

# ZH\_OBERGERICHT NP150014 vom 23. Oktober 2015

ZH Obergericht, 2015-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP150014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP150014)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP150014 du 23 octobre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT NP150014 del 23 ottobre 2015

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die B.\_\_\_\_\_ AG (Klägerin, Berufungsbeklagte usf. – fortan nur: die Klägerin) ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Gesellschaft. Ihr statutarischer Zweck ist weit gefasst (vgl. HR-Eintrag unter Firmennummer ...). In der Hauptsache betätigt sie sich im Bereich der Verwaltung von Liegenschaften. In einem "Nebenzweig" befasst sie sich zudem mit Treuhändermandaten. Deren Betreuung besorgt sie allerdings nicht durch eigene Mitarbeiter, sondern hat sie "ausgesondert" (vgl. Vi-Prot. S. 6) bzw. lässt sie "auswärts" in ihrem Namen auf Mandatsbasis erledigen (vgl. Vi-Prot. S. 6).

Verwaltungsratspräsident der Klägerin ist C.\_\_\_\_\_ (vgl. auch Vi-Prot. S. 5 und act. 3/A).

Die A.\_\_\_\_\_ AG (Beklagte, Berufungsklägerin etc. – fortan nur: die Beklagte) ist ebenfalls eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Gesellschaft. Ihr statutarischer Zweck (vgl. HR-Eintrag unter Firmennummer ...) liegt in der Besorgung sämtlicher Tätigkeiten einer Treuhand-

- 4 - und Revisionsgesellschaft. Unter den Zweck fallen insbesondere die Betreuung von Rechnungswesen, Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsberatung sowie Wirtschaftsprüfung. Ihr (einziger) Verwaltungsrat ist D.\_\_\_\_\_ (vgl. auch Vi-Prot. S. 5).

### E. 1.2

Die Parteien trugen dem Einzelgericht den Sachverhalt aus ihrer Sicht und ihre Rechtsauffassungen auf insgesamt 20 Seiten vor, Deckblätter mit Rubrum, Aktenverzeichnisse usw. mitgerechnet (vgl. act. 2/1, act. 12 und Vi-Prot. S. 5-8). In diesen 20 Seiten liegt in Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt, wie vorhin erwähnt, grundsätzlich die für das Berufungsverfahren massgebliche Grundlage. Denn darauf hat grundsätzlich ebenfalls der angefochtene Entscheid zu basieren. Dass die Parteien sich im Berufungsverfahren über 82 Seiten hinweg äusserten, wie wenn das Berufungsverfahren der schlichten Fortführung des erstinstanzlichen Verfahrens dienen würde (vgl. auch nachstehend Ziff. II/1.3), ändert daran wiederum grundsätzlich nichts. Es gilt die Novenschranke des Art. 317 Abs. 1 ZPO. Gegen diese verstösst die Klägerin übrigens etwa mit ihren Sachdarstellungen zu ihrem Geschäftszweig "Treuhandgeschäfte" (vgl. act. 33, dort etwa S. 11 und 25 f.) und den dazu mit der Anschlussberufung eingereichten Urkunden act. 35/2-3. Denn bei letzteren handelt es sich um Rechnungen, die die Klägerin selbst am 28. Oktober 2013 zuhanden der Beklagten ausgestellt hatte und daher zusammen mit den dazugehörigen Sachdarstellungen ohne Weiteres bereits dem Einzelgericht hätte vorlegen können. Die Sachdarstellung und die zwei Urkunden bleiben daher im Berufungsverfahren unbeachtlich. Und es bleiben deshalb ebenfalls die Ausführungen bzw. Sachvorbringen der Beklagten zu den Noven der Klägerin, die sie in der Antwort auf die Anschlussberufung und der zugleich unaufgefordert erstatteten "Replik" vorträgt (vgl. act. 41 S. 12-14), konsequenterweise hier ebenfalls ohne Belang. Dasselbe gilt für die

dazu neu eingereichten Urkunden (act. 42/1-5). Diese Urkunden hätten im Übrigen, wären sie für die Streitsache von Belang gewesen, ebenfalls ohne Weiteres schon dem Einzelgericht vorgelegt werden können (namentlich act. 42/1 und 42/4, die bereits im Jahr 2012 bzw. 2013 verfasst worden waren); soweit es bei diesen Urkunden um

- 8 - Handelsregisterauszüge geht, die für die Streitsache Aktuelles von Belang belegen sollten, so hätten diese spätestens mit der Berufungsschrift eingereicht werden können.

### **E. 1.3**

Was die unaufgefordert erstattete "Replik" der Beklagten betrifft, so pflegt diese im Wesentlichen die Bestreitung klägerischer Vorbringen und das gleichzeitige Festhalten am schon früher selbst Ausgeführten (vgl. act. 41 S. 17 ff., dort jeweils Anfang von Rz 70, Rz 72, Rz 74, Rz 77, Rz 79, Rz 81, Rz 85, Rz 87, Rz 90, Rz 93, Rz 95, Rz 96, Rz 98, Rz 100, Rz 103, Rz 107, Rz 112, Rz 114, Rz 116). Vergleichbar verhält es sich mit der unaufgefordert eingereichten "Stellungnahme zur Replik und Anschlussberufungsantwort" der Klägerin. Es wird in der "Replik" von der Beklagten Vorge-tragenes bestritten (vgl. act. 46, dort etwa Rz 14, 15, 20, 21, 22, 23), erwähnt, was entgegen den Ausführungen der Beklagten sei (vgl. a.a.O., etwa Rz 9, 16, 18) und zudem auf in der Berufungsantwort schon Dargestelltes verwiesen, also schon Vorgetragenem wiederholt (vgl. a.a.O., dort etwa Rz 2 ["hält die Klägerin an ihren Ausführungen in der Berufungsantwort fest"], Rz 3 ["Unter Verweis auf die Ausführungen in der Berufungsantwort"], Rz 4 [Verweis auf Rz 50 f. der Berufungsantwort], Rz 5 [Verweise auf Rz 17 f. der Berufungsantwort], Rz 7 f. [Verweise auf Rz 23 und 22 der Berufungsantwort], Rz. 13, Rz 15 usw.]). Im Berufungsverfahren gilt allerdings die sog. Begründungslast: Gefordert ist – wie schon vermerkt – die Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid; es ist von der (Anschluss-)Berufung führenden Partei dar-zutun, inwiefern dieser falsch ist und wie nach ihrer Auffassung richtig zu entscheiden wäre. Das ist im Folgenden zu prüfen. In Erinnerung zu rufen ist vorher immerhin noch einmal, dass die Berufung und die Anschlussberufung innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen sind (vgl. Art. 311 Abs. 1 und Art. 313 Abs. 1 ZPO). Nachträgliche weitere Begründungen im Rahmen einer (Berufungs-)Replik usw. sind daher grundsätzlich unzulässig und haben dementsprechend ebenso grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben, es sei denn, es läge eine Ausnahme i.S. des Art. 317 Abs. 1 ZPO vor (vgl. dazu etwa JEANDIN, in:

- 9 - CPC Commenté, Bâle 2011, Art. 317 N 7, mit Verweisen, VOLKART, in: Dike-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 317 N 8-10, REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 2. A., Zürich 2013, Art. 317 N 45 ff.). Dergleichen ist hier (wie vorhin erwähnt) nicht ersichtlich und wird von beiden Parteien (insofern nur zu Recht) auch nicht geltend gemacht. 2. - 2.1 Kurz zusammengefasst erwog das Einzelgericht in seinem Urteil vorab, die Klägerin stütze ihre Klage auf die Ziffer 7.3 des Vertrages vom 2. Oktober 1998, der grundsätzlich als Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR zu qualifizieren sei (vgl. act. 23 S. 4 f.). Die Vertragsziffer 7.3 beinhalte sodann ein Abwerbe- und Übernahmeverbot (vgl. a.a.O.). Im Weiteren erwog es zunächst, die Parteien gingen von einem unterschiedlichen zeitlichen Geltungsbereich des Abwerbe- und Übernahmeverbots aus Sie machten dabei unterschiedliche tatsächliche Willen geltend: Die Klägerin gehe von der Vereinbarung einer Wirkung über das Vertragsende hinaus, die Beklagte vom Gegenteil. Die Parteien hätten jedoch keine Beweismittel zum Nachweis ihrer gegensätzlichen Tatsachenbehauptungen über den im Jahre 1998 bestehenden Konsens vorgetragen. Und ein solcher lasse sich heute auch gar nicht mehr rechtsgenügend

nachweisen (vgl. act. 23 S. 5 f.), weshalb der im Vertrag vereinbarte zeitliche Geltungsbereich der Vertragsziffer 7.3 durch Auslegung zu ermitteln sei (Ermittlung des rechtlichen Konsenses). Im Ergebnis seiner Auslegung (vgl. a.a.O., S. 6 f.) erkannte das Einzelgericht, das mit der Vertragsziffer 7.3 vereinbarte Abwerbe- und Übernahmeverbot gelte auch für die Zeit nach Beendigung der vertraglichen Zusammenarbeit. Hernach erwog das Einzelgericht (a.a.O., S. 7-9), ausgehend vom Vorbringen der Beklagten, der Vertrag vom 2. Oktober 1998 stelle keinen Arbeitsvertrag i.S. der Art. 319 ff. OR dar, auch wenn er streckenweise arbeitsvertragliche Züge aufweise. Demnach fänden die in Art. 340 OR vorgesehenen Schutzvorschriften keine direkte Anwendung auf den Vertrag. In Frage kommen könne eine analoge Anwendung. Und hier sei zu beachten, dass die Tätigkeit von D.\_\_\_\_\_ für die Beklagte diesem Einblick in den Kundenkreis der Klägerin gegeben habe, was auch aus arbeitsrechtlicher Sicht bei

- 10 - Buchhaltern, Treuhändern und Steuerberatern ein Konkurrenzverbot zulässig erscheinen lasse, weil bei diesen Berufen das handwerkliche bzw. fachliche und nicht das persönliche Element im Vordergrund stünden. Es sei daher auch insofern zulässig gewesen, im Rahmen des Vertrags vom 2. Oktober 1998 ein Abwerbe- und Übernahmeverbot bzw. Konkurrenzverbot zu vereinbaren. Schliesslich prüfte das Einzelgericht (a.a.O., S. 9 ff.), ob die Erstellung der Steuererklärung 2012 für E.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte nach Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien eine Verletzung des Abwerbe- und Übernahmeverbots bzw. "Konkurrenzverbotes" dargestellt habe und was allenfalls die Konsequenzen dessen seien. Es bejahte dabei die Verletzung (a.a.O., S. 9) und prüfte hernach gestützt auf Art. 163 OR die Frage des allfälligen Übermasses der von der Klägerin verlangten Konventionalstrafe. Es würdigte dabei insbesondere das Interesse der Klägerin an der Erfüllung der geschützten Forderung, die Wichtigkeit deren Erfüllung und ein Verschulden der Beklagten. In Würdigung der von ihm geprüften Umstände erachtete das Einzelgericht eine Strafe in der Höhe eines Jahreshonorars als angemessen.

## **E. 2**

Die Klägerin sah (und sieht auch heute) in der Tätigkeit der Beklagten für E.\_\_\_\_\_ nach Beendigung der Zusammenarbeit eine Verletzung des Vertrags vom 2. Oktober 1998. Mit Schriftsatz vom 4. März 2014 reichte sie daher dem Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, die Klagebewilligung sowie ihre schriftliche Klagebegründung (act. 2) samt Beilagen ein. Mit der Klage verlangte sie gestützt auf Ziffer 7.3 des Vertrages von der Beklagten im Wesentlichen die Zahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe des zehnfachen Betrags für die Erstellung der Steuererklärung 2012, den sie auf Fr. 1'782.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer bezifferte. Das Einzelgericht holte von der Beklagten eine schriftliche Stellungnahme i.S. des Art. 245 Abs. 2 ZPO ein und lud nach deren Eingang (vgl. act. 12) zur Hauptverhandlung vor. In der Hauptverhandlung wurden Replik und Duplik entgegengenommen (vgl. Vi-Prot. S. 5 ff). Anschliessende Vergleichsgespräche blieben erfolglos, weshalb das Einzelgericht am 8. April 2015 das angefochtene Urteil (act. 23 [= act. 21 = act. 17]) fällte.

### **E. 2.2**

Mit ihrer Berufung (act. 20) rügt die Beklagte das einzelgerichtliche Urteil im Wesentlichen unter vier Aspekten. Zum ersten ist sie der Meinung, die Klage sei abzuweisen, weil zur Vertragsziffer 7.3 ein tatsächlicher Konsens nicht erstellt sei (vgl. act. 20 S. 5 f.). Zweitens hält sie es für falsch, dass sich aus der Vertragsziffer 7.3 ein über die Vertragsbeendigung

hinaus wirkendes Abwerbe- und Übernahmeverbot ergeben soll. Ein solches sei nicht vereinbart worden (a.a.O., S. 6 ff.). Drittens hält sie dafür, ein nachvertragliches Konkurrenzverbot sei ungültig, weil die aufgrund der analogen Anwendung der Art. 340 ff. OR nötige Schriftform nicht eingehalten worden sei und es zudem auch an weiteren Voraussetzungen für ein solches Verbot gefehlt habe (vgl. a.a.O., S. 13 ff.). Viertens wäre selbst dann, wenn ein gültiges Abwerbe- und Übernahmeverbot vereinbart worden wäre, dieses aufgrund einer Kündigung aus beachtlichen Gründen, die die Klägerin gesetzt habe, weggefallen (vgl. a.a.O., S. 16 f.).

- 11 -

### **E. 2.3**

Die Klägerin widerspricht in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen den Auffassungen der Beklagten (vgl. act. 33 S. 17 ff., dort z.B. Rz 54, 56, 61, 66, 68, 70 ["Bestritten"] oder Rz 57, 59 ["ist falsch"]). In der Anschlussberufung legt sie zudem dar, welche Umstände das Einzelgericht auch noch hätte prüfen müssen, so die Funktion der Konventionalstrafe im Lichte der Privatautonomie, die wirtschaftliche Lage der Beklagten, die Geschäftserfahrung der Parteien sowie Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis (vgl. act. 33 S. 13 ff.). Im Übrigen begründet sie ihren Standpunkt, es sei eine Strafzahlung in der von ihr beantragten Höhe zuzusprechen (vgl. a.a.O., S. 8 ff.), mit den vorhin angesprochenen neuen Vorbringen (vgl. vorn Ziff. II/1.2).

### **E. 3**

3.1 Das Einzelgericht hat den Vertrag vom 2. Oktober 1998 zutreffend als Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR qualifiziert. Das stellt denn auch richtigweise keine der Parteien im Berufungsverfahren ernsthaft in Abrede. Richtig hat das Einzelgericht auch eine gewisse arbeitsrechtliche Komponente des Vertrages festgestellt. Deren Vorliegen wird ebenfalls von keiner Partei im Berufungsverfahren ernsthaft bezweifelt. Die Parteien gewichten deren Umfang bzw. Konsequenzen lediglich unterschiedlich. Am rechtlich Grundlegenden, nämlich der Qualifikation des Vertrags als Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR ändert das nichts, weshalb sich insofern weitere Ausführungen erübrigen und vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden kann. Verdeutlichend und ergänzend ist sodann anzumerken, dass der Vertrag die Zusammenarbeit zweier juristischer Personen regelte, die das Gesetz als sog. "Handelsgesellschaften" bezeichnet (vgl. Titel der Dritte[n] Abteilung des OR) und die deshalb, aber zusätzlich ebenso von ihrem Geschäftszweck her betrachtet (vgl. vorn Ziff. I/1.1), als geschäftsgewandt zu gelten haben und es auch sind. Insofern handelt es sich beim Vertrag vom 2. Oktober 1998 um einen zwischen gleichartigen Parteien und es fehlt entsprechend an einem sozialschutzrechtlichen Gefälle. Was die arbeitsrechtlichen Züge des Vertrages betrifft, so beziehen sich diese nicht auf ein irgendwie geartetes "Anstellungsverhältnis" zwischen der Beklagten und der Klägerin. Sie beziehen sich auch nicht auf ein Anstel-

- 12 - lung von D.\_\_\_\_\_ durch die Klägerin (etwa i.S. eines Einzelarbeitsvertrages oder eines Auftrages i.S. der Art. 394 ff. OR); ein entsprechendes "Anstellungsverhältnis" bestand einzig zwischen der Beklagten und D.\_\_\_\_\_ (vgl. auch act. 3/2 Ziffer 4.1), weshalb hier offen gelassen werden kann, welcher Art dieses genau war. Die Zusammenarbeit der Parteien war im Übrigen umfangmässig limitiert: Es ging sachlich um Mandate der Klägerin und zeitlich um Tätigkeiten dafür im Umfang von durchschnittlich zwei

Arbeitstagen, entsprechend 768 Arbeitsstunden pro Jahr (vgl. a.a.O., Ziffer 8.1 und 8.2), wobei die Klägerin der Beklagten für die Vergütung von wenigstens 672 Arbeitsstunden pro Jahr einzustehen hatte, falls der effektive Zeitaufwand für die Betreuung der Mandate tiefer ausfiel (vgl. a.a.O., Ziffer 9.4). In diesem Rahmen stellte die Beklagte mit D. \_\_\_\_\_ "lediglich" einen eigenen Mitarbeiter zur Verfügung (vgl. act. 3/2, Ziffer 2.1, ferner Ziffer 3.1 ["Die zur Verfügungstellung"]), und es war die Beklagte daher auch berechtigt, bei länger-dauernder Verhinderung von D. \_\_\_\_\_ der Klägerin eine andere Person zur Mandatsbetreuung zur Verfügung zu stellen (vgl. a.a.O., Ziffer 9.2: Substitutionsrecht). Das für die Mandatsbetreuung vereinbarte Honorar, welches sich am Zeitaufwand und verrechenbaren Umsatz orientierte (vgl. a.a.O., Ziffer 4.1), stand endlich ausschliesslich der Beklagten zu, die jeweils Rechnung für den Einsatz ihres Mitarbeiters D. \_\_\_\_\_ bei der Klägerin zu stellen hatte. Bei allen diesen Punkten handelt es sich übrigens auch um typische auftragsrechtliche Regelungen. Arbeitsvertragsähnliche Elemente weist der Vertrag vom 2. Oktober 1998 immerhin bei den Regelungen über die Räumlichkeiten und das Material (act. 3/2 Ziffer 6) sowie bei den Arbeitszeiten auf (vgl. a.a.O., Ziffer 8), ferner – aber nur teilweise (Substitutionsrecht) – bei den Regelungen über Arbeitsverhinderungen (vgl. a.a.O., Ziff. 9). Deren Zweck liegt indessen nicht in der Regelung von Tätigkeiten der Beklagten bei der Klägerin, sondern bezieht sich unmittelbar auf den Einsatz eines Mitarbeiters der Beklagten bei der Klägerin. Und sie gelten insoweit für die Beklagte als Arbeitgeberin dieses Mitarbeiters, weil dieser ja für sie bei der Klägerin tätig ist. Das gilt es namentlich bei den Regelungen zu den Räumlichkeiten und zum Material zu

- 13 - beachten, mit Blick zudem darauf, dass es um die Betreuung von Mandaten der Klägerin durch die Beklagte für die Klägerin ging, mit dem von beiden Parteien nach Vertrag gewollten Ziel eines entsprechenden Auftritts nach aussen. Zudem vereinfacht die Verwendung einheitlicher Software in einem Netzwerk (Terminalanschluss) die organisatorische Abwicklung von Mandaten und ist die Überlassung der Unterlagen und Mittel, die zur Mandatserfüllung notwendig sind, keine arbeitsvertragliche Besonderheit, sondern ebenso Voraussetzung für eine sorgfältige Mandatsabwicklung (vgl. Art. 398 OR). Letztere wiederum war selbstständig zu besorgen, was ebenfalls auftragsgemäss ist. Die arbeitsvertragsähnlichen Elemente des Vertrags der Parteien über eine "Zusammenarbeit im Treuhandwesen" (vgl. act. 3/2 S. 1: Überschrift) vermögen dessen grundlegenden (stark überwiegenden) auftragsrechtlichen Charakter nicht zu verändern. Die arbeitsvertraglichen Elemente schliessen es hingegen aus – um selbst das zu erwähnen –, den Vertrag unter den Gesichtspunkten der Art. 530 ff. OR näher zu betrachten (und gleiches gälte wohl ebenso für das vorhin erwähnte Ziel: Kein gemeinsamer Auftritt nach aussen).

### **E. 3.2**

Der Vertrag vom 2. Oktober 1998 ist unbestrittenermassen zu Stande gekommen und von den Parteien über mehr als ein Jahrzehnt gegenseitig erfüllt worden. Beide Parteien haben damit insbesondere am Abwerbe- und Übernahmeverbot gemäss Vertragsziffer 7.3 unbestrittenermassen festgehalten. Uneinig sind sie heute ausschliesslich über die Geltungsdauer des mit Vertragsziffer 7.3 auch im Wortlaut übereinstimmend Gewollten. Dabei berufen sich beide zur Stützung ihres Standpunktes auf den Vertrag und die Vertragsziffer 7.3. Insbesondere die Beklagte leitet "aus dem Vertragstext in Ziffer 7.3" ab, es sei "nicht der Wille oder das Verständnis der Parteien [gewesen], ein über die

Vertragsdauer hinausgehendes Abwerbe- oder Über- nahmeverbot zu vereinbaren"; ein zeitlich unbeschränktes Verbot könne in Ziffer 7.3 nicht gesehen werden; und dass ein Verbot nur für die Vertrags- dauer vereinbart worden sei, gehe überdies klar aus Ziffer 7.4 des Vertrages hervor (vgl. act. 12 Rz 22). Umstritten ist heute somit ausschliesslich der In-  
- 14 - halt des von den Parteien Vereinbarten, nicht hingegen das Zustandekom- men des Vertrags auch in Bezug auf dessen Ziffer 7.3. Es liegt daher ein sog. reiner Auslegungsstreit vor (vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A. Zürich 2008, S. 272 mit zahlreichen Verweisen) und es ist der Inhalt des Vereinbar- ten durch Auslegung zu ermitteln. Davon ging das Einzelgericht in zutreffen- der Art aus und nahm entsprechend eine Auslegung vor (vgl. act. 23 S. 5 [Erw. 4.4/a] sowie S. 6 f.). Näherer Anlass, von einer Konsensproblematik im Tatsächlichen aus- zugehen, bestand entgegen der Auffassung der Beklagten somit nicht. Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist dazu immerhin noch, dass die Beklag- te – wie eben gesehen – selbst nur vom Vereinbarten und insofern beidseits Gewollten auf das schliesst, was ihrer Meinung nach nicht hat Wille der Par- teien sein können, also m.a.W. Auslegung aus ihrer Optik betreibt. Die Klä- gerin hat zudem im einzelgerichtlichen Verfahren keine Behauptung aufge- stellt, welche Anlass bieten könnte, eine Konsensproblematik zu orten, die 1998 bestanden hätte: Sie beruft sich auf die Vertragsziffer 7.3 (vgl. act. 2/1 S. 3 [unten]), also auf das Vereinbarte (vgl. Vi-Prot. S. 5/6) und legt insoweit nur dar, welchen Sinn bzw. Inhalt sie der Vertragsziffer heute beimisst. Wollte man das nicht gelten lassen – wozu an sich, wie gesehen kein Anlass besteht – bliebe es im Übrigen bei der zutreffenden Feststellung des Einzelgerichtes, es lasse sich ein tatsächlicher übereinstimmender Wille der Parteien, geäussert im Jahre 1998, heute nicht mehr feststellen, u.a. weil keine entsprechenden Beweismittel offeriert wurden. Da sodann, wie gese- hen, nur die Beklagte einen solchen Willen im einzelgerichtlichen Verfahren ausdrücklich behauptet hätte, fiel das – anders als die Beklagte vermeint (vgl. act. 20 Rz 8) – auf ihre eigene Behauptung zurück.

### **E. 3.3**

Das Einzelgericht hat zutreffend auf die Grundsätze verwiesen, die bei der Auslegung massgeblich sind (vgl. act. 23 S. 5: Verweis auf BGE 140 III 370; grundlegend zum Thema ansonsten etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., S. 273, mit zahlreichen Verweisen auf die bewährte Lehre und die Rechtsprechung). Und ebenso zutreffend hat das Einzelgericht vorab erwo-

- 15 - gen, der von den Parteien übereinstimmend gewollte Wortlaut der Vertrags- ziffer 7.3 lasse beide von den Parteien vorgetragenen Bedeutungen zu (vgl. a.a.O., S. 6). Denn dem Wortlaut lässt sich hinsichtlich der Geltungsdauer des Verbots schlicht nichts entnehmen, gerade auch im allgemeinsprachli- chen Verständnis nicht, welches hier massgeblich ist, weil es sich bei den Vertragsparteien unbestrittenermassen um juristische Laien handelt. Die Vertragsziffer 7.3 vermittelt hingegen aufgrund ihres Wortlauts dem vernünf- tigen und korrekten Leser klar ihren Sinn sowie Zweck: Der Beklagten ist die Abwerbung und Übernahme von Kunden der Klägerin untersagt. Verstösse ziehen eine massive Vertragsstrafe nach sich (was auch zeigt, dass die Ab- werbung bzw. Übernahme von beiden Vertragsparteien als erhebliche Ver- tragsverletzung eingeschätzt wird). Raum für die Anwendung der Unklar- heitsregel bleibt insoweit, entgegen der Auffassung der Beklagten, daher keiner. Richtig hat das Einzelgericht, auf dessen Erwägungen (a.a.O., S. 6 f.) zu verweisen ist, sodann erwogen, es sei naheliegend, dass ein Interesse der Klägerin

bestanden habe, ihre Kunden weder während der Dauer der Zusammenarbeit noch danach an die Beklagte zu verlieren, weshalb sie sich entsprechend habe absichern wollen. Die Zusammenarbeit bestand ja im Wesentlichen darin, dass die Beklagte im Namen der Klägerin für diese deren Kunden in Treuhandangelegenheiten betreute. Das Interesse der Klägerin, Kunden nicht zu verlieren und sich abzusichern, ist für den korrekten und vernünftigen Leser des Vertrags vor dem Hintergrund der Zusammenarbeit unschwer erkennbar. Das erkennbare Interesse der Klägerin ist sodann nichts grundsätzlich Verpöntes: die Klägerin durfte es haben, was wiederum von der Beklagten erkannt werden musste und auch wurde. Jedenfalls stellt sie letzteres so nicht in Abrede. Das muss sie sich insoweit entgegenhalten lassen. Die Interessen der Beklagten lagen im Rahmen der Zusammenarbeit sodann unübersehbar im Wesentlichen darin, dass sie in Ergänzung zu ihrer eigenen Treuhandtätigkeit über ein – wie gesehen (vorn Ziff. II/3.1) – von der Klägerin zugesichertes Beschäftigungsvolumen verfügte. Dass es der übereinstimmenden Meinung der Parteien entsprochen hätte, es sei der Beklag-

- 16 - ten nach Beendigung der Zusammenarbeit gestattet, die von ihr für die Klägerin im Namen der Klägerin betreuten Mandate fürderhin im eigenen Namen selbst zu betreuen, liegt insofern ausserhalb des Verständnisses eines vernünftigen und korrekten Lesers des Vertrages im Allgemeinen und von Vertragsziffer 7.3 im Besonderen. Zutreffend hat das Einzelgericht ebenso erkannt, dass sich aus dem weiteren sachlichen Zusammenhang, in dem die Vertragsziffer 7.3 steht, Gegenteiliges ebenfalls nicht erkennen lässt. Namentlich die Vertragsziffer Ziff. 7.4 beschlägt nicht das Verbot als solches. Sie regelt im Verständnis des vernünftigen und korrekten Lesers klar und deutlich im Wesentlichen einerseits eine Melde- bzw. Rügepflicht der Klägerin bei Übertretung des Verbots durch die Beklagte sowie andererseits die Voraussetzungen ausserordentlicher Vertragsauflösung durch die Klägerin während der Zusammenarbeit, und zwar zusätzlich zum Verbot und der bei dessen Übertretung geschuldeten Strafe. Sachgemäss entfällt deshalb dann, wenn die Zusammenarbeit bereits beendet ist, der Klägerin zwar die Möglichkeit der ausserordentlichen Vertragsauflösung, was auch das Einzelgericht angemerkt hat. Die Pflicht zur Strafzahlung gemäss Vertragsziffer 7.3 bleibt davon hingegen unberührt, weil sie ja auch dann nicht unterginge, wenn die Zusammenarbeit noch bestehen und der Vertrag von der Klägerin wegen Verstosses gegen das Verbot ausserordentlich gekündigt würde. Die Beklagte rügt u.a., das Einzelgericht habe das systematische Element bei der Auslegung nicht berücksichtigt (vgl. act. 20 S. 8 ff). Bevor näher darauf einzugehen ist, bleibt vorab anzumerken, dass das Einzelgericht alle die Umstände berücksichtigt hat, die ihm sachlich wesentlich erschienen und die es auch sind. Und in Würdigung dessen kam es zu seinem Ergebnis. Was das systematische Element betrifft, bzw. der Zusammenhang mit dem weiteren Vertragsinhalt, so bleibt unerfindlich, inwiefern dieser wesentlich sein könnte, soweit darauf hier (zu Vertragsziffer 7.4) nicht schon eingegangen wurde. Der Vertrag wurde – was nicht zu übergehen ist – nämlich von Laien verfasst und regelt in thematischer Gliederung Unterschiedliches, zuweilen gar unter der selben Hauptziffer. Eine Regelung, die in einem sach-

- 17 - lich näheren Zusammenhang zur hier interessierenden Frage der Dauer des Abwerbe- und Übernahmeverbotes stünde, findet sich – wie gesehen – selbst in der Hauptziffer 7 des Vertrages nicht direkt (sondern folgt aus dem Zweck der Regelung in Vertragsziffer 7.3). In einem gewissen sachlichen Zusammenhang mit dem Abwerbe- und Übernahmeverbot stehen immerhin die Regelungen unter Hauptziffer 10 zu den Themen Schweige- und Ge-

heimhaltungspflicht. Allein zur Frage der Dauer des in Vertragsziffer 7.3 ge- regelten Abwerbe- und Übernahmeverbotes findet sich auch hier nichts di- rekt. Erkennen lässt sich nur, um ebenso das zu erwähnen, dass die Verstösse gegen die Schweige- und Geheimhaltungspflicht gemäss Ver- tragsziffer 10.4 zum einen Schadensersatzfolgen nach sich ziehen (und al- lenfalls Strafanzeigen) sowie zum andern – analog zur Regelung in Ver- tragsziffer 7.4 – bei bestehender Vertragsbeziehung zur fristlosen Vertrags- auflösung berechtigen. Wenn daraus etwas im Verständnis des vernünftigen und korrekten Lesers ersichtlich wird, dann zunächst, dass die Parteien zwi- schen dem einen (Verletzung der Schweige- und Geheimhaltungspflicht) und dem anderen (Verletzung des Abwerbe- und Übernahmeverbotes) un- terschieden und dabei gerade auch streckenweise bei den Rechtsfolgen (hie Schadensersatz, da Konventionalstrafe zuzüglich allfälliger Schadensersatz). Weiter lässt sich aufgrund der Vertragsziffern 10.2 und 10.3 ebenfalls erken- nen, dass der Beklagten die Verwertung und eigene Nutzung von Tatsa- chen, die sie aufgrund ihrer Tätigkeit für die Klägerin gewann, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses untersagt blieb. Zu diesen nicht ver- wertbaren und auch nicht von der Beklagten selbst zu nutzenden Tatsachen gehören u.a. "sämtliche Geschäftsbeziehungen, Kundenadressen" (vgl. act. 3/2). Die Abwerbung bzw. Übernahme von Kunden der Klägerin ohne Kenntnis der Geschäftsbeziehungen der Klägerin sowie der Kundenadres- sen ist nicht möglich. Wenn sich daher im Verständnis des vernünftigen und korrekten Lesers etwas aus den Regelungen unter Hauptziffer 10 des Ver- trages mit Blick auf die Regelung in Vertragsziffer 7.3 herleiten lässt, dann jedenfalls nicht, das Abwerbe- und Übernahmeverbot sei auf die Dauer der Zusammenarbeit beschränkt gewesen.

- 18 - Weitere Gesichtspunkte von Belang, die im Zusammenhang mit der Auslegung der Vertragsziffer 7.3 zu berücksichtigen wären, sind nicht er- sichtlich (vgl. zudem nachstehend Ziff. II/3.4.1). Die Beklagte betreibt im hier zu prüfenden Zusammenhang in der Berufungsschrift übrigens ohnehin vor allem Auslegung pro domo und nicht aus der massgeblichen Sicht, die das Vertrauensprinzip bei der Auslegung gebietet (und genügt damit wohl auch ihren Rügeobliegenheit nicht). Das Einzelgericht hat sich zudem zutreffend mit den weiteren von der Beklagten ihm vorgetragenen Argumenten auseinandergesetzt (vgl. act. 23 S. 6), soweit diese näher von Belang erscheinen konnten, wie z.B. die Ar- gumente zur Frage der Gültigkeit eines zeitlich unlimitierten Verbots im Lich- te etwa von Art. 27 ZGB. Dabei kam es zum richtigen Schluss, darum gehe es konkret nicht. Wiederum kann auf die zutreffenden einzelgerichtlichen Erwägungen verwiesen werden. Ergänzend ist hier noch anzufügen, dass ein zeitlich unlimitiertes und insoweit allenfalls widerrechtliches bzw. unsittli- ches Konkurrenzverbot i.S.v. Art. 20 OR nicht stets gesamthaft nichtig sein muss. Es gilt – wie auch sonst – zugleich den Art. 20 Abs. 2 OR zu berück- sichtigen, und an die Stelle des Übermässigen kann daher Massvolles treten (vgl. dazu aus dem Bereich bewährter Lehre etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., S. 145 [Rz 706], mit Verweisen auf bundesgerichtliche Rechtspre- chung und Literatur). Das gilt im Übrigen auch in Bezug auf die Höhe einer Vertragsstrafe (vgl. dazu nachfolgend Ziff. II/3.5), wobei das für sich ge- nommen nicht massgeblich sein kann für die Beantwortung der Frage nach der zulässigen Dauer eines Abwerbe- und Übernahmeverbotes. Mit der Frage der massvollen Dauer des Abwerbe- und Übernahme- verbotes hat sich das Einzelgericht sinngemäss befasst, in dem es Regeln zum (Einzel-)Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) analog anwandte (vgl. act. 23 S. 7 ff.). Das ist dem Vertrag der Parteien sachlich durchaus noch angemess- en (vgl. vorn Ziff. II/3.1 sowie nachstehend Ziff. II/3.4). Insoweit kann auf die entsprechenden Erwägungen im

angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

- 19 -

### **E. 3.4**

Die Beklagte wirft dem Einzelgericht vor, es habe verkannt, dass aufgrund einer analogen Anwendung der Art. 340 ff. OR das Abwerbe- und Übernahmeverbot ungültig wäre. Es sei die Schriftform nicht eingehalten worden. Ferner fehle es an den erforderlichen sachlichen Voraussetzungen, unter denen ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot nur gültig vereinbart werden könne (vgl. act. 20 S. 13 ff.).

#### **E. 3.4.1**

Der Vertrag vom 2. Oktober 1998 ist ein Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR. Dass er in einigen Regelungen auch arbeitsvertragliche Züge aufweist, ändert daran nichts. Darauf hat das Einzelgericht hingewiesen und die Beklagte übergeht das. Die Berufung genügt insoweit den Begründungsanforderungen nicht. Sie erweist sich zudem sachlich als falsch. Weil der Vertrag vom 2. Oktober 1998, den die geschäftsgewandten Parteien abgeschlossen haben, gar kein (Einzel-)Arbeitsvertrag ist, sondern eben ein Auftrag, stand es den Parteien grundsätzlich frei (vgl. Art. 19 Abs. 1 OR), ein Abwerbe- und Übernahmeverbot zu vereinbaren und für dessen Verletzungen eine Konventionalstrafe i.S. der Art. 160 ff. OR zu statuieren. Das schliesst es nicht aus, Teile des von den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit vereinbarten rechtlich sachangepasst zu würdigen. Nichts anderes hat das Einzelgericht mit seinem Hinweis getan, es rechtfertige sich eine analoge Anwendung arbeitsvertraglicher Regelungen, also eine sinn- und damit ebenso vertrags(zweck)gemässe Betrachtung der Vertragsziffer 7.3. Die Vereinbarung des Abwerbe- und Übernahmeverbotes, welche die Parteien getroffen haben, bedarf weder nach den Art. 394 ff. OR noch gemäss den Art. 160 ff. OR einer Form, um gültig zu sein. Die Parteien haben das Verbot allerdings schriftlich i.S. der Art. 13 ff. OR abgeschlossen (vgl. dazu auch Art. 16 OR), was selbst der insoweit klaren und unzweideutigen Vorschrift des Art. 340 Abs. 1 OR für Konkurrenzverbote genügt, die ein handlungsfähiger Arbeitnehmer, also eine natürliche Person eingeht (vgl. dazu etwa PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK-OR I, 6. A., Basel 2015, Art. 340 N 2a). Bei der Beklagten handelt es sich allerdings nicht um einen Arbeitnehmer i.S. des Art. 340 Abs. 1 OR, sondern um eine Aktengesellschaft, was weitergehenden Analogien von vornherein gewissermassen natürliche

- 20 - sachliche Grenzen setzt. Und es ist fast müssig darauf hinzuweisen, dass die Beklagte ihr Geschäft auch nicht bei der Klägerin für die Klägerin betreibt, sondern grundsätzlich in eigener Lokalität mit wohl eigener Kundschaft sowie eigenen Mitteln (auch personellen), und der Vertrag vom 2. Oktober 1998 nur die "Ausleihe" eines beklaglichen Mitarbeiters in zeitlich und sachlich begrenztem Rahmen an die Klägerin zum Gegenstand hatte (vgl. act. 3/2 und dazu vorn etwa Ziff. I/1.1-1.2). Das Einzelgericht ist somit zu Recht von einer gültigen Vereinbarung ausgegangen. Um auch das noch zu erwähnen. Soweit die Beklagte arbeitsrechtliche Schutzvorschriften bemüht (vgl. etwa act. 20 S. 13 [Rz 34]), scheint sie zunächst zu übersehen, dass sie nicht Arbeitnehmerin der Klägerin war, hingegen Arbeitgeberin des von ihr der Klägerin "ausgeliehenen" Mitarbeiters. Zu übersehen scheint sie ebenso offenkundig die Grenzen, welcher einer Analogie zwischen ihr als Aktengesellschaft und einem Arbeitnehmer i.S. der Art. 319 ff. OR gesetzt sind. Zu übersehen scheint sie weiter, dass Aktengesellschaften im Privatrecht grundsätzlich nicht als sozialschutzbedürftige Personen gelten, ausser in raren Ausnahmefällen aufgrund

besonderer gesetzgeberischer Wertungen (wie Aktiengesellschaft als sozialschutzbedürftige Mieterin eines Wohn- oder Geschäftsraums). Und zu übersehen scheint sie schliesslich den Zweck von Art. 163 Abs. 3 OR, der für Korrektur eines allfälligen Übermasses bei einer Strafe sorgt (dazu nachfolgend Ziff. II/3.5).

#### **E. 3.4.2**

Richtig erkannt hat das Einzelgericht ebenfalls, dass dem von den Parteien vereinbarten Abwerbe- und Übernahmeverbot die Regelung des Art. 340 Abs. 2 OR nicht entgegensteht, weil die Voraussetzungen, die für ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot bestehen, auch im Fall der Parteien erfüllt waren (vgl. act. 23 S. 8 f.). Erneut kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden, die u.a. zutreffend darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung bei Buchhaltern, Treuhändern und Steuerberatern von der Zulässigkeit eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes ausgeht, weil bei diesen Berufen das handwerkliche bzw. fachliche Element im Vordergrund steht und nicht das persönliche (und daher die

- 21 - Betonung eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen E. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ durch die Beklagte insofern an der Sache vorbeigeht). Zutreffend ist u.a. weiter, dass die Beklagte über ihren Mitarbeiter (und ihr Organ) D. \_\_\_\_\_ Einblick in den Kundenstamm sowie die Treuhandmandate der Klägerin hatte. Das hätte es der Beklagten – überspitzt formuliert – dann erlaubt, wenn kein Abwerbe- bzw. Übernahmeverbot vereinbart worden wäre, sich nach Beendigung der Zusammenarbeit sozusagen am gedeckten Tisch zu bedienen. Sind die wesentlichen Voraussetzungen erfüllt, die eine Vereinbarung eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotes gestatten, so hat das a fortiori für ein Abwerbe- und Übernahmeverbot im Rahmen eines Verhältnisses zu gelten, das sich auf Art. 19 Abs. 1 OR abstützen kann, und auf das deshalb die Regeln zum (Einzel-)Arbeitsvertrag zum Konkurrenzverbot, wenn überhaupt, so nur analog zur Anwendung gelangen können. Letzteres kann hier offen gelassen werden, weil es am Ergebnis der Gültigkeit des Verbotes nichts änderte.

#### **E. 3.4.3**

Anzumerken ist im Weiteren, dass bei einem Vertrag wie dem vorliegenden, der eine Zusammenarbeit zwischen Aktiengesellschaften zum Gegenstand hat, der Aspekt der Inhaltsfreiheit als gesetzlicher Grundsatz des Vertragsrechts vordringlich zu beachten ist. Arbeitsrechtliche Sozialschutzgedanken haben demgegenüber – wie erwähnt – kein besonderes Gewicht, weshalb sich die Beklagte nicht auf den Wegfall des Abwerbe- und Übernahmeverbots gemäss Art. 340c OR berufen kann, wie das nun aber im Berufungsverfahren neu der Fall ist (vgl. aber act. 20 S. 16 f.). Selbst wenn man es für angezeigt hielte, Art. 340c OR analog anzuwenden, hülfe das der Beklagten hier nichts. Im vorinstanzlichen Verfahren hat sie nämlich keinen Sachverhalt substantiiert dargelegt, der Anlass dazu geboten hätte, eine auch bloss analoge Prüfung der Anwendung von Art. 340c OR vorzunehmen (vgl. act. 12, dort insbes. Rz 4, und Vi-Prot. S. 7 f.). Denn dargelegt hat die Beklagte im Wesentlichen bloss, sie hätte Differenzen mit einem ehemaligen Mitglied der Geschäftsleitung der Klägerin gehabt (es gab "verschiedene Vorfälle" unbekanntes Inhalts). Das habe einer-

- 22 - seits zur Niederlegung der Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und diesem Geschäftsleitungsmitglied der Klägerin geführt, einer Zusammenarbeit, die ganz offenbar zusätzlich zur hier geprüften Zusammenarbeit der Parteien bestand. Andererseits habe sich

das auch auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien ausgewirkt, und zwar so, dass sie – die Beklagte – der Klägerin erklärt habe, sie setze die Zusammenarbeit mit der Klägerin nur unter dem Vorbehalt fort, dass dies ohne das (ehemalige) klägerische Geschäftsleitungsmitglied geschehe. Diesem hier (aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. vorn Ziff. II/1.1-1.2) allein massgeblichen Sachverhalt lässt sich, so es darauf ankäme, nichts entnehmen, was einem von der Klägerin verursachten begründeten Anlass i.S. des Art. 340c Abs. 2 OR nahe kommen könnte, geschweige dem eines wichtigen Grunds i.S. des all-gemeinen Rechts zu Dauerverträgen, den es bei einer sachgerechten analogen Anwendung des Art. 340c OR richtigerweise wohl zu beachten gälte. Aus act. 13/1, einer von der Beklagten eingereichten Urkunde, folgt im Übrigen, dass dieses Geschäftsleitungsmitglied der Klägerin bereits im März 2012 nicht mehr für diese tätig war, was die Beklagte selbst wusste. Eine Wiederbeschäftigung dieses Geschäftsleitungsmitglieds bei der Klägerin danach, namentlich vor der Kündigung, wurde von der Beklagten nicht behauptet (vgl. act. 12, dort insbes. S. 4 und S. 7 ff., sowie Vi-Prot. S. 7 f.).

### **E. 3.5**

3.5.1 Das Einzelgericht hat sich einlässlich mit der Frage der Bemessung der Konventionalstrafe befasst (vgl. act. 23 S. 9 ff.). Richtig hat es dabei der Sache nach erkannt, dass das Gericht übermässige Konventionalstrafen gemäss Art. 163 Abs. 3 OR nach seinem freien (pflichtgemässen) Ermessen herabzusetzen hat (eine analoge Regel findet sich zudem in Art. 340a Abs. 2 OR). Die Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 OR ist zwingender Natur und vom Gericht auch dann anzuwenden – und es ist also eine allfällige Herabsetzung zu prüfen –, wenn der Schuldner das nicht ausdrücklich verlangt (vgl. BGE 133 III 209, Urteil des BGer 4A\_174/2011 vom 17. Oktober 2011, dort E. 6.1). Die gerichtliche Prüfung einer allfälligen Herabsetzung hat in zwei Schritten zu erfolgen. Zum ersten muss nach pflichtgemässen Ermessen in

- 23 - Würdigung des Einzelfalls beurteilt werden, ob die Konventionalstrafe angemessen ist oder nicht. Ist im ersten Schritt ein Übermass festgestellt worden, gilt es im zweiten Schritt in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens, also wiederum in Würdigung des Einzelfalls, die (noch) angemessene Höhe der Strafe festzusetzen. Das Einzelgericht hat die von den Parteien vereinbarte Strafe (Zehnfaches des Jahreshonorars für ein Mandat) gemäss Vertragsziffer 7.3 implizit als grundsätzlich übermässig betrachtet. Dieses Grundsätzliche des einzelgerichtlichen Urteils wird von der Klägerin mit der Anschlussberufung nicht mehr in Frage gestellt (vgl. act. 33 S. 16 [Rz 50]). Die Beklagte rügt mit der Berufung die implizite Feststellung eines Übermasses durch das Einzelgericht ebenfalls nicht (vgl. act. 20), was vor ihrem Standpunkt, es sei keine Strafe geschuldet, nur konsequent erscheint.

### **E. 3.5.2**

Das Einzelgericht hat aufgrund des ihm von den Parteien vorgetragenen Sachverhaltes alle ihm massgeblich erscheinenden Gesichtspunkte gewürdigt (vgl. act. 23 S. 9 ff.). Die Beklagte rügt in der Berufung nichts an diesen für die Festsetzung der angemessenen Strafe vorgenommenen Wertungen des Einzelgerichts (vgl. act. 20). Namentlich rügt sie nicht näher, dass im einzelgerichtlichen Verfahren behauptete wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben wären. Erst in der Antwort auf die Anschlussberufung (act. 41) befasst sich die Beklagte überhaupt mit der Bemessung der Strafe durch das Einzelgericht

und stützt sich dabei im Wesentlichen auf neue, im Lichte von Art. 317 Abs. 1 OR unzulässige Tatsachenbehauptungen (vgl. etwa act. 41, Rz 29 f., 39 ff.), die sie selbst aufgestellt oder die Klägerin in der Anschlussberufung eingebracht hat. Damit ist sie ebenso wenig zu hören wie die Klägerin; darauf wurde schon hingewiesen (vgl. vorn Ziff. II/1, dort insbes. 1.2). Im Übrigen beschränken sich beide Parteien in der Anschlussberufung bzw. in der Antwort darauf, im Wesentlichen ihre eigenen Wertungen vorzutragen, die sich – wie eben angemerkt – nur schwer mit dem Tatsächlichen vereinbaren lassen, das sie einst dem Einzelgericht vorgetragen haben. Damit legen sie ohnehin nicht hinreichend dar, dass und inwieweit die Wer-

- 24 - tungen des Einzelgerichtes im Lichte des ihm vorgetragenen (vgl. dazu act. 2/1, act. 12 [dort insbes. auch Rz 25] und Vi-Prot. S. 5 ff.) und hier massgeblichen Sachverhaltes unzutreffend wären.

### **E. 3.5.3**

Bedenkenswert sind im Zusammenhang mit der Kritik an der Bemessung der Strafe durch das Einzelgericht immerhin zwei Einwände rechtlicher Art der Klägerin, nämlich erstens der Einwand, die Konventionalstrafe gemäss Art. 161 Abs. 1 OR ver falle auch dann, wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist (a.a.O., S. 15), und zweitens der Einwand, es gehe um eine Vertragsstrafe (vgl. a.a.O., S. 16), die von den Parteien an sich in beliebiger Höhe bestimmt werden könne (vgl. Art. 163 Abs. 1 OR). Der Zweck von Art. 163 Abs. 3 OR liegt – was in anderem Zusammenhang schon angesprochen wurde – im Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei vor dem (finanziellen) Rechtsmissbrauch durch den wirtschaftlich Stärkeren (vgl. BGE 41 II 142). Es ist allerdings mit Blick auf Art. 163 Abs. 1 OR ebenso der Grundsatz der Vertragstreue zu beachten und es hat das Gericht entsprechend Zurückhaltung zu üben. Für ein Übermass der Strafe muss daher zwischen dem vereinbarten Strafbetrag und den Interessen des Ansprechers, an diesem ungeschmälert festzuhalten, ein krasses Missverhältnis bestehen, damit ein Eingriff in den Vertrag erlaubt ist (vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, 9. A., a.a.O., Rz. 3828 mit Verweisen auf Judikatur und Literatur). Eine Strafe ist daher nicht bereits deshalb übermässig, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schaden wegen Nichterfüllung erleidet, verlöre die Strafe doch – nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 161 Abs. 2 OR – ihren Sinn (vgl. auch BGE 133 II 54). Das alles ist auch bei der Festsetzung des Angemessenen einer Strafe zu berücksichtigen, nachdem ein Übermass des Vereinbarten grundsätzlich bejaht wurde. Unmassgeblich bleiben daher insofern der tatsächliche Schaden des Gläubiger sowie der – abstrakt gesehen – grösstmögliche Schaden des Gläubigers aus Nichterfüllung. Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung des noch Angemessenen vielmehr die konkreten Umstände, worauf bereits das Einzelgericht im angefochtenen Entscheid zutreffend hingewiesen hat (vgl. act. 23 S. 10). Solche sind namentlich die

- 25 - wirtschaftliche Stellung beider Vertragsparteien bzw. ihre Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis, die Geschäftserfahrung der Parteien, die Art und Dauer des Vertrages, die Vertragsverletzung, die zur Strafe führt, das Verschulden des Verletzers, das Schadensrisiko, dem der Gläubiger ausgesetzt war und entsprechend sein Interesse an der Erfüllung der geschützten Forderung usf. (vgl. etwa BGE 38 II 103, 91 II 383, 95 II 539 f., 103 II 108 f. und 135, 133 III 48 f., 54 f., und 211; siehe zudem etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., mit zahlreichen Verweisen). Das Einzelgericht hat aufgrund des ihm Vorgetragenen drei Gesichtspunkte als wesentlich für

die Festsetzung einer angemessenen Strafe erachtet: Das Interesse der Klägerin an der Fortsetzung des Treuhandmandates, die Wichtigkeit dieses Mandates und das Verschulden der Beklagten (vgl. act. 23 S. 10 f.). Richtigerweise hat es damit die wirtschaftliche Stellung der Parteien mit Blick auf deren Geschäftserfahrung und vertragliche Abhängigkeit (vgl. vorn Ziff. II/3.1, 2. Absatz, und Ziff. II/3.4.1) bei der Festsetzung des Angemessenen nicht als wesentlich gewichtet. Richtig hat das Einzelgericht ebenfalls erkannt, dass die Betreuung des Treuhandmandates von E.\_\_\_\_\_ für die Klägerin vergleichsweise gering war, das Immobilienverwaltungsmandat hingegen von überwiegender Bedeutung. Mit diesem hatte die Beklagte indessen nichts zu tun – sie war ausschliesslich für die Besorgung des Treuhandmandats im Namen der Klägerin zuständig. Und es lässt sich daher aus der Geringfügigkeit des Letzteren im Vergleich zum Immobilienverwaltungsmandat nicht einfach herleiten, es sei das Interesse der Klägerin an der Fortführung des Treuhandmandates als gleichsam fast "inexistent" einzustufen (vgl. act. 23 S. 10). Diese Wertung lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass für die Klägerin der Treuhandbereich einen "Nebenzweig" darstellt, den sie "auswärts" besorgen lässt und daher eben auch durch die Beklagte besorgen liess, allerdings in ihrem – der Klägerin – Namen; denn das alles heisst ebenfalls, dass die Klägerin ihren Kunden, wenn auch in bescheidenem Umfang, seit langem (vgl. Vi-Prot. S. 6) stets im eigenen Namen sozusagen einen Vollservice bot. An dessen Fortsetzung mit den bisherigen Kunden liegt grundsätzlich ein sachlich wesentliches Interesse, das durch die Vertragsziffer 7.3 geschützt wird. Das Einzelgericht hat letzteres nicht verkannt und daher immerhin eine grundsätzliche Vertragsverletzung durch die Beklagte festgestellt. Die Parteien haben sich zur sachlichen Tragweite des Mandates von E.\_\_\_\_\_ in dem von der Beklagten für die Klägerin im Namen der Klägerin besorgten Treuhandbereich vor dem Einzelgericht nicht näher geäußert. Aufgrund der dem Einzelgericht vorgelegten Zahlen (jährliches Honorarvolumen von Fr. 1'782.- bei einem Stundenansatz von Fr. 75.- [vgl. act. 3/2, dort Ziff. 4.1]) resultiert ein Arbeitsaufwand bei der Mandatsbetreuung von jährlich rund 23.5 Stunden. Das entspricht einem Einsatz von gegen eineinhalb Arbeitswochen der Beklagten für die Klägerin (vgl. act. 3/2 dort Ziff. 8.1) bzw. 3% der vertraglich berechneten durchschnittlichen jährlichen Leistung der Beklagten für die Klägerin. In objektiver Hinsicht rechtfertigt das die Wertung eines noch geringfügigen Verstosses gegen das Abwerbe- bzw. Übernahmeverbot. Der pönale Charakter der von den Parteien vereinbarten Strafe ist darob indessen nicht zu vernachlässigen: Vertragsbruch soll sich nicht lohnen. Gewiss ist sodann in subjektiver Hinsicht, also beim Verschulden, insofern nicht von einem erheblichen Verstoss auszugehen, als die Beklagte die Übernahme des Mandates von E.\_\_\_\_\_ nicht aktiv betrieb, sondern E.\_\_\_\_\_ als Kunden annahm, nachdem dieser an die Beklagte herangetreten war. Diesen Gesichtspunkt hat das Einzelgericht daher richtigerweise erwähnt. Unberücksichtigt gelassen hat es allerdings, dass die Beklagte gemäss eigener Darstellung im einzelgerichtlichen Verfahren, die hier massgeblich ist, eine Übernahme des Mandates von E.\_\_\_\_\_ nicht ablehnte, ja nicht einmal behauptet hat, sie habe wenigstens, wenn auch ergebnislos versucht, E.\_\_\_\_\_ von seinem Vorhaben abzuhalten (vgl. act. 13/3). Von einem korrekten Vertragspartner, der sich an den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und damit an die Vertragstreue hält, darf dergleichen allerdings erwartet werden. Und das muss die Beklagte sich als nicht mehr bloss geringfügiges Verschulden entgegen halten lassen, zumal es um ein Mandat ging, das auch für die Beklagte geringfügiges Gewicht hatte und auf das sie als vertragstreue Partei korrekterweise leicht hätte "verzichten" können.

- 27 - nen. So lief das Verhalten der Beklagten hingegen letztlich darauf hinaus, E. \_\_\_\_\_ trotz dem Verbot und der damit verbundenen Strafe sozusagen mit offenen Armen als neuen Kunden zu empfangen (vgl. auch vorn Ziff. II/3.4.2: gedeckter Tisch), nachdem sie den Vertrag über die Zusammenarbeit von sich aus beendet hatte (vgl. dazu auch vorn Ziff. II/3.4.3, a.E. [zu act. 13/1]). Von daher erscheint eine Strafe im Umfang bloss eines Jahreshonorars von netto Fr. 1782.- (vgl. auch act. 33 S. 16) im Lichte der massgeblichen Rechtsgrundsätze und in Wertung der konkreten Umstände, namentlich des Verschuldens der Beklagten vor dem Hintergrund des Zwecks des in Ver- tragsziffer 7.3 Vereinbarten als zu gering. Angemessen ist daher wohl das Doppelte dessen, nicht mehr hingegen das Dreifache, wie es die Klägerin beantragt. Denn das entspräche den Gegebenheiten des hier zu beurteilen- den konkreten Einzelfalls, wie er sich aufgrund des massgeblichen, dem Einzelgericht vorgetragenen Sachverhalts darstellt, nicht mehr. Um auch das noch anzumerken: Weitere Gründe bzw. Umstände, die bei der Festsetzung einer angemessenen Strafe von Belang und daher ir- gendwie als ausschlaggebend auch noch zu berücksichtigen wären, sind nicht gegeben. Es bleibt somit bei der Verpflichtung der Beklagten zur Zah- lung von Fr. 3'564.- (entsprechend 2 x Fr. 1782.-) an die Beklagte. Der vom Einzelgericht auf den 5. März 2014 angesetzte Beginn des Verzugs auf dem von der Beklagten zu leistenden Betrag sowie die Verzugszinshöhe von 5% (vgl. act. 23 S. 11) entsprechen den gesetzlichen Vorgaben und sind daher im Berufungsverfahren richtigerweise von keiner Partei in Frage gestellt worden. Es ist daher auch heute das Entsprechende anzuordnen.

#### **E. 4**

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'446.- (8% Mehrwertsteuer darin inbegriffen) zu bezahlen.

#### **E. 5**

Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'400.- festgesetzt, der Klägerin zu 1/3 sowie der Beklagten zu 2/3 auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 533.35 zurückzuerstat- ten.

#### **E. 6**

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 396.- (8% Mehrwertsteuer darin inbegriffen) zu bezahlen.

- 30 -

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzli- chen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundes- gericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivil- sachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Ver- bindung mit

Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'346.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende:  
Der Gerichtsschreiber: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. M. Hinden versandt am:

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