

ZH_OBERGERICHT LF220039 vom 5. August 2022

ZH Obergericht, 2022-08-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF220039

FR: ZH_OBERGERICHT LF220039 du 5 août 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LF220039 del 5 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ist eine AG, deren Zweck die ... [Zweck] ist. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) war seit dem 18. November 2013 für die Berufungsbeklagte tätig, seit dem Jahr 2017 in der Akquisition, im Verkauf und im Kundenservice als Gebietsvertreter für diverse Bezirke in den Kantonen Zürich, Schaffhausen und Thurgau. Ab Herbst 2020 kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien und Verwarnungen an den Berufungskläger durch die Be-

- 5 - rufungsbeklagte. Im Frühjahr 2021 gründete der Berufungskläger die "C._____ GmbH", welche am tt.mm.2021 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen wurde und die Beratung und den Vertrieb im ...- und ...-Bereich sowie zusätzlich die Beratung im Brandschutzbereich bezweckt. Der Berufungskläger ist als Gesellschafter und Geschäftsführer aufgeführt. In der Folge verhandelten die Parteien über eine mögliche künftige Zusammenarbeit zwischen der Berufungsbeklagten und der C._____ GmbH, wobei eine solche jedoch nicht zustande kam. Mit Schreiben vom 5. August 2021 kündigte die Berufungsbeklagte schliesslich das Arbeitsverhältnis per 4. Oktober 2021 mit der Begründung, der Berufungskläger habe durch seine unangebrachte Kommunikationsweise das Betriebsklima nachhaltig gestört, seine Umsatzzahlen seien gesunken und er habe seine Treupflicht gegenüber der Berufungsbeklagten verletzt, indem er eine eigene GmbH gegründet habe und mit dieser eine Beratungstätigkeit im Brandschutzbereich ausüben beabsichtigt habe. Nach Ansicht der Berufungsbeklagten verletzt der Berufungskläger danach durch seine Tätigkeit in der C._____ GmbH ein nachvertragliches Konkurrenzverbot.

E. 2

Nachdem die Berufungsbeklagte ein entsprechendes Gesuch bereits beim Zivilgericht Basel-Landschaft West anhängig gemacht und zufolge fehlender Zuständigkeit wieder zurückgezogen hatte, reichte sie mit Eingabe vom 25. November 2021 beim Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren ein (act. 9/1). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2021 brachte sie Noven vor (act. 9/8). Der Berufungskläger nahm mit Eingabe vom 24. Januar 2022 Stellung, wobei er die oben aufgeführten Anträge stellte (act. 9/15). Die Vorinstanz entschied mit Urteil vom 16. März 2022, welches zunächst in unbegründeter (act. 9/21) und hernach in begründeter Form erging; sie hiess das Gesuch der Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen teilweise gut und wies es im Übrigen ab (act. 8).

E. 2.1

Im Berufungsverfahren unterliegt der Berufungskläger mit Ausnahme der Reduktion des Verbotes im örtlichen Umfang. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO sind die zweitinstanzlichen Prozesskosten zu 5/6 von ihm und zu 1/6 von der Berufungsbeklagten zu tragen. Entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten (vgl. act. 14 Rz IV.2) sind die Prozesskosten vorliegend nicht nach Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO zu verteilen. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war. Diese Bestimmung ist primär für Fälle gedacht, in denen die Gefahr des Überklagens gross ist, weil die Höhe des Anspruchs nur schwer abschätzbar ist, wie dies etwa bei Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Fall sein kann (vgl. statt vieler BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 4). Sie kommt jedoch nicht automatisch immer dann zur Anwendung, wenn das Gericht – was letztlich häufig der Fall ist – bei einem Entscheid Ermessen ausüben muss. Vorliegend präsentierte sich die Situation jedenfalls nicht derart, dass die Frage des Umfangs des Konkurrenzverbotes derart ungewiss war, dass das Risiko für die Parteien bei der Antragstellung nicht abschätzbar war.

- 30 -

E. 2.2

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und ausgehend von einem Streitwert von Fr. 1'200'000.– (act. 3 E. IV.2.2; act. 2 Rz 3) auf Fr. 8'000.– festzusetzen. Sie ist im Umfang von 5/6 dem Berufungskläger und im Umfang von 1/6 der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen und ihm im Umfang von Fr. 1'333.35 von der Berufungsbeklagten zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

E. 2.3

Bei der erwähnten Verteilung der Prozesskosten resultiert für die Berufungsbeklagte eine Parteientschädigung von 2/3. Gestützt auf § 4 Abs.1, § 9 sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV beliefe sich eine volle Parteientschädigung auf Fr. 6'680.–; reduziert auf 2/3 beläuft sie sich noch auf rund Fr. 4'450.–. Die Mehrwertsteuer wird nur auf expliziten Antrag hin zugesprochen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006). Ein solcher fehlt hier, sodass der Berufungskläger dazu verpflichtet ist, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'450.– zu entrichten. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 16. März 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "1. In teilweiser Gutheissung des Gesuches um vorsorgliche Massnahmen und unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall wird dem Gesuchsgegner vorsorglich bis am 3. Oktober 2022 verboten, eine die Gesuchstellerin konkurrenzierende Tätigkeit entweder als Selbständigerwerbender und/oder als Arbeitnehmer auf dem Gebiet der Bezirke E._____, F._____, G._____ im Kanton Zürich, H._____, I._____, J._____, K._____ und L._____ im Kanton Schaffhausen sowie des ehemaligen Bezirks M._____ (bzw. der Gemeinden N._____, M._____, P._____ [TG]) im Kanton Thurgau auszuüben. Da-

- 31 - runter fällt namentlich der Verkauf, Handel sowie die Wartung/Reparatur von und mit Feuerlöschern, Löschanlagen, Löschposten, Löschdecken und anderen Brandschutzprodukten sowie die Brandschutzberatung wie bspw. das Erstellen von Fluchtweg- oder Brandschutzplänen." Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 16. März 2022 bestätigt. 2. Die Regelung der Prozesskosten in den Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 16. März 2022 wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt und zu 5/6 dem Berufungskläger sowie zu 1/6 der Berufungsbeklagten auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 8'000.– bezogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger Fr. 1'333.35 zu ersetzen. 4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'450.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenütztem 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

- 32 - 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'200'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw C. Funck versandt am:

E. 3

Da mit der fristgerechten Einreichung der Klage in der Hauptsache (vgl. act. 12, act. 14 Rz II.5 und act. 15/2) die vorliegenden vorsorglichen Massnahmen nicht dahingefallen sind, sondern weiter Bestand haben, ist nachfolgend auf die Bereiche, auf die sich die Rügen des Berufungsklägers beziehen, im Einzelnen einzugehen. Dabei sind die Vorbringen der Parteien soweit für die Entscheidfindung erforderlich zu berücksichtigen. Die übrigen, nicht beanstandeten Erwägungen des angefochtenen Entscheides sind, zumal nicht offensichtlich mangelhaft, nicht näher zu prüfen.

E. 4

Bestehenbleiben des Konkurrenzverbotes trotz Kündigung durch die Arbeitgeberin

- 10 -

E. 4.1

Die Berufungsbeklagte hatte als Grund für die Kündigung unangebrachte Kommunikation(sweise), Störung des Betriebsklimas, sinkende Umsatzzahlen, Gründung der eigenen GmbH und eine beabsichtigte Konkurrenzierung aufgeführt (vgl. act. 9/1 Rz III.8 ff. und act. 9/3/16). Die Vorinstanz erwog dazu, es erscheine als fraglich, ob die Berufungsbeklagte glaubhaft zu machen vermöge, dass die sinkenden Umsatzzahlen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hätten. Der Berufungskläger bringe verschiedene, nicht durch ihn zu vertretende Gründe für die im Vergleich zum Jahr 2019

tieferen Umsatzzahlen des Jahres 2020 vor und die Berufungsbeklagte bringe für ihre Behauptung, die Umsatzzahlen des Berufungsklägers seien vergleichsweise tiefer gewesen als jene der anderen Aussendienstmitarbeiter, keine Belege bei. Dies sei jedoch ebenso wenig von Relevanz wie die vom Berufungskläger ins Feld geführten Mitarbeiterqualifikationen und Arbeitszeugnisse, vermöge die Berufungsbeklagte doch im Sinne einer Gesamtbetrachtung glaubhaft zu machen, dass sie anderweitig begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe. Es sei gestützt auf die eingereichten Beweismittel mit erheblicher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Berufungskläger selbst kein Interesse mehr an einer Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gehabt habe. So habe er die C._____ GmbH unbesehen der Verwarnung der Berufungsbeklagten vom 25. Februar 2021 im März 2021 mitgegründet und der Berufungsbeklagten anschliessend eine Zusammenarbeit angeboten. Es müsse daher als glaubhaft betrachtet werden, dass er mit seinem Verhalten im Zusammenhang mit der Gründung seiner GmbH im März 2021 bis und mit auch nach der Kündigung im August 2021 primär die Interessen der neu gegründeten Gesellschaft verfolgt habe und somit eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für eine Verletzung der Treuepflicht bestehe (act. 8 E. III.2.5.3).

E. 4.2

Mit dieser Argumentation ist der Berufungskläger nicht einverstanden. Die Gründung einer Gesellschaft alleine – einen anderen begründeten Anlass nenne die Vorinstanz nicht – sei eine zulässige Vorbereitung einer neuen Tätigkeit und stelle damit keine Treuepflichtverletzung dar, sodass dadurch auch kein begründeter Anlass für eine Kündigung vorliege. Auch eine Konkurrenzierung habe damals noch nicht stattgefunden. Dass er versucht haben solle, eine Kündigung zu provozieren, sei eine nicht hinreichend substantiierte Behauptung. Wenn die Vor-

- 11 - instanz den begründeten Anlass mit der zeitlichen Abfolge begründe, so sei darauf hinzuweisen, dass die aktiven Gründungshandlungen seinerseits für die C._____ GmbH am 26. Februar 2021 und damit vor Erhalt der – aufgrund der Zulässigkeit seines Vorgehens ohnehin wirkungslosen – Verwarnung erfolgt sei; am tt.mm.2021 sei lediglich die Eintragung im Handelsregister vorgenommen worden. Mithin könne ihm keine aktive Gründungshandlung nach Kenntnisnahme der Verwarnung vorgeworfen werden. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sei er mit der C._____ GmbH zudem nicht aktiv auf dem Markt aufgetreten. Auch das Angebot der Zusammenarbeit zwischen der C._____ GmbH und der Berufungsbeklagten ändere daran nichts, sei diese doch stets zusammen mit dem Vorschlag einer Pensumsreduktion erfolgt, damit er ohne Verletzung der Treuepflicht für die neue GmbH hätte tätig sein können. Die Vorinstanz greife zu weit, wenn sie ihm pauschal unterstelle, mit seinem Verhalten im Zusammenhang mit der GmbH primär deren Interessen verfolgt und damit seine Treuepflicht verletzt zu haben (act. 2 Rz 11 ff.).

E. 4.3

Demgegenüber hält die Berufungsbeklagte daran fest, dass sie einen begründeten Anlass für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gehabt habe, und wiederholt die bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Vorwürfe der unangebrachten Kommunikation, der Störung des Betriebsklimas, der sinkenden Umsatzzahlen sowie der Gründung der C._____ GmbH und der Konkurrenzierung. Vorbereitungshandlungen für eine Tätigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses seien zwar zulässig, nicht jedoch das bewusste "Abzügeln" von Kunden zur neu gegründeten Unternehmung während laufendem

Arbeitsvertrag, wie dies der Berufungskläger gemacht habe. Dem Berufungskläger sei es wichtig gewesen, dass ihm gekündigt werde, da er nur so darauf habe spekulieren können, dass das Konkurrenzverbot allenfalls ungültig wäre. Der genaue zeitliche Ablauf im Zusammenhang mit der Gründung der C. _____ GmbH sei sodann nicht relevant, sei doch nicht die Gründung als solche sondern das Verhalten des Berufungsklägers in diesem Zusammenhang und seine konkurrenzierenden Tätigkeiten während laufendem Arbeitsverhältnis sowie seine weiteren Verfehlungen unzulässig gewesen und hätten begründeten Anlass für die Kündigung gesetzt. Die Ausführungen zur Zusammenarbeit und zur Pensumsreduktion würden bestritten,

- 12 - eine solche sei von ihr, der Berufungsbeklagten, abgelehnt worden. Selbst wenn dem anders gewesen wäre, hätte der Berufungskläger aber keine konkurrenzrende Tätigkeit noch während Bestehen des Arbeitsverhältnisses aufnehmen dürfen. Die Vorinstanz habe zutreffend eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorgenommen, zumal die Gesamtheit des Verhaltens des Berufungsklägers im letzten Jahr der Anstellung zur Kündigung geführt habe. Der Berufungskläger versuche, einzelne Elemente isoliert darzustellen, um dieses Gesamtbild ausser Acht zu lassen (act. 14 Rz III.7 ff.).

E. 4.4

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer begründeten Anlass gegeben hat. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt, ebenso wenig, wie ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR vorliegen muss (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; BGer 4A_22/2014 vom 23. April 2014 E. 4.3.1; BGer 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2; Streiff et al., Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 340c N 3). Namentlich ist die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen als begründeter Anlass zu qualifizieren. Stellt die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, braucht sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt; das Konkurrenzverbot fällt dann nicht dahin (BGE 130 III 353 E. 2.2.3; BGer 4A_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2).

E. 4.5

Die Gründung einer Gesellschaft als solches stellt noch keine Konkurrenzverletzung und Treuepflichtverletzung dar, sondern eine an und für sich zulässige Vorbereitungshandlung (vgl. Streiff et al., a.a.O., Art. 321a N 4.3 und N 7 Fallgruppe 3), wie der Berufungskläger richtig ausführt. Entgegen seiner Ansicht hielt die Vorinstanz aber nicht die Gründung der C. _____ GmbH als solche für einen begründeten Anlass für die Kündigung, vielmehr erachtete sie einen solchen aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände als gegeben. Dieser gestützt auf die

- 13 - von der Berufungsbeklagten beigebrachten Unterlagen gewonnene Eindruck, wonach der Berufungskläger kein Interesse mehr an einer Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses gehabt habe, sondern vielmehr an seiner neu gegründeten Gesellschaft, und sich auch entsprechend verhalten habe, erscheint als zutreffend. Zu erwähnen sind diesbezüglich insbesondere die Kommunikation und Verhalten des Berufungsklägers

kritisierenden Schreiben und Verwarnungen der Berufungsbeklagten seit Herbst 2020, ein E-Mail des Berufungsklägers selbst vom 14. Dezember 2020 an seinen Vorgesetzten, worin er sich in unhöflichem Ton über einen schiefen Scan beschwerte und unter anderem schrieb "Ich glaube hier spielen wir langsam auf unterster Schublade, hat den niemand in dieser Firma auch nur einen Funken Ahnung wie die Geschäftswelt tickt?", sowie weiterer Korrespondenz des Berufungsklägers, der sich sein Kommunikationsstil gegenüber der Berufungsbeklagten entnehmen lässt (vgl. act. 9/3/7-9, act. 9/3/11-12 sowie act. 9/17/6). Angesichts dessen erscheint es als glaubhaft, dass der Berufungskläger an seiner Stelle nicht mehr zufrieden war und dies die Berufungsbeklagte und auch deren Mitarbeiter spüren liess, indem er seinen Unmut deutlich und in nicht angemessener Weise kundtat. Auch erscheint als glaubhaft, dass sein diesbezügliches Verhalten problematisch war, sah sich doch die Geschäftsleitung wie erwähnt mehrfach gezwungen, den Berufungskläger abzumahnern und diesbezüglich am 21. Januar 2021 auch das Gespräch mit ihm zu suchen (siehe dazu act. 9/3/11). Zu diesem Bild passt, dass sich der Berufungskläger gemäss seiner eigenen Darstellung nach Abschluss einer Weiterbildung zum Brandschutzfachmann im Herbst 2020 und nachdem ihn die Berufungsbeklagte nicht entsprechend beschäftigen konnte oder wollte zur Gründung seiner eigenen GmbH entschied, um dort Brandschutzberatungen anbieten und dabei – so der Berufungskläger – Produkte der Berufungsbeklagten vermitteln zu können (act. 9/15 Rz 21 f. sowie act. 9/17/17). Diesen Entschluss setzte er mit der Gründung der C._____ GmbH im Frühjahr 2021 denn auch in die Tat um (vgl. act. 9/3/13). Es ist vor dem geschilderten Hintergrund schwer vorstellbar, dass der Berufungskläger kein Interesse gehabt haben soll, dann auch effektiv für die C._____ GmbH tätig zu sein. In der Folge kam es jedenfalls unbestritten zu Verhandlungen über eine Zusammenarbeit zwischen der Berufungsbeklagten und der C._____ GmbH, die - 14 - jedoch scheiterten (vgl. act. 9/3/15, act. 9/17/6, act. 9/17/20-21). Zudem ersuchte der Berufungskläger erstmals bereits im Januar 2021 um eine Pensumsreduktion bei der Berufungsbeklagten, die ihm zunächst nicht gewährt wurde (act. 9/3/14 = act. 9/17/18). Dass er dann auf die von der Berufungsbeklagten am 13. April 2021 auf neue Vorschläge seinerseits hin erwogene Reduktion auf 60 % trotz Ersuchen um eine Stellungnahme dazu (act. 9/17/21) scheinbar nicht reagierte – jedenfalls schweigt er sich zu seiner Reaktion dazu aus – erscheint als seltsam, ebenso wie er nicht erklärt, weshalb er dieses – von ihm angeblich erwünschte (vgl. act. 9/17/20) – Angebot nicht annahm (vgl. act. 9/15 Rz 68). Dies bestärkt den von der Vorinstanz gewonnenen Eindruck, dass der Berufungskläger eigentlich gar nicht (mehr) an einer Pensumsreduktion und an einer weiteren Tätigkeit bei der Berufungsbeklagten interessiert war, sondern vielmehr für seine eigene GmbH arbeiten wollte und dies entsprechend vorbereitete. Lediglich am Rande sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass selbst bei einer Pensumsreduktion nach wie vor die aus Art. 321a Abs. 3 OR fliessende Treuepflicht gegenüber der Berufungsbeklagten bestanden hätte und deren Konkurrenzierung mit der C._____ GmbH nicht zulässig gewesen wäre.

E. 4.6

Das geschilderte Verhalten des Berufungsklägers in seiner Gesamtheit ist als ein ihm zuzurechnendes, genügend schwerwiegendes Ereignis und damit als begründeter Anlass für eine Kündigung zu qualifizieren. Ob der Berufungskläger mit dem beschriebenen Verhalten eine eigentliche Treuepflichtverletzung begangen hat – insbesondere, ob seine Vorbereitung für die Tätigkeit bei der C._____ GmbH über das zulässige Mass hinausging und ob er die Berufungsbeklagte bereits konkurrenzierte, wie die Berufungsbeklagte meint

und die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit als gegeben erachtet – kann offen bleiben, ist dies doch für einen begründeten Anlass zur Kündigung entgegen der Ansicht des Berufungsklägers nicht erforderlich. Mangels Relevanz ebenfalls nicht zwingend zu beantworten sind die Fragen, ob der Berufungskläger die Kündigung provozieren wollte, ob der von der Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren wiederholte Vorwurf betreffend die sinkenden Umsatzzahlen (vgl. insb. act. 14 Rz III.8 und III.11) zutrifft und ob der Berufungskläger die aktiven Gründungshandlungen für

- 15 - die C._____ GmbH vor Erhalt der Verwarnung vom 25. Februar 2021 vorgenommen hat oder nicht.

E. 4.7

Da die Berufungsbeklagte begründeten Anlass für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Berufungskläger hatte, hat das im Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2016 vereinbarte, nachvertragliche Konkurrenzverbot Bestand. Im Folgenden wird daher zu prüfen sein, ob es in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht über die von der Vorinstanz vorgenommenen Beschränkungen hinaus einzuschränken ist oder nicht.

E. 5

Örtlicher Geltungsbereich des Konkurrenzverbotes

E. 5.1

Zu dieser Thematik erwog die Vorinstanz unter Bezugnahme auf Art. 340a OR, es sei glaubhaft gemacht, dass der Berufungskläger als Gebietsvertreter in diversen Bezirken im Kanton Zürich, Kanton Schaffhausen und Kanton Thurgau tätig gewesen sei. Sein Wirkungsbereich und seine Kundenkenntnisse seien wohl auf diese Kantone beschränkt gewesen, sodass ein in räumlicher Hinsicht uneingeschränktes Konkurrenzverbot eine unbillige Erschwerung seines wirtschaftlichen Fortkommens darstellen würde, zumal der Berufungskläger soweit ersichtlich keine Karenzentschädigung erhalten habe. Es würden daher Chancen dafür bestehen, dass das von der Berufungsbeklagten beantragte, örtlich nicht eingegrenzte Konkurrenzverbot auch im Hauptsachenverfahren als übermässig erachtet würde (act. 8 E. III.2.4.2). Da vorsorgliche Massnahmen nicht weitergehen dürften als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig sei, und im Rahmen der Interessenabwägung auch die Interessen des Berufungsklägers zu berücksichtigen seien, sei das vorliegend beantragte Verbot zur Wahrung der Verhältnismässigkeit zu reduzieren. In räumlicher Hinsicht sei es auf das Gebiet der Kantone Zürich, Schaffhausen und Thurgau zu beschränken, also auf jene Kantone, in welchen der Berufungskläger tätig gewesen sei und wo er Kundenkenntnisse besitze (act. 8 E. III.4.3).

E. 5.2

Der Berufungskläger hält dies für übermässig und verlangt eine Einschränkung des Verbotes auf die Bezirke E._____, F._____, G._____ im Kanton Zürich, H._____, I._____, J._____, K._____ und L._____ im Kanton Schaffhausen und

- 16 - den ehemalige Bezirk M._____ (bzw. die Gemeinden N._____, M._____ und P._____) im Kanton Thurgau. Nur in diesen Bezirken sei er zuletzt Gebietsvertreter der Berufungsbeklagten gewesen und sein Wirkungsbereich sowie seine Kundenkenntnisse würden sich nur auf diese Regionen beziehen. Indem das von der Vorinstanz angeordnete Verbot aber die gesamten Kantone Zürich, Schaffhausen und Thurgau umfasse, gehe es über seinen Wirkungsbereich weit hinaus. Die Vorinstanz begründe diese Abweichung

nicht und es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb auch in den übrigen Bezirken der drei Kantone ein Verbot gelten solle. Durch das übermässige Verbot werde ihm das wirtschaftliche Fortkommen in unbilliger Weise erschwert. Es wiege schon mehr als schwer, dass er bereits in den Bezirken in unmittelbarer Nähe seines Wohnsitzes und des Sitzes der C._____ GmbH nicht mehr tätig sein dürfe. Was im Übrigen den Bezirk Q._____ betreffe, so sei ihm dieser von der Berufungsbeklagten mit Wirkung per 1. Januar 2021 entzogen worden und werde seither von einem anderen Aussendienstmitarbeiter betreut. Zum Schutz der dortigen Kundenbeziehungen habe folglich mehr als genug Zeit bestanden, weshalb für ein Konkurrenzverbot kein Grund mehr bestehe (act. 2 Rz 24 ff.).

E. 5.3

Die Berufungsbeklagte macht geltend, Aussendienstmitarbeitern sei zwar ein bestimmtes geographisches Gebiet zugewiesen, doch würden sie sich in der Praxis nicht strikt auf dieses Gebiet beschränken und ihre Kundschaft und ihr Netzwerk würden sich nicht nach politischen Grenzen von Bezirken und Verwaltungsregionen richten. Daher werde im Arbeitsvertrag auch klar geregelt, was bei gebietsüberschreitenden Verkäufen passiere. Es sei folglich angezeigt, das Konkurrenzverbot auf die drei von der Vorinstanz verfügten Kantone festzusetzen, um überlappende Gebiete zu schützen. Der Berufungskläger habe sich sodann un- terschriftlich zu einem Konkurrenzverbot in der ganzen Schweiz und dem Fürsten- tum Liechtenstein verpflichtet. Zudem verkenne er, dass sich der räumliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbotes nicht an seinem Wirkungskreis ausrichte, sondern – zumal sie vor der Konkurrenz und den dadurch verursachten Schäden geschützt werden solle – an ihrem als Arbeitgeberin, folglich also der ganzen Schweiz. Es gebe keinen allgemeinen Grundsatz, wonach der Geltungsbereich

- 17 - eines Konkurrenzverbotes nicht über das Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers hinausgehen dürfe (act. 14 Rz III.6 und III.14).

E. 5.4

Wie bereits die Vorinstanz festhielt (vgl. act. 8 E. III.2.4.1), ist ein Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, sodass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei ei- ne allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers zu berücksichtigen (Art. 340a OR). Ob ein Konkurrenzverbot als übermässig anzusehen ist, lässt sich immer nur un- ter gesamthafter Berücksichtigung seines Umfangs nach Gegenstand, Ort und Zeit beurteilen. Der örtliche und der sachliche Geltungsbereich dürfen bei einem nur sehr kurz dauernden Konkurrenzverbot sehr viel grösser sein als bei einem länger dauernden. Ebenso darf es mehr unterschiedliche Tätigkeiten erfassen, wenn es örtlich sehr eng begrenzt ist und umgekehrt lässt sich etwa ein weltwei- tes Konkurrenzverbot eher rechtfertigen, wenn die Tätigkeit sehr eng umschrie- ben ist, so dass der Arbeitnehmer ohne weiteres in andere Tätigkeiten auswei- chen kann. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, ob der Berechtigte dem Ver- pflichteten für das Konkurrenzverbot eine Karenzenschädigung ausrichtet oder nicht. Entscheidend ist, ob das Konkurrenzverbot das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers in einer Weise beeinträchtigt, dass es sich durch die Interes- sen des Arbeitgebers nicht rechtfertigen lässt (BGer 4C.44/2002 vom 9. Juli 2022 E. 2; BGer 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 3.1). In örtlicher Hinsicht darf sich das Konkurrenzverbot nicht über das Gebiet ausdehnen, in dem der Arbeitgeber tätig

ist (BGer 4C.44/2002 vom 9. Juli 2022 E. 2.4; Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, 7. Aufl. 2020, Art. 340a N 3). Weiter beschränkt wird die zulässige geographische Ausdehnung durch den räumlichen Wirkungsbereich der besonderen Kenntnisse, die der Arbeitnehmer erwarb, wobei dies unter Umständen auch über seinen Tätigkeitsbereich hinausgehen kann (Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 3).

- 18 -

E. 5.5

Das zwischen den Parteien vereinbarte Konkurrenzverbot bezieht sich auf die gesamte Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein (vgl. act. 9/3/6), dem Tätigkeitsgebiet der Berufungsbeklagten. Entgegen ihrer Ansicht sind bei der Beurteilung, wie weit sich das Konkurrenzverbot räumlich ausdehnen kann, aber wie gezeigt auch die Interessen des Berufungsklägers als Arbeitnehmer miteinzuziehen. Dabei stellt sich die Frage, ob sich der Wirkungsbereich seiner während des Arbeitsverhältnisses erlangten Kenntnisse tatsächlich auf die drei von der Vorinstanz genannten Kantone erstreckt oder nur auf gewisse Bezirke darin. Zu beachten ist diesbezüglich, dass es sich bei den relevanten Kenntnissen des Berufungsklägers nicht etwa um Geschäftsgeheimnisse handelt, die er auch ausserhalb des ihm während seiner Arbeit für die Berufungsbeklagte zugewiesenen Tätigkeitsgebietes verwerten könnte, sondern um Kundenbeziehungen. Mithin kann nur das Gebiet vom Verbot umfasst werden, in welchem er tatsächlich über Kunden verfügt. Unbestritten ist dies in den Bezirken E.____, F.____, G.____, H.____, I.____, J.____, K.____ und L.____ sowie im ehemaligen Bezirk M.____ der Fall. Der in der Berufungsantwort erstmals erhobene, implizite Einwand, der Berufungskläger habe wohl auch über diese Bezirke hinaus Kundenbeziehungen unterhalten, ist abgesehen davon, dass dafür keine Belege vorgelegt wurden, ohnehin ein unzulässiges und damit unbeachtliches Novum, ist doch nicht ersichtlich, weshalb dies nicht bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger nur in den genannten Bezirken über Kunden verfügte. Damit ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Konkurrenzverbot darüber hinausgehend die ganzen Kantone Zürich, Schaffhausen und Thurgau umfassen soll. Es wäre diesfalls zudem nicht einzusehen, weshalb nicht auch weitere an die vom Berufungskläger bearbeiteten Bezirke angrenzenden Gebiete in anderen Kantonen, wie etwa die dem Bezirk G.____ benachbarten Bezirke R.____ und S.____ im Kanton Aargau, vom Verbot umfasst werden sollten. Die Vorinstanz begründet ihre diesbezügliche Anordnung denn auch nicht. Auch unter Berücksichtigung der Dauer und des sachlichen Umfangs des Konkurrenzverbotes (vgl. dazu E. III.6 und III.7) sowie des Umstandes, dass der Berufungskläger nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz keine Karenzentschädigung erhalten hat, erscheint eine Begren-

- 19 - zung auf die Bezirke E.____, F.____, G.____, H.____, I.____, J.____, K.____ und M.____ sowie den ehemaligen Bezirk M.____ (bzw. die Gemeinden N.____, M.____, P.____ [TG]) als angemessen. Dass der Berufungskläger ein weitergehendes Konkurrenzverbot unterschrieben hat, ändert daran nichts, könnte doch andernfalls das Gericht ein vereinbartes Konkurrenzverbot nie in Anwendung von Art. 340a Abs. 2 OR einschränken. Bei dieser engen örtlichen Begrenzung des Konkurrenzverbotes, die es dem Berufungskläger ermöglicht, in den verbotenen Bezirken benachbarten Gegenden tätig zu sein, erscheint sein wirtschaftliches Fortkommen im Verhältnis zu den

Interessen der Berufungs- beklagten sodann nicht übermässig beeinträchtigt. Was schliesslich den Bezirk Q._____ betrifft, so ist unbestritten und im Übrigen belegt (vgl. act. 9/17/3), dass dieser dem Berufungskläger per 1. Januar 2021 entzogen wurde. Bei Ende des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien wurde dieser folglich bereits neun Monate lang nicht mehr vom Berufungskläger betreut, sodass heute, knapp 20 Monate später, im Hinblick auf die angemessene Dauer des Verbots (vgl. dazu E. 6, insb. E. 6.5) tatsächlich kein Kundenschutz mehr erforderlich ist. Entsprechend ist der Bezirk Q._____ nicht in das Konkurrenzverbot einzuschliessen.

E. 6

Zeitlicher Geltungsbereich des Konkurrenzverbotes

E. 6.1

Zur Dauer des Konkurrenzverbotes erwog die Vorinstanz, der Antrag der Berufungsbeklagten entspreche der im Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2016 festgehaltenen Regelung. Da der Berufungskläger aber nur Einblicke in den Kundenkreis der Berufungsbeklagten in seinem Tätigkeitsgebiet gehabt habe und keine Fabrikationsgeheimnisse zu schützen seien, sei ein Konkurrenzverbot mit einer Dauer von drei Jahren bereits im Grundsatz als eher lang anzusehen. Die Berufungsbeklagte lege nicht überzeugend dar, dass ein vorsorgliches Konkurrenzverbot dieser Dauer notwendig wäre, um zu verhindern, dass der konkurrenzierende Berufungskläger ihr Kunden entziehen könnte (act. 8 E. III.2.4.2). Da vorsorgliche Massnahmen nicht weitergehen dürften, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig sei, und im Rahmen der Interessenabwägung auch die Interessen des Berufungsklägers zu berücksichtigen seien, sei das Verbot zur Wahrung der Verhältnismässigkeit zu reduzieren. Als angemessen er-

- 20 - scheine die Anordnung eines Verbotes einstweilen bis am 3. Oktober 2022. Dies entspreche einer Dauer von etwas mehr als 6 Monaten seit Urteilsdatum sowie einer Dauer von einem Jahr seit Ablauf der Kündigungsfrist. Dieser Zeitraum sollte ausreichen, damit die Berufungsbeklagte mit geeigneten Kundenbindungs-massnahmen wie etwa Kundenbesuchen des neuen Gebietsvertreters den nachteiligen Folgen der Konkurrenzierung durch den Berufungskläger begegnen könne (act. 8 E. III.4.3).

E. 6.2

Dagegen bringt der Berufungskläger vor, eine Dauer von einem Jahr sei übermässig, angemessen wären vielmehr sechs Monate seit Ablauf der Kündigungsfrist. Bei der vom Gesetzgeber vorgesehenen Dauer von drei Jahren handle es sich um eine Maximalfrist, die höchstens zur Sicherung von schutzfähigem Know-how ausgeschöpft werden könne, nicht jedoch für den blossen Kundenschutz, wie sich an diversen (unter anderem bundesgerichtlichen) Entscheiden zeige. Um die Kundenbindung etwa durch Einführung eines neuen Kundenberaters zu sichern, genüge eine erheblich kürzere Frist von in der Regel sechs Monaten. Zu berücksichtigen sei dabei auch, wenn der Nachfolger – etwa bei Freistellung oder Bezug längerer Ferienrestanzen des gekündigten Arbeitnehmers – bereits vor Ende der Kündigungsfrist eingeführt werde. Der Berufungskläger, der nur Einsicht in den Kundenkreis der Berufungsbeklagten gehabt habe, sei mit der Kündigung am 5. August 2021 freigestellt worden und habe ab dann keinen Kundenkontakt mehr gehabt. Bereits Mitte August 2021 sei sodann sein Nachfolger, T._____, eingeführt worden. Damit wäre ein Konkurrenzverbot bis zum 3. April 2022 angemessen gewesen, hätten der

Berufungsbeklagten so doch rund acht Monate zur Verfügung gestanden, um die Kundenbindungen zu sichern. Da diese Zeit bereits verstrichen sei, sei der angefochtene Entscheid ersatzlos aufzuheben (act. 2 Rz 30 ff.).

E. 6.3

Die Berufungsbeklagte wendet ein, der Berufungskläger bringe nicht vor, weshalb eine Frist von mehr als sechs Monaten übermässig sein solle. Da gemäss Art. 340a Abs. 1 OR ein Konkurrenzverbot nur unter besonderen Umständen länger als drei Jahre dauern dürfe, sei im Umkehrschluss eine Dauer von bis zu drei Jahren grundsätzlich unbedenklich. So sei in verschiedenen (unter anderem

- 21 - bundesgerichtlichen) Entscheiden eine Dauer von einem bis zwei Jahre bei Konkurrenzverboten zum Schutz von Kundenbeziehungen geschützt worden. Der Berufungskläger habe sich sodann zu einem Konkurrenzverbot dieser Dauer auch unterschriftlich verpflichtet. Die drei Jahre würden sich vorliegend an einem Servicezyklus in der Feuerlöschbranche orientieren; gewisse Kunden würden nur alle drei Jahre "auftauchen". Zu beachten sei zudem, dass es nicht bloss wenige "grosse" Kunden gebe, sondern viele einzelne, kleine Kunden wie Privathaushalte und kleine Betriebe. Der Aufwand, diese Kunden alle zu bewirtschaften und davon abzubringen, zur Konkurrenz zu wechseln, sei entsprechend hoch und lang- andauernd. Das verfügte Konkurrenzverbot von einem Jahr sei deshalb nicht zu beanstanden, auch zumal der Berufungskläger innerhalb seiner GmbH andere Bereiche bewirtschaften könne. Schliesslich sei die Freistellungszeit nicht an das nachvertragliche Konkurrenzverbot anzurechnen. Bestritten werde zudem, dass sie den Nachfolger des Berufungsklägers bereits unmittelbar nach seiner Kündigung eingeführt haben solle (act. 14 Rz III.6 und III.15 ff.).

E. 6.4

Hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze betreffend das Ausmass und die Möglichkeit der Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbotes ist auf Erwägung III.5.4 vorstehend zu verweisen. Zu ergänzen ist in zeitlicher Hinsicht, dass das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340a Abs. 1 OR letzter Teilsatz nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten darf. Unter Vorbehalt von solchen aussergewöhnlichen Umständen sind die drei Jahre grundsätzlich eine Maximalfrist, die sich nur zum Schutz von Know-how, also Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, rechtfertigt, nicht jedoch für den blossen Kundenschutz. Denn hier genügt dem Arbeitgeber in der Regel eine erheblich kürzere Frist, um seinen Kundenstamm – etwa durch Einführung eines neuen Kundenberaters – zu schützen. Die Lehre und Rechtsprechung geht heute von einer Schutzdauer zwischen sechs und 18 Monaten aus, früher wurden auch länger dauernde Verbote von bis zu drei Jahren noch als angemessen erachtet (BGer 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 4.1; Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 3 m.w.H.). Dabei betont das Bundesgericht, dass es stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls – insbesondere auch den örtlichen und sachlichen Umfang des Konkurrenzverbotes – ankomme und nur zurückhaltend in einen Ermessensentscheid der Vorinstanzen

- 22 - einzugreifen sei (BGer 4A_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 4.1.3 und 3.2). Was Freistellungszeiten, längere Ferienabsenzen am Ende des Arbeitsverhältnisses, Funktionswechsel und Einführen des Nachfolgers längere Zeit vor Ende des Arbeitsverhältnisses betrifft, so kann dies bei der Beurteilung der angemessenen Dauer des Konkurrenzverbotes berücksichtigt werden, doch sind solche Zeiträume nicht automatisch

an die Konkurrenzverbotsdauer anzurechnen (Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 3).

E. 6.5

Unbestritten geht es vorliegend bei den Kenntnissen des Berufungsklägers nicht um Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, sondern um den von ihm für die Berufungsbeklagte bewirtschafteten Kundenkreis in einem bestimmten Gebiet. Davon ausgehend ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass ein Konkurrenzverbot von drei Jahren, wie vorliegend von den Parteien vereinbart, grundsätzlich zu lange und damit einzuschränken ist. Die von der Vorinstanz festgesetzte Dauer von einem Jahr seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien liegt – angesichts des in Bezug auf den Kundenschutz in der Regel geltenden Rahmens – im mittleren Bereich. Da das Konkurrenzverbot wie dargelegt örtlich stark begrenzt ist, sachlich jedoch umfassender (vgl. dazu E. 7), erscheint dies nicht als unangemessen, auch wenn der Berufungskläger keine Karenzentschädigung erhalten hat (vgl. E. 5.5). Dies würde auch dann gelten, wenn die zwei Monate der Freistellungszeit (vgl. act. 9/1 Rz III.16; act. 9/15 Rz 27; act. 9/3/16) bzw. die rund anderthalb Monate ab mutmasslichem Beginn der Tätigkeit des Nachfolgers des Berufungsklägers (vgl. act. 9/15 Rz 76; act. 9/17/22) mitberücksichtigt würden, sodass diese Frage letztlich offen gelassen werden kann. Weshalb ihr eine Zeitspanne von maximal dreizehneinhalb Monaten nicht ausreichen sollte, um geeignete Kundenbindungsmassnahmen zu ergreifen, vermag die Berufungsbeklagte nicht überzeugend darzulegen, wie die Vorinstanz korrekt festhielt. Dies gilt, selbst wenn die – ohne ersichtlichen Grund erstmals erst vor Obergericht vorgebracht und eigentlich unbeachtlichen – Ausführungen der Berufungsbeklagten zu den Servicezyklen und der Art der Kundschaft berücksichtigt würden, sollte ein gutes Jahr doch genügen, um selbst viele kleine Kunden aktiv anzugehen. Dass sich der Berufungskläger vertraglich für den Verzicht auf eine Konkurrenzierung während drei Jahren verpflichtete, ist wie bereits ausgeführt nicht relevant. Andererseits

- 23 - bringt der Berufungskläger nach dem Gesagten keine stichhaltigen Gründe dafür vor, weshalb ein über die untere Grenze des zeitlichen Rahmens von sechs Monaten hinausgehendes Verbot nicht annehmbar sein soll. Da in das Ermessen der Vorinstanz nicht unnötig einzugreifen ist und die Dauer von einem Jahr nach dem Gesagten als vertretbar erscheint und darin auch keine übermässige Einschränkung bzw. Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens des Berufungsklägers zu erblicken ist, hat es hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereiches beim angefochtenen Entscheid zu bleiben.

E. 7

Sachlicher Geltungsbereich des Konkurrenzverbotes

E. 7.1

Die Vorinstanz hielt hierzu sinngemäss fest, es sei glaubhaft, dass der Berufungskläger bei der Berufungsbeklagten in der Akquisition, im Verkauf und im Kundenservice tätig gewesen sei und seine dabei erworbenen Kenntnisse in seiner neuen Tätigkeit bei der C._____ GmbH konkurrenzierend nutze. Diese sei im Bereich der Wartung von Löschgeräten aktiv, was auch zu ihrem im Handelsregister aufgeführten Zweck gehöre, und handle mit Brandschutzprodukten, wie sie auch die Berufungsbeklagte vertreibe. Der Berufungskläger vermöge dies nicht zu erschüttern. Namentlich verfange das Argument nicht, wonach er nicht alle von der beantragten Realvollstreckung umfassten Produkte und

Dienstleistungen ver- treibe. Es sei letztlich unerheblich, ob er in seiner Funktion als Arbeitnehmer der Berufungsbeklagten auch Schulungen und Brandschutzberatungen erbracht ha- be. Da die Berufungsbeklagte diese Dienstleistungen glaubhaft erbringe und der Berufungskläger einräume, dass die C._____ GmbH in der Brandschutzberatung tätig sei, sei auch diesbezüglich eine arbeitsvertraglich ausgeschlossene Konkur- renzierung glaubhaft (act. 8 E. III.2.3.2).

E. 7.2

Gemäss dem Berufungskläger hätte ihm die Vorinstanz nicht auch die Brandschutzberatung wie beispielsweise das Erstellen von Fluchtweg- oder Brandschutzplänen verbieten dürfen. Ein Konkurrenzverbot dürfe sachlich nicht über das hinausgehen, wovon der Arbeitnehmer am alten Arbeitsort konkret Kenntnisse erworben habe und womit sich der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch befasst habe. Andernfalls könnte einem Arbeitnehmer jegliche, auch über seinen ehemaligen Tätigkeitsbereich hinausgehende nachver-

- 24 - tragliche Konkurrenzierung des Arbeitgebers verboten werden, was aber keinen Schutz verdienen würde, zumal der Arbeitnehmer dort gar keine Kenntnisse er- worben habe, die er gegen den Arbeitgeber zu dessen Nachteil verwenden könn- te. Die Berufungsbeklagte erbringe die Dienstleistung der Brandschutzberatung nicht. Ohnehin sei einzig entscheidend, dass der Berufungskläger für sie nie Brandschutzberatung geleistet habe und in dieser Tätigkeit somit auch keinen Kundenkontakt gehabt habe und nicht auf ein bestehendes Kundennetzwerk zu- rückgreifen könne. Die Berufungsbeklagte habe diesbezüglich also auch kein Schutzbedürfnis. Dass die C._____ GmbH die Brandschutzberatung bezwecke, sei unerheblich. Indem dem Berufungskläger auch die Brandschutzberatung ver- boten werde, werde ihm das wirtschaftliche Fortkommen in unbilliger Weise er- schwert (act. 2 Rz 38 ff.).

E. 7.3

Die Berufungsbeklagte entgegnet dem, relevant sei nicht die (ehemalige) Tätigkeit des Arbeitnehmers, sondern nur, ob die ehemalige Arbeitgeberin im ent- sprechenden Bereich tätig sei und folglich geschädigt werden könne. Dazu gehö- re vorliegend auch die Brandschutzberatung, in welcher die Berufungsbeklagte mit der Erstellung von Flucht- und Rettungsplänen sowie der Ausarbeitung von Brandschutzplänen tätig sei. Dabei handle es sich genau um diejenigen Bereiche, welche auch der Berufungskläger ausführe. Zudem sei er auch für die Berufungs- beklagte im Brandschutzbereich tätig gewesen, habe er doch Anlagen wie statio- näre Feuerlöschanlagen und Tauch- sowie Wärmabzugsanlagen verkauft, was nicht ohne vorherige Analyse der Gegebenheiten erfolgen könne, sondern einer konkreten Planung im Hinblick auf das brandschutztechnische Ziel und auch der Installation bedürfe. Das vereinbarte Konkurrenzverbot sei zudem weit gefasst, sodass bereits die Anstellung in einem Konkurrenzbetrieb wie der C._____ GmbH dagegen verstosse, selbst wenn sich der Berufungskläger die vorher erworbenen Kenntnisse dort gar nicht zu Nutzen machen würde (act. 14 Rz III.6 und III.22 ff.).

E. 7.4

In sachlicher Hinsicht wird zwischen partiellen oder tätigkeitsbezogenen und allgemeinen oder unternehmensbezogenen Konkurrenzverboten unterschieden. Erstere verbieten dem Arbeitnehmer, selbst in seinem bisherigen Tätigkeitsgebiet in einem neuen Unternehmen zu arbeiten. Beim unternehmensbezogenen Verbot

- 25 - ist hingegen jede Tätigkeit in einem Konkurrenzbetrieb untersagt (BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002 E. 2b; BSK OR I-Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 340a N 6; Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 4; ZK OR-Staehelin, 4. Aufl. 2014, Art. 340a N 4), also auch dann, wenn der Arbeitnehmer dabei in einem nicht konkurrenzierenden Geschäftsbereich eingesetzt wird; mit anderen Worten ist bereits die Anstellung oder das Tätigwerden in einem Konkurrenzunternehmen ein Verstoß (Räber, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, Diss. Zürich/Basel Genf 2020, Rz 560 f.; Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 4). Um welche der beiden Arten es sich bei einem konkreten Verbot handelt, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Dabei ist bei einem Verbot, das eine "direkte und indirekte Tätigkeit" bei einem Konkurrenten verbietet, in der Regel von einem unternehmensbezogenen Verbot auszugehen (vgl. BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002 E. 2c). Zu beachten ist jedoch, dass das Konkurrenzverbot einerseits nicht über den Geschäftsbereich des Arbeitgebers, wie er sich am Ende des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer präsentiert, hinausgehen darf. Andererseits hat sich das Konkurrenzverbot auf diejenigen Bereiche zu beschränken, in welche der Arbeitnehmer Einsicht erhielt (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340a N 4; Heeb, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340–340c OR, Diss. Bern 2016, S. 134; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Bern 2001, S. 53 f.; Räber, a.a.O., Rz 566; Streiff et al., a.a.O., Art. 340a N 4; ZK OR-Staehelin, a.a.O., Art. 340a N 4; vgl. auch BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002 E. 2b;), kann er doch ausserhalb davon den früheren Arbeitgeber mangels Kenntnissen gar nicht schädigen (Heeb, a.a.O., S. 134; Neeracher, a.a.O., S. 54). Nicht von Bedeutung ist demgegenüber, mit was sich der Arbeitnehmer beim alten Arbeitgeber konkret befasste; untersagt werden kann vielmehr jede auf seinen Einblicken beruhende konkurrenzierende Tätigkeit (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340a N 4). Hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze betreffend das Ausmass und die Möglichkeit der Einschränkung eines übermässigen Konkurrenzverbotes ist im Übrigen auf die Erwägung III.5.4 vorstehend zu verweisen.

E. 7.5

Das zwischen den Parteien im zuletzt geltenden Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2016 vereinbarte Konkurrenzverbot lautet dahingehend, dass sich der Berufungskläger verpflichtet, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses "sich

- 26 - jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen" (act. 9/3/6, S. 3). Dieses Verbot ist als unternehmensbezogen zu qualifizieren, wird doch allgemein die Tätigkeit bei einem Konkurrenten untersagt. Bei der Beurteilung, ob das so formulierte Verbot übermässig und einzuschränken ist, stellt sich zunächst die Frage, welche Bereiche überhaupt davon umfasst sein dürfen.

E. 7.6

Von der Arbeitgeberseite her betrachtet ist dies unstrittig der Handel mit Brandschutz- bzw. -bekämpfungsprodukten (vgl. act. 9/1 Rz III.1, III.17 und IV.7; act. 9/15 Rz 36). Was den umstrittenen Bereich (vgl. act. 9/1 Rz III.1, III.17 und IV.7; act. 9/15 Rz 36 und 80) der Brandschutzberatungen betrifft, so ist gestützt auf die vorgelegten Unterlagen einstweilen als glaubhaft zu erachten, dass die Berufungsbeklagte solche anbot. So wird dies insbesondere auf ihrer Homepage entsprechend aufgeführt (act. 9/3/3), was es als höchst

unwahrscheinlich erscheinen lässt, dass sie diese Dienstleistung nicht effektiv anbot. In den Zwischen- bzw. Arbeitszeugnissen vom Mai resp. Oktober 2021 für den Berufungskläger wird als Tätigkeitsbereich der Berufungsbeklagten unter anderem "Instruktionen sowie Schulungen unserer Produkte" aufgeführt (act. 9/17/8). Dass die Beratung im der Vorinstanz eingereichten Handelsregisterauszug der Berufungsbeklagten beim Gesellschaftszweck – entgegen dem ausdrücklich genannten Handel – nicht explizit aufgeführt ist (vgl. act. 9/3/1), spricht ferner nicht dagegen, dass mit dem Verkauf von Produkten einhergehend nicht auch eine Beratung erfolgen darf. Der schützenswerte Bereich umfasst aus der Perspektive der Berufungsbeklagten folglich sowohl den Handel mit Brandschutzprodukten als auch die entsprechende Beratung.

E. 7.7

Auf der Arbeitnehmerseite besteht sodann Einigkeit darüber, dass der Berufungskläger für die Berufungsbeklagte Brandschutzprodukte verkaufte (vgl. act. 9/1 Rz III.6; act. 15/9 Rz 38 und 80). Dieser Bereich darf somit vom Verbot ohne Weiteres umfasst werden. Dafür, dass der Berufungskläger auch Brandschutzberatungen durchführte (vgl. act. 9/1 Rz III.6; act. 9/15 Rz 36, 38 und 80),

- 27 - bestehen zwar gewisse Anhaltspunkte – so wird etwa im Anhang 1 des Arbeitsvertrages vom 22. Dezember 2016 als Aufgabe des Berufungsklägers der "Verkauf der B.____-Produkte und -Leistungen" aufgeführt, allerdings ohne nähere Detaillierung, im Anhang 3 wird der "Verkauf von Instruktionen" und im Anhang 5 der Verkauf von "Personalinstruktionen" erwähnt (act. 9/3/6), ferner liegen ähnlich formulierte Zwischen- bzw. Arbeitszeugnisse vom Mai resp. Oktober 2021 vor (vgl. act. 9/17/8 und act. 9/17/11) – doch bleiben diese nur vage. Dass beim Verkauf gewisser Produkte quasi automatisch auch eine Beratung erfolge, wie die Berufungsbeklagte behauptet, erscheint zwar als naheliegend, ist allerdings ein unzulässiges und damit unbeachtliches Novum. Letztlich kann die Frage, ob der Berufungskläger während seiner Tätigkeit für die Berufungsbeklagte selbst auch Brandschutzberatungen durchführte, aber offen bleiben. Relevant ist nämlich nicht, was er genau bei der Berufungsbeklagten tat, sondern, worin er während seiner Tätigkeit Einblicke erhielt und wovon er entsprechend Kenntnisse erwarb. Dies ist vorliegend unbestritten der Kundenkreis in bestimmten Regionen auf dem Bereich des Brandschutzes bzw. der Brandbekämpfung. Mit anderen Worten sind dem Berufungskläger aus seiner Tätigkeit bei der Berufungsbeklagten die am Brandschutz interessierten Kunden in den ihm zugeteilten, weiter oben aufgeführten Gebieten bekannt. Indem der Berufungskläger diese Kunden angeht und ihnen Produkte oder eben auch damit naturgemäss eng verwandte Dienstleistungen wie Beratungen im Bereich des Brandschutzes anbietet, aus denen auch Käufe von entsprechenden Produkten folgen können, könnte er diese Kunden von der Berufungsbeklagten abwerben und damit potentiell schädigen. Das Konkurrenzverbot darf sich entsprechend auch auf die Brandschutzberatung beziehen.

E. 7.8

Zu prüfen bleibt, ob ein sowohl den Handel mit Brandschutzprodukten als auch die entsprechende Beratung umfassendes Konkurrenzverbot für den Berufungskläger übermässig einschränkend ist. Die Vorinstanz konkretisierte das im Arbeitsvertrag sehr allgemein gefasste Verbot ("jede konkurrenzierende Tätigkeit") durch die namentliche Nennung der umfassten Bereiche, die zudem miteinander verwandt sind. Das so gefasste

Verbot betrifft zwar den Kernbereich der Arbeit des Berufungsklägers für die Berufungsbeklagte, auf welchen sich seine während Jahren erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen beziehen. Diese darf er

- 28 - jedoch ausserhalb des eng begrenzten, verbotenen Gebietes uneingeschränkt einsetzen und nach Ablauf eines Jahres auch innerhalb dieser Region. Mit anderen Worten darf er während einer zeitlich im mittleren Bereich des zulässigen Rahmens liegenden Dauer nicht auf die ihm bekannten Kunden der Berufungsbeklagten zugehen, hingegen ausserhalb der verbotenen Bezirke uneingeschränkt potentielle neue Kunden in seinem angestammten Arbeitsbereich anwerben und so seine Kenntnisse einsetzen. Angesichts der Interessen der Berufungsbeklagten, sich für eine gewisse Zeit gegen das Abwerben ihrer Kunden in den definierten Regionen zu wappnen bzw. es ihrem neuen Gebietsvertreter zu ermöglichen, diese Kunden kennen zu lernen, sodass hernach ein fairer Wettbewerb zwischen den Parteien stattfinden kann, kann in der vorliegenden Situation nicht von einer unbilligen bzw. nicht gerechtfertigten Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Berufungsklägers gesprochen werden.

E. 8

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten: Das im Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 2016 vereinbarte nachvertragliche Konkurrenzverbot ist nicht zufolge der Kündigung durch die Berufungsbeklagte dahingefallen, da sie für diese begründeten Anlass hatte. Das Verbot ist sodann mit Einschränkungen gültig. In zeitlicher und sachlicher Hinsicht ist die von der Vorinstanz vorgenommene Begrenzung bzw. Konkretisierung nicht zu beanstanden. Räumlich ist das Verbot auf die Bezirke E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____, K._____ und L._____ sowie den ehemaligen Bezirk M._____ (bzw. die Gemeinden N._____, M._____, P._____ [TG]) einzuschränken. Insofern ist die Berufung gutzuheissen, darüber hinausgehend jedoch ist sie abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz behielt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Hauptsachengericht vor und traf nur für den Fall des Nichtanhängigmachens des Prozes-

- 29 - ses in der Hauptsache eine definitive (bedingte) Kostenverteilung. Die Gerichtsgebühr setzte sie sodann auf Fr. 12'000.– und die (reduzierte) Parteientschädigung auf Fr. 5'000.– fest (vgl. act. 8 E. IV). Die Parteien beantragen je – entsprechend ihren Begehren in der Sache – die vollumfängliche Auferlegung der erstinstanzlichen Kosten an die Gegenseite und das Zusprechen einer (zumindest sinngemäss) vollen Parteientschädigung und begründen dies mit ihrem jeweiligen Obsiegen (vgl. art. 2 Rz 44 und act. 14 Rz IV.1). Die Anordnung der Vorinstanz für den – mit dem Einreichen der Klage vom 17. Mai 2022 eingetretenen (vgl. E. III.3) – Fall, dass das Hauptsacheverfahren anhängig gemacht wurde, rügen die Parteien aber nicht. Entsprechend hat es dabei zu bleiben. Die Höhe der Prozesskosten beanstanden die Parteien im Übrigen ebenfalls nicht, sodass es dabei ebenfalls sein Bewenden zu haben hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.