

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA120004-O/U.doc

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
G. Kenny

Beschluss und Urteil vom 27. März 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W. _____ und / oder

Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
20. Dezember 2012 (AG090026)**

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 42'000.00 zzgl. Zins zu 5 % seit 3. Oktober 2008 zu bezahlen;
unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt zulasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 20. Dezember 2011:

1. In teilweiser Gutheissung der Hauptklage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 28'000.-- nebst 5 % Zins seit 17. September 2009 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 5'655.--.
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Beklagten (Urk. 29 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 20. Dezember 2011 (Geschäfts-Nr.: AG090026-L/U1) aufzuheben, soweit die Hauptklage der Klägerin gutgeheissen wurde, der Beklagten die Hälfte der vorinstanzlichen Verfahrenskosten auferlegt wurden und der Anspruch der Beklagten auf Parteientschädigung abgewiesen wurde.
2. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualiter sei diese Sache gesamthaft zur neuen Beurteilung an das Arbeitsgericht Zürich zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuersatz) zu Lasten der Berufungsbeklagten und Klägerin."

der Klägerin (Urk. 36 S. 2):

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 20. Dezember 2011 (Geschäfts-Nr. AG090026-L/U1) zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: die Beklagte) ist ausgebildete medizinisch-technische Operationsassistentin. Am 27. Dezember 2006 unterzeichnete sie mit "B1._____", einer Einzelfirma von C._____, einen Arbeitsvertrag. Gemäss Vertrag wurde die Beklagte als Geschäftsführerin der "B1._____" angestellt und der Monatslohn auf Fr. 7'000.00 brutto (inklusive Überstundenarbeit) festgesetzt (Urk. 3/2).

2. In einem handschriftlichen Anhang zum Arbeitsvertrag ist ein Konkurrenzverbot mit folgendem Wortlaut vorgesehen (Urk. 3/2):

"Der Arbeitnehmer verpflichtet sich während 3 Jahren nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses keinerlei gleiche oder ähnliche Arbeit anzunehmen, oder sich an Unternehmungen zu beteiligen, da ihm sämtliches Wissen von der Firma B1._____ angeeignet wurde. Im Weiteren ist es ihm untersagt, das ihm von der Firma angeeignete Wissen weiterzugeben ohne Genehmigung der B1._____, da sämtliches Wissen aufgrund jahrelanger Erfahrung erworben wurde. Im Widerhandlungsfall muss der Arbeitnehmer der Firma B1._____ eine Entschädigung von 250'000.– CHF bezahlen."

3. Am 4. Juni 2007 liessen C._____ (Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift) und D._____ (Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung) die B._____ GmbH mit Sitz in E._____ (Klägerin und Berufungsbeklagte: nachfolgend die Klägerin) im Handelsregister eintragen. Zweck der Gesellschaft ist die Durchführung von ästhetischen, kosmetischen und physikalischen Behandlungen. Seit 27. Mai 2009 ist C._____ einziger Gesellschafter der Klägerin (Urk. 10/1).

4. In den Räumlichkeiten der "B1._____" (Einzelfirma von C._____) und später der "B._____ GmbH" (Klägerin) war auch der Ehemann der Beklagten, Dr. F._____, als selbständiger Arzt tätig und nahm dort Botox-Behandlungen und Schönheitsoperationen vor. Am 14. Dezember 2007 liessen F._____

und die Beklagte die von ihnen gegründete G._____ GmbH mit Sitz in H._____ im Handelsregister eintragen. Zweck dieser Gesellschaft ist die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen im Bereich der ästhetischen und Anti Aging Medizin sowie der Vertrieb von Produkten und die Organisation von Weiterbildungen (Urk. 10/2).

5. In einer Vereinbarung vom 30. Januar 2008 regelten die Klägerin (B._____ GmbH) und die G._____ GmbH ihre Zusammenarbeit. Diese Vereinbarung diente insbesondere dem Zweck, dass bei einer allfälligen Beendigung der Kooperation eine störungsfreie Fortführung der eigenständigen Geschäftstätigkeit beider Gesellschaften gewährleistet ist (Urk. 10/4 Ziff. 2 "Grundsatz").
6. In der erwähnten Vereinbarung wurde unter anderem auch der Einsatz der Beklagten für die zwei Gesellschaften geregelt. Demnach sollte die Beklagte ihre Leistungen zu 60 % der Klägerin (50 % Behandlung sowie 10 % Organisation Sekretariat und Laserverkauf) und zu 40 % der G._____ GmbH zur Verfügung stellen. Betreffend das Konkurrenzverbot der Beklagten enthält die Vereinbarung folgendes Passus (Urk. 10/4 Ziff. 14 "Personalschlüssel"):

"Bei einer Trennung der Kooperation darf Frau A._____ entgegen dem im Anstellungsvertrag benannten Konkurrenzverbot das bestehende Wissen als Gesellschafter der G._____ (G._____) weiterhin für den vorgesehenen Standort H._____ nutzen, wenn dies dem Erhalt des Standortes H._____ dient. Für weitere Standorte bedarf es der spezifischen Einwilligung von B._____ (B._____)."
7. Anlässlich eines Gesprächs zwischen C._____ und der Beklagten Ende Februar/Anfang März 2008 wurde das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst. Die Beklagte arbeitete in der Folge nicht mehr für die Klägerin. Der Lohn wurde ihr bis im März 2008 ausbezahlt (Urk. 10/5).
8. Mitte April 2008 trat die Beklagte eine neue Stelle als Operationsschwester in einer Zürcher Klinik mit einem Arbeitspensum von 20 % an. Zudem setzte sie ihre Tätigkeit für die G._____ GmbH fort.

9. In der Folge eröffnete die G._____ GmbH in kurzer Distanz zur Klägerin eine Zweigniederlassung an der ...strasse ... in E._____. Die Zweigniederlassung wurde am 22. August 2008 im Handelsregister eingetragen (Urk. 8/37).
10. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie verletze mit ihrer Tätigkeit in der Zweigniederlassung der G._____ GmbH an der ...strasse ... in E._____ das im Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 2006 vereinbarte Konkurrenzverbot.

2. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 16. September 2009 stellte die Klägerin das obgenannte Rechtsbegehren (Urk. 1). Nach Durchführung des Verfahrens, für dessen Einzelheiten auf das angefochtene Urteil verwiesen werden kann (Urk. 30 S. 5), schlossen die Parteien einen Vergleich ab (Prot. I S. 25), welcher jedoch von der Beklagten innert Frist widerrufen wurde (Urk. 26).
2. Mit Urteil vom 20. Dezember 2011 verpflichtet die Vorinstanz die Beklagte, der Klägerin Fr. 28'000.00 nebst 5 % Zins seit 17. September 2009 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies das Arbeitsgericht die Klage ab (Urk. 30).
3. Mit Berufung vom 1. Februar 2012 stellte die Beklagte die obgenannten Anträge (Urk. 29 S. 2). Am 13. April 2012 (eingegangen am 17. April 2012) erstattete die Klägerin die Berufungsantwort mit den obgenannten Begehren (Urk. 36).

3. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Die Beklagte verlangt im Rahmen von prozessualen Anträgen, es sei ein zweiter Schriftenwechsel oder eventualiter eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen (Urk. 29 S. 2). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Ermessensspielraum. Die Berufungsinstanz kann selbst entscheiden, ob das

Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist. Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels erübrigt sich.

2. Im Verfahren vor Arbeitsgericht beantragte die Klägerin, die Beklagte sei unter Vorbehalt des Nachklagerechts zur Zahlung von Fr. 42'000.00 zuzüglich Zins zu verpflichten. Anlässlich der Hauptverhandlung modifizierte sie ihr Begehren und beantragte die Zahlung von Fr. 42'000.00 sowie von Fr. 1'921.40, je zuzüglich Zins. Im vorliegenden Berufungsverfahren akzeptiert die Klägerin das angefochtene Urteil, soweit ihre Klage im Fr. 28'000.00 zuzüglich Zins übersteigenden Betrag abgewiesen wurde. Da die Berufung die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils nur im Umfang der Anträge hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), ist vorzumerken, dass das angefochtene Urteil am 17. April 2012 (Eingang der Berufungsantwort) insofern rechtskräftig wurde, als die Klage im Fr. 28'000.00 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 3. Oktober 2008 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.

4. Materielles
 1. Zunächst ist zu prüfen, ob das im Rahmen des Arbeitsvertrages vom 27. Dezember 2006 mit der "B1._____" (Einzelfirma von C._____) vereinbarte Konkurrenzverbot (Urk. 3/2) auf die am 4. Juni 2007 im Handelsregister eingetragene "B._____ GmbH" (Klägerin) übergang (Urk. 10/1).

- a) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass der Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 2006 gestützt auf Art. 779a OR auf die in der Entstehung begriffene "B.____ GmbH (Klägerin) übergegangen sei (Urk. 30 S. 13 f. E. 3.1.2) und dass mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auch das mit der "B1.____" (Einzelfirma von C.____) vereinbarte Konkurrenzverbot gegenüber der "B.____ GmbH" (Klägerin) zu beachten gewesen sei (Urk. 30 S. 14 f. E. 3.1.3).
- b) Demgegenüber geht die Beklagte davon aus, das Arbeitsverhältnis mit der "B1.____" (Einzelfirma von C.____) sei nicht auf die "B.____ GmbH" (Klägerin) übergegangen (insbes. Urk. 29 S. 10 f. Rz. 34 ff., S. 13 Rz. 47 ff., S. 19 ff. Rz. 75 ff.) und ein Konkurrenzverbot mit der "B.____ GmbH" (Klägerin) sei mangels Einhaltung der Schriftform nicht gültig vereinbart worden (Urk. 29 S. 12 Rz. 43, S. 14 Rz. 52, S. 22 f. Rz. 86, S. 26 Rz. 102 f.).
- c) Sowohl die Vorinstanz als auch die Beklagte erörtern die Frage des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Klägerin irrtümlich im Kontext von Art. 779a OR. Massgebende Rechtsgrundlage für die zu prüfende Frage ist das Fusionsgesetz (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und *Vermögensübertragung* [FusG, SR 221.301, in Kraft seit 1. Juli 2004]). Gemäss Art. 69 Abs. 1 FusG können (unter anderem) im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen. Der Vorgang setzt gemäss Art. 70 FusG einen schriftlichen Übertragungsvertrag und gemäss Art. 73 FusG die Eintragung im Handelsregister voraus. Die Vermögensübertragung bewirkt gemäss Art. 76 Abs. 1 FusG den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den übernehmenden Rechtsträger nach Massgabe von Art. 333 OR.

Im vorliegenden Fall kann dem Handelsregister entnommen werden, dass die "B1.____" am 10. Februar 2003 als Einzelunternehmen im

Handelsregister eingetragen und am 4. Juni 2007 im Handelsregister gelöscht wurde. Ebenfalls am 4. Juni 2007 wurde die "B._____ GmbH" (Klägerin) im Handelsregister eingetragen. Unter der Rubrik "Besondere Tatbestände" wird festgehalten, dass die Gesellschaft "das Geschäft der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma ... B1._____ ... gemäss Vertrag vom 25. Mai 2007 übernehme" (Urk. 10/1). Gestützt auf den Übernahmevertrag übertrug somit die "B1._____" (Einzelfirma von C._____) als übertragende Rechtsträgerin ihr Vermögen auf die "B._____ GmbH" (Klägerin) als übernehmende Rechtsträgerin. Direkte Rechtsfolge dieses Vorganges ist nach den erwähnten Bestimmungen des Fusionsgesetzes der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR auf die Klägerin. Die Vorinstanz ist daher im Ergebnis zu Recht vom Übergang des Arbeitsverhältnisses ausgegangen. Die von der Beklagten geforderte Durchführung eines Beweisverfahrens (Urk. 29 S. 22 Rz. 85) erübrigt sich.

- d) Damit ist auch der Einwand der Beklagten ohne Weiteres widerlegt, das mit der "B1._____" (Einzelfirma von C._____) vereinbarte Konkurrenzverbot sei nicht auf die "B._____ GmbH" (Klägerin) übergegangen (Urk. 29 S. 12 Rz. 42 ff., S. 26 Rz. 102 f.) und mit der "B._____ GmbH" (Klägerin) sei kein schriftliches Konkurrenzverbot (Art. 340 Abs. 1 OR) vereinbart worden (Urk. 29 S. 22 f. Rz. 86). Gemäss dem nach Fusionsgesetz massgebenden Art. 333 Abs. 1 OR führt die Übertragung des Betriebes dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Nach einhelliger Lehrmeinung geht auch ein Konkurrenzverbot ohne Weiteres auf den Erwerber über (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 333 N 8 S. 840; ZK-Staehelin, Zürich 1996, Art. 333 N 9 mit Hinweis auf BGE 54 II 462; BK-Rehbinder, Bern 1992, Art. 340c N 2). Entgegen der Auffassung der Klägerin war nach der Vertragsübernahme keine neue schriftliche Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes erforderlich, weil

das mit der "B1._____" (Einzelfirma von C._____) am 27. Dezember 2006 formgültig vereinbarte Konkurrenzverbot mit dem Betriebsübergang auf die "B._____ GmbH" (Klägerin) übertragen wurde.

2. Nachdem feststeht, dass das Konkurrenzverbot auf die Klägerin übergegangen war, ist zu prüfen, ob dieses Konkurrenzverbot gültig ist. Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist ein Konkurrenzverbot 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. Unter dem *Kundenkreis* ist der Kundenstamm zu verstehen, für den man beim Verkauf des Geschäftes Goodwill bezahlen würde; *Einblick* in den Kundenkreis setzt voraus, dass der Arbeitnehmer persönlichen Kontakt zu den Kunden hatte, der es ihm erlaubt, deren Eigenschaften und Bedürfnisse kennenzulernen, so dass er den Kunden leicht gleiche Leistungen anbieten und sie so für sich gewinnen könnte (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 N 9 S. 1231 f mit Hinweisen). Als Fabrikationsgeheimnis gilt das Know-How des Unternehmens; zu den Geschäftsgeheimnissen zählt das Organisatorische und Kalkulatorische wie beispielsweise Lieferquellen, Preiskalkulationen, Rabattsätze, Marketingstrategien etc. (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 N 12 S. 1236). Zu beachten ist jedoch, dass ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis ungültig ist, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die vorwiegend *von seinen persönlichen Fähigkeiten* geprägt sind; diesfalls würde es am Kausalzusammenhang zwischen den erworbenen Spezialkenntnissen und der Schädigungsmöglichkeit fehlen (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 70 mit zahlreichen Hinweisen).
- a) Im vorliegenden Fall kann entgegen der Auffassung der Beklagten die Gültigkeit des Konkurrenzverbots nicht in Frage gestellt werden. Zunächst erwog die Vorinstanz zutreffend, es sei unbestritten, dass die Beklagte Einblick in den *Kundenkreis* gehabt habe (Urk. 30 S. 16). Es liegt auf der Hand, dass die Kenntnis der Beklagte über den Kunden-

stamm der Klägerin einen wirtschaftlichen Wert hat und dass die Beklagte aufgrund ihres Einblicks in diesen Kundenstamm den betreffenden Kunden die Dienstleistung der Haarentfernung selbst oder für einen anderen Arbeitgeber anbieten konnte. Wenn die Beklagte in der Berufung einwendet, ein angeblicher Einblick in den Kundenkreis sei nur *behauptet* - aber nicht bewiesen - (Urk. 29 S. 26 f. Rz. 104 ff.), wird nicht geltend gemacht, die behauptete Einsicht in den Kundenkreis sei von ihr *bestritten* worden; auch aus den von der Beklagten angegebenen Aktenstellen ergibt sich nicht, dass die entsprechende Behauptung der Klägerin (Urk. 7 Rz. 37 f.) bestritten wurde (Urk. 9 Rz. 54). Unbestrittene Behauptung gelten im Zivilprozessrecht als anerkannt (Verhandlungsmaxime gemäss damals geltendem § 54 ZPO/ZH). Die Vorinstanz bejahte somit zu Recht einen Einblick der Beklagten in den Kundenstamm der Klägerin.

- b) Sodann erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte Einblick in *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse* der Klägerin gehabt habe, weil sie Einblick in die Einkaufsmargen gehabt und auch einzelne Bestellungen aufgenommen und verrechnet habe; ferner habe sie Einblick in die verschiedenen administrativen Tätigkeiten der Klägerin gehabt und sei Kontaktperson für Kunden und Lieferanten gewesen und auch gegen aussen als Geschäftsführerin aufgetreten; insgesamt sei erstellt, dass sie Zugang zu vertraulichen Informationen der Klägerin gehabt habe, an deren Geheimhaltung die Klägerin ein berechtigtes Interesse gehabt habe (Urk. 30 S. 16 f.).

Dagegen wendet die Beklagte ein, die Klägerin habe keine leitende Funktion versehen, sondern sei Sekretariatsmitarbeiterin mit rein administrativen Aufgaben (Urk. 29 S. 11 Rz. 36, S. 14 Rz. 54) und Behandlungsassistentin ohne Spezialkenntnisse gewesen (Urk. 29 S. 11 Rz. 36, S. 15 Rz. 55); sie sei daher keine Geschäftsführerin gewesen,

die Einblick in den Kundenkreis bzw. in Fabrikations- und/oder Geschäftsgeheimnisse erlangt habe (Urk. 29 S. 15 Rz. 57, S. 28 Rz. 112).

Zu diesen Einwänden ist erstens zu bemerken, dass die Beklagte entgegen ihrer Darstellung nicht als "einfache Sekretariatsmitarbeiterin" gelten kann, wenn sie gemäss Arbeitsvertrag als "Geschäftsführerin" angestellt wurde (Urk. 3/2). Zweitens gab sich die Beklagte im Zeitungsartikel "... " selbst als "Geschäftsführerin des B1. _____ Instituts in E. _____ " aus (Urk. 8/19), worauf sie zu behaftet ist. Drittens lässt der mit der B1. _____ vereinbarte Lohn von Fr. 7'000.00 (Urk. 3/2) darauf schliessen, dass die Beklagte nicht bloss einfache Sekretariatsmitarbeiterin war, sondern eine leitende Funktion in einem Kosmetikinstitut einnahm. Die Vorinstanz hielt somit zutreffend fest, dass die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin insoweit Einblick in Fabrikationsgeheimnisse der Klägerin hatte, als sie Einblick in wichtige kalkulatorische Aspekte (Einkaufsmargen, Behandlungspreise etc.) und organisatorische Abläufe (Lieferanten von Behandlungsprodukten, Geräten etc.) gehabt habe. In diesem Zusammenhang hatte die Beklagte Zugang zu vertraulichen Informationen, an deren Geheimhaltung die Klägerin ein berechtigtes Interesse hatte.

- c) Und schliesslich kann auch keine Rede davon sein, dass das Konkurrenzverbot unzulässig sei, weil die Beklagte Dienstleistungen erbringe, die vorwiegend *von ihren persönlichen Fähigkeiten* geprägt seien (so die Beklagte in Urk. 29 S. 28 f. Rz. 116). Die Gefahr, dass Kunden der Beklagten zu einem neuen Arbeitgeber folgen könnten, ist nicht auf ihre persönlichen Fähigkeiten als behandelnde Kosmetikerin, sondern auf ihre bei der Klägerin angeeigneten Spezialkenntnisse als Geschäftsführerin zurückzuführen; wie erwähnt hatte sie in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin Einblick in den Kundenstamm und Fabrikationsgeheimnisse, an deren Geheimhaltung die Klägerin ein begründetes Interesse hatte. Im Unterschied zu einer *behandelnden Kosmeti-*

kerin, für welche die Zulässigkeit eines Konkurrenzverbotes verneint wurde (ZR 93/1994 Nr. 61 S. 173 f.), ist bei einer *Geschäftsführerin eines Kosmetikinstituts* ein Konkurrenzverbot zulässig, das dem Schutz von organisatorischen und kalkulatorischen Kenntnissen dient, die beim Arbeitgeber erworben wurden.

- d) Da die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin Einsicht in den Kundenkreis (oben lit. a) und die Fabrikationsgeheimnisse der Klägerin erlangt (oben lit. b) und diese Kenntnisse aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Klägerin erworben hatte (vgl. oben lit. c), kann das von der Beklagten mit der "B1._____" (Einzelfirma von C._____) vereinbarte und später auf die "B.____ GmbH" (Klägerin) übertragene Konkurrenzverbot nicht als unzulässig eingestuft werden.
3. Weiter prüfte die Vorinstanz, ob die Beklagte die bei der Klägerin erworbenen Kenntnisse an einer neuen Stelle hätte konkurrenzierend verwenden und damit die Klägerin als ehemalige Arbeitgeberin erheblich schädigen können (Art. 340 Abs. 2 OR).
- a) Die Vorinstanz bejahte eine erhebliche Schädigungsmöglichkeit, weil die G.____ GmbH mit der Haarentfernung die gleichen Leistungen zu den gleichen Preisen anbiete (Urk. 29 S. 18).
- b) Unbegründet ist zunächst der Einwand der Beklagten, C.____ sei für die "B1._____" (Einzelfirma) und später für die "B.____ GmbH" (Klägerin) als Physiotherapeut tätig gewesen, und die Klägerin sei nie im Bereich "Physiotherapie" tätig gewesen, weshalb eine Konkurrenzierung ausgeschlossen sei (Urk. 29 S. 11 Rz. 39, S. 24 Rz. 91 ff.). Wie erläutert war die Beklagte für die Klägerin im Bereich "Haarentfernung" als Geschäftsführerin tätig und hatte in dieser Funktion qualifizierten Einblick in den Kundenkreis und die Geschäftsgeheimnisse der Klägerin (E. 2). Wenn die Beklagte bei ihrer neuen Arbeitgeberin, welche unter der Rubrik Beauty "Dauerhafte Haarentfernung" anbietet, die Funk-

tion Managing Director versteht (vgl. www.G.____.com [Urk. 37 Blatt 2]), steht sie in einem Konkurrenzverhältnis zur früheren Arbeitgeberin. Für die Beurteilung des für die Beklagte geltenden Konkurrenzverbotes ist nicht die Ausbildung bzw. die Aktivität von C.____, sondern die Frage massgebend, ob die Beklagte bei der G.____ GmbH im gleichen Bereich ("dauerhafte Haarentfernung") wie bei der Klägerin als ihrer früheren Arbeitgeberin tätig ist.

- c) Ebenso unbegründet ist der Einwand der Beklagten, ein allfälliger Kundenwechsel sei auf die Reputation und die Arbeitsqualität der bei der G.____ GmbH arbeitenden Ärzte - und nicht auf den Wechsel der Beklagten von der Klägerin zur G.____ GmbH - zurückzuführen (Urk. 29 S. 29 f. insbes. Rz. 122). Auch an dieser Stelle muss nochmals unterstrichen werden, dass die Beklagte bei der Klägerin im Bereich der Haarentfernung die Funktion einer Geschäftsführerin versah und im gleichen Bereich der Haarentfernung bei der wenige Meter entfernt domizilierten G.____ GmbH die gleiche Funktion inne hatte; in dieser Situation liegt eine Konkurrenzierung auf der Hand. Irrelevant ist die Frage, in welchen Bereichen Dr. F.____ oder allfällige andere Ärzte in der G.____ GmbH tätig waren. Es ist hier nicht zu prüfen, ob Dr. F.____ oder andere Ärzte mit den von ihnen angebotenen *ärztlichen* Eingriffen die Klägerin oder C.____ konkurrenzieren; vielmehr ist ausschliesslich relevant, dass die Beklagte mit den bei der G.____ GmbH angebotenen *kosmetischen* Behandlungen die Klägerin konkurrenzierte.
4. Weiter machte die Beklagte im Verfahren vor Arbeitsgericht geltend, die Klägerin habe ihr gekündigt, ohne dass sie der Klägerin einen begründeten Anlass dazu gegeben habe, weshalb ein allfälliges Konkurrenzverbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR jedenfalls dahingefallen wäre.

Zu diesem Punkt erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, dass sich die Parteien so verhalten hätten, wie wenn ihr Verhältnis einvernehmlich aufgelöst

worden sei (Urk. 30 S. 21 f.). Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. Erstens gab die Beklagte selbst zu Protokoll, dass sie nach der angeblichen Kündigung durch die Klägerin einverstanden gewesen sei, das Arbeitsverhältnis sofort aufzulösen (Prot. I S. 14). Zweitens blieb unbestritten, dass die Beklagte mit dem Märzlohn zufrieden war und weder ein Arbeitsangebot für die Zeit ab April 2008 machte noch sonstige Lohnforderungen stellte (so Urk. 30 S. 21). Und drittens ist auch unbestritten, dass die Beklagte ab Mitte April 2008 zu 20 Prozent in einem Spital gearbeitet und daneben ihre Tätigkeit bei der G. _____ GmbH fortsetzte (Urk. 30 S. 21 f.). Dies alles stützt die Annahme der Vorinstanz, dass sich die Parteien so verhielten, wie wenn das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst worden wäre. Namentlich aufgrund der Zugabe der Beklagten, dass sie mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einverstanden gewesen sei, erübrigt sich die Durchführung eines Beweisverfahrens über die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (vgl. prozessuale Anträge und Urk. 29 S. 35 f. Rz. 144). Daran ändert insbesondere auch der Einwand der Beklagten nichts, dass es für die Annahme eines Aufhebungsvertrages an irgendeinem Vorteil für die Beklagte fehle (Urk. 29 S. 17 Rz. 67); es ist durchaus denkbar, dass die Beklagte ein Interesse daran hatte, sich möglichst schnell von der Klägerin zu lösen und sich anderen beruflichen Aktivitäten zuzuwenden.

5. Sodann machte die Beklagte im Verfahren vor Arbeitsgericht geltend, dass die Klägerin in der Vereinbarung vom 30. Januar 2008 zwischen der Klägerin und der G. _____ GmbH vollumfänglich auf das Konkurrenzverbot verzichtet habe.

Die Vorinstanz führte zu diesem Einwand im Wesentlichen aus, dass aus der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der G. _____ GmbH weder ein allgemeiner Verzicht auf das Konkurrenzverbot mit der Beklagten noch ein Verzicht in Bezug auf die Stadt E. _____ abgeleitet werden könne (Urk. 30 S. 22 f.).

Auch diese Erwägung ist nicht zu beanstanden. Aufgrund des Wortlautes von Ziffer 14 der Vereinbarung vom 30. Januar 2008 ist klar, dass das Konkurrenzverbot nur für den Standort H._____ aufgehoben wurde und dass für eine Tätigkeit an anderen Standorten eine spezifische Einwilligung der Klägerin erforderlich war (Urk. 10/4 Ziff. 14). Dass eine solche Einwilligung für die Dienstleistung der Haarentfernung auch für den Standort E._____ erteilt worden war, wird nicht geltend gemacht.

6. Aufgrund der Verletzung des Konkurrenzverbotes setzte die Vorinstanz die Konventionalstrafe auf vier Monatslöhne bzw. Fr. 28'000.00 fest (Urk. 30 S. 24 f.).
 - a) In diesem Zusammenhang beanstandet die Beklagte zu Unrecht, die Vorinstanz hätte keine Konventionalstrafe, sondern Schadenersatz festlegen müssen, weil die Parteien eine "Entschädigung von 250'000.- CHF" vereinbart hätten (Urk. 29 S. 33 Rz. 136). Mit dem vorab auf Fr. 250'000.00 festgesetzten Anspruch war der Sache nach die Zahlung einer Konventionalstrafe - und nicht von Schadenersatz - gemeint, weil ein künftiger Schaden, der durch eine Verletzung des Konkurrenzverbotes verursacht worden sein könnte, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unmöglich bekannt sein konnte. Eine falsche Bezeichnung ("Entschädigung") schadet nicht, wenn klar ist, was effektiv gemeint war ("Konventionalstrafe").
 - b) Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass für die Festsetzung einer angemessenen Konventionalstrafe die Interessen des Arbeitgebers an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, die Schwere der Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Arbeitnehmer sowie dessen wirtschaftliche und persönliche Lage massgebend sei (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 340b N 5 S. 1260 mit Hinweisen).
 - c) Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin ein erhebliches Interesse an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes hatte, da der Betrieb eines

Kosmetikinstituts mit der gleichen Dienstleistung (Haarentfernung) durch eine ehemalige leitende Mitarbeiterin in unmittelbarer Nähe zur Klägerin ein erhebliches Schädigungspotential hat.

Weiter ging die Vorinstanz bei der Bewertung der Schwere der Verletzung des Konkurrenzverbotes zutreffend von einem "nicht geringen" Verschulden - und entgegen der Darstellung der Beklagten nicht von einem "hohen" Verschulden (so Urk. 29 S. 34 Rz. 139) - aus, weil sie als Gesellschafterin der G._____ GmbH in unmittelbarer Nähe der Klägerin eine Filiale eröffnete und betrieb und auch selber dort tätig war.

Und schliesslich verneinte die Vorinstanz zutreffend einen Herabsetzungsgrund unter dem Gesichtspunkt der persönlichen und wirtschaftlichen Situation der Beklagten, da sie mit einem Arzt verheiratet ist und mit ihm die G._____ GmbH betreibt; entgegen der Darstellung der Beklagten wurde die Konventionalstrafe wegen der wirtschaftlichen Situation des Ehemannes der Beklagten nicht erhöht (so Urk. 29 S. 34 Rz. 139), sondern es wurde das Vorliegen eines Herabsetzungsgrundes verneint. Ergänzend kann beigefügt werden, dass es der Beklagten freigestanden wäre, am Standort H._____ Haarentfernung anzubieten, weshalb sie die Konsequenzen ihres Entscheides zu tragen hat, in Verletzung des Konkurrenzverbotes in unmittelbarer Nähe der Klägerin die erwähnte Dienstleistung anzubieten.

- d) Sodann geht auch der Einwand der Beklagten fehl, bei der Bemessung der Konventionalstrafe hätte auf den zuletzt bezahlten Lohn für ein 60%-Pensum - und nicht auf den anfänglich ausgerichteten Lohn für ein 100%-Pensum - abgestellt werden dürfen (Urk. 29 S. 34 Rz. 139). Die Beklagte arbeitete in einer ersten Phase als 100%-Mitarbeiterin der Beklagten und erwarb in dieser Zeit Spezialkenntnisse, weshalb nicht einzusehen ist, dass für die Bemessung der Konventionalstrafe wegen unrechtmässiger Verwertung der dabei erworbenen Spezialkenntnisse nur auf einen 60%-Lohn abzustellen sein soll.

- e) Und schliesslich ist die Behauptung, der Klägerin sei kein Schaden entstanden (Urk. 29 S. 34 Rz. 139), unbelegt und war im Übrigen auch nicht zu prüfen, weil kein Schadenersatz, sondern eine Konventionalstrafe festzusetzen war (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b N 5 lit. b S. 1260).
7. Aus all diesen Gründen setzte die Vorinstanz die Konventionalstrafe zu Recht auf Fr. 28'000.00 fest. Die Festsetzung des Verzugszinses wird nicht beanstandet.
5. Kosten- und Entschädigungsfolgen
1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen.
2. Für das Berufungsverfahren, in welchem noch Fr. 28'000.00 umstritten sind, ist trotz der Kostenlosigkeit des Verfahrens bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 (Art. 114 lit. c ZPO) von einer Kostenpflicht auszugehen, weil für die Frage der Kostenbefreiung das erstinstanzliche Verfahren massgebend ist. Aus diesen Gründen hat die Beklagte als unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen und der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Gerichtskosten richtet sich nach § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG. Für die Bemessung der Parteientschädigung ist auf § 4 Abs. 1 und 13 Abs. 2 AnwGebV abzustellen, wobei sich im Berufungsverfahren eine Herabsetzung der Grundgebühr auf lediglich 2/3 rechtfertigt, weil der Prozess verhältnismässig aufwändig geführt wurde; Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen, weil sie nicht verlangt wurde.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das vorinstanzliche Urteil am 17. April 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 28'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 3. Oktober 2008 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 28'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 17. September 2009 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'790.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'187.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 28'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc