

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130044-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 23. Juli 2014

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom
13. November 2013 (AN120058-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR Lohn im Umfang von CHF 19'500.00 brutto zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu bezahlen.
Des Weiteren sei sie zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen, d.h. CHF 19'500.00, zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die geschuldete Provision für das zweite Quartal 2012 (Monate April bis Juni 2012) im Umfang von CHF 15'170.35 brutto zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die geschuldete Provision für den Monat Juli 2012 im Umfang von CHF 5'088.90 brutto zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf Art. 329d OR eine Ferienentschädigung im Umfang von CHF 17'683.80 zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf Art. 327a Abs. 1 OR bzw. Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 4. Januar 2009 Spesenersatz im Umfang von CHF 480.00 zuzüglich Zins von 5% seit dem 24. Juli 2012 zu leisten.
6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein den gesetzlichen Anforderungen von Art. 333a OR genügendes Arbeitszeugnis auszustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (zuzüglich MwSt.)."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung:

- "1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 16'320.20 netto zuzüglich 5 % Zins seit 8. August 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
Weiter wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger $\frac{1}{4}$ der Kosten des Schlichtungsverfahrens, d.h. Fr. 145.-- zu ersetzen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'110.-- festgesetzt.

Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 3/4 und der Beklagten zu 1/4 auferlegt. Die Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von 1/4 der Gerichtskosten zu ersetzen.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 34 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. November 2013 (Geschäfts-Nr. AN120058-L / U) sei aufzuheben und es sei die Klage in diesem Punkt vollumfänglich abzuweisen;
2. Die in Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. November 2013 (Geschäfts-Nr. AN120058-L / U) festgesetzten Gerichtsgebühren seien von Amtes wegen neu festzusetzen und zu verteilen;
3. Die in Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. November 2013 (Geschäfts-Nr. AN120058-L / U) festgesetzte Parteientschädigung sei neu festzusetzen;
4. Es sei der Beklagten und Berufungsklägerin eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten zuzusprechen und es seien dem Kläger und Berufungsbeklagten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen;
5. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung und zum Entscheid zurückzuweisen."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 51 S. 2):

- "a. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
- b. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) erbringt Dienstleistungen im Bereich der Vermögensbildung, Vermögensanlage und Vermögensberatung. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) stand seit dem 4. September 2006 in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten. Der Kläger bekleidete den Rang eines Direktors und war als Vermögensverwalter tätig. Am 13. Juli 2012 gründete der Kläger die B1._____ AG. Mit Schreiben vom 20. Juli 2012, dem Kläger zugegangen am 23. Juli 2012, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos (Urk. 18/2).

2. Mit Eingabe vom 5. November 2012 (Urk. 1) sowie unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ..., vom 3. Oktober 2012 (Urk. 3) machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage über insgesamt Fr. 77'423.05 nebst Zins anhängig. Zudem verlangte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Juli 2013 reduzierte der Kläger die eingeklagte Ferienentschädigung um Fr. 1'493.25 (Urk. 21 S. 1). Mit Eingabe vom 24. August 2013 nahm der Kläger Bezug auf die gescheiterten Vergleichsbemühungen und teilte der Vorinstanz mit, dass er die fristlose Entlassung nunmehr als gerechtfertigt anerkenne. Seine Klage reduzierte er dementsprechend um weitere Fr. 32'500.– (Urk. 27). Im Übrigen kann hinsichtlich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Mit Beschluss und Urteil vom 13. November 2013 hiess die Vorinstanz die Klage im Umfang von Fr. 16'320.20 netto nebst Zins gut. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen bzw. als durch Rückzug erledigt abgeschrieben (Urk. 32 = 35).

3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob die Beklagte am 16. Dezember 2013 Berufung. Sie beantragte die Aufhebung von Dispositivziffer 1 des erstinstanzlichen Urteils und die vollumfängliche Abweisung der Klage. Einzig den

Zeugnisanspruch des Klägers anerkennt die Beklagte (Urk. 34 S. 2). Die Parteien wurden in der Folge nach einmaliger Verschiebung auf den 10. April 2014 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen. Anlässlich der Verhandlung konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. II S. 2). Auch die nachfolgenden aussergerichtlichen Gespräche blieben erfolglos. Die Berufungsantwort datiert vom 10. Juni 2014. Der Kläger beantragte darin die vollumfängliche Abweisung der Berufung (Urk. 51 S. 2). Die Berufungsantwort wurde der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt.

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat mit der Berufungsantwort keine Anschlussberufung erhoben (Urk. 51 S. 2). Damit ist Dispositivziffer 1 des erstinstanzlichen Urteils insoweit, als die Klage im Fr. 16'320.20 netto nebst Zins übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 11. Juni 2014 (Eingang der Berufungsantwort) in Rechtskraft erwachsen. Dispositivziffer 2 des erstinstanzlichen Urteils blieb ebenfalls unangefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen. Beides ist vorzumerken.

II.

1. Die Vorinstanz bezifferte die Ansprüche des Klägers aus Lohn, Provision, Ferienentschädigung und Spesenersatz auf insgesamt Fr. 37'086.65 brutto bzw. Fr. 33'273.35 netto (Urk. 35 E. III/1-6). Die verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung der Beklagten sah sie in der Höhe von Fr. 16'953.15 als ausgewiesen an und brachte diesen Betrag von der Forderung der Kläger in Abzug (Urk. 35 E. IV). Der Streit dreht sich im Berufungsverfahren nur noch um die Höhe der Verrechnungsforderung.

2. a) Unbestritten ist, dass der Kläger bereits im Januar 2012 damit begann, die von ihm für die Beklagte betreuten Kunden darüber zu informieren, dass er sich in absehbarer Zukunft selbständig machen wolle. Ab Mai 2012 begann er, diesen undatierte Widerrufsschreiben zuhanden der C. _____ SA bezüglich der Verwaltungsvollmacht der Beklagten zu verteilen. Die unterschriebenen

Exemplare sammelte er ein, um sie in dem von ihm als geeignet empfundenen Zeitpunkt einreichen zu können. In der Folge reichte der Kläger diese Widerrufsschreiben noch am selben Tag, an dem er die fristlose Kündigung durch die Beklagte erhielt, bei der C._____ SA ein. Zudem hatte der Kläger bereits am 13. Juli 2012, d.h. noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses seine eigene Konkurrenzfirma, die B1._____ AG gegründet, welche den Grossteil der von ihm betreuten Kunden der Beklagten übernahm. Die Vorinstanz wertete dieses Verhalten als Treuepflichtverletzung. Diese Würdigung wird von den Parteien nicht (mehr) in Frage gestellt.

b) Zur Ermittlung des Schadens, der eintrat, weil der Kläger die Kunden noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses abgeworben hatte, stellte die Vorinstanz auf BGE 123 III 257 ab und verglich den tatsächlichen Vermögensstand der Beklagten mit jenem, den diese hätte, wenn die Kunden vom Kläger erst nach Ablauf von dessen ordentlicher Kündigungsfrist zur Vertragsauflösung mit der Beklagten und zum Übertritt in seine neu gegründete Gesellschaft B1._____ AG verleitet worden wären. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Kündigungsfrist drei Monate betrug und der Kläger damit – ausgehend von einer ordentlichen Kündigung am 23. Juli 2012 – frühestens ab dem 1. November 2012 mit dem Abwerben der Kunden hätte beginnen dürfen. Bis hierhin sind sich die Parteien einig.

3. a) Die Vorinstanz bezog sich nun auf eine Kommentarstelle, wonach vor allem in der Finanzbranche Kundenbetreuer und Vermögensverwalter häufig einen engen persönlichen Kontakt zu ihren Kunden hielten, der sich nicht selten bis in den Privatbereich erstreckte. Das Verhältnis des Vermögensverwalters zu seinen Kunden sei in den meisten Fällen von seinen persönlichen Erfahrungen, seinem Wissen und seinem Verständnis der Geldmärkte wie auch von seinem Gespür bezüglich der vorteilhaftesten Geldanlagen geprägt. Die Kundenbeziehung beruhe also auf der besonderen Fachkompetenz der Berufsperson, ihrem persönlichen Urteil oder ihrer technischen Einschätzung, dem pädagogischen Talent, persönlichem Geschick oder der Art, wie sie eine Aufgabe angehe. Wechsle ein solcher Arbeitnehmer die Stelle, sei die Gefahr für

den bisherigen Arbeitgeber, dass die Kunden dem Arbeitnehmer zum neuen Arbeitgeber folgten, besonders gross. Wegen der starken persönlichen Bindung zur Kundschaft werde häufig allein schon die Mitteilung des Stellenwechsels die Kunden dazu bewegen, einen Wechsel des Finanzinstituts in Erwägung zu ziehen. Dies gelte umso mehr, wenn ihr Betreuer auch gleich noch den Namen seines neuen Arbeitgebers bekannt gebe oder gar dessen Produkte anpreise. Dabei zeige die Erfahrung, dass diejenigen Kunden, welche sich viel mehr mit dem Vermögensverwalter selbst als mit der Unternehmung, für welche Letzterer tätig sei, verbunden fühlten, die Entscheidung zum Wechsel mit dem vertrauten Vermögensverwalter zu dessen neuen Arbeitgeber relativ schnell treffen würden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 321a OR N 7).

b) Weiter hielt die Vorinstanz unter Verweis auf die genannten Kommentatoren fest, dass der Kläger die Kunden bereits nach seiner Kündigung über sein Ausscheiden hätte informieren dürfen und auf deren Nachfrage hin auch hätte mitteilen dürfen, dass er sich selbständig mache. Da in casu die zuvor geschilderte Konstellation eines Vermögensverwalters mit starker Kundenbindung vorliege, ging die Vorinstanz davon aus, dass der Kläger nach Ablauf seiner ordentlichen Kündigungsfrist einen Monat benötigt hätte, um die Kunden abzuwerben. Dementsprechend sei der 1. Dezember 2012 das für die Schadensberechnung bzw. den hypothetischen Stand des Vermögens der Beklagten massgebende Datum.

4. a) Die Beklagte kritisiert, dass die angeblich enge persönliche Bindung zwischen dem Kläger und ihren Kunden aktenmässig nicht belegt sei. Weiter basiere die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Kläger nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nur einen Monat benötigt hätte, um die Kunden abzuwerben, auf einer unzutreffenden Würdigung der im vorliegenden Fall vorherrschenden Umstände. Die Ausführungen der Vorinstanz beruhten demzufolge auf reinen Vermutungen. Sie – die Beklagte – habe im Verfahren vor Vorinstanz dargelegt, dass der Kläger nur mit beharrlicher Bearbeitung und teilweise unter Vorspiegelung falscher Tatsachen über mehrere Monate hinweg zu seinem Ziel gelangt sei. Sie habe hierzu Beweismittel ins Recht gelegt und

weitere Beweismittel offeriert, so insbesondere die Zeugenbefragung der entsprechenden Kunden in Bezug auf die sich über mehrere Monate erstreckenden Abwerbbebemühungen des Klägers. Berücksichtige man – anders als die Vorinstanz dies getan habe – die konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, so werde klar, dass der Kläger nach Ablauf einer (virtuellen) ordentlichen Kündigungsfrist mindestens drei Monate benötigt hätte, um ihre Kunden abzuwerben und diese für seine eigene Vermögensverwaltungsgesellschaft, B1._____ AG, zu gewinnen.

b) Auf die Kritik der Beklagten (vgl. Urk. 34 Rz. 19 ff.) ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen. Sie erweist sich als nicht zielführend.

5. a) Die Beklagte erwähnte zunächst, dass der Kläger gemäss eigenen Angaben bereits im Januar 2012 damit begonnen habe, die von ihm betreuten Kunden darüber zu informieren, dass er sich in absehbarer Zeit selbständig machen wolle. Der Kläger bestätigte also selber, dass es für ihn keineswegs einfach gewesen sei, die Kunden abzuwerben, und er hierfür – unter Berücksichtigung der Gründung der B1._____ AG am 13. Juli 2012 – fast sieben Monate benötigt habe (Urk. 34 Rz. 23).

b) Die Beklagte verkennt, dass nicht entscheidend ist, wie lange der Kläger effektiv brauchte, sondern wie lange er gebraucht hätte, wenn er korrekt vorgegangen wäre. Offenbar liess sich der Kläger Zeit und bereitete seinen Abgang von langer Hand vor. Für ihn bestand kein Grund zur Eile. Dies wäre anders gewesen, wenn er erst nach ordentlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Abwerben der Kunden begonnen hätte. Die Argumentation der Beklagten verfängt in diesem Punkt nicht.

6. a) Ausführlich legte die Beklagte sodann dar, dass der Kläger den Kunden D._____ und E._____ als Kontaktperson für dessen Ehefrau, ebenfalls eine Kundin, über einen längeren Zeitraum von mehreren Monaten intensiv "bearbeitet" habe. Die Kundenabwerbung habe also intensiver Bemühungen seitens des Klägers bedurft. Die Beklagte zitierte dazu aus E-Mails von D._____ und E._____ (Urk. 34 Rz. 24 ff.).

b) D._____ und E._____ wechselten schliesslich nicht zur Vermögensverwaltungsgesellschaft des Klägers. Es muss davon ausgegangen werden, dass es dem Kläger auch nicht gelungen wäre, die beiden zu einem Wechsel zu bewegen, wenn er mit seinen Abwerbungsversuchen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begonnen hätte, und zwar weder in einem noch in drei Monaten. Die Beklagte übersieht, dass ihr in Bezug auf die genannten Kunden gar kein Schaden entstanden ist. Es kann daher keine Rolle spielen, ob der Kläger bei den Kunden D._____ und E._____ allenfalls etwas hartnäckiger vorging, was er ohnehin bestreitet. Die Beklagte vermag nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, dass es dem Kläger nicht gelang, sämtliche von ihm betreuten Kunden abzuwerben.

7. a) Die Beklagte bemängelte ferner, dass es ihr aufgrund der geheimen Abwerbeaktivitäten des Klägers über Monate hinweg nicht möglich gewesen sei, auf diese zu reagieren und z.B. die Falschinformationen des Klägers gegenüber den fraglichen Kunden umgehend richtig zu stellen (Urk. 34 Rz. 29). Die Beklagte wollte damit wohl sagen, dass diese asymmetrische Informationsverteilung, wie sie es nannte, die Abwerbungsbemühungen des Klägers massgeblich erleichtert habe und dass dies anders gewesen wäre, wenn der Kläger damit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugewartet hätte.

b) Dazu ist Folgendes festzuhalten: Kurz nach der fristlosen Entlassung des Klägers gelangte die Beklagte sowohl schriftlich als auch telefonisch an die fraglichen Kunden und legte diesen ihre Sicht der Dinge dar. Konkret behauptete sie, dass der Kläger keine Gewähr für eine einwandfreie Mandatsführung und Compliance leiste und dass er als Mitarbeiter die ethischen und professionellen Anforderungen nicht stets erfüllt habe. Zudem warf sie ihm spekulative, reglementwidrige und leichtfertige Gefährdung von Kundenvermögen durch ungeeignete Finanzinstrumente vor (Urk. 4/13-14). Der Kläger reagierte darauf mit einer Strafanzeige wegen übler Nachrede, Verleumdung und unlauteren Wettbewerbs. Die Beklagte erstattete im Gegenzug Strafanzeige wegen Drohung, Nötigung, Erpressung und zahlreicher weiterer Delikte gegen den Kläger (Urk. 42/1-2). Obschon sich die Beklagte also keine Zurückhaltung auferlegte,

gelang es ihr nicht, die Kunden zurückzugewinnen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass ihr dies auch nicht gelungen wäre, wenn der Kläger mit seinen Abwerbeaktivitäten erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begonnen hätte und die Beklagte sofort Gegensteuer hätte geben können.

8. a) Die Beklagte will zudem berücksichtigt wissen, dass der Kläger auch noch alle über die ganze Schweiz verteilten 24 Kunden persönlich hätte treffen, von einem Wechsel überzeugen und die entsprechenden Unterschriften einholen müssen. Hierfür hätten – so die Beklagte – 21 Arbeitstage nie ausgereicht (Urk. 34 Rz. 37).

b) Wie sich aus einer Auflistung der Beklagten ergibt (Urk. 34 Rz. 36), haben 16 der 24 Kunden ihren Wohnsitz im Kanton Zürich, fünf weitere leben weniger als 60 km von Zürich entfernt, zwei Kunden wohnen im Kanton Tessin und einer in Basel. Zudem wohnen drei Paare jeweils an derselben Adresse. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Monat als ausreichend, um sämtliche Kunden persönlich zu besuchen.

9. a) Die Beklagte macht sodann geltend, der Kläger habe vor seinem Weggang am 18. Juli 2012 – in grober Verletzung seiner Treuepflicht – sämtliche geschäftsrelevanten Daten mitgenommen und auf dem Computer gelöscht. Hätte er dies nicht getan, so hätte er nach Ende des Arbeitsverhältnisses bedeutend mehr Zeit, mithin mehrere Monate gebraucht, um alle geschäftsrelevanten Daten, welche für eine erfolgreiche Abwerbung und für das Verfassen der C._____ - Kündigungsschreiben notwendig gewesen wären, aus dem Gedächtnis heraus zu rekonstruieren und die Kunden unter Kenntnisnahme des jeweiligen Kundenprofils von einem Wechsel zu überzeugen (Urk. 34 Rz. 38).

b) Der Kläger bestritt bereits im Rahmen der erstinstanzlichen Replik, Daten gelöscht zu haben. Ebenso wenig habe er Daten oder Unterlagen mitgenommen. Zur von der Beklagten beantragten forensischen Untersuchung seines Bürocomputers meinte der Kläger, dass eine solche kaum aufschlussreich sei, stehe sein ehemaliger Computer doch seit beinahe einem Jahr unbeaufsichtigt in den Büroräumlichkeiten der Beklagten (Urk. 21 S. 10). Die Beklagte hat dem nicht

widersprochen. Ohnehin wäre es dem Kläger wohl auch ohne Mitnahme von Daten möglich gewesen, sich an die Namen der von ihm betreuten Kunden zu erinnern und deren Kontaktdaten anhand öffentlich zugänglicher Adress- und Telefonverzeichnisse zu rekonstruieren.

10. a) Weiter führte die Beklagte im Rahmen der Berufung aus, der Kläger habe dem Kunden F._____ vorgetäuscht, dass alles beim Alten bleibe und das Portfolio Management weiterhin von ihr betrieben werde. Der Kläger habe den Kunden F._____ offenbar nicht einmal darüber informiert, dass durch die Unterzeichnung des Widerrufsschreibens ihr Mandat beendet werde. Der Kundin G._____ habe der Kläger vorgegaukelt, dass sie – die Beklagte – von seinen Abwerbebemühungen wisse und damit einverstanden sei. Diese Beispiele zeigten Folgendes: Der Kläger sei kein Vermögensverwalter mit starker Kundenbindung, bei welchem davon auszugehen sei, dass eine bloße Mitteilung des Stellenwechsels die Kunden dazu bewegt habe, zur B1._____ AG zu wechseln. Der Kläger habe sich vielmehr intensiv darum bemühen müssen, dass die Kunden zur B1._____ AG gewechselt hätten (Urk. 34 Rz. 34 f.).

b) Vor Vorinstanz hatte die Beklagte einzig ausgeführt, dass ein Telefongespräch mit dem Kunden F._____ ergeben habe, dass dieser *gemeint* habe, das Portfolio Management würde weiterhin von ihr betrieben werden (Urk. 16 Rz. 20.5). In Bezug auf die Kundin G._____ wurde behauptet, dass diese sich *erstaunt* gezeigt habe, dass die Beklagte über den geplanten Abgang des Klägers nichts gewusst habe. Intensive Abwerbungs Bemühungen des Klägers wurden nicht dargetan. Zwar sei die Kundin G._____ – so die Beklagte vor Vorinstanz weiter –, nachdem sie sich vom Kläger im Februar oder März 2012 dazu habe bewegen lassen, den Mandatsvertrag aufzukündigen, von diesem laufend über den Vorbereitungsstand informiert worden (Urk. 16 Rz. 20.9). Ein solches Vorgehen ist allerdings nicht erstaunlich und kann als zu einer guten Kundenbeziehung gehörend bezeichnet werden. Auch damit ist letztlich nicht dargetan, dass der Kläger die Kunden mehr als einmal kontaktieren musste, um sie von einem Wechsel zu überzeugen. Neu sind die im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen, wonach der Kläger den Kunden F._____ und

G._____ etwas vorgetäuscht bzw. vorgegaukelt habe. Weshalb sie dies vor Vorinstanz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht hatte vorbringen können, erläuterte die Beklagte nicht. Die neuen Behauptungen können daher nicht berücksichtigt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

11. a) Um die Intensität der Abwerbbebemühungen und die Hartnäckigkeit des Klägers vollständig aufzudecken, fordert die Beklagte schliesslich vor Obergericht, dass die 24 tatsächlich abgeworbenen Kunden betreffend Umfang und Dauer der Abwerbbebemühungen befragt werden. Die Zeugenbefragung werde zeigen, dass die Kunden unter grossem Druck des Klägers gestanden seien, teilweise unter Vorspiegelung falscher Tatsachen gewechselt hätten und diesem Wechsel eine längere Abwerbphase vorangegangen sei (Urk. 34 Rz. 36).

b) Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Diese Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in der Rechtsschrift selbst aufzuführen (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Pauschale Behauptungen genügen nicht. Die jeweiligen Anforderungen an die Substantiierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 368 E. 2b). Das Erfordernis hinreichender Substantiierung des Beweisthemas bezweckt nicht zuletzt die Verhinderung des unzulässigen Ausforschungsbeweises (BK-Brönnimann, Art. 152 ZPO N 33). Niedriger anzusetzen sind die Anforderungen an die Substantiierung in der Regel, wenn es um Tatsachen geht, die ausserhalb der Sphäre der behauptenden Partei liegen. So dürfen bei Behauptungen zu

Gesprächen, an welchen die behauptende Partei nicht selbst teilgenommen hat, nicht allzu hohe Anforderungen an den Detaillierungsgrad gestellt werden (BK-Killias, Art. 221 ZPO N 23; ZK-Leuenberger, Art. 221 ZPO N 46).

c) Ob die Beklagte ihrer Substantiierungspflicht hinreichend nachkam, ist fraglich. Ihre Behauptungen zu den Abwerbebemühungen des Klägers bzw. dazu, was die Befragung der zahlreichen Zeugen ergeben solle, blieben entweder äusserst vage oder liessen nicht darauf schliessen, dass der Kläger nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist mindestens drei Monate benötigt hätte, um die Kunden abzuwerben. Zu 18 der 24 als Zeugen offerierten Kunden ist in den Rechtsschriften der Beklagten überhaupt nichts Konkretes erwähnt. Hinsichtlich der Kunden F. _____ und G. _____ wurden – wie gesehen – keine intensiven Abwerbungsbemühungen dargetan. Auch die Ehefrau des Kunden F. _____, ebenfalls eine Kundin, soll einzig bestätigt haben, dass sie und ihr Mann die Kündigungsschreiben beim letzten Besuch des Klägers am 11. April 2012 unterzeichnet hätten. Bei diesem Treffen sei es inhaltlich vor allem um die anstehende Selbständigkeit des Klägers gegangen, worüber dieser ausführlich informiert habe (Urk. 16 Rz. 20.6). Bezüglich des Kunden H. _____ führte die Beklagte aus, dass dieser bestätigt habe, dass der Kläger ihn bereits zu Jahresbeginn über seine Pläne der Selbständigkeit informiert habe (Urk. 16 Rz. 20.7). Ein solches Vorgehen des Klägers wäre, wenn es sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugetragen hätte, zulässig gewesen und auch hier lässt nichts darauf schliessen, dass mehr als ein Kontakt notwendig war, um den Kunden abzuwerben. Die Beklagte kann aus diesen Vorbringen nichts für sich ableiten.

d) Einzig hinsichtlich der Kundinnen I. _____ und J. _____ wurden intensivere Bemühungen des Klägers angeführt: Die Kundin I. _____ habe mitgeteilt, dass sie auf die wiederholten Anfragen des Klägers hin eingewilligt habe, mit ihm zu gehen (Urk. 16 Rz. 20.8). Die Kundin J. _____ habe bestätigt, dass sie auf die beständigen Aufforderungen des Klägers mitzugehen eingewilligt habe (Urk. 16 Rz. 20.10). Doch selbst wenn man diese Vorbringen als genügend substantiiert

erachten wollte, wäre der dazu geforderte Zeugenbeweis nicht formgerecht angeboten.

e) Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; vgl. BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4 m.H.). Erstinstanzliche Versäumnisse können aufgrund des eingeschränkten Novenrechts von Art. 317 Abs. 1 ZPO in der Berufung grundsätzlich nicht mehr korrigiert werden.

f) Im Anschluss an die massgeblichen Tatsachenbehauptungen, welche seitens des Klägers bestritten wurden, offerierte die Beklagte vor Vorinstanz einzig die Zeugen- bzw. Parteibefragung von K. _____ sowie von diesem erstellte Gesprächsnotizen (Urk. 16 Rz. 20.8 und 20.10). K. _____ ist Direktor und Leiter Relationship Management bei der Beklagten. Zu den Abwerbungsbemühungen des Klägers könnte er nur vom Hörensagen berichten. Die von ihm erstellten Gesprächsnotizen haben den Wert von Parteibehauptungen. Dass auf die Befragung K. _____s verzichtet wurde, kritisiert die Beklagte in der Berufung denn auch zu Recht nicht.

g) Die Einvernahme der Kunden als Zeugen wurde erstmals in der erstinstanzlichen Duplik verlangt. Das Beweisthema wurde dabei wie folgt umrissen: Die Beklagte beantrage die Befragung der Kunden "im Hinblick auf die Abwerbebemühungen des Klägers ab Jahresbeginn 2012" (Urk. 23 Rz. 27). Weiteren Tatsachenbehauptungen lässt sich die Beweisofferte nicht eindeutig zuordnen. Die Ausführungen in der Berufung erweisen sich als verspätet im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO und sind daher unbeachtlich. Der fragliche Antrag genügt den Anforderungen des Gesetzes nicht und läuft letztlich auf einen

unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus. Auf die Befragung der Kunden als Zeugen ist daher zu verzichten.

12. Dass Anleger in der Regel ihrem Berater näher verbunden sind als dem Finanzinstitut, für das dieser tätig ist, bestreitet selbst die Beklagte nicht. Insofern hat die Vorinstanz nicht einfach mit Vermutungen operiert, sondern auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt, was zulässig ist. Auch aus den konkreten Umständen des vorliegenden Einzelfalls ergibt sich nichts anderes. Vieles spricht dafür, dass der Kläger nicht länger als einen Monat benötigt hätte, um die Kunden für seine neue Unternehmung zu gewinnen. Die Kritik der Beklagten ist über weite Strecken nicht stichhaltig. Dort wo die Beklagte abweichende Tatsachenbehauptungen aufstellte, erwiesen sich diese als nicht genügend substantiiert, blieben unbelegt oder es liessen sich ihnen keine tauglichen Beweisofferten zuordnen. Das Ergebnis der Vorinstanz, für die Schadensberechnung auf den Zeitraum vom 23. Juli 2012 bis zum 30. November 2012 abzustellen, ist daher nicht zu beanstanden. Die eigentliche Schadensberechnung (Höhe der entgangenen Nettoprovisionseinnahmen im massgeblichen Zeitraum) wurde nicht beanstandet, weshalb der erstinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist.

III.

1. Die Beklagte greift die vorinstanzliche Kostenregelung nur für den Fall an, dass sie mit ihrer Berufung obsiegt. Da dies nicht der Fall ist, ist auf die erstinstanzlichen Prozesskosten nicht weiter einzugehen, bzw. ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 1 Abs. 2, Ziffern 3 und 4) zu bestätigen.

2. Für das Berufungsverfahren wird die Beklagte ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsmittelstreitwert beträgt Fr. 20'133.50 (brutto). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'160.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1

und 2 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 2'900.– anzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist mangels Antrags nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 13. November 2013 am 11. Juni 2014 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 16'320.20 netto nebst Zins zu 5 % seit 8. August 2012 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 13. November 2013 am 11. Juni 2014 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 16'320.20 netto zuzüglich 5 % Zins seit 8. August 2012 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 1 Abs. 2, Ziffern 3 und 4) wird bestätigt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'160.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'900.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, 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. 20'133.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Juli 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. H.A. Müller

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc