beschwerde ist unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. November 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Hug