

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130012-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und lic. iur. M. Spahn,
Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. L. Stünzi

Beschluss vom 13. August 2013

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung,
vom 17. April 2013 (AF130002-L)**

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) war für die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) seit dem 20. Januar 2010 als Personalberater/Personalvermittler tätig (Urk. 3/2, Urk. 9/19+20). Die Parteien vereinbarten ein einjähriges Konkurrenzverbot mit Realerfüllungsabrede (Urk. 3/2 S. 5 f.). Am 7. Januar 2013 kündigte der Beklagte das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis per 28. Februar 2013 (Urk. 3/3). Er wurde umgehend freigestellt und mit Schreiben vom 14. Januar 2013 auf das Konkurrenz- und Abwerbeverbot gemäss Ziffer 5 des Arbeitsvertrags aufmerksam gemacht (Urk. 3/4). Seit dem 4. März 2013 war der Beklagte für die C._____ AG als Personalvermittler tätig (Urk. 11 S. 8, Prot. I S. 21). Dieses Arbeitsverhältnis wurde seitens der C._____ AG mit Schreiben vom 22. Mai 2013 auf den 31. Mai 2013 gekündigt (Urk. 42).

2. Mit Eingabe vom 13. März 2013 ersuchte die Klägerin die Vorinstanz um den (superprovisorischen) Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 1). Sie beantragte, es sei dem Beklagten unter Androhung von Ungehorsamsstrafe und Ordnungsbusse zu verbieten, bis am 28. Februar 2014 eine die Klägerin konkurrenzierende Tätigkeit auszuüben, insbesondere für die C._____ AG, D._____ (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 14. März 2013 wies die Vorinstanz den Antrag um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab; gleichzeitig lud sie die Parteien auf den 2. April 2013 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vor (Urk. 4). Anlässlich der Verhandlung vom 2. April 2013 ersuchte der Beklagte um Abweisung des Massnahmebegehrens, eventualiter um Leistung einer Sicherheit in der Höhe von Fr. 114'498.– durch die Klägerin und um Beschränkung des Konkurrenzverbots nach Ermessen des Gerichts (Urk. 11 S. 2). Am 4. und am 5. April 2013 erstattete die Klägerin zwei Noveneingaben (Urk. 12, Urk. 13/22+23; Urk. 14, Urk. 15, Urk. 16/24). Mit Verfügung vom 17. April 2013 verbot die Vorinstanz dem Beklagten unter Androhung von Ungehorsamsstrafe im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab dem 1. Juni 2013 eine die Klägerin konkurrenzierende Tätigkeit im Bereich Personalvermittlung, insbesondere für die C._____

AG, D._____, auszuüben. Im Übrigen wies sie das klägerische Massnahmebegehren und die Eventualanträge des Beklagten ab (Urk. 17 = Urk. 20).

3. Gegen die ihm am 19. April 2013 zugestellte Verfügung führt der Beklagte mit Eingabe vom 26. April 2013 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 19 S. 2):

- "1. Es sei die Vollstreckung der durch die Verfügung der Präsidentin der 1. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich als Einzelrichterin vom 17. April 2013 i.S. B.____ AG gegen A.____ (Geschäfts-Nr. AF130002-L/U) angeordneten vorsorglichen Massnahmen aufzuschieben;
2. Es sei die Verfügung der Präsidentin der 1. Abteilung des Arbeitsgerichtes Zürich als Einzelrichterin vom 17. April 2013 i.S. B.____ AG gegen A.____ (Geschäfts-Nr. AF130002-L/U) aufzuheben;
3. Es sei das Gesuch um vorsorglichen Rechtsschutz der Berufungsgegnerin vollumfänglich abzuweisen;
4. Eventualiter, es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. Subeventualiter,
 - a. es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten für die Realexekution eine Sicherheit in Höhe von CHF 114'498.00 beim Gericht zu hinterlegen,
 - b. es sei das Konkurrenzverbot nach Ermessen des Gerichtes zu beschränken,
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsgegnerin."

Mit Poststempel vom 1. Mai 2013 erfolgte die Nachreichung einer Beweisofferte (Urk. 26). Mit Verfügung vom 7. Mai 2013 wurde das Gesuch des Beklagten um Aufschub der Vollstreckung des angefochtenen Entscheids abgewiesen (Urk. 24). Am 16. Mai 2013 leistete der Beklagte fristgerecht einen Vorschuss von Fr. 5'450.– (Urk. 25). Die Berufungsantwort ging am 18. Juni 2013 (Urk. 28) ein und wurde dem Beklagten samt einer tags darauf eingegangenen Nachtragseingabe (Urk. 32) am 24. Juni 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38). Der Beklagte liess sich mit Eingaben vom 28. Juni und 1. Juli 2013, die Klägerin mit Eingabe vom 10. Juli 2013 erneut vernehmen (Urk. 41, Urk. 43 und Urk. 45). Auch diese Stellungnahmen wurden der Gegenpartei jeweils zur Kenntnisnahme übermittelt (Urk. 46 und Urk. 47).

II.

1.1 Angefochten ist ein erstinstanzlicher Entscheid über vorsorgliche Massnahmen in einer Sache mit einem Fr. 10'000.– übersteigenden Streitwert (Art. 308 ZPO). Die Berufungsfrist von zehn Tagen ist eingehalten (Art. 314 ZPO). Die Berufung erweist sich damit grundsätzlich als zulässig.

1.2 Die Vorinstanz hat in der Sache entschieden, ihren Entscheid indes als Verfügung bezeichnet. Entscheidet das Gericht eine Sache materiell, hat es ein Urteil zu fällen (§ 135 GOG). Die fehlerhafte Bezeichnung bleibt indes ohne praktische Auswirkungen, da die ZPO nicht auf die Bezeichnung des Entscheids abstellt.

2.1 Der Beklagte rügt unter anderem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV). Gemäss angefochtenem Entscheid (Erw. IV. 3.2, S. 18 unten) habe die Klägerin der Vorinstanz nach Abschluss der Verhandlungen weitere Beweismittel zukommen lassen. Über diese Korrespondenz, die offensichtlich in die Entscheidungsfindung eingeflossen sei, sei der Beklagte weder durch den Vertreter der Klägerin noch durch die Vorinstanz informiert worden. Auch habe der Beklagte dazu nicht in der geringsten Weise Stellung nehmen können. Bis heute kenne der Beklagte den Inhalt der Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Klägerin nicht. Werde im Rechtsmittelverfahren eine Gehörsverletzung durch die Vorinstanz festgestellt, werde der Entscheid unabhängig davon, ob das Urteil ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs aufgehoben. Mithin sei die Verfügung der Vorinstanz (auch) aus diesem Grund aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 19 Ziff. 154 bis 158 und Ziff. 212).

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Ist er verletzt worden, führt dies ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann, oder wenn die Rück-

weisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (BGE 137 I 195, 197 E. 2.3.2). Die entsprechende Rüge ist daher vorweg zu behandeln.

2.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Die Wahrnehmung des sog. Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei zugestellt wird. Den Verfahrensbeteiligten steht ein Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen unabhängig davon zu, ob diese Eingaben neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Das Gericht muss vor Erlass seines Urteils eingegangene Vernehmlassungen den Beteiligten zustellen, damit diese sich darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGE 137 I 195, 197 E. 2.3.1). Befindet sich eine nicht zugestellte Eingabe bei den (erstinstanzlichen) Akten, kann eine Heilung im Rechtsmittelverfahren nicht mit dem blossen Hinweis auf das einer Partei (innerhalb der Rechtsmittelfrist) zustehende Akteneinsichtsrecht erfolgen. Selbst wenn eine Partei durch den Endentscheid von der Gehörsverletzung Kenntnis erhält, wäre im Hinblick auf eine allfällige Heilung im Rechtsmittelverfahren unabdingbar, dass die Rechtsmittelinstanz die fraglichen Eingaben von sich aus zustellt, damit sich die betroffene Partei dazu äussern kann (BGE 137 I 195, 198 f. E. 2.6).

2.4 Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz dem Beklagten die Noveneingaben der Klägerin vom 4. und 5. April 2013 samt Beilagen (Urk. 12, Urk. 13/22+23, Urk. 14, Urk. 15, Urk. 16/24) nicht zugestellt hat. Originale und Doppel befinden sich noch bei den erstinstanzlichen Akten. Im angefochtenen Entscheid erwog die Vorinstanz dazu, angesichts der Tatsache, dass diese zusätzlichen Behauptungen und Unterlagen nur untergeordnete Bedeutung hätten, erweise sich das Verfahren als spruchreif (Urk. 20 S. 2). Bei der Prüfung der Voraussetzungen der Realvollstreckung berücksichtigte die Vorinstanz die von der Klägerin im Nachgang zur Verhandlung vom 2. April 2013 eingereichte E-Mail des nun ebenfalls bei der C._____ AG tätigen ehemaligen Mitarbeiters E._____, mit welcher dieser der Firma F._____, zwei Kurzprofile von Temporär-Mitarbeitern übermittelt habe. Aus den beigelegten Kurzprofilen (Urk. 16/24) sei ersichtlich, dass diese Tempo-

rär-Mitarbeiter bereits vorgängig bei der Klägerin von E._____ betreut worden seien (Urk. 20 S. 18).

2.5 Die Klägerin stellte sich in der Berufungsantwort auf den Standpunkt, der Beklagte lege nicht dar, inwiefern "diese Beweismittel" für die Auferlegung des Verbotes entscheidend gewesen seien. Sie würden den Beklagten nicht direkt betreffen und seien damit im Gesamtkontext von untergeordneter Bedeutung (Urk. 28 S. 12 Ziff. 56).

2.6 Nach der referierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt es keine Rolle, ob die von der Klägerin eingereichten Noveneingaben und Beilagen für den Massnahmeentscheid von zentraler, bloss untergeordneter oder gar keiner Bedeutung sind. So oder anders hätten die Eingaben dem Beklagten vor Erlass des Massnahmeentscheids zugestellt werden müssen. Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt, indem sie ihm die Möglichkeit verwehrte, sich zu den klägerischen Vorbringen und Beweismitteln zu äussern. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz gestaltete sich das Verfahren nicht spruchreif.

2.7 Ob der Entscheid ohne die Noveneingaben der Klägerin anders ausgefallen wäre, kann und muss demnach nicht beurteilt werden. In diesem Zusammenhang ist aber immerhin auf die erste Noveneingabe vom 4. April 2013 zu verweisen, in welcher sich die Klägerin auf den Standpunkt stellte, mit den Noven sei die Erheblichkeit des unmittelbar drohenden Schadens als nicht wiedergutmachender Nachteil und die Dringlichkeit "umso mehr glaubhaft gemacht" (Urk. 12 S. 2). Die Vorinstanz bejahte das (für die Realvollstreckung vorausgesetzte) offensichtlich treuwidrige Vorgehen des Beklagten denn auch gerade deshalb, weil *im Zusammenwirken mit anderen ehemaligen Angestellten* beinahe ein ganzer Geschäftsbereich der Klägerin nahtlos in ein neues Unternehmen, die C._____ AG, überführt werden sollte (Urk. 20 S. 21).

2.8 Da die Noveneingaben und die dazugehörigen Beilagen dem Beklagten auch mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 20 S. 26 [Mitteilungssatz]), konnte der Beklagte diesbezüglich auch in der Berufungsbegründung nicht Stellung nehmen. Insofern wurde die Gehörsverlet-

zung im Berufungsverfahren nicht geheilt. Zwar hat die Klägerin mit ihrer Berufungsantwort die E-Mail von E. _____ vom 4. April 2013 (Urk. 13/22) mitsamt den zwei Kurzprofilen von Temporär-Mitarbeitern (Urk. 16/24) erneut eingereicht (Urk. 30/22, Urk. 30/24) und dazu teilweise die gleichen Ausführungen gemacht wie vor erster Instanz (Urk. 28 S. 8 Ziff. 33). Die Berufungsantwort und die Beilagen wurden dem Beklagten in der Folge auch zugestellt (Urk. 28, Urk. 38), ohne dass sich dieser dazu vernehmen liess (Urk. 41). Doch kann die Gehörsverletzung nicht als geheilt gelten, solange der Beklagte nicht tatsächlich über die Noveneingaben vom 4. und 5. April 2013 und über sämtliche damit eingereichten Urkunden (Urk. 12, Urk. 13/22+23, Urk. 14, Urk. 15, Urk. 16/24) verfügt. In dieser Beziehung fällt auch ins Gewicht, dass der Beklagte im Berufungsverfahren mangels Zustellung der erstinstanzlichen Aktenstücke gar nicht überprüfen konnte, ob es sich bei den mit der Berufungsantwort vorgetragene Argumenten und eingereichten Beilagen um die Wiederholung erstinstanzlicher Vorbringen oder um sog. Berufungsnoven handelt.

2.9 Eine Zustellung der beiden Noveneingaben durch die Berufungsinstanz ist nicht angezeigt. Die Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf den Instanzenzug. Auch wird durch eine Rückweisung der Vorinstanz Gelegenheit gegeben, den Streit unter Wahrung des rechtlichen Gehörs des Beklagten neu zu beurteilen. Der Beklagte hat sich in diesem Punkt denn auch für die Aufhebung des Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ausgesprochen (Urk. 19 Ziff. 158). Einen formalistischen Leerlauf bzw. eine unnötige Verzögerung stellt die Rückweisung nicht dar, wird doch dem Beklagten erstmals Gelegenheit geboten, sich zu den nach der Verhandlung vorgebrachten und in den Massnahmenentscheid eingeflossenen Noven zu äussern, wobei zu einer allfälligen Stellungnahme auch der Klägerin das rechtliche Gehör zu gewähren sein wird.

2.10 Die angefochtene Verfügung ist demnach aufzuheben und die Sache zur Gehörsverletzung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. dazu auch Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 37 zu Art. 318 ZPO; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1540).

3.1 Die weiteren vom Beklagten geltend gemachten Berufungsgründe sind demnach nicht mehr zu prüfen. Weiter einzugehen ist mit Blick auf die Fortsetzung des Verfahrens nur noch auf die Rüge, die Vorinstanz hätte angesichts der nun schriftlich vorliegenden Erklärungen von G._____, H._____, E._____, I._____ und J._____ (Urk. 22/14-17, Urk. 26) die angebotenen Zeugen (G._____ und J._____) einvernehmen müssen, um dem Beklagten den Nachweis der sexuellen Belästigung zu ermöglichen (Urk. 19 Ziff. 113). Sowohl G._____ als auch J._____ hätten kurzfristig und unvorhersehbar nicht zur Verhandlung vom 2. April 2013 erscheinen können (Urk. 19 Ziff. 110 f.). Tatsächlich habe genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um die Zeugen bis zur Inkraftsetzung des Konkurrenzverbotes (1. Juni 2013) noch einzuvernehmen (Urk. 19 Ziff. 113). Würde sich auch diese Rüge als begründet erweisen, wäre die Vorinstanz anzuweisen, die beiden Zeugen anzuhören.

3.2 Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 2. April 2013 beantragte der Beklagte, es seien die Zeugen G._____ und J._____ zu dem bei der Klägerin herrschenden Arbeitsklima (körperliche Belästigungen, niveauloses und vulgäres Vokabular, Tötlichkeiten) – woraus der Beklagte einen begründeten Anlass zur Kündigung ableitete (Art. 340c Abs. 2 OR) – durch das Gericht zu befragen (Urk. 11 S. 7 Ziff. 42 und Ziff. 44, S. 8 Ziff. 46; Prot. I S. 14, S. 16). In seinem Plädoyer führte er noch aus, er werde die beiden Zeugen an die Verhandlung mitbringen (Urk. 11 S. 7 Ziff. 45). Die Vorinstanz lehnte die angebotenen Zeugenbefragungen angesichts der Beweismittelbeschränkung des summarischen Verfahrens ab, zumal eine solche Befragung nicht bereits anlässlich der Verhandlung vom 2. April 2013 habe erfolgen können und das Verfahren durch eine Einvernahme demgemäss erheblich verzögert würde (Urk. 20 S. 14).

3.3 Im summarischen Verfahren ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen; andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO). Der Beklagte behauptet zu Recht nicht, eine Einvernahme sei durch den Verfahrenszweck oder den Untersuchungsgrundsatz geboten gewesen (Art. 254 Abs. 2 lit. b und c ZPO).

3.4 Grundsätzlich liegt es im Ermessen des Gerichts, ob es im summarischen Verfahren eine Zeugeneinvernahme durchführt (BK-Güngerich, N 4 zu Art. 254 ZPO). Keine wesentliche Verfahrensverzögerung ist zu befürchten, wenn eine Beweisabnahme bereits innerhalb der ohnehin angesetzten mündlichen Verhandlung abgenommen bzw. mit dieser verbunden werden kann. Im Übrigen ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der Dringlichkeit des Verfahrens darüber zu befinden, ab wann eine durch eine Beweisabnahme verursachte Verfahrensverzögerung als wesentlich erscheint (Chevalier, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenerberger, ZPO Komm., N 8 zu Art. 254 ZPO, mit Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 209 ZPO/ZH).

3.5 Die vom Beklagten für einen begründeten Anlass zur Kündigung vorgebrachten Anschuldigungen lassen sich offenbar urkundenmässig nicht belegen (vgl. Urk. 20 S. 14). Schriftliche Unmutsbekundungen fehlen. Der Beklagte behauptet nicht, er habe die Vorinstanz vorgängig darum ersucht, anlässlich der Verhandlung vom 2. April 2013 zwei Zeugen einzuvernehmen. Entgegen seinen Ausführungen im Plädoyer, er werde diese Zeugen an die Verhandlung mitbringen (Urk. 11 S. 7 Ziff. 45), erschienen die Zeugen am 2. April 2013 nicht vor Gericht. Bei der von der Klägerin geltend gemachten zeitlichen Dringlichkeit (Urk. 1 S. 11 f., Prot. I S. 13), der am 4. März 2013 erfolgten Arbeitsaufnahme des Klägers und einem einjährigen Konkurrenzverbot war – freilich ohne das rechtliche Gehör des Beklagten zu verletzen – Eile geboten. In dieser Situation kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie hätte die anlässlich der Verhandlung erstmals genannten Zeugen auf einen späteren Termin vorladen müssen. Der Beklagte legt im Übrigen nicht dar, dass er die Vorinstanz anlässlich oder kurz nach der Verhandlung vom 2. April 2013 über die Verhinderungsgründe informiert hätte. Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 17. April 2013 das Verbot aus Rücksichtnahme auf die berufliche Situation des Beklagten erst auf den 1. Juni 2013 hin aussprach, vermag der Beklagte nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, da sich durch weitere Beweiserhebungen nicht nur das Entscheiddatum, sondern auch die von der Vorinstanz gewährte Übergangsfrist zeitlich weiter nach hinten verschoben hätte.

3.6 Der Beklagte kontert die von der Vorinstanz "im Weiteren" angestellte Überlegung, er habe mit der Versendung pornografischen Materials den Umgangston bei der Klägerin mitgetragen (Urk. 20 S. 14), zwar mit dem Argument, der interne gelegentliche Versand von solchem Material könne nicht mit sexuellen und anderen physischen Übergriffen verglichen werden (Urk. 19 Ziff. 118). Ob dies zutrifft, braucht hier nicht geklärt zu werden. Die Versendung von Pornographie schwächte die Vorwürfe des Beklagten jedenfalls ab und liess gesamthaft betrachtet, verfahrensverlängernde Zeugenbefragungen nicht als geboten erscheinen: Zu den Umständen der Kündigung befragt, erwähnte der Beklagte zunächst mit keinem Wort, dass sexuelle Belästigungen oder ein sonstwie unerträgliches Arbeitsklima den Grund für seine Kündigung darstellten (Prot. I S. 17 f., S. 24). Entsprechende Vorwürfe lassen sich auch dem Kündigungsschreiben nicht entnehmen; darin bedankte sich der Beklagte noch für die "lange und erfolgreiche Anstellung" (Urk. 3/3). Selbst in der Klageantwort wurde nicht explizit behauptet, der Beklagte habe das Arbeitsverhältnis aus einem der aufgeführten Anlässe aufgelöst (Urk. 1 S. 3 Ziff. 6: "aus persönlichen Gründen" i.V.m. Urk. 11 S. 3 Ziff. 7: "Ziff. 6: anerkannt"; S. 7 Ziff. 41-46, S. 17 Ziff. 104-106). Erst im Zusammenhang mit dem Vorwurf, er habe ebenfalls pornografisches Material an Mitarbeiter verschickt, erklärte der Beklagte in der Befragung, das rauhe Arbeitsklima habe eine Rolle für die Kündigung gespielt, das Niveau am Arbeitsplatz sei ihm an die persönliche Substanz gegangen und er sei von der Gesamtsituation enttäuscht gewesen. Dieser – eher vagen – Aussage fügte er sogleich bei, seinem Wunsch, nach D._____ zu wechseln, sei nicht entsprochen worden (Prot. I S. 25 f.). Bei dieser Aktenlage kann der Vorinstanz kein Fehler bei der Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden, wenn sie ohne Erhebung weiterer Beweismittel zum Schluss kam, ein Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR sei nicht glaubhaft gemacht worden, zumal es nach Darstellung des Beklagten (Prot. I S. 19) bereits ab Ende 2011 schlimm geworden sein soll (vgl. zum Erfordernis der Kausalität und zum zeitlichen Konnex: BK-Rehbinder, N 3 zu Art. 340c OR, S. 247 unten; ZK-Staehelin, N 19 zu Art. 340c OR; Streiff/von Kanel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 3 und N 5 zu Art. 340c OR).

3.7 Der Beklagte beantragt der Berufungsinstanz, die Einvernahme der Zeugen G._____ und J._____ nachzuholen (Urk. 19 Ziff. 111). Im Berufungsverfahren können zwar Beweise abgenommen werden (Art. 316 Abs. 3 ZPO), doch gilt die Beweismittelbeschränkung des summarischen Verfahrens im Berufungsverfahren analog (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 25 zu Art. 314 ZPO; Seiler, a.a.O., N 1181). Da die Sache zufolge Gehörsverletzung ohne weiteres an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, kann diesem Antrag nicht entsprochen werden, zumal dadurch auch das Berufungsverfahren übermässig verzögert würde.

3.8 Der Beklagte ist der Ansicht, die Berufungsinstanz habe auf jeden Fall die neu eingereichten Erklärungen von G._____, H._____, E._____, I._____ und J._____ zu berücksichtigen (Urk. 19 Ziff. 115, Urk. 26). Nachdem das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, ist nur zu entscheiden, ob die Vorinstanz diese Bestätigungen bei der Urteilsfindung zu beachten hat. Als eigentliche schriftliche Auskünfte im Sinne von Art. 190 ZPO können die Bestätigungen aber von vornherein nicht gelten, weil sie nicht vom Gericht eingeholt wurden (BK-Rüetschi, N 21 zu Art. 190 ZPO; Weibel/Naegeli, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 7 zu Art. 190 ZPO). Es handelt sich um Berichte ohne jeglichen Beweiswert (Müller, DIKE-Komm-ZPO, N 27 zu Art. 190 ZPO). Überdies handelt es sich bei den Auskunftspersonen um ehemalige Arbeitnehmer der Klägerin (Urk. 28 S. 9 Ziff. 43), die zumindest teilweise nunmehr für die C._____ AG tätig sind (E._____, I._____ und wohl auch H._____; Prot. I S. 20, S. 22). Die Unbefangenheit dieser Auskunftspersonen ist alles andere als klar (vgl. zu dieser Voraussetzung: Weibel/Naegeli, a.a.O., N 10 zu Art. 190 ZPO). Die Vorinstanz hat diese Berichte bei der Beweiswürdigung daher ausser Acht zu lassen. Damit kann offen gelassen werden, ob es sich dabei um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 ZPO handeln würde, weil zwar sämtliche Erklärungen (Urk. 22/14-18, Urk. 26) nach dem 17. April 2013 verfasst wurden, jedoch vom Beklagten nicht dargelegt wurde, dass ihm die Einholung der offensichtlich für das Gerichtsverfahren produzierten Erklärungen resp. die Stellung eines entsprechenden Auskunftersuchens nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren möglich gewesen wäre.

3.9 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht verpflichtet war, vor ihrem Entscheid G._____ und J._____ als Zeugen zu befragen. Ob die Vorinstanz die beiden Zeugen aufgrund der sich nach Gehörs-gewährung darstellenden Sachlage dennoch einvernehmen will, bleibt ihr im Rahmen von Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO überlassen. Die im Berufungsverfahren eingereichten schriftlichen Erklärungen (Urk. 22/14-18, Urk. 26) wird sie jedenfalls nicht zu beachten haben.

III.

Bei diesem Ausgang ist für das Berufungsverfahren lediglich eine Entscheidegebühr festzusetzen. Die Liquidation der zweitinstanzlichen Prozesskosten ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 17. April 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 5'450.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden umgehend der Vorinstanz zugestellt.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 48'750.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
mc