

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Urteil und Beschluss vom 19. Januar 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 11. April 2016 (AG150001-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

" Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 47'000.00 zuzüglich Zins von 5 % seit 1. Februar 2015 zu bezahlen, unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt für weiteren Schaden;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST-Ersatz und Entschädigung der Weisungskosten von CHF 600.00) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 11. April 2016:
(Urk. 24 = Urk. 28 S. 17 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
- ~~3.~~ Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 5'310.– aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 27 S. 2):

Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. April 2016 in Sachen A._____ AG gegen B._____ vollumfänglich aufzuheben und die Klage gutzuheissen, womit der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin (Berufungsklägerin) CHF 47'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. Februar 2015 zu bezahlen, unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt für weiteren Schaden;

Eventualiter: Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 11. April 2016 in Sachen A._____ AG gegen B._____ vollumfänglich aufzuheben und die Streitsache im Sinne der obergerichtlichen Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und sie auch anzuweisen, die richterliche Fragepflicht auszuüben;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (Berufungsbeklagten).

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 33 S. 2):

Es seien die Berufung und damit die Klage vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Klägers und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Die Vorinstanz fasste den Sachverhalt wie folgt zusammen (Urk. 28 S. 2 f.): Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft, welche die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs im In- und Ausland, Try & Hire, Pay-Rolling sowie die Vermittlung von Temporär-, Dauer- und Kaderangestellten bezweckt (Urk. 5/1).

Am 23. Januar 2013 schlossen die C._____ AG Personalberatung und der Beklagte einen Anstellungsvertrag ab. Es wurde unter anderem eine Kündigungs-

frist von zwei Monaten sowie ein Konkurrenzverbot vereinbart (Urk. 5/2). Der Beklagte war ab 1. Januar 2013 als Personalberater für die C._____ AG Personalberatung tätig. Ab Juli 2014 arbeitete er für die Klägerin. Am 26. Januar 2015 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. März 2015. Er erklärte dabei, die Kündigung erfolge unter Hinweis auf die Missachtung sämtlicher Informationspflichten seitens der bisherigen/neuen Arbeitgeberin hinsichtlich Grund sowie der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses von der C1._____ Holding AG (vormals C._____ AG Personalberatung) an die Klägerin (Urk. 5/4). Gemäss Weisung vom 28. Januar 2015 wurde der Beklagte für die Dauer der Kündigungsfrist von seiner Arbeitspflicht freigestellt. Er musste jedoch weiterhin für Arbeitseinsätze auf Abruf zur Verfügung stehen. Im Rahmen dieser Weisung wurde er zudem ausdrücklich auf sein arbeitsvertragliches Konkurrenz- und Abwerbverbot hingewiesen (Urk. 5/6). Mit Schreiben vom 29. Januar 2015, welches bei der Klägerin am 2. Februar 2015 einging, kündigte der Beklagte dann fristlos. Er begründete dies damit, dass die schikanösen Auflagen – im Rahmen einer vorübergehenden Freistellung von der Arbeitspflicht – seine Persönlichkeitsrechte in unzulässiger Weise verletzen würden, weshalb ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne. Er wies zudem auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340c Abs. 2 OR hin, da die Klägerin berechtigten Anlass zur Kündigung gegeben habe (Urk. 5/7). Ab dem 3. Februar 2015 war der Beklagte für die D._____ AG tätig (Urk. 18/12).

2. Mit Urteil vom 11. April 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens zulasten der Klägerin (Urk. 28). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. Mai 2016, hier rechtzeitig eingegangen am 17. Mai 2016, Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge. Mit Verfügung vom 18. Mai 2016 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten (Urk. 30). Dieser ging bei der Obergerichtskasse rechtzeitig ein (Urk. 31). Am 17. Juni 2016 wurde dem Beklagten Frist anberaumt, um die Berufung der Klägerin zu beantworten (Urk. 32). Seine entsprechende Eingabe datiert vom 22. August 2016, hier rechtzeitig eingegangen am 24. August 2016 (Urk. 33). Die Beru-

fungsantwortschrift wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 25. August 2016 zugestellt (Urk. 36). Mit Eingabe vom 14. November 2016 machte die Klägerin Noven geltend und verlangte überdies die Sistierung des Verfahrens bis längstens zum rechtskräftigen Entscheid im Strafverfahren gegen den Beklagten (Urk. 37, 38 und 39/2-5). Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde der Gegenpartei eine einmalige Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 40). Die entsprechende Eingabe des Beklagten vom 7. Dezember 2016 samt Beilagen ging am 8. Dezember 2016 hierorts ein (Urk. 41, 42 und 43/10-12). Das Doppel dieser Eingabe samt Beilagen wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44).

II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Die Berufungsklägerin hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich die Beru-

fungsklägerin mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Die Berufungsklägerin hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 31). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und

sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

3. Mit Eingabe vom 14. November 2016 verlangte die Klägerin die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid im Strafverfahren gegen den Beklagten betreffend Verletzung UWG etc. (Urk. 37). Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Verfahren sistiert werden, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt, namentlich dann, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Die Sistierung erfordert in der Regel eine Interessenabwägung, indem das Gericht das Interesse an der Sistierung dem gegenteiligen Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens gegenüberstellt und den Grad der Abhängigkeit vom Ausgang des andern Verfahrens berücksichtigt. Eine eigentliche Abhängigkeit von der in einem anderen Verfahren getroffenen Entscheidung kommt selten vor. Das Interesse an der Sistierung ist gewichtiger, wenn der Entscheid im anderen Verfahren von präjudizieller Tragweite für das vorliegende Verfahren ist, als wenn für das andere Verfahren nur Beweiserhebungen vorgesehen sind, die ebenso gut im vorliegenden Verfahren durchgeführt werden können (A. Staehelin, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 126 N 4). Vorliegend besteht keine Abhängigkeit dieses Verfahrens von dem gegen den Beklagten geführten Strafverfahren, da es im Strafverfahren nicht um die Verletzung des Konkurrenzverbotes, sondern um einen anderen Sachverhalt, nämlich die Verletzung von Tatbeständen nach UWG, insbesondere Art. 5 UWG (Verwertung fremder Leistungen), geht, wie dies auch die Klägerin geltend macht (Urk. 37 S. 7). Im vorliegenden Verfahren geht es dagegen einzig darum, ob der Beklagte bei seinem Wechsel zu einem neuen Arbeitgeber einem Konkurrenzverbot aus einer vertraglichen Vereinbarung mit der Klägerin unterstand und dieses gegebenenfalls verletzte. Nur aus diesem Sachverhalt leitet die Klägerin im vorliegenden Prozess ihre behaupteten Ansprüche gegen den Beklagten ab. Das Strafverfahren hat daher entgegen der Auffassung der Klägerin keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren, weil es sich um unterschiedliche rechtliche Sachverhalte handelt. Die Vorbringen der

Klägerin in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 (Urk. 37), welche im Übrigen vom Beklagten weitestgehend bestritten und als reine Stimmungsmache gegen ihn qualifiziert werden (Urk. 41), sind daher gesamthaft für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Zudem handelt es sich bei den meisten Vorbringen um unzulässige Noven. Der Antrag der Klägerin auf Sistierung des Verfahrens wie auch auf Beizug der Straftaten im Verfahren gegen den Beklagten ist daher abzuweisen.

III.

1. Die Vorinstanz wies die Klage ab, ohne dass darüber entschieden wurde, ob es überhaupt zu einem Betriebsübergang von der C._____ AG Personalberatung, mit welcher der Beklagte am 23. Januar 2013 einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, zur A._____ AG gekommen sei. Sie ging davon aus, dass der Beklagte jedenfalls keine bzw. ungenügende Informationen bezüglich des angeblichen Betriebsübergangs und insbesondere dessen Hintergründe von der Klägerin bekommen habe. Die Vorinstanz erachtete die Vorbringen der Klägerin bezüglich des Inhalts der erfolgten Information zu diesem Thema als zu wenig substantiiert, weshalb diesbezüglich keine Beweiserhebungen möglich seien und der Sachverhalt betreffend ausreichende Information des Beklagten über den Betriebsübergang als nicht erstellt zu qualifizieren sei (Urk. 28 S. 14). Die Vorinstanz erwog, dass die Kündigung des Beklagten, sofern es einen Betriebsübergang gegeben hätte, deswegen entsprechend als fristgerecht erfolgte Ablehnung einer weiteren Beschäftigung bei der Beklagten zu werten wäre. Aufgrund der konkreten Umstände habe begründeter Anlass für die Kündigung bestanden, weshalb ein allenfalls bestehendes Konkurrenzverbot schon aus diesem Grund hinfällig geworden wäre (Art. 340c OR). Die Vorinstanz ging davon aus, dass ein neues Konkurrenzverbot nicht formgültig vereinbart worden wäre, da kein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei. Sie erwog, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten demnach kein Konkurrenzverbot bestehe bzw. bestanden habe, weder infolge Betriebsübergangs noch in Form eines neu vereinbarten (Urk. 28 S. 12 ff.).

2. Es ist unbestritten, dass im Arbeitsvertrag des Beklagten vom 23. Januar 2013 (Urk. 5/2) mit der C._____ AG Personalberatung, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, rechtsgültig ein Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR (Urk. 5/2 Ziff. 17) vereinbart worden war. Bei Annahme eines Betriebsübergangs wäre das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten auf die Klägerin übergegangen, somit auch das Konkurrenzverbot. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass die konkreten Umstände eher auf das Vorliegen eines Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 OR hindeuten (Urk. 28 S. 13), was jedoch vom Beklagten bestritten wurde und daher allenfalls noch in einem Beweisverfahren geklärt werden müsste, sofern das Konkurrenzverbot nicht ohnehin weggefallen ist. Zu prüfen ist deshalb vorab, ob der Beklagte einen wichtigen Grund hatte, den Übergang des Arbeitsvertrages auf die Klägerin abzulehnen bzw. das Arbeitsverhältnis zu kündigen, mit der Folge, dass das Konkurrenzverbot dahingefallen wäre. Der Beklagte hatte als wichtigen Grund für seine Kündigung die mangelnde Information der Mitarbeiter durch die Klägerin betreffend den Betriebsübergang geltend gemacht (Urk. 5/4).

a) Was Sinn und Inhalt eines Betriebsübergangs anbelangt, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 28 S. 9), ebenso bezüglich Inhalt und Umfang der damit einhergehenden Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber den davon betroffenen Mitarbeitern (Urk. 28 S. 9 ff.). Die Klägerin kritisierte, dass die Vorinstanz ihre Vorbringen bezüglich Information der Mitarbeiter als zu wenig substantiiert qualifiziert habe. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, dass sie vorgebracht habe, dass die Mitarbeiter "ausreichend und zeitgerecht" informiert worden seien. Sie habe zu diesem Zweck anlässlich der Verhandlung dem Gericht eine schriftliche Bestätigung eingereicht (Urk. 23/24), die von Mitarbeitern und der Geschäftsleitung unterzeichnet worden sei. Inhalt dieser Bestätigung seien explizit Details über die erfolgte Information gewesen. Es sei nicht nur überspitzter Formalismus, sondern auch eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht, wenn die Vorinstanz behaupte, es könnten keine Beweise abgenommen werden (Urk. 27 S. 13). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die entsprechenden Beweis-

mittel anzugeben. Die Substanziierung des Tatsachenfundaments gehört in die Rechtsschriften bzw. in die (mündlichen) Parteivorträge. Beilagen sind grundsätzlich nur Beweismittel. Nur das, was eine Partei in ihrem Parteivortrag ausführt, gehört zum Behauptungsfundament. Blosser Verweis auf Klage- und Replikbeilagen sind ungenügend, behauptet ist auch daraus grundsätzlich nur das, was die Partei im Rahmen ihres Parteivortrages vorgetragen hat (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 26). Wo aus besonderen Gründen ausnahmsweise für eine Behauptung auf ein Aktenstück verwiesen wird, ist der Verweis auf Sachverhaltselemente nur dann genügend, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis der Rechtschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Für die Gegenpartei und das Gericht muss klar sein, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 25 mit Verweis auf FN 47). Die Klägerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass ausreichend und detailliert informiert worden sei, sowohl gegenüber jedem Arbeitnehmer einzeln wie auch gegenüber allen zusammen anlässlich der Mitarbeiterzusammenkunft vom 4. September 2014. Die Klägerin verwies dazu lediglich pauschal auf die angebotenen Beweismittel (Urk. 21 S. 3, 8 ff.). Dabei handelt es sich einerseits um die "Bestätigung" vom 3. März 2016 (Urk. 23/24), worin von drei bei der Information am 4. September 2014 anwesenden Arbeitnehmern (E.____, F.____ und G.____) sowie zwei Mitgliedern der Geschäftsleitung (H.____ und I.____) bestätigt wird, dass sämtliche Mitarbeiter der C.____ AG Personalberatung über die Gründe betreffend den Betriebsübergang von der C.____ AG Personalberatung auf die A.____ AG auf Ende Juni/Anfang Juli 2014 informiert worden seien. Andererseits wurden als Zeugen die genannten drei Mitarbeiter F.____ und G.____ sowie E.____ angeboten (Urk. 21 S. 3). Da die Klägerin keine weiteren Angaben machte, zu welchen konkreten Behauptungen diese drei Personen wie auch der als Partei zu befragende I.____ (Urk. 21 S. 10) Aussagen machen sollten, ist davon auszugehen, dass sie den gesamten Inhalt des Schreibens vom 3. März 2016, bei welchem es sich um eine Parteibehauptung der Klägerin handelt, bezeugen bzw. bestätigen sollten und nichts Weiteres. Selbst wenn man den

Verweis im Vortrag der Klägerin auf diese Bestätigung vom 3. März 2016 als genügend klares Vorbringen anerkennen wollte, ändert sich nichts an der grundlegend mangelnden Substanziierung. In dieser Bestätigung wird nur pauschal erklärt, dass über den Betriebsübergang informiert worden sei. Wann genau die Information der einzelnen Mitarbeiter erfolgte, wird nicht erwähnt. Im Weiteren wird ausgeführt, dass den Mitarbeitern u.a. mitgeteilt worden sei, dass die C._____ AG Personalberatung ihren operativen Geschäftsbetrieb auf ihre Tochtergesellschaft A._____ AG übertragen habe. Gemäss Art. 333 OR seien damit auch alle Arbeitsverhältnisse von der C._____ AG Personalberatung von Gesetzes wegen auf die Klägerin übergegangen. Für ausstehende Guthaben der Mitarbeiter würden beide Gesellschaften haften. Die Mitarbeiter wurden überdies auf das Ablehnungsrecht hingewiesen (Urk. 23/24). Es wurde in dieser Bestätigung somit nicht ausgeführt, weshalb ein Betriebsübergang stattfand. Es wurde mit keinem Wort erwähnt, dass sich die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Forderungen konfrontiert sah, die eine Überschuldung bewirkten. Es wurde nichts über Art und Umfang dieser Forderungen gesagt. Es wurde nicht darüber informiert, dass über die C._____ AG Personalberatung infolge dieser Umstände im August 2014 der Konkurs eröffnet worden war. Es sind keine Angaben enthalten, ob und allenfalls in welcher Weise dieser Betriebsübergang für die Betroffenen konkrete persönliche Auswirkungen haben und ob die Geschäftstätigkeit im selben Umfang weitergeführt werde. Es wurde nicht erklärt, ob die neue Gesellschaft über ein genügendes finanzielles Fundament verfüge und wie die Geschäftsaussichten beurteilt würden. Auch die Bestätigung vom 3. März 2016 enthält somit keine genügende Substanziierung. Es geht daraus nur rudimentär hervor, dass die Angestellten informiert wurden. Den Mitarbeitern wurden keine schriftlichen Unterlagen abgegeben. Diese Angaben sind angesichts der Anforderungen an die Informationspflicht (Urk. 28 S. 9 ff) auch als ungenügend zu werten. Deshalb hätte auch die Einvernahme der Zeugen - sofern sie den Inhalt des Schreibens bestätigt hätten - nichts daran geändert, dass die Mitarbeiter nicht ausreichend informiert worden waren. Eine ungenügende Substanziierung kann nicht durch das Beweisverfahren, z.B. mittels Zeugenaussagen korrigiert werden. Die Begründung des Prozessstandpunktes hat sich nicht aus dem Beweisverfahren, sondern den Parteibehauptun-

gen zu ergeben. Die Mitarbeiter wurden völlig im Ungewissen gelassen, weshalb ein Betriebsübergang erfolgte und wie es mit der neuen Gesellschaft für sie weitergehe. Nebenbei ist noch anzumerken, dass die Bestätigung vom 3. März 2016 offenbar im Hinblick auf den vorliegenden Prozess für die Replikschrift angefertigt worden war, da der Beklagte in der Klageantwort geltend gemacht hatte, dass er nicht auf das Ablehnungsrecht aufmerksam gemacht worden sei (Urk. 16 S. 15). Es bestehen gewisse Zweifel, ob die rund 1 ½ Jahre später verfasste Bestätigung die Angaben, die damals gemacht wurden, noch zuverlässig wiedergeben kann. Der Beklagte bestritt jedenfalls, dass er auf das Ablehnungsrecht hingewiesen worden sei.

Die Klägerin wiederholte noch an anderer Stelle, dass der Beklagte über alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Fragen informiert gewesen sei, und bot wiederum die genannten Personen als Zeugen bzw. zu befragende Partei an (Urk. 21 S. 11), ohne jedoch anzugeben, zu welchen konkreten Behauptungen diese Aussagen machen sollten. Wie bereits erwähnt, ist es nicht möglich, den Mangel substantzierter Vorbringen mittels Zeugenaussagen zu beheben. Es wurde wiederum in keiner Weise ausgeführt, über welche relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Fragen informiert wurde. Die Klägerin bestritt, dass der Konkurs der vormaligen Arbeitgeberin des Beklagten zufolge nicht bezahlter AHV-Beiträge eingetreten sei. Die AHV-Beiträge seien immer korrekt abgerechnet und dem Beklagten gutgeschrieben worden. Der Hinweis des Beklagten auf die nicht bezahlten AHV-Beiträge sei eine vorgeschobene und somit unzutreffende Behauptung (Urk. 21 S. 12). Da der Beklagte aufgrund der fehlenden Information über Art und Umfang der ausstehenden Forderung(en), welche zur Überschuldung führte(n), keine Kenntnis hatte, um was für Forderungen es sich handelte, kann ihm daraus kein Vorwurf erwachsen, wenn er von unrichtigen Voraussetzungen ausging. Die Klägerin hatte nie geltend gemacht, dass sie die Mitarbeiter über Art und Umfang der Forderung detailliert informiert habe. Erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens führte sie aus, dass es sich bei der fraglichen Forderung, welche zu einer Überschuldung der Rechtsvorgängerin der Klägerin geführt habe, um Nachforderungen der Pensionskasse in der Höhe von rund Fr. 690'000.-- gehandelt habe. Da keine Rückstellungen möglich gewesen seien, sei eine Über-

schuldung eingetreten. Es gehe bei dieser Forderung um die Frage, wie bei den Temporärmitarbeitern die Koordinationsabzüge vorgenommen werden müssten (Prot. I S. 6). Es habe auch Ausstände bei den AHV-Forderungen gegeben, aber nicht in grossem Umfang. Es habe AHV-Rechnungen von zwei oder drei Monaten akonto gegeben, welche jedoch übernommen worden seien (Prot. I S. 31). Die Klägerin hat somit auch anerkannt, dass bei den AHV-Beiträgen Lücken bestanden. Da die Klägerin selbst einerseits von Pensionskassenbeiträgen und andererseits von AHV-Beiträgen sprach, hat dies wohl zu der von der Klägerin gerügten Vermengung der beiden Begriffe im vorinstanzlichen Urteil geführt (Urk. 27 S. 9). Dies hat sich die Klägerin aber selbst zuzuschreiben, da sie diese Tatbestände auch nicht exakt trennte und offenbar auch AHV-Ausstände bestanden, wie die Klägerin selbst ausführte. Die Klägerin machte nicht geltend, dass sie diese Angaben bezüglich des Inhalts dieser Forderungen gegen ihre Rechtsvorgängerin dem Beklagten gegenüber offengelegt habe. Wie erwähnt, findet sich auch in der Bestätigung vom 3. März 2016 nichts dergleichen. In ihrer Berufungsbegründung führte die Klägerin zu diesem Thema erstmals aus, dass diese Ausstände von Pensionskassenbeiträgen nicht die festangestellten Mitarbeiter, sondern die Temporärmitarbeiter betroffen hätten. Der Beklagte sei davon in keiner Weise tangiert gewesen. Dasselbe gelte auch für offene AHV-Beiträge. Der Arbeitnehmer trage niemals das Inkassorisiko der Ausgleichskasse. Der Beklagte sei nicht zu Verlust gekommen (Urk. 27 S. 6, 8, 10). Diese Behauptungen, wonach die festangestellten Mitarbeiter nicht betroffen gewesen seien, sondern nur die Temporärmitarbeiter, sind in dieser Form neu und - da die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO nicht gegeben sind - verspätet, weshalb sie nicht berücksichtigt werden können. Es wurde zuvor nur erklärt, dass Temporärmitarbeiter betroffen seien, aber nicht, dass es ausschliesslich solche betreffe (Prot. I S. 6). Zudem behauptete die Klägerin auch nicht substantiiert, dass der Beklagte darüber informiert worden sei. Der Beklagte konnte somit nicht wissen, welche Kategorie von Angestellten diese Ausstände betrafen. Ebenfalls neu und aus denselben Gründen nicht zu hören ist die Behauptung, dass der Beklagte im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang keine Fragen gestellt habe (Urk. 27 S. 7). Aus diesem Umstand liesse sich auch nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten. Wie

bereits erwähnt, wurde ausserdem auch über den Konkurs der Rechtsvorgängerin nicht informiert. Unbestrittenermassen erfuhr der Beklagte davon zufällig im Dezember 2014 (Urk. 16 S. 15). Diverse mögliche Fragen konnte der Beklagte daher gar nicht stellen, weil er den Sachverhalt nur bruchstückhaft kannte. Dass die geschäftlichen Vorgänge ab 1. Juli 2014 nur noch über die Klägerin erfolgten und der Beklagte gegenüber aussen im dem Namen der Klägerin auftrat (Urk. 27 S. 8), ist nicht relevant und ändert nichts an der ungenügenden Information durch die Klägerin.

b) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Klägerin nicht substantiiert geltend machte, inwiefern der Beklagte über den Betriebsübergang im einzelnen informiert wurde. Sie machte lediglich die pauschale Aussage, wonach die Mitarbeiter - und damit auch der Beklagte - über alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Fragen informiert worden seien, ohne explizit darzulegen, um welche Fragen es sich konkret gehandelt habe. Die sog. Substanziierungslast besagt, dass die Parteien die behaupteten Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern zusätzlich in einer über die Behauptungslast hinausgehenden, detaillierten Art und Weise zu schildern haben, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Die behauptungsbelastete Partei hat die Schlüssigkeit ihrer Behauptungen durch Zerlegung in Einzeltatsachen und detaillierte Begründung geltend zu machen, wenn die Behauptung von der Gegenseite bestritten worden ist (Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 55 N 23 ff.), wie dies vorliegend der Fall war. Die rechtserheblichen Tatsachen müssen so umfassend, detailliert und klar dargelegt werden, dass die Gegenpartei dazu einzeln und unterschiedlich Stellung nehmen, sie bestreiten, anerkennen oder eine Gegendarstellung abgeben kann. Die betreffende Partei kann sich nicht mit allgemeinen, globalen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung des Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 22). Bei ungenügend substantiierten Klagen kann der Sachverhalt nicht unter die betreffende Norm des materiellen Rechts subsumiert werden. Es fehlt an den Voraussetzungen für die beweismässige Ab-

klärung des Sachverhalts. Die mit der Substanziierungsobliegenheit belastete Partei hat die prozessualen Folgen ihres Versäumnisses zu tragen. Dies bedeutet, dass sie mit einer pauschalen Behauptung nicht gehört wird und bezüglich unsubstanziert vorgetragener Sachverhalte keinen Anspruch auf Beweisführung hat. Der nicht substanziert vorgetragene Sachverhalt ist dem nicht bewiesenen gleichgestellt (Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 28). In diesem Sinne sind die Vorbringen der Klägerin zum Thema "Informationspflicht" als ungenügend substanziert zu qualifizieren. Entgegen der Auffassung der Klägerin war die Vorinstanz nicht gehalten, bei ihr als anwaltlich vertretener Partei die gerichtliche Fragepflicht auszuüben, zumal Behauptungen betreffend Information der Mitarbeiter vorgebracht wurden. Ein diesbezüglicher Irrtum oder ein unverschuldetes Versehen ist nicht auszumachen (Sutter-Somm/Grieder, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 56 N 38 ff.). Es bestand somit kein Anlass des Gerichts zu weiteren Fragen.

Zudem steht fest, dass die Klägerin nicht bestritt, dass sie den Beklagten nicht über den Konkurs ihrer Rechtsvorgängerin unterrichtet hatte und überdies auch nicht über Art und Umfang der Forderung, welche gemäss ihren Angaben die Überschuldung ihrer Rechtsvorgängerin verursachte und Anlass für den Betriebsübergang war. Über diese nicht bestrittenen Tatsachen musste deshalb auch nicht Beweis erhoben werden.

3.a) Aufgrund der obigen Ausführungen steht fest, dass sich die Information der Klägerin gegenüber dem Beklagten im Wesentlichen lediglich im Rahmen dessen hielt, was in der Bestätigung vom 3. März 2016 festgehalten ist. Der Beklagte wusste, dass das Arbeitsverhältnis bei einer neuen Gesellschaft "fortgesetzt" würde. Es war ihm auch bekannt, dass auf die ehemalige Arbeitgeberin eine Forderung aus einem Prozess zukommen würde. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die essentiellen Gründe für den Betriebsübergang. Als solche sind vor allem auch Inhalt und Umfang der fraglichen Forderung sowie der Konkurs der vormaligen Arbeitgeberin zu erachten. Um die Zuverlässigkeit und Werthaltigkeit der neuen Arbeitgeberin abschliessend beurteilen und allenfalls sein Ablehnungsrecht ausüben zu können, muss der Arbeitnehmer diese Vorgänge kennen. Er

muss in der Lage sein, die Sicherheit seines Arbeitsplatzes für die Zukunft abschätzen zu können. Die Arbeitgeberin ist daher aufgrund von Treu und Glauben gehalten, dem Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, auch wenn sie nicht sämtliche Motive für den Betriebsübergang offenlegen muss. Der Arbeitnehmer muss aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Gründe kennen, welche seine Entscheidung über die Ausübung des Ablehnungsrechts beeinflussen (Wildhaber, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich Basel Genf 2011, S. 377 f.). Da die neue Gesellschaft, die Klägerin, auch in personeller Hinsicht mit der ehemaligen Arbeitgeberin weitgehend identisch ist und unter praktisch gleicher Führung weitergeleitet wird, war es für den Beklagten umso wichtiger zu erfahren, weshalb überhaupt ein Betriebsübergang stattfand. Es handelte sich vorliegend nicht um eine Fusion oder Firmenübernahme, wie sie regelmässig vorkommen, sondern um eine faktisch identische Neugründung. Für die Mitarbeiter war augenfällig kein plausibler Grund für eine solche Neugründung einer praktisch identischen Firma erkennbar. Die effektiven Gründe wurden dem Beklagten verschwiegen. Der Beklagte hätte das Recht gehabt zu erfahren, dass die Forderung mit nicht geleisteten Pensionskassenbeiträgen und auch gewissen AHV-Ausständen zu tun hatte und die ehemalige Arbeitgeberin deswegen überschuldet und nicht mehr überlebensfähig war. Solche Umstände betreffen unmittelbar die Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber den Sozialversicherungen, auch wenn es nicht zu einem Ausfall für den Arbeitnehmer kommen sollte und die Ansprüche des Beklagten nach Aussagen der Klägerin nie gefährdet waren. Sie können aber Indiz für die Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit der Arbeitgeberin sein. Auch der Tatbestand des Konkurses wäre ein wichtiger Umstand für die Beurteilung der Arbeitsplatzsicherheit gewesen, zumal schon die Rechtsvorgängerin der Konkursitin unbestrittenermassen unter der praktisch identischen Führung in Konkurs gefallen war, sich der Vorfall also wiederholte. Beide Male war der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden (Urk. 16 S. 5 f.). Der Beklagte führte denn auch aus, dass er aufgrund der im Dezember 2014 vorliegenden Informationen habe davon ausgehen müssen, dass die verantwortlichen Personen der Klägerin, die auch für die C._____ in Konkurs verantwortlich gewesen seien, offenbar keine Skrupel hätten, eine Gesellschaft in Konkurs fallen zu lassen, wenn sich die Geschäfte nicht

so entwickelten, wie sie es sich erhofften (Urk. 16 S. 17). Anbei ist noch zu bemerken, dass unter diesen Umständen die in der Bestätigung vom 3. März 2016 aufgeführte Information, wonach neben der Klägerin auch noch deren Rechtsvorgängerin (C._____ AG Personalberatung) für die Ausstände der Mitarbeiter haften würde, als unrichtig zu bezeichnen ist, da über sie der Konkurs eröffnet worden war. Es wurde von der Klägerin auch nicht behauptet, dass diese Forderung erledigt worden sei. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, sind diejenigen Personen, welche für die Ausstände dieser Forderungen bei der ehemaligen Arbeitgeberin zuständig waren, nunmehr wiederum bei der Klägerin in verantwortlicher Stellung (Urk. 28 S. 15). Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Beklagte demnach im Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht über die erforderlichen Informationen verfügte, um sich ein zuverlässiges Bild von seiner künftigen Arbeitgeberin und der Sicherheit seines Arbeitsplatzes machen zu können. Dass der Beklagte selbst durch diese Umstände nicht zu Schaden kam, ist unerheblich. Die Klägerin verletzte dadurch die ihr obliegende Informationspflicht. Im Folgenden ist zu prüfen, ob dies dem Beklagten begründeten Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gab.

b) Die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR ist bei der Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR einer Arbeitnehmerkündigung gleichzustellen. Die überwiegende Lehre erblickt im Betriebsübergang immer einen begründeten Anlass zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses, womit das Konkurrenzverbot dahinfällt. Gemäss Ansicht von Streiff/von Kaelin/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl., N 10 zu Art. 340c, hat die wirtschaftliche Entwicklung jedoch diese Meinung überholt: Sie halten dafür, dass keineswegs jedes Arbeitsverhältnis in dem Masse durch die persönliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber geprägt sei, dass jeder Eigentümerwechsel begründeter Anlass für eine Kündigung wäre. Ob der Betrieb im Eigentum des Konzerns A oder des Konzerns B stehe, sei für den Arbeitnehmer oftmals nicht von Belang. Es sei deshalb jeder Fall einzeln anzusehen. Der Betriebsübergang könne dem Arbeitnehmer begründeten Anlass geben, sein Recht zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auszuüben, müsse es aber nicht. Der begründete Anlass müsse mit anderen Worten materiell

vorliegen und ergebe sich nicht bereits aus der formellen Tatsache eines Betriebsübergangs. Aufgrund der blossen Tatsache des Arbeitgeberwechsels sei er immerhin in persönlich geprägten Arbeitsverhältnissen, z.B. im Kleingewerbe oder im Hausdienst, auch materiell zu bejahen. Erfolge der Betriebsübergang, nachdem das Arbeitsverhältnis bereits beendet sei, so gehe ein allfällig noch laufendes Konkurrenzverbot nicht mehr auf den Erwerber über. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung müsse ein Kausalzusammenhang gegeben sein (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 340c). Selbst wenn man dieser Ansicht folgen wollte, wonach nicht jeder Betriebsübergang begründeten Anlass zur Ablehnung desselben gebe, ist dies vorliegend jedoch klarerweise der Fall. Es geht in concreto nicht um den Übergang des Betriebes vom Konzern X zum Konzern Y, sondern um eine kleine Gesellschaft mit wenigen Mitarbeitern, die mit praktisch identischer Leitung und gleichem Zweck im Rahmen einer neuen Aktiengesellschaft weitergeführt wird. Es ist daher davon auszugehen, dass unter diesen Umständen allein schon der Betriebsübergang begründeten Anlass für die Kündigung gebildet hätte. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist vorliegend aufgrund der krassen Verletzung der Informationspflicht durch die Klägerin jedoch auf jeden Fall von einem (weiteren) begründeten Anlass zur Kündigung auszugehen und sind die Voraussetzungen - Kausalität und Kündigung innert einer angemessenen Überlegungsfrist seit Kenntnis des Grundes - als gegeben zu erachten (Urk. 28 S. 15 f.). Das Konkurrenzverbot ist demgemäss dahingefallen (Art. 340c Abs. 2 OR). Ob der Beklagte noch andere Gründe für die Kündigung hatte, wie die Klägerin geltend machte (Urk. 27 S. 4), ist unerheblich. Die Klägerin kann somit keine Ansprüche wegen Verletzung eines Konkurrenzverbotes geltend machen. Da sich die Klage jedoch einzig auf diese Anspruchsgrundlage stützt, ist sie abzuweisen.

IV.

1. Ausgangsgemäss ist die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen (Urk. 28 S. 17 f.).

2. Im Berufungsverfahren ist die Klägerin unterliegende Partei, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Ausserdem hat sie dem Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr bemisst sich auf Fr. 5'300.-- (§§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 2 GebVO). Sie ist mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss (Urk. 30 und 31) zu verrechnen.

Die Parteientschädigung ist gemäss § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO festzusetzen. Sie beträgt Fr. 6'700.-- plus 8% Mehrwertsteuer (Fr. 536.--), also insgesamt Fr. 7'236.--.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Klägerin auf einstweilige Sistierung des vorliegenden Verfahrens wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Klägerin auf Beizug der Strafakten des Strafverfahrens 2A 2015 98-100LAJ der Staatsanwaltschaft Zug, II. Abteilung, in Sachen der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'300.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'236.-- zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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. 47'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
mc