

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 13. Juli 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt lic.iur. X2. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juni 2017 (ET170007)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei dem Gesuchsgegner im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 (Art. 343 Abs. 1 Best. c ZPO) für jeden Tag der Nichterfüllung/Widerhandlung – *eventualiter* unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.00) bei Nichterfüllung/Widerhandlung – bis zum 31. Januar 2019 für das gesamte Gebiet der Schweiz zu verbieten,
 - a. als Beirat für die C._____ AG (CHE-...), ... [Adresse], und/oder die D._____ Schweiz AG (CHE-...), ... [Adresse], und/oder eine andere Tochtergesellschaft der C._____ AG bzw. eine von der C._____ AG beherrschte Gesellschaft tätig zu sein;
 - b. anderweitig direkt oder indirekt für die C._____ AG (CHE-...) und/oder die D._____ Schweiz AG (CHE-...) und/oder eine andere Tochtergesellschaft der C._____ AG bzw. eine von der C._____ AG beherrschte Gesellschaft tätig zu sein, oder sich an solchen Gesellschaften zu beteiligen;
 - c. die E._____ AG (CHE ...), ... [Adresse], in irgendeiner anderen Weise zu konkurrenzieren, insbesondere auf eigene Rechnung ein Geschäft/Unternehmen zu betreiben, das mit der E._____ AG in Wettbewerb steht oder für ein solches Geschäft/Unternehmen tätig zu sein oder sich direkt oder indirekt an solchen Gesellschaften/Unternehmen zu beteiligen.
2. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 12 = act. 16)

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 15'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteient-schädigung von Fr. 25'000.– zu bezahlen.
4. [Mitteilung]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 17 S. 2)

1. Das Urteil der Erstinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei dem Berufungsbeklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 (Art. 343 Abs. 1 Best. c ZPO) für jeden Tag der Nichterfüllung/Widerhandlung – *eventualiter* unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.00) bei Nichterfüllung/Widerhandlung – bis zum 31. Januar 2019 für das gesamte Gebiet der Schweiz zu verbieten,
 - a. als Beirat für die C._____ AG (CHE-...), ... [Adresse], und/oder die D._____ Schweiz AG (CHE-...), ... [Adresse], und/oder eine andere Tochtergesellschaft der C._____ AG bzw. eine von der C._____ AG beherrschte Gesellschaft tätig zu sein;
 - b. anderweitig direkt oder indirekt für die C._____ AG (CHE-...) und/oder die D._____ Schweiz AG (CHE-...) und/oder eine andere Tochtergesellschaft der C._____ AG bzw. eine von der C._____ AG beherrschte Gesellschaft tätig zu sein, oder sich an solchen Gesellschaften zu beteiligen;
 - c. die E._____ AG (CHE ...), ... [Adresse], in irgendeiner anderen Weise zu konkurrenzieren, insbesondere auf eigene Rechnung ein Geschäft/Unternehmen zu betreiben, das mit der E._____ AG in Wettbewerb steht oder für ein solches Geschäft/ Unternehmen tätig zu sein oder sich direkt oder indirekt an solchen Gesellschaften/Unternehmen zu beteiligen.
2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Angelegenheit zu weiteren Abklärungen an die Erstinstanz zurückzuweisen.
3. Entsprechend sei auch der erstinstanzliche Kostenentscheid vollumfänglich aufzuheben, die erstinstanzlichen Gerichtskosten dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dieser für das erstinstanzliche Verfahren zur Bezahlung einer Parteienschädigung an die Berufungsklägerin zu verpflichten.
4. Unter o/e- Kostenfolge im vorliegenden Verfahren zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. B._____ (der Berufungsbeklagte) ist Gründer der E._____ AG mit Sitz in Zürich (im Folgenden: E._____). Er war Alleinaktionär und verkaufte am 23. September 2014 seine Aktien der A._____ AG (der Berufungsklägerin) zum Preis von vier Millionen Franken (act. 4/3). Im Vertrag vereinbarten die Parteien unter anderem Folgendes:

(...)

3 Vollzug des Vertrages

3.1 Ort und Datum

8 Vorbehältlich der Bestimmungen dieses Vertrages erfolgt der Vollzug am 30. Januar 2015 (nachfolgend "**Vollzugsdatum**").

(...)

3.3 Handlungen vor Vollzug des Vertrages

11 Der Verkäufer nimmt folgende Handlungen vor dem Vollzug dieses Vertrages vor:

- a) Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zwischen der Gesellschaft und dem Verkäufer gemäss **Anhang 3.3a**), welcher unter der Bedingung, dass dieser Vertrag vollzogen wird, per Vollzugsdatum in Kraft tritt.

(...)

9 Arbeitsverhältnis

81 Der Verkäufer verpflichtet sich, nach Vollzug dieses Vertrages, die operative Geschäftsführung der Gesellschaft für die Dauer von einem Jahr ab Vollzugsdatum weiterhin zu übernehmen. Es wird zu diesem Zweck vor Vollzug zwischen der Gesellschaft und dem Verkäufer ein Arbeitsvertrag gemäss Anhang 3.3a) abgeschlossen (vgl. Artikel 3.3a).

(...)

Der Anhang 3.3a) des Vertrages enthält unter anderem Folgendes:

E._____ AG, Zürich (...) und B._____ (...) (im Folgenden als Arbeitnehmer bezeichnet) vereinbaren:

(...)

Beginn und Ende

Dieser Arbeitsvertrag ist befristet und endet automatisch ohne Kündigung per 31. Januar 2016.

Die Parteien ziehen in Betracht, das Arbeitsverhältnis über die befristete Dauer bis längstens 31. Januar 2017 zu verlängern (...). Die befristete Verlängerung wird nur wirksam, sofern sich die Parteien darüber bis spätestens 31. Oktober 2015 schriftlich verständigen.

(...)

Konkurrenzverbot

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (und im Falle einer Freistellung ab Zeitpunkt Freistellung) während 36 Monaten kein Unternehmen zu gründen und sich auch nicht an einem Unternehmen direkt oder indirekt zu beteiligen oder für ein Unternehmen zu arbeiten, welches in der Schweiz mit den Aktivitäten der E._____ im Zeitpunkt der Beendigung bzw. allfälliger Freistellung in Konkurrenz steht. Davon ausgenommen sind folgende Mandate, die der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. Freistellung ausüben darf:

[Auflistung der Mandate]

Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes hat der Arbeitnehmer die E._____ eine Konventionalstrafe in der Höhe des Sechsfachen des letzten Monatsgehalts des Salärs vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. Freistellung zu bezahlen, unter Vorbehalt weitergehender Schadenersatzansprüche der E._____. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht von der Einhaltung des Konkurrenzverbots.

Dem Arbeitnehmer wird ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Entschädigung für dieses Konkurrenzverbot eine Karenzentschädigung in Höhe von CHF 4'000 brutto pro Monat ausbezahlt. (...)

Fällt das Konkurrenzverbot aufgrund von Art. 340c Abs. 1 oder 2 des Schweizer Obligationenrechts dahin, ist keine Karenzentschädigung geschuldet.

(...)

Genehmigung: A._____ AG als alleinige Aktionärin der E._____ AG genehmigt diesen Arbeitsvertrag:

(...)

Am 30. Januar 2016 wurde der Kaufvertrag vollzogen sowie der Arbeitsvertrag zwischen der E._____ und dem Berufungsbeklagten geschlossen und von der Berufungsklägerin genehmigt (act. 4/3a). Der Berufungsbeklagte arbeitete bis am

31. Mai 2016 als Geschäftsführer der E._____. Für die Zeit vom Juni bis Oktober 2016 erhielt er eine monatliche Karenzentschädigung von 4'000 Franken.

Am 22. November 2016 teilte die E._____ dem Berufungsbeklagten mit, aus der aktuellen Website der C._____ AG (im Folgenden: C._____) gehe hervor, dass der Berufungsbeklagte Beirat dieser Gesellschaft sei. Die C._____ biete verschiedene Aus- und Weiterbildungen im kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Bereich sowie in den Gebieten Rechnungswesen und Informatik an. Sie sei eine Konkurrentin der E._____. Mit der Tätigkeit als Beirat der C._____ verletze der Berufungsbeklagte das vereinbarte Konkurrenzverbot. Der Berufungsbeklagte wurde aufgefordert, der E._____ bis am 30. November 2016 eine Konventionalstrafe von 110'000 Franken zu bezahlen, und den Beweis dafür zu erbringen, dass er mit sofortiger Wirkung als Beirat der C._____ zurückgetreten sei und auf der Website der C._____ nicht mehr als Beirat erwähnt werde. Sodann habe sich der Berufungsbeklagte bis am 1. Juni 2019 jeder Tätigkeit zu enthalten, die im Widerspruch zum Konkurrenzverbot stehe. Weiter machte die E._____ den Berufungsbeklagten darauf aufmerksam, dass er eine Konventionalstrafe von 110'000 schulde und die E._____ berechtigt sei, die ausbezahlte Karenzentschädigung zurückzufordern. Für den Fall, dass der Berufungsbeklagte der Aufforderung nicht nachkomme, kündigte die E._____ die Einleitung rechtlicher Schritte an. Sie werde insbesondere die Konventionalstrafe unter Vorbehalt der Geltendmachung weiterer Schadenersatzansprüche geltend machen und den Unterlassungsanspruch durchsetzen (act. 4/10).

Am 29. November 2016 teilte der Berufungsbeklagte der E._____ unter anderem mit, dass er Beirat der C._____ sei. Er berate die Gesellschaft weder in strategischer noch in operativen Belangen. Das Mandat als Beirat der E._____ ermögliche es ihm, die politischen Mandate mit der Unterstützung eines Branchenmitglieds weiterhin glaubwürdig auszuüben. Die C._____ und die E._____ hätten die gleichen Interessen. Er verletze das Konkurrenzverbot nicht (act. 4/11).

1.2. Mit Eingabe vom 3. März 2017 stellte die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht Zürich ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und stellte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Nach durchgeführtem Verfahren

wies die Vorinstanz das Gesuch mit Urteil vom 7. Juli 2017 ab (act. 16). Dieser Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 9. Juni 2017 zugestellt (act. 13a).

Am 19. Juni 2017 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung (act. 17). Mit Verfügung vom 23. Juni 2017 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die mutmasslichen Gerichtskosten von 15'000 Franken angesetzt (act. 21). Der Vorschuss wurde bezahlt (act. 23). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Das Berufungsverfahren

Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Partei diese vor der oberen Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGer 4A_619/2015, Urteil vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4., als BGE 142 III 413 auszugsweise publiziert). Soweit eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hielt fest, der Berufungsbeklagte habe mit der E. _____ ein Konkurrenzverbot vereinbart. Der Berufungsklägerin gegenüber habe sich der Beru-

fungsbeklagte hingegen nicht zur Unterlassung einer konkurrenzierenden Tätigkeit verpflichtet, und zwar weder explizit noch implizit. Es könne deshalb offen bleiben, ob die Tätigkeit des Berufungsbeklagten als Beirat der C._____ die E._____ zu einer Verletzung des Konkurrenzverbotes führe. Offen bleiben könne bei diesem Ergebnis, ob bei Annahme eines implizit vereinbarten Konkurrenzverbotes zugunsten der Berufungsklägerin nicht eine Umgehung der Schutzbestimmung von Art. 340b Abs. 3 OR anzunehmen sei. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Hauptsachenprognose falle zuungunsten der Berufungsklägerin aus.

Hinsichtlich der Nachteilsprognose führte das Bezirksgericht aus, die Berufungsklägerin habe nicht dargelegt, inwiefern die behauptete Vertragsverletzung durch den Berufungskläger sie selber benachteiligen würde. Die Berufungsklägerin vermische die beiden Gesellschaften, indem sie allfällige Nachteile der E._____ sich selber zuschreibe. Ein blosser Reflexschaden, der durch Wertminderung der E._____ entstehen könnte, stelle keinen Nachteil im Sinne von Art. 261 ZPO dar. Das Massnahmegesuch wäre deshalb auch abzuweisen, wenn die Hauptsachenprognose zugunsten der Berufungsklägerin ausgefallen wäre.

Auf die Einzelheiten der Erwägungen der Vorinstanz sowie der Ausführungen der Berufungsklägerin ist soweit erforderlich im Rahmen der Erwägungen einzugehen.

4. Argumente der Berufungsklägerin

Die Berufungsklägerin bringt vor, die Parteien hätten im Kaufvertrag vom 23. September 2014 vereinbart, dass der Berufungsbeklagte mit der E._____ ein Konkurrenzverbot vereinbaren werde. Der Entwurf des Arbeitsvertrages sei als Anhang Bestandteil des Kaufvertrages geworden, womit zumindest implizit auch zwischen der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten ein Konkurrenzverbot vereinbart worden sei, was entgegen der Ansicht der Vorinstanz zulässig sei. Der Grund, weshalb das Konkurrenzverbot in die Arbeitsvertragsentwürfe integriert worden seien, liege in der Verhandlungsmacht des Berufungsbeklagten, der seine Anliegen habe durchsetzen können. Dies gehe eindeutig aus der E-Mailkorrespondenz hervor, welche die Berufungsklägerin anlässlich der Verhandlung vor

Vorinstanz eingereicht habe. Die erstinstanzliche RichterIn habe erklärt, dass die E-Mails gegebenenfalls unzulässige Noven darstellten. Die Vorinstanz habe die E-Mails im Entscheid stillschweigend nicht berücksichtigt und damit den Anspruch der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör verletzt. Eine Nichtzulassung des in der Verhandlung Vorgebrachten hätte durch prozessleitende Verfügung vor dem Entscheid erfolgen müssen. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien habe die Berufungsklägerin einen Anspruch gegen den Berufungsbeklagten, dass dieser die E._____ nicht konkurrenzieren, und dieses Verbot habe der Berufungsbeklagte verletzt. Die Anspruchsprognose falle zugunsten der Berufungsklägerin aus.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei auch das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils zu bejahen. Damit diese Voraussetzung erfüllt sei, müsse kein Schaden im privatrechtlichen Sinn drohen, es genüge allenfalls auch ein Reflexschaden. Durch die Verletzung des Konkurrenzverbotes sei eine Verminderung des wirtschaftlichen Wertes der Aktien der E._____ – also des Kaufgegenstandes – zu befürchten. Die Nachteilsprognose falle zugunsten der Berufungsklägerin aus.

5. Würdigung

5.1. Voraussetzungen zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme

Die Vorinstanz lege die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO dar und wies insbesondere darauf hin, dass im vorliegenden Fall erhöhte Anforderungen gelten würden, da die Gutheissung des Massnahmegesuches einer vorläufigen Vollstreckung gleichkäme. Die Berufungsklägerin rügt diese Erwägungen zu Recht nicht.

5.2. Novenschanke und rechtliches Gehör

Die Berufungsklägerin rügt, die an der Verhandlung vor Vorinstanz eingereichten E-Mails hätten berücksichtigt werden müssen. Die Vorinstanz habe die Dokumente im Urteil unberücksichtigt gelassen, ohne darüber vorher in einer prozessleitenden Verfügung entschieden zu haben. Der Anspruch der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

Die Rüge ist nicht stichhaltig. Die Berufungsklägerin hatte mit Eingabe vom 3. März 2017 ein begründetes Massnahmegesuch mit verschiedenen Dokumenten eingereicht (act. 1 und 4/2-16). Über Gesuche um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 248 lit. d ZPO). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist hingegen nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien grundsätzlich zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen Verfahren also lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen. Ausnahmsweise kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden, zwingend ist dies jedoch nicht (BGE 138 III 252 E. 2.1., OGer ZH, LF160046 vom 14. September 2016 sowie LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Rz 11.172a, auf den die Berufungsklägerin in act. 17 S. 12 hinweist). Die Vorinstanz nahm das Gesuch der Berufungsklägerin entgegen und nahm an der Verhandlung vom 20. April 2017 die mündliche Gesuchsantwort ab. Zu Recht ordnete sie hernach keinen zweiten Parteivortrag an, die weiteren Ausführungen der Parteien, die an die Gesuchsantwort folgten, erfolgten im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs und wurden deshalb jeweils auch als "Stellungnahme" (und nicht als "Replik"/"Duplik") bezeichnet (Protokoll Vorinstanz, S. 3 ff.).

Wenn die anlässlich der Verhandlung eingereichten E-Mails (act. 11/2) unberücksichtigt blieben, geschah dies zu Recht. Die Vorinstanz musste dazu auch keinen prozessleitenden Entscheid fällen. Denn gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO erlässt das Gericht die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. Ob eine Frage durch prozessleitende Verfügung entschieden wird oder ob die Beantwortung dem Endentscheid überlassen wird, steht weitgehend im Ermessen des Gerichts, das bei der Abwägung, ob ein prozessleitender Entscheid zu fällen ist, unter anderem den Grundsatz der Pro-

zessökonomie zu beachten hat (MARTIN KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage, Art. 124 N 16; aus der von der Berufungsklägerin zitierten vermeintlich abweichende Auffassung [LEUENBERGER, ZK ZPO, 3. Auflage, Art. 229 N 11] lässt sich nur ableiten, dass über eine Noveneingabe mit prozessleitender Verfügung entschieden werden kann, nicht aber, dass dies zwingend ist; im Übrigen befasste sich der Autor mit dem hier nicht einschlägigen Problem des Erlasses einer prozessleitenden Verfügung durch einen Instruktionsrichter im Kollegialgericht). Hätte die Vorinstanz über die Frage der Zulassung von Noven in einer prozessleitenden Verfügung entschieden, so wäre damit nichts gewonnen worden. Wenn es überhaupt eine Auswirkung gehabt hätte, wäre dadurch das Verfahren eher verzögert worden, was die Vorinstanz durch Unterlassung eines prozessleitenden Entscheides zu Recht vermieden hat. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch Unterlassung einer prozessleitenden Verfügung ist zu verneinen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist auch nicht darin zu erblicken, dass die Vorinstanz die E-Mails im Entscheid nicht erwähnt hatte. Denn das Gericht hat in der Urteilsbegründung kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen es sich leiten lässt, und muss sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen (BGE 133 III 439 E. 3.3). Die Vorinstanz begründete ihre Auffassung, wonach die Hauptsachenprognose nicht zugunsten der Berufungsklägerin ausfalle, im Wesentlichen damit, dass das Konkurrenzverbot zwischen der E. _____ und dem Berufungsbeklagten vereinbart worden sei. Bei diesem Ergebnis kommt es nicht auf die E-Mails an, denn auch nach Auffassung der Berufungsklägerin beeinflussen sie die Beantwortung der Frage nicht, wer in Bezug auf das Konkurrenzverbot anspruchsberechtigt ist, sondern dienen lediglich der Klärung der Frage, weshalb das Konkurrenzverbot keine Aufnahme in den Kaufvertrag gefunden hatte, was aber nicht entscheidrelevant ist. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist somit zu verneinen. Der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass eine leichte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt und auf eine Rückweisung an die Vorinstanz verzichtet werden könnte (BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Es wird noch kurz auf die E-Mails einzugehen sein, womit der Anspruch auf rechtliches Gehör geheilt würde, wäre dieser verletzt worden.

5.3. Hauptsachenprognose

Die Parteien vereinbarten im Kaufvertrag vom 23. September 2014 kein Konkurrenzverbot zugunsten der Berufungsklägerin, fügten indes den Entwurf des Arbeitsvertrages zwischen der E. _____ und dem Berufungsbeklagten dem Vertrag als Anhang bei. Dieser Arbeitsvertrag enthält das im Streit liegende Konkurrenzverbot. Der Kaufvertrag und der Arbeitsvertrag bilden insofern eine Einheit, als nach dem Willen der Parteien der Kaufvertrag ohne Zustandekommen des Arbeitsvertrages nicht vollzogen werden sollte und die Genehmigung des Arbeitsvertrages durch die Berufungsklägerin vorgesehen wurde (act. 4/3, Kaufvertrag Ziff. 3.3 lit. a sowie Arbeitsvertrag S. 2 unten). Wie vorgesehen wurden beide Verträge abgeschlossen (act. 1 S. 5). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass zwischen den Parteien ein Konkurrenzverbot nicht explizit vereinbart worden ist. Dies wird von der Berufungsklägerin nicht gerügt. Sie macht aber geltend, ein Konkurrenzverbot sei implizit (also ohne ausdrückliche Nennung) vereinbart worden, was sich aus der damaligen Interessenlage der Parteien sowie dem bereits erwähnten E-Mail-Verkehr ergebe (act. 1 S. 3 und act. 17 S. 19).

Die Berufungsklägerin macht geltend, ein Konkurrenzverbot könne nach herrschender Lehre und Praxis auch implizit als formfreie Vereinbarung einer vertraglichen Neben- und Schutzpflicht geschlossen werden. Sie geht (wenn auch nicht konsequent) davon aus, dass eine solche Vereinbarung zustande gekommen (act. 1 S. 3 f. und act. 17 S. 5, anlässlich der Verhandlung vom 20. April 2017 räumte sie hingegen ein, dass sich die Frage eines implizit vereinbarten Konkurrenzverbotes nicht stelle, da dieses wie vom Berufungsbeklagten gewollt im Arbeitsvertrag geregelt worden sei [Protokoll Vorinstanz S. 6]). Die Ansicht ist unzutreffend. Zwar wird – namentlich in einem von der Berufungsklägerin zitierten Aufsatz (act. 17 S. 13) – die Auffassung vertreten, ein Konkurrenzverbot könnte in einem Unternehmenskaufvertrag implizit vereinbart werden. Die Autoren stützen sich massgeblich auf BGE 50 II 487 (richtig: BGE 50 II 481 E. 3.). Sie vertreten indes nicht die Meinung, jeder Unternehmenskauf beinhalte auch ohne explizite Vereinbarung ein umfassendes Konkurrenzverbot, sondern anerkennen, dass dessen Existenz und allfällige Tragweite aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln ist (RUGGLI/VISCHER, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen,

SJZ 102 [2006] S. 294 ff., insbesondere FN 10 und S. 296). Wie noch zu zeigen sein wird, sprechen die Umstände des vorliegenden Falles gegen die Annahme eines implizit vereinbarten Konkurrenzverbotes. Die Frage, ob es ein solches überhaupt gibt, oder ob ein Konkurrenzverbot in der Regel zu verneinen ist, wenn es nicht ausdrücklich vereinbart wurde (URS SCHENKER, Unternehmenskauf, S. 372 f.), kann somit unbeantwortet bleiben. Der Vollständigkeit halber ist aber auf Folgendes hinzuweisen: Der Auffassung von RUGGLI/VISCHER, wonach aus BGE 50 II 481 hervorgehe, die Rechtsprechung anerkenne grundsätzlich ein den Verkäufer treffendes implizites Konkurrenzverbot, ist nicht zuzustimmen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht damals ein explizit vereinbartes Konkurrenzverbot zu beurteilen hatte. Es kam zum Schluss, dass im konkreten Fall das Konkurrenzverbot weder durch Art. 27 ZGB, Art. 20 OR noch die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* eingeschränkt werde. Nur beiläufig erwähnte es, dass das Konkurrenzverbot im konkreten Einzelfall auch ohne ausdrückliche Abrede gegolten hätte. Würde bei einem Unternehmensverkauf die "Kundschaft mitverkauft", so dürfe der Verkäufer keinerlei Geschäftsbeziehungen derselben Art mehr zu der Kundschaft unterhalten. Es ging also um die eingeschränkte Frage, ob ein Verkäufer eines Unternehmens weiterhin Geschäftsbeziehungen zu "seiner" bisherigen Kundschaft unterhalten darf. Eine allgemeine Aussage zur Annahme eines implizit vereinbarten Konkurrenzverbotes lässt sich daraus nicht entnehmen. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid aus dem Jahr 1924 einen Vertrag zu beurteilen hatte, der im November 1909 geschlossen worden war. Damals war das heute geltende Recht noch nicht in Kraft (ZGB und das revidierte OR traten am 1. Januar 1912 in Kraft). Das Bundesgericht erwähnte zwar, dass gestützt auf Art. 2 SchIT ZGB die Bestimmungen von Art. 27 ZGB und 20 OR Anwendungen fänden. Unter diesem Gesichtspunkt war die Frage zu beurteilen, ob das explizit vereinbarte Konkurrenzverbot durch Art. 27 ZGB oder Art. 20 OR eine Einschränkung erfahre. Die umgekehrte Frage, ob bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung von einem implizit geschlossenen Konkurrenzverbot auszugehen ist, war indes wohl nicht nach dem neuen Recht zu beurteilen (vgl. Art. 1 SchIT ZGB). Auch wenn das aktuelle Recht in Bezug auf das (stillschweigende) Zustandekommen von Vereinbarungen nicht we-

sentlich vom Obligationenrecht aus dem Jahr 1881 abweichen sollte, kommt dem obiter dictum aus dem Jahr 1924 keine entscheidende Bedeutung zu.

Die Parteien vereinbarten im Kaufvertrag vom 23. September 2014 kein Konkurrenzverbot, sahen aber vor, dass ein solches in einen separat zu schliessenden Arbeitsvertrag zwischen der E._____ und dem Berufungsbeklagten aufgenommen wird. Dies war nicht im Sinn der Berufungsklägerin, die offenbar auch in den Kaufvertrag ein Konkurrenzverbot aufnehmen wollte. Sie konnte ihre Position aber in den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen, da – nach ihrer eigenen Darstellung – die Verhandlungsmacht des Berufungsbeklagten grösser war (act. 17 S. 7 und S. 16, Protokoll Vorinstanz S. 5). Damit fehlt es am notwendigen Konsens zur Begründung eines Konkurrenzverbotes zwischen den Parteien. Indem die Parteien ein Konkurrenzverbot, nachdem darüber verhandelt worden war (das Konkurrenzverbot war nach Darstellung der Berufungsklägerin in den Verhandlungen ein grosses Thema [Protokoll Vorinstanz S. 4]), bewusst nicht in den Kaufvertrag aufnahmen, trafen sie eine explizite negative Regelung. Dies lässt keinen Raum für die Begründung einer impliziten Vereinbarung, die (wenn überhaupt) als vertragliche Nebenpflicht des Berufungsbeklagten angenommen werden könnte, wenn die Parteien darüber (auch nicht negativ) nicht entschieden hätten. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin besteht der von ihr behauptete Anspruch zu ihren Gunsten nicht, da sie nicht Vertragspartei des Arbeitsvertrages ist. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Parteien im Kaufvertrag vereinbarten, vor dessen Vollzug sei ein Arbeitsvertrag zwischen dem Berufungsbeklagten und der E._____ zu schliessen. Denn diese Verknüpfung führte nur dazu, dass der Kaufvertrag vor Abschluss des Arbeitsvertrages nicht vollzogen werden konnte, änderte aber nichts an der Tatsache, dass die Berufungsklägerin nicht Vertragspartei des Arbeitsvertrages wurde. Die behauptete Verletzung des Konkurrenzverbotes führt gegebenenfalls zu einem Anspruch der E._____, nicht aber zu einem der Berufungsklägerin. Die Berufungsklägerin hat ihren Hauptsachenanspruch nicht glaubhaft gemacht. Die Vorinstanz hat das Massnahmegesuch zu Recht abgewiesen.

Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass es an diesem Ergebnis nichts ändern würde, wenn die von der Berufungsklägerin nach Fallen der Novenschranke eingereichten E-Mails berücksichtigt würden. Im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des Kaufvertrages wurde seitens der Berufungsklägerin ein Konkurrenzverbot thematisiert (E-Mail vom 28. August 2014, 06:55 Uhr). Der Berufungsbeklagte wollte aber offenbar nur ein Konkurrenzverbot in den Arbeitsvertrag aufnehmen. Er teilte der Berufungsklägerin mit, er wolle abgesehen von formalen Punkten an seinem Angebot nichts mehr ändern. Sollte die Berufungsklägerin damit nicht einverstanden sein, würden die Verhandlungen beendet (E-Mail vom 28. August 2014, 08:39 Uhr) (act. 11/2). Bei der Würdigung wurde von dem von der Berufungsklägerin behaupteten Sachverhalt ausgegangen, das Gesuch hat sich aber gleichwohl als nicht schlüssig erwiesen. Die E-Mails als Beweismittel sind deshalb nicht relevant.

5.4. Nachteilsprognose

Hinsicht der Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils machte die Berufungsklägerin vor Vorinstanz geltend, die Tätigkeit des Berufungsbeklagten als Beirat der C._____, die namentlich unter den Labeln D._____, Schweiz, F._____, Schulen, G._____, H._____ und I._____ St. Gallen Schulen betreibe, benachteilige die Berufungsklägerin. Die C._____ habe seit dem Jahr 2013 schweizweit acht Zweigniederlassungen eröffnet. Diese Konkurrenz führe letztlich zu Einbussen bei der Berufungsklägerin, auch wenn sich diese noch nicht beziffern liessen. Es sei zu befürchten, dass die Expansionsstrategie der C._____ nun tatsächlich aufgehe, nachdem der Berufungsbeklagte als kreativer Kopf und erfahrener Bildungsmanager bei der C._____ eingestiegen sei (act. 1 S. 13).

Die Berufungsklägerin räumt selber ein, dass die Expansion der C._____ bereits im Jahr 2013 begonnen hatte, also vor Abschluss des Kaufvertrages und vor Eintritt des Berufungsbeklagten als Beirat der C._____. Die Expansion der C._____ und die damit verbundene Konkurrenzierung der Berufungsklägerin kann also nicht ursächlich auf die Tätigkeit des Berufungsbeklagten bei der C._____ zurückgeführt werden. Die Behauptung der Berufungsklägerin, die Expansionsstrategie der C._____ sei erst durch den Einstieg des Berufungsbeklagten richtig er-

folgreich geworden, was zu einem Nachteil für die Berufungsklägerin führe, wird nicht näher substantiiert. Das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist nicht glaubhaft gemacht, weshalb das Massnahmegesuch auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl die Hauptsachenprognose als auch die Nachteilsprognose zum Nachteil der Berufungsklägerin ausfällt. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

6. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf die Angaben der Berufungsklägerin (Protokoll Vorinstanz S. 3) ging die Vorinstanz von einem Streitwert von vier Millionen Franken aus. In der Berufungsschrift äussert sich die Berufungsklägerin dazu nicht und sie rügt die Verteilung der Prozesskosten nach dem Unterliegensprinzip nicht. Auch für das obergerichtliche Verfahren ist vom Streitwert von vier Millionen Franken auszugehen. Gestützt auf §§ 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf CHF 15'000.00 festzusetzen und der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind keine Parteienschädigungen zuzusprechen, der Berufungsklägerin nicht wegen Unterliegens, dem Berufungsbeklagten nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 15'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 17, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 4'000'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: