

ZH_OBERGERICHT LA130044 vom 23. Juli 2014

ZH Obergericht, 2014-07-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA130044

FR: ZH_OBERGERICHT LA130044 du 23 juillet 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LA130044 del 23 luglio 2014

Erwägungen

E. 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).

E. 2

Mit Eingabe vom 5. November 2012 (Urk. 1) sowie unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ..., vom

E. 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

- 5 - Zeugnisanpruch 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.

E. 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

- 8 - weitere Beweismittel offeriert, so insbesondere die Zeugenbefragung der entsprechenden Kunden in Bezug auf die sich über mehrere Monate erstreckenden Abwerb Bemühungen 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.

E. 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 bestätige 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.

E. 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.).

- 9 - 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.

E. 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 Abwerbungs Bemühungen 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,

- 10 - 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.

E. 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.

E. 9

a) Die Beklagte macht sodann geltend, der Kläger habe vor seinem Weggang am 18. Juli 2012 – in grober Verletzung seiner Treupflicht – 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 bestreitet 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

- 11 - 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.

E. 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 blosser 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

- 12 - 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).

E. 11

a) Um die Intensität der Abwerbebemühungen und die Hartnäckigkeit des Klägers vollständig aufzudecken, fordert die Beklagte schliesslich vor Obergericht, dass die 24 tatsächlich abgeworbenen Kunden betreffend Umfang und Dauer der Abwerbebemühungen 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 Abwerbephase 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 Rechtschrift 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

- 13 - 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 Abwerbungsmaßnahmen des Klägers bzw. dazu, was die Befragung der zahlreichen Zeugen ergeben sollte, 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 Abwerbungsmaßnahmen dargelegt. 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

- 14 - 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 Abwerbungsmaßnahmen 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 Abwerb Bemühungen 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

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

E. 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

- 16 - 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:

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