

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110015-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Urteil vom 30. September 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Feststellung / Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom
16. März 2011 (AN090096)**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die Beklagte vom 30.09.2009 ungerichtet ist;
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Lohn inklusive Lohnbestandteilen für die ordentliche Kündigungszeit von 3 Monaten zu bezahlen, ausmachend
 - a) Lohn CHF 35'749.95 brutto, bei gleichzeitiger Verpflichtung, die Lohnabrechnung mit den Abzügen zu erstellen und die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge für die Sozial- und anderen Versicherungen zu bezahlen (Rz 43);
 - b) Zusätzliche Zahlungen CHF 6'711.90 netto (Rz 44).
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger weitere während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bezahlte Leistungen, ausmachend aktuell CHF 513.55 zuzüglich die Swisscom Mobile Rechnung für den Monat Dezember 2009 zu ersetzen.
4. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger eine Entschädigung gemäss Art. 337c OR gemäss richterlicher Festsetzung zu bezahlen;
5. Es sei festzustellen, dass die Beklagte mit ihrer Mitteilung der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers vom 30.09.2009 (Memo des CEO) dessen Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 Abs. 1 verletzt hat und zu verurteilen:
 - a) Gegenüber den Empfängern der Mitteilung vom 30.09.2009 sowie B. _____ intern durch geeignete Kommunikation innert gerichtlich zu bestimmender Frist eine schriftliche Mitteilung zu versenden, mit dem Text:

"Am 30.09.2009 hat B. _____ kommuniziert, dass das Arbeitsverhältnis von Herrn A. _____ wegen missbräuchlicher Weiterleitung von Daten von B. _____ an C. _____ fristlos gekündigt worden ist. B. _____ distanziert sich von dieser Aussage und bedauert diese und entschuldigt sich gleichzeitig bei Herrn A. _____ dafür."
 - b) zur Bezahlung einer Genugtuung gemäss richterlicher Festsetzung.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom 16. März 2011 :

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf Fr. 8'000.--.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 12'000.-- (inkl. 7,6 % MwSt) zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 26):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Arbeitsgericht, vom 16. März 2011, sei vollumfänglich aufzuheben
2. Die Rechtsbegehren gemäss der Klage vom 23.12.2009 seien gut zu heissen.
3. Eventuell : die Sache sei dem Bezirksgericht Winterthur, Arbeitsgericht, zur Neubeurteilung zurück zu weisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 32):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers/Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

Am 23. Dezember 2009 machte der Kläger die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren beim Arbeitsgericht Winterthur hängig. Mit Urteil vom 16. März 2011 wies das Arbeitsgericht die Klage ab, wogegen der Kläger am 26. April 2011 rechtzeitig die Berufung einreichte (Urk. 26). Den ihm mit Verfügung vom 13. Mai 2011 auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'300.– leistete der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) fristgerecht. Am 8. Juni 2011 wurde die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) zur Beantwortung der Berufung aufgefordert. Die Berufungsantwort traf rechtzeitig am 15. Juli 2011 bei der Berufungsinstanz ein (Urk. 32) und wurde dem Kläger am 2. September 2011 formlos zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33 und 34).

Auf das vorliegende Berufungsverfahren kommen die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH).

II.

1. Der Kläger war seit dem 1. Juli 2006 bei der Beklagten, einer Krankenversicherung, als Verkaufsleiter Privatkunden angestellt und gehörte in dieser Funktion der Direktion der Beklagten an, der zweithöchsten Hierarchiestufe gleich nach der Geschäftsleitung. Den Rang eines Mitglieds der Direktion haben bei der Beklagten 20 von insgesamt ca. 1'700 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Der Jahreslohn betrug Fr. 143'000.– netto zuzüglich Fr. 20'000.– Leistungsentschädigung, Pauschalspesen sowie weitere fringe benefits. Am 16. September 2009 unterzeichnete der Kläger einen Arbeitsvertrag mit der Konkurrentin C. _____ und kündigte demgemäss das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten am 25. September 2009 (abends) mündlich und anschliessend auch noch schriftlich (der Beklagten zugewandt am 28. September 2009) auf Ende Dezember 2009. Am Tag der Kündi-

gung (25. September 2009) hatte der Kläger noch an der jährlichen Regionaldirektoren-Tagung der Beklagten teilgenommen. Als die Beklagte feststellte, dass bereits ein Tag nach Abschluss dieser Tagung vertrauliche Informationen aus dieser Tagung an die Konkurrentin C._____ weiter gelangt waren, überprüfte sie die über den Arbeitsplatz des Klägers gelaufene EMail-Korrespondenz und stellte Kontakte mit der C._____ bzw. dem künftigen Vorgesetzten des Klägers bei der C._____ fest. Am 30. September 2009 entliess die Beklagte den Kläger fristlos wegen Weitergabe geschäftsrelevanter Dokumente der Beklagten an die C._____ wie auch die Weiterleitung geschäftsrelevanter Dokumente an die private EMailadresse. Konkret ging es darum,

- dass der Kläger am 16. September 2009 während der Arbeitszeit eine Mitarbeiterübersicht, welche die Beklagte für ihre internen Zwecke erstellt hatte, an die C._____ weiter geleitet hatte;
- dass der Kläger am 16./17. September 2009 während der Arbeitszeit seinem künftigen Vorgesetzten bei der C._____ eine Beurteilung des geplanten Standortes für eine Agentur der C._____ in Z._____ abgegeben hatte;
- dass der Kläger am 1. September 2009 von seinem Arbeitsplatz aus seinem künftigen Vorgesetzten bei der C._____ das Reglement der Beklagten betreffend Geschäftsfahrzeug sowie ihr Merkblatt zur Kollektiv-Kaskoversicherung gesandt hatte; und
- dass der Kläger am 22. August 2009 sich das Dossier eines Stellenbewerbers der Beklagten an seine private EMail-Adresse gesandt hatte.

Am 30. September 2009 kommunizierte die Beklagte ihrem Kader in einem Memo die fristlose Entlassung des Klägers und mit der Begründung, dass er Daten der Beklagten missbräuchlich an die C._____ weitergeleitet habe, und dass sie ein solches Verhalten nicht akzeptiere. Im selben Memo wurde auch der sofortige Abgang des Vorgesetzten des Klägers und die ad interim-Organisation der Leitung des Departements Privatkunden kommuniziert.

2. Der Kläger bestreitet im Berufungsverfahren wie auch bereits vor Vorinstanz die Rechtfertigung einer fristlosen Entlassung gestützt auf die vorgenannten, unbestrittenen Tatsachen. Er fordert demgemäss die entgangenen Löhne für die

Dauer der Kündigungsfrist (Oktober bis Dezember 2009) einschliesslich des Anteils des 13. Monatslohns, und die weiteren Arbeitgeberleistungen für drei Monate (Kranken- und Unfallversicherungsprämien, Spesenpauschale, Autokaskoversicherungsprämien, KM-Entschädigung und Telefonentschädigung), insgesamt Fr. 42'975.40. Weiter verlangt der Kläger eine Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR nach richterlichem Ermessen. Sodann erachtet er die Mitteilung seiner fristlosen Entlassung an das Kader der Beklagten als persönlichkeitsverletzend und beansprucht dafür eine förmliche Entschuldigung sowie eine Genugtuung nach richterlichem Ermessen.

Nach Auffassung des Klägers stellt die der C._____ zugestellte "Mitbewerberübersicht" kein vertrauliches Dokument der Beklagten dar. Sie enthalte keine Geschäftsgeheimnisse der Beklagten, sondern allgemein zugängliche Informationen über Dritte, wie sie im Internet aufgrund der Homepage und den publizierten Geschäftsberichten der jeweiligen Krankenversicherer, der Aufsichtsbehörden oder der Branchenorganisation santésuisse jedermann zugänglich seien, und wie sie auch von den einschlägigen Internetvergleichsdiensten wie z.B. Comparis publiziert würden. Das Krankenversicherungsgeschäft sei ein einfaches und überschaubares Geschäft, alle Mitbewerber kämpften mit gleichen oder ähnlichen Produkten um die gleichen Kunden, der Innovationsspielraum sei beschränkt. Das Dokument sei das Produkt einer einfachen und nicht besonders aufwendigen Fleissarbeit, die mit geringem Aufwand erstellt worden sei. Bezeichnenderweise habe die Beklagte dieses Dokument auch bloss als "nur für den internen Gebrauch" klassifiziert, d.h. als für jeden Mitarbeiter zugänglich, und nicht etwa als "vertraulich". Am Markt zählten für den Kunden ohnehin nur die Prämie und nicht die weiteren, in der Mitbewerberübersicht aufgelisteten Versicherungsleistungen und -konditionen. Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht liege bezüglich der Weitergabe dieses Dokumentes nicht vor und eine Schädigung der Marktinteressen der Beklagten sei dadurch nicht erfolgt. Die weiter beanstandete Beurteilung eines möglichen Standortes für die Neueröffnung einer Agentur der C._____ in Z._____ bedeute weder eine Konkurrenzierung noch eine Treuepflichtverletzung. Das Entschädigungsregelement für die Autokosten und die Kas-

koversicherung habe er seinem künftigen Vorgesetzten übersandt, um ihm seine bei der Beklagten diesbezüglich geübten bisherigen Anstellungskonditionen darzulegen. Zur schliesslich beanstandeten Versendung eines - nicht vertraulichen - Bewerberdossiers an seine Privatadresse per Mail sei er berechtigt gewesen und diese sei erfolgt, weil er dieses Dossier in Erfüllung seiner ordentlichen Arbeitspflicht zuhause habe studieren wollen. Er hätte im Übrigen das Dossier ebenso gut ausdrucken und in Papierform nach Hause nehmen können. Das Dossier habe weiter keine Verwendung gefunden. Das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Beklagten sei weder durch einen einzelnen der genannten Vorfälle noch insgesamt derart schwer beeinträchtigt gewesen, dass sich eine fristlose Entlassung gerechtfertigt habe. Indem die Beklagte in ihrer Mitteilung über seine fristlose Entlassung an die Mitarbeiter von einer missbräuchlichen Datenverwendung gesprochen habe, habe sie bei den Empfängern zu Unrecht den Eindruck erweckt, dass etwas Gravierendes vorgefallen sein müsse. Diese Mitteilung sei (unnötigerweise) überdies derart breit gestreut worden, dass mehr oder weniger die ganze B._____ bis zu den Regionaldirektionen informiert gewesen sei. Darin liege eine ungerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung (Urk. 1, Urk. 14, Urk. 26).

3. Für die Beklagte hatte der Kläger infolge seiner Stellung als Mitglied der Direktion und als Kadermitglied im Bereich Verkauf Privatkunden eine erhöhte Treuepflicht, welche er durch die vorerwähnten Mitteilungen gesamthaft gesehen schwer verletzt habe und weshalb an eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zu denken und die fristlose Entlassung gerechtfertigt gewesen sei.

Die vom Kläger an die C._____ weiter gegebene "Mitbewerberübersicht" sei bei der Beklagten mit grossem Aufwand und entsprechenden Lohnkosten erstellt worden; die dort enthaltenen Informationen könnten nicht bloss innert kurzer Zeit durch eine einfache Recherche im Internet abgerufen werden. Sie fokussiere auf die Produktelemente der Beklagten, welche - nebst der Prämienhöhe - im Vergleich zur Konkurrenz besonders relevant seien, wie z.B. die alternativen Versicherungsprodukte oder allfällige Zusatznutzen. Darauf bauten die Mitarbeiterschulung und die ganze Verkaufsstrategie im wichtigen 4. Jahresquartal auf. Die

Übersicht diene sodann den Kundenberatern als Argumentationshilfe. Der Vermerk "Für internen Gebrauch" weise auf die Vertraulichkeit des Dokumentes und den Geheimhaltungswillen der Beklagten hin, insbesondere weil die Beklagte ansonsten auf eine Klassifizierung ihrer Dokumente verzichte. Mit der Weitergabe dieser, ausschliesslich für die Mitarbeiter aus dem Bereich Markt der Beklagten bestimmten, Übersicht habe der Kläger sowohl seine Geheimhaltungs- als auch seine Treupflicht verletzt. Die Übergabe dieses Dokumentes wie auch die Beratung der C._____ hinsichtlich des Standortes einer Filiale unter Ausnützung des bei der Beklagten erlangten Knowhows stelle eine unerlaubte Konkurrenzierung der Beklagten dar. Diese sowie die weisungswidrige Weitergabe von anstellungsrelevanten Papieren zeige, dass sich der Kläger während seiner Arbeitszeit bei der Beklagten intensiv und unter Benützung von Betriebsmitteln der Beklagten mit seiner künftigen Arbeitstätigkeit beschäftigt habe. Mit dem elektronischen Versand eines Bewerberdossiers an seine private Mail-Adresse habe der Kläger sodann neben der allgemeinen Treupflicht auch gegen die ausdrückliche schriftliche Weisung der Beklagten zum elektronischen Verkehr verstossen. Da der Kläger über ein persönliches, von der Beklagten zur Verfügung gestelltes Notebook verfügt habe, wäre eine Übermittlung des Dossiers an die Privatadresse zwecks Studiums nach Feierabend nicht nötig gewesen. Der Kläger habe aufgrund seiner Stellung im Betrieb der Beklagten unbeschränkten Zugang zu sämtlichen Geschäftsgeheimnissen im Bereich Markt besessen; bei einer Weiterbeschäftigung nach Feststellung der Geheimnis- und Treupflichtverletzung hätte die Gefahr bestanden, dass er auch noch weitere Informationen an die C._____ weiter geben könnte. Eine Weiterbeschäftigung sei der Beklagten daher nicht zumutbar gewesen. Die Mitteilung über die Entlassung des Klägers sei ausschliesslich an die Kadermitarbeiter gegangen und die zielgerichtete Mitteilung solcher personeller Veränderungen sei durchaus üblich. Die Mitteilung sei inhaltlich korrekt und ohne weitere Wertung oder Diffamierung formuliert worden (Urk. 7, Urk. 22, Urk. 32).

4. Die Vorinstanz hat die fristlose Entlassung des Klägers als gerechtfertigt erachtet und die Klage vollumfänglich abgewiesen.

Sie hat hinsichtlich der an die C._____ weiter geleiteten Mitbewerberübersicht er-

wogen, dass wohl die darin verzeichneten einzelnen Informationen im Internet auffindbar seien. Es handle sich aber in jedem Fall um ein mit einem gewissen Aufwand erstelltes Arbeitserzeugnis der Beklagten, welches in Form von Mitarbeiterlöhnen habe bezahlt werden müssen. Es ergebe sich daraus sodann weiter, welche Kriterien die Beklagte im Konkurrenzverhältnis mit Mitbietern als besonders relevant betrachte. Insoweit sei das Dokument weder allgemein bekannt noch für die Konkurrenz bestimmt, und bestehe ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Beklagten daran. Selbst wenn die Übersicht als nur für den internen Gebrauch gekennzeichnet gewesen sei, so habe der Kläger als vernünftiger und korrekter Arbeitnehmer ohne weiteres wissen müssen, dass diese nicht für die Öffentlichkeit bestimmt gewesen sei und schon gar nicht für eine Konkurrentin. Er habe letzterer damit einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft. Dazu komme ein konkurrenzierendes Verhalten des Klägers durch Beratung seiner künftigen Arbeitgeberin zu möglichen Geschäftsstandorten sowie die Weitergabe geschäftsrelevanter Unterlagen wie das Merkblatt zur Kaskoversicherung, das Reglement zum Geschäftsfahrzeug sowie das Dossier eines Bewerbungskandidaten. Da der Kläger als Kadermitglied der Beklagten eine besondere Verantwortung für den Geschäftsbetrieb gehabt habe, müssten an seine Treuepflicht erhöhte Anforderungen gestellt werden. Insgesamt lägen eine schwerwiegende Verletzung der Geheimhaltungspflicht und grobe Treuepflichtverletzungen vor, welche objektiv geeignet gewesen seien, das grundlegende Vertrauensverhältnis zu einem Mitglied der Direktion massiv zu erschüttern. Eine Weiterbeschäftigung sei nicht mehr zumutbar gewesen, da dem Kläger diesfalls weitere Informationen zur Verkaufsstrategie und zum Geschäftsgang der Beklagten zugekommen wären und damit die Gefahr der Weiterleitung weiterer Informationen an die künftige Arbeitgeberin bestanden habe. Nach der fristlosen Entlassung des Klägers habe die Beklagte ein Interesse an einer schnellen und transparenten firmeninternen Kommunikation gehabt, um unnötigen Gerüchten vorzubeugen. Die entsprechende Information sei nur an das Kader gegangen, sei inhaltlich korrekt gewesen und habe keine weitergehenden und wertenden Äusserungen enthalten. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung des Klägers liege nicht vor (Urk. 27).

III.

1. Der Arbeitnehmer hat gegenüber seinem Arbeitgeber eine grundlegende Treuepflicht. Er hat die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren, um den Erfolg der Arbeitsleistung zu sichern. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Die Treuepflicht findet aber ihre Grenze an der Wahrnehmung der berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers, wobei das Mass der Loyalität bei einem leitenden Angestellten höher ist und seine Eigeninteressen in grösserem Masse hinter die Interessen der Arbeitgeberin zurück zu treten haben. Ob der Arbeitnehmer Organstellung in der Unternehmung des Arbeitgebers hat, ist insofern nicht von Bedeutung. Hätte er aber Organstellung, so käme zur arbeitsvertraglichen Treuepflicht noch die organschaftliche Treuepflicht gegenüber der juristischen Person dazu, welche u.a. dazu führt, dass der Arbeitnehmer seine - arbeitsvertraglich berechtigten - Eigeninteressen in weiterem Ausmass hinter diejenigen der Gesellschaft stellen müsste (BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 N 15ff). Ein Verstoß gegen die allgemeine gesetzliche Treuepflicht liegt u.a. vor bei der Begehung von Delikten gegen den Arbeitgeber, bei der Abwerbung von Mitarbeitern oder bei der Konkurrenzierung des Arbeitgebers durch eine Nebentätigkeit (vgl. dazu Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Art. 321a N 4). Im gekündigten Arbeitsverhältnis ist das aus der allgemeinen Treuepflicht abgeleitete Konkurrenzverbot weniger streng zu handhaben und es ist eine Abwägung der Interessenlage von Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorzunehmen. Dem Arbeitnehmer darf das künftige wirtschaftliche Fortkommen nicht unbillig erschwert werden und es muss ihm grundsätzlich ermöglicht werden, seine berufliche Zukunft nach dem Ausscheiden beim alten Arbeitgeber vorzubereiten. Will der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden auf demselben Gebiet wie der alte Arbeitgeber tätig werden, so darf er während des gekündigten, rechtlich aber noch andauernden Arbeitsverhältnisses Vorbereitungs-handlungen dafür treffen, wie die Gründung einer Firma, die Vorbereitung von Produkten und Werbematerial, die Anmietung von

Geschäftsräumlichkeiten und die Suche nach Personal. (Noch) nicht beeinträchtigen oder gefährden darf der Arbeitnehmer dadurch aber nach den allgemeinen Regeln zum nachvertraglichen Konkurrenzverbot die Marktstellung des alten Arbeitgebers, z.B. durch tatsächliche Werbung am Markt, Angehen von Kunden oder Offertstellung an Kunden des alten Arbeitgebers oder die Behändigung von Kundenlisten des alten Arbeitgebers. Entscheidend ist die Angebots-, nicht die Nachfrageseite. Verboten bleibt dem Arbeitnehmer auch das direkte, zielbewusste Abwerben von Mitarbeitern, Kunden und Lieferanten des alten Arbeitgebers – sei es im Hinblick auf die Gründung eines eigenen oder auf die Begünstigung eines fremden Unternehmens – , Vorbereitungen für die Marktregistrierung eines Konkurrenzproduktes etc. (Streiff/von Kaenel, a.a.O Art. 340 N 7 S. 833). Massgeblich ist somit, ob der ausscheidende Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist in irgendeiner Weise bereits nach aussen auf dem Markt in Erscheinung tritt und dort die Marktstellung und die Kundenbeziehungen des alten Arbeitgebers beeinträchtigt oder zumindest gefährdet. Die Möglichkeit einer Schädigung genügt bereits, der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich.

Ausfluss der Treuepflicht ist sodann die in Art. 321a Abs. 4 OR ausdrücklich geregelte Geheimhaltungspflicht. Diese bezieht sich auf Tatsachen, von denen der Arbeitnehmer im Dienst des Arbeitgebers erfahren hat, sofern diese Tatsachen nicht offenkundig und ohne grosse Recherche allgemein zugänglich sind, sondern nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind, und an denen der Arbeitgeber ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat und sein Geheimhaltungswille erkennbar ist. Unter Geschäftsgeheimnisse können je nach der konkreten Situation beispielsweise solche hinsichtlich der betrieblichen Organisation, Absatzorganisation, Kundenverzeichnisse, Preisberechnungen, Bezugsquellen, Marketingstrategien, Werbeaktionen oder Personalwesen fallen. Alle Kenntnisse, die jede Person gleicher Stufe in der betreffenden Branche normalerweise erlangt, sind als branchenüblich und Teil der persönlichen Berufserfahrung von vorneherein nicht vom Geheimnisschutz umfasst. Das fragliche Geheimnis muss vielmehr eine gewisse Originalität bzw. Exklusivität aufweisen; es muss sich um organisatorische oder finanzielle Spezialkenntnisse handeln, welche der Arbeitgeber z.B. in

seiner eigenen Werbung nicht offen legt (Streiff/von Kaenel, a.a.O. Art. 321a N 12f, Art. 340 N 12; BSK OR II-Rehbinder/Portmann Art. 321a N 15).

2. Unter den vorgenannten Aspekten sind nachfolgend die dem Kläger vorgeworfene Weiterleitung von internen Dokumenten der Beklagten an die Konkurrentin und künftige Arbeitgeberin C._____ zu prüfen.

2.1.1. Bei der weitergebenen "Mitbewerberübersicht 2009/2010" (Urk. 3/21) hat die Beklagte für ihren eigenen Gebrauch 32 ausgewählte Merkmale ihres Betriebes und ihrer Versicherungsangebote aus dem Bereich des Krankenversicherungsobligatoriums wie auch aus dem Bereich der freiwilligen Zusatzversicherungen aufgelistet und den entsprechenden Merkmalen von 6 Konkurrenten bzw. Konkurrentengruppen gegenübergestellt. Es handelt sich dabei um sehr heterogene Merkmale, so u.a. das Rating aus Kundenumfragen, Prämienhöhe, Abschluss- und Kündigungsbestimmungen, ausgewählte versicherte Leistungskategorien, angebotene Zusatzversicherungen, Prämiensparmodelle etc. Dem Kläger ist insofern zuzustimmen, dass die jeweiligen Merkmale der jeweiligen Versicherungen grundsätzlich nicht geheim und bei einer zielgerichteten Recherche im Internet, bei einer Auswertung der jeweiligen Versicherungsbedingungen oder auf direkte Anfrage hin jedermann zugänglich sind, auch die Prämien. Es bedarf zur Erstellung dieser Liste aber eines nicht unerheblichen Arbeitsaufwandes, müssen die Merkmale doch aus zahlreichen und unterschiedlichen Quellen zusammengetragen, allenfalls - wie die künftigen Prämien der Konkurrenz - individuell erfragt und in geeigneter Form aufbereitet werden. Die Liste erscheint damit als äusserlich sichtbares Resultat einer wesentlichen Arbeitsleistung, welche die Beklagte im Hinblick auf ihre Stellung im Markt und im Wettbewerb um Kunden erbracht hat. Wer sich, wie vorliegend die C._____, diese Liste als Arbeitsprodukt eines Dritten beschaffen kann, kann ohne weiteres seine eigene Wettbewerbsposition im Vergleich zur Konkurrenz ablesen und erspart sich damit erhebliche eigene Arbeitsaufwendungen zur Informationsbeschaffung und -aufbereitung. Sodann erscheint die Auswahl der verglichenen Kriterien als Resultat einer individuellen, intellektuellen Leistung, wären doch auch noch zahlreiche andere Merk-

male als Grundlage für einen Versicherungsvergleich denkbar. Die getroffene Kriterienauswahl erscheint damit auch als Spiegel der Unternehmensphilosophie der Beklagten; sie zeigt, welche Kriterien sie im Konkurrenzvergleich als massgeblich erachtet und wo grössere Unterschiede und damit allfällige Stärken und Schwächen vorliegen. Dieser Kriterienauswahl kommt auch deshalb Bedeutung zu, weil im Bereich der obligatorischen Grundversicherung das Leistungsangebot und die vertraglichen Gestaltungsfreiheiten sehr eingeschränkt sind. Eine Krankenversicherung kann sich hier, nebst der Prämienhöhe, nur im Detailbereich oder durch weiche Faktoren von der Konkurrenz abheben, oder dann aber durch Zusatz- bzw. Sparangebote der verschiedensten Art. Aus der Übersicht allein ergibt sich zwar noch keine unmittelbare Marktstrategie oder ein Marketingplan für die - damals unmittelbar bevorstehende - Hauptverkaufssaison im 4. Jahresquartal (Quartal der öffentlichen Prämienbekanntgabe, der Vertragskündigungen und der Kassenwechsel). Eine branchenkundige Konkurrentin kann aus dieser Übersicht aber dennoch in einem gewissen Umfang die Unternehmensphilosophie und die Stossrichtung erkennen, wie sich die Beklagte im Markt zu positionieren gedenkt bzw. in welche Richtung sie ihre Aktivitäten allenfalls weiter entwickeln könnte. Die branchenkundige Konkurrentin ersieht daraus auch ihre eigene Marktposition im Vergleich zu jener der Beklagten und der weiteren Versicherer. Auch wenn neue, innovative Versicherungsprodukte oder Leistungen einer Krankenversicherung von der Konkurrenz innert kurzer Zeit nachgeahmt werden, wie der Kläger geltend macht, so hat die Erstanbieterin doch den Startvorteil und in den ersten Jahren einen entsprechenden kommerziellen oder zumindest imagemässigen Vorsprung. Daher hat die Konkurrenz ein erhebliches Interesse zu erkennen, in welche Richtung sich die Beklagte mutmasslich weiter zu entwickeln gedenkt, und ihr dabei allenfalls zuvor zu kommen. In diesem Sinne war die Mitbewerberübersicht der Beklagten für die C. _____ auch wettbewerbsmässig von einer gewissen Bedeutung.

2.1.2. Wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis unbefugt verwertet, begeht unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 5 lit. a UWG. Vorausgesetzt wird dafür, dass die Arbeit eine gewisse geistige und/oder materielle Anstrengung erfordert

hat, das Ergebnis eine materielle Erscheinungsform aufweist und mindestens im Vorfeld der wirtschaftlichen Verwertung einer Leistung anzusiedeln ist; ein bereits marktreifes Produkt braucht noch nicht vorzuliegen. Dazu zählen etwa Vorentwürfe, Studien, Konzepte o.ä. Das Arbeitsergebnis darf weiter nicht allgemein bekannt sein, ohne dass es aber absolut geheim zu sein braucht. "Anvertraut" ist ein Arbeitsergebnis bereits dann, wenn keine Verwertung ausserhalb des Zwecks der Übergabe erfolgen darf. Eine Verwertungshandlung im Sinne der zitierten Bestimmung liegt immer dann vor, wenn das im Arbeitsergebnis verkörperte Wissen wirtschaftlich genutzt wird; darunter fällt die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten zu wirtschaftlichen Zwecken (Stämpfli's Handkommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, Brauchbar Birkhäuser, Art. 5 N 9ff, N 15, N 21; J. Guyet, in SWR V/1 S. 212ff; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, S. 726ff). Die vorsätzliche Verletzung dieser Bestimmung stellt gleichzeitig auch einen strafbaren Vergehenstatbestand dar (Art. 23 UWG).

Mit der bewussten Weitergabe der "Mitbewerberübersicht" an seine künftige Arbeitgeberin C. _____ hat der Kläger Art. 5 lit. a UWG verletzt und damit eine strafbare Handlung zulasten seiner alten Arbeitgeberin begangen. Wie vorstehend ausgeführt, handelt es sich bei dieser Zusammenstellung von Kenndaten um eine geistige Leistung, die in einer schriftlichen Tabelle ihren Niederschlag gefunden hat und welche im Sinne eines Grundlagenpapiers zwecks Nutzung im wirtschaftlichen Wettbewerb mit Mitkonkurrenten, somit im Vorfeld der Erbringung einer wirtschaftlichen Leistung, erstellt wurde. Die darin verzeichneten Daten waren je einzeln zwar öffentlich zugänglich, nicht aber die zusammenfassende Übersicht und die daraus erkennbare Gewichtung durch die Beklagte. In diesem Sinne lag auch eine zweckgerichtete Vertraulichkeit vor. Diese wurde in dem Sinne zutreffend deklariert, als das Papier mit dem Vermerk "Für internen Gebrauch" klassifiziert worden war. Das heisst, dass das Papier zwar innerhalb des Betriebs der Beklagten vielen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bekannt und zugänglich war, dass dieses aber ausdrücklich nicht nach aussen weiter gegeben werden und an Mitbewerber gelangen durfte. Die Behauptung des Klägers im Berufungsverfahren, diese Übersicht sei auch externen Brokern zugestellt worden (Urk. 26 S. 5),

ist als unzulässiges Novum nicht zu hören (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO); die dazu zitierte Internetfundstelle hat damit ohnehin nichts zu tun. Damit kann die Mitbewerberübersicht als dem Kläger "anvertraut" gelten. Die direkte Übergabe dieses Dokumentes ausgerechnet an eine Konkurrentin der Beklagten zur gutscheinenden Verwendung stellt sodann eine Verwertung des Arbeitsergebnisses zu wirtschaftlichen Zwecken im Wettbewerb um die Kunden dar.

Unlauterer Wettbewerb gegen die eigene Arbeitgeberin stellt zweifellos eine Verletzung der allgemeinen Treuepflicht eines Arbeitnehmers dar.

2.1.3. In der internen "Weisung zur Nutzung von PC und Internet bei B._____" statuiert die Beklagte auf Seite 4 oben unter dem Titel "Datentransfer" ein allgemeines Verbot der "Weitergabe von firmeneigenem oder vertraulichem Material an nicht berechnigte Dritte" (Urk. 2/23). Mit der elektronischen Weitergabe der "Mitbewerberübersicht" als ein internes Papier an aussenstehende Dritte, das zusätzlich und ausdrücklich als nur für den eigenen, internen Gebrauch gekennzeichnet war (Urk. 8/5), hat der Kläger auch gegen diese allgemeine Mitarbeiterweisung verstossen.

2.1.4. Dass der Kläger mit der Weitergabe der "Mitbewerberübersicht" ein eigentliches Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR verraten hat, ist hingegen zu verneinen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass das Papier bei der Beklagten eine grosse firmeninterne Verbreitung gefunden hat und lediglich mit dem Vermerk "zum internen Gebrauch" versehen war. Das heisst, dass man sich firmenintern offen darüber austauschen durfte und der Inhalt auszugsweise auch bei der Kundenberatung verwendet und damit an die Kunden gelangen durfte. Diese Umstände sprechen gegen die Qualität eines Geschäftsgeheimnisses im engeren Sinn, da ein solches in der Regel nur einem beschränkten Mitarbeiterkreis zugänglich ist und diesbezügliche Papiere auch entsprechend klassifiziert sind. Der Umstand, dass im Betrieb der Beklagten wegen der sensiblen Kunden- und Patientendaten grundsätzlich eine grosse Diskretion und Vertraulichkeit zu beachten ist, macht nicht jedes Papier zu betrieblichen Fragen automatisch und ohne entsprechende Kennzeichnung zu einem Geschäftsgeheim-

nis im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR. Bei der Übersicht handelt es sich weiter um ein Grundlagenpapier, in dem grundsätzlich allgemein zugängliche Einzeldaten enthalten sind. Auch von da her ist der Geheimnischarakter bzw. der Geheimhaltungswille der Beklagten nicht offenkundig. Um das Papier und den aus der Gesamtübersicht durch eine branchenkundige Konkurrentin ableitbaren Informationsgehalt eindeutig zum Geschäftsgeheimnis werden zu lassen, hätte es unter den vorliegenden Umständen einer klareren bzw. ausdrücklichen Willenskundgabe der Beklagten bedurft. Allein aufgrund der objektiven Umstände war ein strikter Geheimhaltungswille der Beklagten nicht erkennbar.

2.2. Die Beklagte wirft dem Kläger weiter vor, während der Arbeitszeit und unter Benützung der elektronischen Betriebsmittel der Beklagten seine künftige Arbeitgeberin hinsichtlich des Standortes für die Eröffnung einer Filiale beraten zu haben.

Der diesbezügliche aktenkundige Mailverkehr umfasst den Empfang von zwei und die Versendung einer EMail an insgesamt 2 Tagen (Urk. 8/7). Die dafür beanspruchten Betriebsmittel und Arbeitszeit waren daher äusserst gering und sind zu vernachlässigen. Kommt dazu, dass die Beklagte in ihrer Weisung zur Benützung der elektronischen Betriebsmittel (Urk. 3/23) nicht jeden Privatgebrauch untersagt, sondern die Benützung v.a. unter Sicherheitsaspekten einschränkt. Eine Zuwiderhandlung gegen die interne Weisung zum elektronischen Verkehr liegt nicht vor. Inhaltlich geht es bei diesem Mailverkehr darum, dass der künftige Vorgesetzte den Kläger fragt, was er zu zwei möglichen Adressen für die Agentur in Z._____ und den dortigen Platzverhältnissen und Mietkosten denkt und ihn zur Besichtigung der Standorte auffordert. Es geht nicht etwa um eine allgemeine Beratung, in welcher Stadt oder Gemeinde markttechnisch ein günstiger Standort für eine C._____-Agentur liegen könnte. In seiner kurzen Antwort weist der Kläger auf die Notwendigkeit einer schönen und repräsentativen Agentur hin "(Stichworte : Markenführung, Arbeitgeberattraktivität)", beurteilt die eine der vorgeschlagenen Adressen als zu wenig zentral, und regt Verhandlungen über die Kosten der zweiten Adresse an. Er verspricht, sich auch noch weiter umzusehen. Als Antwort darauf teilt ihm der künftige Vorgesetzte dann die Anzahl der benötigten Arbeitsplätze,

Nebenräume und m²-Zahlen mit. Dieser Meinungs austausch allein kann noch nicht als Aufnahme einer Konkurrenz tätigkeit während bestehendem Arbeitsverhältnis eingestuft werden. Es ging um nichts anderes als die Anmietung von Geschäftsräumen zur Vorbereitung der beruflichen Tätigkeit nach dem Ausscheiden bei der Beklagten. Lehre und Rechtsprechung betrachten dies als nicht kundenbezogene Aktivität am Markt und damit als zulässig. Dass im damaligen Zeitpunkt erst der neue Arbeitsvertrag des Klägers mit der C._____ unterzeichnet, der alte mit der Beklagten aber noch nicht gekündigt war, ist nicht weiter von Bedeutung. Wenn der Kläger in seiner eigenen Mail sodann darauf hinweist, dass der Agenturstandort für Mitarbeiter wie für Kunden schön und repräsentativ sein müsse, so sind dies banale Feststellungen und keine Weitergabe eines spezifischen Knowhows, das er bei der Beklagten in Erfahrung gebracht hat. Der zitierte Mailverkehr des Klägers vom 16./17. September 2009 stellt daher für sich allein noch keine relevante Treuepflichtverletzung dar.

2.3. Der Kläger hat unbestrittenermassen seiner künftigen Arbeitgeberin C._____ am 1. September 2009, d.h. vor dem Abschluss seines Arbeitsvertrages am 16. September 2009, auf deren Wunsch hin das Reglement der Beklagten über die Benützung von Geschäftsfahrzeugen und das Merkblatt zu der den Mitarbeitern offerierten Kollektiv-Kaskoversicherung überlassen (Urk. 8/11+12). Letztere waren Bestandteil des Arbeitsvertrages des Klägers mit der Beklagten (Urk. 3/3), waren damit keine ausschliesslich firmeninternen Papiere und unterlagen demgemäss grundsätzlich der freien Verfügungsberechtigung des Klägers. Dass der Kläger seine eigenen Anstellungsbedingungen in umfassender Weise geheim zu halten hatte, macht die Beklagte nicht geltend, und wäre auch nicht üblich. Der Kläger durfte diese Papiere daher grundsätzlich mindestens für sein weiteres wirtschaftliches Fortkommen wie z.B. bei der Aushandlung eines neuen Arbeitsvertrages im Sinne der Vorbereitung seiner künftigen Erwerbstätigkeit nutzen. Kommt dazu, dass die erwähnten Unterlagen zur Entschädigung von Geschäftsfahrten keinen aussergewöhnlichen Inhalt aufweisen oder sonstwie besonders innovativ wären und der Beklagten bei der Personalrekrutierung einen exklusiven Vorsprung gewähren würden. Sie sind in ähnlicher Form, wenn auch mit anderen

Zahlen, in vielen grösseren Firmen bei Verträgen mit Kadermitgliedern anzutreffen. Wohl ersparte sich die C. _____ mit der Übergabe dieser Papiere die Erstellung eines eigenen Konzepts oder die Besorgung eines anderen Musters für die Entschädigung von Dienstfahrten (Urk. 8/9). Einen Marktvorteil im Kundenwettbewerb erlangte sie damit aber nicht.

Allein mit der Weitergabe des Reglements und des Merkblattes hat der Kläger daher weder weisungswidrig ein firmeninternes Dokument Dritten zugänglich gemacht noch ein Betriebsgeheimnis verletzt oder die Beklagte konkurrenziert.

2.4. Der Kläger hat sich schliesslich am 22. August 2009 das Personaldossier eines Stellenbewerbers der Beklagten an seine private EMail-Adresse geschickt (Urk. 8/13). Was damit in der Folge geschehen ist, ist unbekannt. Dass der Bewerber später bei der C. _____ angestellt wurde, ist - entgegen der Vorinstanz - nicht erwiesen.

Mit der Zustellung dieses Dossiers an die private EMail-Adresse hat der Kläger die Weisungen der Beklagten über den elektronischen Umgang mit Firmendaten (Urk. 3/23) verletzt. Die Beklagte hält dort zu Recht fest, dass der Weg elektronischer Nachrichten nach dem Verlassen des firmeninternen Netzwerkes nicht mehr kontrolliert werden kann und die Gefahr besteht, dass solche Nachrichten über Internetverbindungen in die Hände unbefugter Dritter gelangen. Wer Firmendokumente wie das Dossier eines Stellenbewerbers derart versendet, verstösst klar gegen die erlassene Weisung. Bei Stellenbewerberdossiers handelt es sich überdies um grundsätzlich sensible Daten, die firmenintern diskret zu behandeln sind. Ein Verstoss gegen die Sicherheitsweisungen im elektronischen Verkehr bezüglich solcher Daten wiegt daher nicht leicht.

Dem Kläger ist zuzugestehen, dass er grundsätzlich befugt war, zuhause zu arbeiten, und dass die Begutachtung von Bewerberdossiers zu seinem Aufgabenbereich bei der Beklagten gehörte. U.a. gerade für Arbeiten ausserhalb des Arbeitsplatzes stand ihm aber ein firmeneigenes Notebook zur Verfügung und er hätte das Bewerbungsdossier, falls nötig, auf diesem abspeichern können. Es bestand keinerlei Anlass oder Notwendigkeit, sich dieses Dossier privat zuzuschicken. Wohl ist nicht erwiesen, dass der Kläger das Dossier im Hinblick auf die ge-

plante Anstellung von Mitarbeitern für die neu zu gründende Agentur der C._____ in Z._____ dieser vorgelegt hat. Demgemäss ist auch der Versuch eines sinngemässen "Abwerbens" von potentiellen Mitarbeitern der Beklagten nicht erwiesen, was eine klare Treuepflichtverletzung darstellen würde. Mangels überzeugender Erklärungen des Klägers für sein Verhalten ist das Misstrauen der Beklagten indessen nachvollziehbar.

3. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Kläger mit seiner Meinungsäusserung zu möglichen Standorten für die neue C._____ -Agentur Z._____ sowie mit der Übergabe der schriftlichen Unterlagen zur Entschädigung des Geschäftsfahrzeugs und zur Kollektiv-Kaskoversicherung die Beklagte nicht konkurrenziert hat noch unzulässigerweise firmeninterne Dokumente weiter gegeben hat. Mit der Übersendung des Bewerberdossiers an seine Privatadresse hat er hingegen gegen die Weisungen der Beklagten zum elektronischen Datenverkehr verstossen, ebenso mit der Weiterleitung der "Mitbewerberübersicht" an seinen künftigen Vorgesetzten bei der C._____. Die Weiterleitung der ihm anvertrauten "Mitbewerberübersicht" stellt gleichzeitig einen Verstoss gegen Art. 5 lit. a UWG und damit eine strafbare Handlung dar, selbst wenn dieses Dokument nicht als eigentliches Betriebsgeheimnis gelten kann. Der Kläger war bei der Beklagten im Verkaufsbereich und in der Entwicklung ihrer Marketingstrategien tätig. Er war noch massgeblich an der Konzeption der Werbekampagne 2009 der Beklagten für das 4. Kalenderquartal 2009 beteiligt. Er bereitete firmenintern auch die Regionaldirektoren-Tagung vom 25. September 2009 zu u.a. diesen Themen vor (Urk. 23/2, Urk. 14 S. 4). Er war daher ohne weiteres in der Lage, seiner künftigen Arbeitgeberin die "Mitbewerberübersicht" allenfalls auch noch ergänzend zu erläutern und damit den Wert dieser Übersicht für die C._____ massgeblich zu erweitern. Dank den daraus ableitbaren Erkenntnissen zu den Markt- und Werbestrategien der Beklagten war es der C._____ im September allenfalls sogar noch möglich, ihre eigene Werbekampagne für das 4. Quartal 2009 den Erkenntnissen aus dem Grundlagenpapier anzupassen. Die Weitergabe der "Mitbewerberübersicht" muss vor diesem Hintergrund daher als erheblicher Verstoss gegen die Treuepflicht des Klägers gewertet werden.

4. Die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers aus wichtigen Gründen ist gerechtfertigt, wenn es der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, den Arbeitnehmer während der Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Die Verfehlungen des Arbeitnehmers müssen objektiv geeignet sein, das nötige Vertrauen der Arbeitgeberin zu zerstören oder schwer zu erschüttern. Dies ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch anhand der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Schwere der Verfehlung und allfälliger vorausgegangener Verwarnungen zu entscheiden.

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende Dezember 2009 ist zunächst auf die interne Stellung des Klägers bei der Beklagten hinzuweisen. Er gehörte der Direktion der Beklagten an und war unter den obersten 20 Führungskadern eines Betriebs mit rund 1'700 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Er war Verkaufsleiter im Bereich Privatkunden, also in jenem Bereich, der nicht vom gesetzlichen Obligatorium erfasst ist und wo die Krankenversicherungen einen grossen Gestaltungsspielraum haben, wo das Geschäft lukrativer, aber auch die Konkurrenz entsprechend härter ist (Urk. 14 S. 3). In dieser Funktion oblag dem Kläger u.a. die Beobachtung der Marktentwicklung, die Erarbeitung von Marketing- und Verkaufskonzepten sowie die direkte Massnahmenplanung zur Markt- und Zielgruppendurchdringung (Urk. 8/3). Er war ein entscheidender Informations- und Geheimnisträger der Beklagten und verfügte über wichtige und sensible Daten aus dem Kerngeschäft der Beklagten. Er hatte dementsprechend eine sehr hohe Vertrauensstellung inne. Ein Treuebruch in dieser Position wiegt doppelt schwer. Dass der Kläger keine im Handelsregister eintragungspflichtige Unterschriftsberechtigung besass, ändert daran nichts. Aufgrund seiner Funktionen war er vornehmlich im Innenbereich der Beklagten tätig und musste sie nicht im wichtigen Geschäftsverkehr mit Dritten verpflichten können.

Die vom Kläger an die C._____ weiter gegebenen Informationen erfolgten sodann in einem grundsätzlich kritischen Zeitpunkt. Der Kläger führt selber aus, dass das 4. Kalenderquartal die wesentliche Verkaufssaison für Krankenversicherer ist,

wenn die Kunden die Versicherungsverträge kündigen und die Krankenkasse wechseln können. Entsprechend konzentrieren die Krankenversicherer ihre Werbemaßnahmen auf diese drei Monate bzw. setzen dann ihre Marktstrategien konkret um (Urk. 14 S. 5). Entsprechend gehen bei der Beklagten in diesem Quartal laufend Informationen über die Geschäftsentwicklung und ihre Position im Wettbewerb ein. Die Kündigung und "innere Verabschiedung" eines zentralen Informations- und Geheimnisträgers, der an der Planung der Marketingstrategie und der Werbeoffensive entscheidend mitgewirkt hat, zwecks Wechsels zur Konkurrenz stellte für die Beklagte in diesem Zeitpunkt ganz grundsätzlich ein großes Risiko dar. Erfolgt in diesem Zeitpunkt eine unzulässige Weitergabe von firmeneigenen Dokumenten von einiger Relevanz aus dem eigenen Kernressort (Mitbewerberübersicht) an die Konkurrenz, so kommt dieser Treuepflichtverletzung als Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs aufgrund des zeitlichen und betrieblichen Umfeldes ein zusätzliches und maßgebliches Gewicht zu.

Dazu sind vorliegend noch die weiteren Umstände mit in Betracht zu ziehen. Auch wenn die Beratung der C._____ hinsichtlich eines Agentur-Standortes und die Übergabe von Anstellungsdokumenten für sich allein noch zulässig waren, so musste in Verbindung mit den weiteren, unzulässigen Informationsweitergaben für die Beklagte der Eindruck entstehen, dass der Kläger ganz allgemein bereit war, firmeninternes Knowhow der Beklagten falls gewünscht an die C._____ weiterzuleiten. Im Raum stand auch noch die nur schwer erklärbare, in jedem Fall aber weisungswidrige Weiterleitung eines Stellenbewerberdossiers in den Privatbereich des Klägers. Da der Kläger ein zentraler Geheimnisträger war, ergab sich für die Beklagte aus der Gesamtheit dieser Umstände eine erhebliche Risikoeinschätzung, insbesondere angesichts der unmittelbar bevorstehenden Hauptverkaufssaison. Kommt dazu, dass der Kläger erst am Abend des 25. September 2009, d.h. am Ende der Regionaldirektoren-Tagung, mündlich kündigte, obschon er den neuen Arbeitsvertrag bereits am 16. September 2009 unterzeichnet hatte. Dass der Kläger offensichtlich noch diese Tagung abwartete, bevor er seinen Weggang zur Konkurrenz kommunizierte, durfte und musste die Beklagte zusätzlich misstrauisch und hellhörig machen. Es musste der Eindruck entstehen, dass

der Kläger ein grosses Interesse an den dort besprochenen Themen und den dort erhältlichen aktuellen Markt- und Verkaufsinformationen hatte, und eine Ausladung von dieser Tagung nicht riskieren wollte. Dies gilt unabhängig davon, wer der C._____ noch gleichentags oder am Folgetag vertrauliche Informationen aus dieser Tagung zukommen liess.

Unter diesen Umständen ist es objektiv nachvollziehbar, dass der Beklagten nach Kenntnisnahme des Mail-Verkehrs des Klägers mit der C._____ und der Dokumentenübergabe an diese das notwendige grundlegende Vertrauen in die Loyalität des Klägers für die Fortführung der Zusammenarbeit fehlte. Eine blosser Abmahnung mit Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der für die Beklagte wichtigen Verkaufssaison bis Ende 2009 war ihr nicht mehr zuzumuten. Das Risiko eines weiteren Treuebruchs oder eines Geheimnisverrats während der entscheidenden Werbe- und Verkaufssaison war zu hoch. Der Kläger kannte alle internen, vertraulichen Geschäftsdaten im Bereich Verkauf und Marketing sowie die geplanten Verkaufsaktionen im 4. Quartal. Die Beklagte konnte ihm den Zugang dazu zwar nicht mehr sperren, sondern nur noch den Zugang zu den sich aus der Entwicklung der Verkaufssaison laufend ergebenden neuen, vertraulichen Daten und Erkenntnissen. Bei einer nutzbringenden Beschäftigung des Klägers während der Kündigungszeit wäre die Fernhaltung des Klägers von solchen neuen Informationen angesichts seiner Position und seiner internen Vernetzung indessen praktisch nur sehr schwer zu bewerkstelligen gewesen. Als Mitglied der Direktion war dem Kläger seine Vertrauensstellung und das hohe Missbrauchspotential so dann von Anfang an bewusst und er brauchte nicht erst durch eine Abmahnung an seine Pflichten und die Konsequenzen eines Vertrauensmissbrauchs hingewiesen zu werden. Die fristlose Entlassung des Klägers war daher auch von einem objektiven Standpunkt aus und ohne weitere Abmahnung berechtigt. Dies führt zur Abweisung der Klageforderungen des Klägers, soweit diese auf der Annahme einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung fussen (Art. 337c Abs. 1 und 3 OR).

5. War die fristlose Entlassung des Klägers als Direktionsmitglied und Verkaufsleiter Privatkunden gerechtfertigt, so war es legitim, dass die Beklagte ihr Kader (bis hinunter zur Stufe Abteilungsleitung) mittels einer kurzen schriftlichen Mitteilung darüber informierte (Urk. 3/6). Dies entspricht einer allgemeinen betrieblichen Kommunikationskultur. Die Mitteilung war vorliegend umso legitimer, als am 30. September 2009 die Leitung des Departements Privatkunden in einer wichtigen Geschäftsphase verwaist war und das Kader zwingend über die ad interim-Leitung dieses Departementes informiert werden musste. Dass die Beklagte dabei kurz auf den Grund der Kündigung hinwies ("Leider mussten wir feststellen, dass er Daten von der B. _____ missbräuchlich an die C. _____ weitergeleitet hat. Wir akzeptieren ein solches Verhalten nicht und haben deshalb Herrn A. _____ heute fristlos gekündigt."), war ebenfalls berechtigt, um Spekulationen und - allenfalls falschen - Gerüchten zum unvermittelten Abgang des Klägers zuvor zu kommen. Die Mitteilung war inhaltlich richtig, stellte bloss die Fakten fest und verzichtete auf eine Wertung des Verhaltens. Beim unbeteiligten Leser musste nicht zwingend der Eindruck entstehen, es sei etwas ganz Gravierendes passiert, das normalerweise denkbare Gründe für eine fristlose Entlassung bei weitem übersteigt. Es handelt sich mitnichten um ein "Rundschreiben" an alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beklagten. Wenn aufgrund des erweiterten Empfängerkreises (Kader) sich die Nachricht bis in die Regionaldirektionen hinaus verbreitete, so liess sich dies nicht vermeiden und wäre auch im Falle der unkontrollierten Verbreitung allenfalls falscher Gerüchte um den plötzlichen Abgang des Klägers nicht zu verhindern gewesen. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung des Klägers ergibt sich jedenfalls aus dieser Mitteilung nicht. Das Begehren des Klägers um Verpflichtung der Beklagten zu einer Entschuldigung und zur Bezahlung einer Genugtuung ist daher ebenfalls - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - abzuweisen.

IV.

Ist die Klage somit im Berufungsverfahren vollumfänglich abzuweisen, wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig.

Bereits die Vorinstanz hat den Kläger infolge seines Unterliegens kosten- und entschädigungspflichtig erklärt. Für den Fall eines Unterliegens im Berufungsverfahren blieben diese Kostenfolgen unangefochten, insbesondere auch die richterliche Schätzung des Streitwertes auf Fr. 80'000.- (Urk. 27 S. 12). Das vorinstanzliche Urteil ist daher auch in diesem Punkt zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Kläger und Berufungskläger wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 80'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Clausen

versandt am:

mc