

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Urteil vom 12. April 2018

in Sachen

A. _____ SA,

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 **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
1. Abteilung, vom 20. September 2017 (AH170084-L)**

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 16'666, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 16'666 seit 1. Februar 2017 unter Abrechnung der Sozialversicherungsabzüge zu bezahlen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWST zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 20. September 2017:

(Urk. 25 S. 26 f. = Urk. 29 S. 26 f.)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 14'500.– netto (inkl. Kinderzulagen) nebst Zins zu 5 % seit 1. Februar 2017 zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'670.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittel; Berufung, Frist 30 Tage.]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 28 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 20. September 2017 im Verfahren AH170084-L sei aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualiter sei die Sache an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung zurückzuweisen.
4. Alles unter Entschädigungsfolgen, zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von derzeit 8.0%, zulasten des Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin vollständig abzuweisen.
2. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 20. September 2017 im Verfahren AH170084-L zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt/Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war ab 1. Juni 2014 im Range eines Managing Director bei der im Bereich der Anlage- und Vermögensverwaltung tätigen Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) angestellt (Urk. 29 E. II; siehe auch Urk. 28 Rz. 12 und Urk. 35 Rz. 18). Die Parteien schlossen folgende schriftliche Vereinbarungen:

- Arbeitsvertrag vom 25. Mai 2014, worin eine (rein) erfolgsabhängige variable Beteiligung des Klägers vereinbart wurde (Urk. 20/1; Urk. 29 E. II; siehe auch Urk. 28 Rz. 14 und Urk. 35 Rz. 20)
- Arbeitsvertrag vom 11. Dezember 2014, der den Arbeitsvertrag vom 25. Mai 2014 ersetzte und worin nebst einer variablen Beteiligung ein fixes Basissalär von jährlich Fr. 120'000.– brutto vereinbart wurde (Urk. 5/2; Urk. 29 E. II; siehe auch Urk. 28 Rz. 14; Urk. 35 Rz. 20)
- Nachtrag vom 1. Februar 2015, worin das fixe Basissalär auf jährlich Fr. 200'000.– brutto erhöht wurde (Urk. 20/4; Urk. 29 E. II; siehe auch Urk. 28 Rz. 14 und Urk. 35 Rz. 20)
- Nachtrag vom 24. Oktober 2016, worin der Arbeitsvertrag hinsichtlich der Punkte "Compensation" und "Expenses" im gegenseitigen Einverständnis mit Wirkung per 1. Oktober 2016 abgeändert wurde (Urk. 5/4; Urk. 29 E. II.).

Mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis. Die Beklagte bestätigte den Erhalt der Kündigung mit Schreiben vom 10. Januar 2017. Zusätzlich machte sie in ihrem Schreiben gestützt auf Ziffer 8.2. des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 eine Rückforderung des von ihr im Juni 2015 ausbezahlten "NNM Bonus" für das Jahr 2015 in der Höhe von Fr. 268'795.– geltend und wies den Kläger im Weiteren darauf hin, dass dessen Pflichten aus

dem Arbeitsvertrag weiterhin Geltung beanspruchten, sowie, dass das Arbeitsverhältnis am 31. März 2017 ende (vgl. Urk. 29 E. II.; Urk. 20/5; Urk. 5/7; Urk. 12/6).

2. Am 4. Mai 2017 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise ..., bei der Vorinstanz Klage ein, mit der er Lohnzahlungen (Fixlohn für den Monat Januar 2017) geltend machte (Urk. 1 und 3). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 29 E. I./1.). Am 20. September 2017 fällte die Vorinstanz den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 29).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte am 23. Oktober 2017 rechtzeitig (Urk. 26/2) Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 29). Die Berufungsantwort datiert vom 11. Dezember 2017 (Urk. 34 und Urk. 35). Darin schloss der Kläger auf Abweisung der Berufung. Die Berufungsantwort wurde der Beklagten mit Verfügung vom 4. Januar 2018 zur Kenntnis gebracht (Urk. 37). Die Beklagte liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

4. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

II.

Prozessuales

1. Im Prozess betreffend Arbeitsstreitigkeiten bemisst sich der Streitwert nach dem Bruttolohn ohne Abzug der Arbeitnehmerbeiträge (*OGer ZH LA160027 vom 16. 12.2016 E. 3.1.*; ZR 106 [2007] Nr. 6, so auch *OGer Bern ZK17 441 vom 30.10.2017, E. 12*, abgedruckt in: *SJZ 114/2018, S. 149 f.*; *Streiff/von Kanel/Rudolph, Der Arbeitsvertrag, 7. Auflage, S. 11*). Dies gilt auch, wenn die Beklagte die Hauptforderung anerkennt, jedoch mit einer bestrittenen Gegenforderung verrechnet und den überschüssenden Teil nicht widerklageweise geltend macht (*ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N 19*). Der Kläger ersuchte vorinstanzlich

um Zusprechung des Bruttolohns für den Monat Januar 2017 in Höhe von Fr. 16'666.– nebst Zins und unter Abrechnung der Sozialversicherungsabzüge (Urk. 1 S. 2). Entsprechend ist vorliegend von einem Streitwert von Fr. 16'666.– auszugehen. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz die Klage im angefochtenen Entscheid lediglich im Umfang des Nettolohns in der Höhe von Fr. 14'500.– guthiess (Urk. 29 Disp. Ziff. 1).

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- und Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; 5A_247/2013 vom 13. Oktober 2013, E. 3.2). Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6.09.2016, E. 5.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). 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. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

3. In ihrer Berufungsschrift schildert die Beklagte über mehrere Seiten den Sachverhalt, als ob sie vor einer ersten Instanz plädieren würde. Sie unterlässt es dabei darzutun, dass dies novenrechtlich zulässig ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO) bzw. die entsprechenden Behauptungen schon vor Vorinstanz ausgeführt wurden (so insbesondere Urk. 28 Rz. 12 ff.; Rz. 25; Rz. 37). Derartige Darlegungen sind unzulässig und damit unbeachtlich. Entscheidend bleiben daher einzig die im erstinstanzlichen Verfahren vor Aktenschluss vorgetragene(n) Tatsachenbehauptungen und die gleichzeitig diesen Tatsachenbehauptungen zugewiesenen Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO). Im vorliegenden Fall ist der Aktenschluss mit dem zweiten erstinstanzlichen Parteivortrag eingetreten. Sachverhaltsrügen wären mit konkreten Hinweisen auf die erstinstanzlichen Parteivorträge zu begründen. Das tut die Beklagte – wie erwähnt – in weiten Teilen ihrer Berufungsschrift jedoch nicht.

III.

Materielles

1. Strittige Punkte

Die Vorinstanz hiess die Klage im Umfang der Lohnforderung für den Monat Januar 2017 gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 14'500.– netto inklusive Kinderzulagen. Die von der Beklagten erhobenen Verrechnungseinreden verwarf die Vorinstanz. Strittig sind vorliegend folgende Verrechnungsforderungen: 1) Rückforderungsanspruch der Beklagten betreffend den im Juni 2015 dem Kläger ausbezahlten "NNM"-Bonus von Fr. 286'676.25 brutto, sowie 2) ein Forderungsanspruch aufgrund einer fällig gewordenen Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 200'000.– sowie ein Schadenersatzanspruch mindestens in der Höhe der eingeklagten Lohnforderung. Nicht mehr strittig ist das von der Vorinstanz verworfene Vorbringen der Beklagten, dem Kläger sei ab Oktober 2016 lediglich ein variables Salär im Sinne von Art. 322a OR zugestanden und die Beklagte habe ihm

unter diesem Titel vom 1. Oktober 2016 bis 31. März 2017 bereits höhere Beträge ausgerichtet, weshalb keine Lohnforderung mehr geschuldet sei (vgl. Urk. 28 Rz. 11; Urk. 29 E. III.).

2. Rückforderungsanspruch hinsichtlich des "Capital Payments"

2.1. Strittig ist die Gültigkeit der in Ziffer 8.2. der Arbeitsverträge vom 25. Mai 2014 (Urk. 20/1) und vom 11. Dezember 2014 (Urk. 5/2) festgehaltenen Bedingung hinsichtlich des "Capital Payments". Die Klägerin leitet aus dieser Bestimmung einen Rückforderungsanspruch ihrer im Juni 2015 (Urk. 28 Rz. 9; Urk. 17 Rz. 25) dem Kläger unter diesem Titel ausbezahlten Vergütung ab und stellt diese der Lohnforderung des Klägers für den Monat Januar 2017 zur Verrechnung (Urk. 28 E. IV./1.).

2.2. Die Vorinstanz erwog, aus Ziffer 8 des Arbeitsvertrages vom 25. Mai 2014 (Urk. 20/1) sowie vom 11. Dezember 2014 (Urk. 5/2) ergebe sich, dass das Capital Payment klar berechenbar sei. Der Beklagten sei weder ein Ermessen betreffend die Ausrichtung an sich noch hinsichtlich der Höhe des "Payments" zugestanden. Es sei eine Prämie von 0.5 % der vom Kläger eingebrachten und verwalteten Vermögen geschuldet gewesen, sofern die jeweiligen klägerischen Klienten eine Vermögensrendite von mindestens 0.8 % erreicht hätten. Vor diesem Hintergrund sei diese Zahlung als Lohn bzw. Provision zu qualifizieren. Unter Verweis auf die Rechtsprechung (siehe dazu Urk. 29 E. IV./2.) sei eine Klausel, wonach die Gesellschaft die entsprechende Kapitaleistung vollumfänglich zurückfordern könnte, sofern der Arbeitnehmer die Gesellschaft innerhalb von drei Jahren nach Ausrichtung dieser verlasse, nicht zulässig. Die Beklagte könne das ausgerichtete "Capital Payment" daher nicht zur Verrechnung bringen (Urk. 29 E. IV./3.2.).

2.3. Die Beklagte bemängelt, die Vorinstanz habe Art. 151 bzw. Art. 154, Art. 322 und Art. 322d OR sowie den (mit gewissen Einschränkungen) auch im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit verletzt. Der Lohn des Klägers sei in Ziffer 7 der Arbeitsverträge vom 25. Mai 2014 und 11. Dezember 2014 bzw. deren Nachträgen unter dem Titel "Compensation" festgehalten worden. Daraus erhellte, dass es sich beim separat und nicht unter dem Titel "Compensation", d.h.

Vergütung, in Ziffer 8 der genannten Arbeitsverträge vereinbarten "Capital Payment" um eine zum eigentlichen Lohn hinzutretende Sonderprämie (und nicht um einen Lohnbestandteil) gehandelt habe. Die Berechenbarkeit der Treueprämie sei sodann irrelevant und reiche nicht aus, um diese als bedingungsfeindlichen Lohnbestandteil zu qualifizieren. In Lehre und Praxis bestehe Einigkeit, dass es eine eigene Kategorie von betragsmässig bestimmten oder berechenbaren Vergütungen gebe. Deren Ausrichtung dürfe ohne Weiteres in rechtsverbindlicher Weise von der Bedingung des bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses in einem bestimmten Zeitpunkt abhängig gemacht werden. Der Capital Payment entspreche vorliegend denn auch viel mehr sinngemäss einem sog. Retentionsbonus, dessen Ausrichtung von der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden dürfe und bezüglich dieser Bedingung wie eine unechte Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR behandelt werde. Denn ob die Ausrichtung von einer Bedingung abhängig gemacht werden dürfe, hänge nur bedingt von den gängigen Abgrenzungskriterien hinsichtlich Boni ab. Vielmehr hänge dies vom konkreten Willen der Parteien ab, der sich vorliegend aus Ziffer 8 des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 und seiner entsprechenden Systematik ergebe. Es sei gestützt darauf offensichtlich, dass die Parteien dem – separat geregelten – Capital Payment keinen Lohncharakter hätten zukommen lassen wollen. Dies gelte umso mehr, als dass der Bedingungseintritt in der Macht des Klägers gelegen habe (Urk. 28 Rz. 25 ff., insbesondere Rz. 28 ff.).

2.4. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil die gemäss Rechtsprechung massgeblichen Kriterien zu den Charakteristika von Gratifikation im Sinne Art. 322d OR und Lohnbestandteil im Zusammenhang mit Boni bzw. variablen Gehaltszahlungen zutreffend dargelegt. Ebenso zutreffend hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Lohn (im Gegensatz zur unechten und echten Gratifikation) insofern als bedingungsfeindlich gilt, als dass die Auszahlung eines Lohnbestandteils nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Fälligkeitszeitpunkt abhängig gemacht werden darf. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf diese Erwägungen (Urk. 29 E. IV./2.) verwiesen werden. Die Beklagte stellt sodann zu Recht nicht in Abrede, wonach die gestützt auf Ziffer 8 der Arbeitsverträge vom

25. Mai 2014 (Urk. 20/1) und vom 11. Dezember 2014 (Urk. 5/2) vereinbarte (variable) Vergütung klar berechenbar ist und bei deren Festsetzung der Beklagten weder ein Ermessen betreffend die Ausrichtung an sich noch hinsichtlich deren Höhe zustand (Urk. 29 E. IV./3.2.). In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 136 III 313 E. 2; 129 III 276 E. 2; vgl. auch BGE 109 II 447 E. 5c; BGer 4A_511/2008 vom 3. Februar 2009, E. 4.1; 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 4.1; 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4; 4C_395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3.; 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006, E. 2.1; 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, E.2.1) ging damit die Vorinstanz bezüglich des Capital Payments zu Recht von einer Sondervergütung mit Lohncharakter aus. Zuzustimmen ist der Beklagten zwar insofern, als dass in der Lehre verschiedentlich Kritik an der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geübt wurde (vgl. Reinert, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 2009, S. 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 9 S. 353; ZK-Staehelin, Art. 322 d N 6, wonach auch ermessensunabhängige Vergütungen Gratifikationscharakter haben könnten und ausschlaggebend der konkrete Wille der Parteien sein solle). Der aktuellen Praxis des Bundesgerichts (zuletzt BGE 142 III 381 E. 2.1.) ist indessen zu folgen. Gleiches gilt in Bezug auf die (teilweise) in der Lehre vertretene Auffassung, dass die vertraglich vereinbarte Bedingung des bestehenden bzw. ungekündigten Arbeitsverhältnisses auch bei Sondervergütungen mit Lohncharakter zulässig sein soll (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 9 S. 354 m.w.H.). Auch hierbei besteht kein Grund, von der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 5.1; 4C.395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3; 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1), der auch die erkennende Kammer folgt (so bereits *OGer ZH LA100002 vom 14. September 2011, E. 3.6.*), abzuweichen. Damit geht die Rüge der Beklagten ins Leere. Auf die weiteren Vorbringen der Beklagten hinsichtlich des konkreten Willens der Parteien und der vorinstanzlich vom Kläger erhobenen Einrede bezüglich einer analogen Anwendbarkeit von Art. 340c Abs. 2 OR (siehe Urk. 28 Rz. 36) braucht unter diesen Umständen nicht weiter eingegangen werden.

3. Anspruch aus Konventionalstrafe/Schadenersatzanspruch

3.1. Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass der Kläger die von ihm eingebrachten Kunden hinsichtlich seines Ausscheidens informiert habe. Ebenfalls unstrittig sei, dass die Kunden bereits im Dezember 2016 und Anfangs 2017 zur neuen Arbeitgeberin des Klägers ("C. _____") gewechselt seien. Es sei indes – wie die Beklagte geltend gemacht habe – auffallend, dass sowohl die Kündigungsschreiben dieser Klienten an die Beklagte als auch die Schreiben der Klienten an den Kläger betreffend Ersuchen um Fortsetzung der Leistung allesamt vom 1. Dezember 2016 stammten. Einem Zeitpunkt, in welchem der Kläger sich noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befunden habe. Dies erscheine unter Hinweis auf die Rechtsprechung problematisch.

Dem in Ziffer 15.2. des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 (Urk. 5/2) festgehaltenen Abwerbverbot sei jedoch eindeutig zu entnehmen, dass es dem Kläger während des Arbeitsverhältnisses als auch zwölf Monate nach dessen Beendigung gestattet sei, eigene Kunden aktiv zur Beendigung der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten zu veranlassen. Dem folgend sei nicht näher darauf einzugehen, in welchem Zeitpunkt oder wie der Kläger seine Kunden über seinen Weggang oder seine neue Arbeitgeberin informiert habe. Es sei ihm gemäss dem Arbeitsvertrag erlaubt gewesen, seine Kunden – auch aktiv und gar im ungekündigten Arbeitsverhältnis – zu einer Vertragsbeendigung mit der Beklagten zu veranlassen. Abwerbbehandlungen seien dem Kläger gestattet gewesen. Dass der Kläger darüber hinaus bereits während des Arbeitsverhältnisses oder der Kündigungsfrist für seine neue Arbeitgeberin tätig gewesen sei, sei nicht substantiiert vorgebracht worden. Es bestehe keine Forderung aus Konventionalstrafe/Schadenersatz, welche die Beklagte zur Verrechnung bringen könnte (Urk. 29 E. V./3.).

3.2. Die Beklagte moniert, der Vertragsauslegung und dem daraus gezogenen Schluss der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden. Es liege in diesem Punkt – nebst, dass wiederum eine Reihe von massgeblichen Fakten unberücksichtigt geblieben seien – ein Verstoss gegen Art. 1, 18 und 321a OR vor. Die Beklagte habe dargelegt, dass die Parteien in Ziffer 15.2. (A) des Arbeitsvertrages vom

11. Dezember 2014 vereinbart hätten, dass es dem Kläger gestattet gewesen sei, im Zeitpunkt seines Ausscheidens die von ihm akquirierten und eingebrachten Kunden zu einem neuen Arbeitgeber zu transferieren. Es sei ihm jedoch strikt untersagt gewesen, während des laufenden Arbeitsverhältnisses Kunden zur Beendigung der vertraglichen und geschäftlichen Beziehungen zu verleiten. Der Kläger wolle hingegen die fragliche Klausel dahingehend verstehen, dass er die von ihm eingeführten Kunden auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses zu einer Beendigung der mit der Beklagten bestehenden Geschäftsbeziehungen veranlassen dürfe.

Der umstrittene Sinngehalt einer Vertragsklausel sei vorrangig mittels empirischer und subjektiver Vertragsauslegung zu ermitteln. Vorliegend habe die Vorinstanz keine Beweiserhebungen irgendwelcher Art betreffend den umstrittenen wirklichen Willen der Parteien hinsichtlich dieser Bestimmung vorgenommen. Eine objektivierte Vertragsauslegung unter Würdigung aller massgeblichen Umstände sei ebenfalls unterblieben. Die Vorinstanz habe sich im Rahmen ihrer nicht haltbaren Auslegung auf eine isolierte, rein grammatikalische Prüfung des Wortlauts der fraglichen Bestimmung beschränkt. Eine subjektivierte oder objektivierte Auslegung führe jedoch klar zum Schluss, dass die Parteien keine Einschränkung der Treuepflicht beabsichtigt oder vereinbart hätten. Es verstehe sich von selbst – zumal dies auch der gesetzlichen Regelung in Art. 321a OR sowie dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspreche –, dass eine Verleitung der Kunden zur Beendigung der zur Beklagten bestehenden vertraglichen Beziehungen während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch hinsichtlich der von ihm akquirierten und betreuten Kunden untersagt sei. Die Beklagte hätte selbstredend keiner Vereinbarung zugestimmt, die es einem ihrer lediglich drei Kundenberatern auf Stufe "Managing Director" (wo bekanntlich höhere und nicht geringere Loyalitätspflichten gälten) gestatte, die von ihm akquirierten und betreuten Kunden der Beklagten während des laufenden Arbeitsverhältnisses zum Vertragsbruch zu verleiten und die Beklagte dadurch sowie im Umfang des weiterhin geschuldeten Lohnes massiv zu schädigen.

Eine solche Regelung stünde denn auch in unauflösbarem Widerspruch zur in Ziffer 2.1.vereinbarten Tätigkeit des Klägers (Akquisition und Betreuung der akquirierten Kunden) sowie auch zu den Ziffern 2.3.-2.5., 3 sowie 13 des Arbeitsvertrages. Eine anderslautende Abmachung hätte schliesslich auch den Interessen des Klägers entgegengestanden, zumal dessen ursprünglichen Vergütung ausschliesslich in einer variablen Beteiligung von 50 % der mit den von ihm akquirierten Kunden generierten Einnahmen bestanden habe. Im Gegenteil habe sich der Kläger mit einem nachvertraglichen Abwerbeverbot einverstanden erklärt (so Ziffer 15.2. der Arbeitsverträge vom 25. Mai 2014 und 11. Dezember 2014). Kunden während des laufenden Arbeitsverhältnisses zu einer Mandatsbeendigung zu verleiten, sei dem Kläger ja bereits von Gesetzes wegen verboten gewesen. Die Parteien hätten – aufgrund des Anliegens des Klägers – eine Vereinbarung getroffen, wonach der Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt sein solle, Kunden zu einer neuen Arbeitgeberin zu transferieren. Dies sei vom Kläger an der Verhandlung vom 29. August 2017 denn auch bestätigt worden. Seine dortigen Aussagen erhellten, dass die Parteien ursprünglich eine sehr scharfe Abwerbeklausel hätten vereinbaren wollen (mit Verweis auf Prot. I S. 13). Die von der Vorinstanz und dem Kläger nunmehr behauptete Zulässigkeit solcher Abwerbungen sei auf eine unsorgfältige Redaktion der Klausel zurückzuführen. Etwas anderes sei nie besprochen, vereinbart oder in den Arbeitsverträgen vom 15. Mai 2014 und 11. Dezember 2014 festgehalten worden. Eine objektivierte Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens führe zu keinem anderen Ergebnis. Die auf den Wortlaut isolierte Auslegung der Vorinstanz habe zu einem nicht dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung entsprechenden Ergebnis geführt, wobei bereits der Wortlaut der fraglichen Bestimmung eine andere Interpretation zugelassen hätte. Aufgrund des Umstands, dass die Mehrheit der Kunden bereits per 1. Januar 2017 zur neuen Arbeitgeberin des Klägers gewechselt habe, sei sodann auch erstellt, dass der Kläger (und seine Ehefrau, die seit anfangs 2017 ebenfalls für die C._____ tätig gewesen sei) bereits auch in den fraglichen drei Monaten Dienstleistungen für die neue Arbeitgeberin erbracht habe. Der Beklagten könne denn auch nicht vorgeworfen werden, dass sie die konkreten diesbezüglichen Tätigkeiten unzureichend substantiiert habe. Dies entziehe sich naturgemäss der Kennt-

nis der Beklagten, da sich dies nicht in ihrer Sphäre abgespielt habe. Für solche Fälle würden deutlich reduzierte Substantiierungspflichten gelten und es läge am Kläger sowie den als Zeugen aufgerufenen Kunden, hierzu entsprechende Auskünfte zu erteilen.

Als Sanktion für die Verletzung des Abwerbverbots hätten die Parteien in zulässigerweise eine der Beklagten auszurichtende Konventionalstrafe in Höhe eines Jahresbasissalärs für jeden einzelnen Verstoss vereinbart. Die Abrede sei ohne Weiteres gültig, auch wenn der konkrete Schaden tiefer ausgefallen wäre. Nicht weiter geprüft werden müsse, ob die vereinbarte Konventionalstrafe allenfalls als übermässig herabzusetzen gewesen wäre.

Mit dem geschilderten Verhalten habe der Kläger weitere Verpflichtungen verletzt (namentlich seine Treuepflichten gemäss den Ziffern 2.3, 3.1 und 3.2 des Arbeitsvertrages [mit Verweis auf Urk. 5/2] sowie Art. 321a OR und Art. 2 UWG). Die Beklagte habe durch den unzulässigen Transfer der Mehrheit dieser Kunden eine Reduktion der Honorarerträge (Differenz von Fr. 157'552.– zwischen dem vierten Quartal 2016 und dem ersten Quartal 2017) hinnehmen müssen, wodurch sie einen Schaden von deutlich mehr als der geltend gemachten Lohnforderung von Fr. 16'666.– brutto bzw. Fr. 14'500.– netto erlitten habe. Eine entsprechende Verrechnungsforderung stünde der Beklagten deshalb selbst dann zu, wenn die Parteien solche unzulässigen Abwerbungen nicht mit einer Konventionalstrafe abgesichert hätten. Die weiteren Voraussetzungen der seitens der Vorinstanz nicht weiter geprüften Schadenspflicht seien sodann ebenfalls gegeben. Die anerkannte Lohnforderung des Klägers sei daher in Anwendung von Art. 124 OR infolge Verrechnung erloschen (Urk. 28 Rz. 24 und Rz. 37 ff.).

3.3. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Überlegungen der Lehre hinsichtlich des Abwerbverbots während des bestehenden Arbeitsverhältnisses – insbesondere auch in Bezug auf die Finanzbranche – korrekt dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 29 E. V./2. mit Verweis auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 2 und N 7 S. 179 ff.). Dem kann Folgendes präzisierend hinzugefügt werden: Eine spezifische Norm, die das Abwerbverbot des Arbeitnehmers während des Vertragsverhältnisses behandelt, findet sich im Obligationenrecht nicht.

Ein solches ergibt sich indirekt aus dem Art. 321a OR, welche die Treuepflicht des Arbeitnehmers während des andauernden Arbeitsverhältnisses regelt. Angesichts dessen dispositiver Natur ist es den Parteien jedoch unbenommen, die Zulässigkeit von Abwerbungshandlungen während der Dauer des (ungekündigten) Arbeitsverhältnisses vertraglich zu vereinbaren.

3.4. Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn kein solcher ausgemacht werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4, 131 III 606, E. 4.1, 130 III 66 E. 3.2; je mit Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welcher jedoch nicht isoliert, sondern aus dem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist. Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Parteien darin übereingestimmt hätten, dass es dem Kläger erst im Zeitpunkt seines Ausscheidens gestattet gewesen sein solle, [von ihm eingebrachte] Kunden zu einer neuen Arbeitgeberin mitzunehmen. Dies sieht sie in den Ausführungen des Klägers an der vorinstanzlichen Verhandlung bestätigt (Prot. I S. 13). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. An der vorinstanzlichen Verhandlung stellte der Kläger lediglich Mutmassungen hinsichtlich des Zustandekommens der Klausel an. Dass beide Parteien bei Vertragsunterzeichnung tatsächlich etwas anderes gewollt hatten, lässt sich den (vagen) Ausführungen des Klägers an der Verhandlung nicht entnehmen. Ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille kann damit nicht festgestellt werden. Soweit die anwaltlich vertretene Beklagte schliesslich bemängelt, die Vorinstanz habe es hinsichtlich des umstrittenen wirklichen Parteiwillens unterlassen, Beweiserhebungen irgendwelcher Art zu tätigen, rügt sie schliesslich eine Verletzung des Rechts auf Beweis. Es wäre indes ihr oblegen, darzulegen, wo sie zu

welchen Tatsachenbehauptungen Beweismittel offeriert hatte, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht abgenommen haben soll. Ein pauschale Rüge – wie vorliegend – mag den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht genügen. Weiterungen erübrigen sich.

Damit ist die Klausel für die vorliegend strittige Frage nach dem mutmasslichen Willen der Parteien auszulegen. Die Beklagte stellt die von der Vorinstanz festgehaltene Übersetzung der fraglichen Klausel nicht in Frage (siehe Urk. 28 Rz. 19), es ist daher auf diesen Wortlaut abzustellen (Urk. 29 E. V./3.):

"Abwerbeverbot

(A) Sie verpflichten sich des Weiteren gegenüber der Gesellschaft für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses sowie während zwölf (12) Monaten nach dem Beendigungszeitpunkt, ... (iii) keine Kunden der Gesellschaft, mit Ausnahme der durch Sie eingebrachten Kunden, dazu zu veranlassen, ihre Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft zu beenden.

(B) Im Falle eines Verstosses gegen dieses Abwerbeverbot zahlen Sie der Gesellschaft eine Konventionalstrafe in der Höhe eines Jahres-Basissalärs für jeden Fall eines Verstosses."

Dieser Wortlaut erweist sich denn auch als klar: Für die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie während zwölf Monaten nach dessen Beendigung darf der Kläger keine Kunden der Gesellschaft, mit Ausnahme der von ihm eingebrachten Kunden, dazu veranlassen, ihre Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft zu beenden. Eine solche Klausel erscheint denn auch durchaus als sinnvoll. Gerade in der Finanzbranche ist der Kontakt zwischen Kunde und Kundenberater von einem Vertrauensverhältnis geprägt, sodass die Gefahr ohnehin gross ist, dass langjährige Kunden des Kundenberaters diesem zu einem neuen Arbeitgeber folgen. Mit einer solchen Klausel verfügt der Arbeitnehmer bei Vertragsunterzeichnung über die Sicherheit, seine (möglichweise bereits jahrelang) betreuten Kunden bei einer sich abzeichnenden Beendigung nahtlos zu einem neuen Arbeitgeber mitzunehmen. Der Arbeitgeber kann sich hingegen mit der Zustimmung zu einer solchen Klausel die Dienste des Arbeitnehmers (und mit ihm vor allem das von ihm eingebrachte Kundenvermögen) sichern. Die strittige Klausel gewinnt schliesslich erst dann an Aktualität, wenn sich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzeich-

net. Zuvor besteht für den Arbeitnehmer denn auch kein Grund für Abwerbbehandlungen, profitiert er doch angesichts der variablen Beteiligung von einem möglichst hohen Kundenvermögen. Ein Widerspruch zu den Ziffern 2.3.-2.5. (Aufgaben), 3 (Exklusivität) und 13 (Geheimhaltungspflichten) des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 (Urk. 5/2) ist sodann nicht erkennbar und wird von der Beklagten auch nicht näher ausgeführt. Ebenfalls kann (nach dem Ausgeführten) kein unauflösbarer Widerspruch zu Ziffer 2.1. des genannten Arbeitsvertrages (Aufgabenbereich) ausgemacht werden. Der Umstand, dass die Hauptaufgabe des Klägers in der Akquirierung und Betreuung der Kunden bestand, widerspricht nicht per se der Vereinbarung einer solchen Klausel, die erst bei einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnis aktuell wird. Es trifft sodann zu, dass die Treuepflicht (und damit das Abwerbeverbot) in Art. 321a OR zwar gesetzlich vorgesehen ist, indes sind die Parteien vorliegend – in zulässigerweise angesichts des dispositiven Charakters der Bestimmung – gerade davon mittels vertraglicher Vereinbarung abgewichen. Das Argument der Beklagten, dass der Kläger einer von nur drei Kundenberatern gewesen sei, weshalb die Beklagte einer solchen Klausel niemals zugestimmt hätte (Urk. 28 Rz. 43), ändert an diesem Auslegungsergebnis nichts.

Damit ist das vorinstanzliche Auslegungsergebnis nicht zu beanstanden. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass tatsächliche (aktive) Abwerbbehandlungen seitens des Klägers während des laufenden Arbeitsverhältnisses in Bezug auf *von ihm selbst eingebrachte Kunden* aufgrund ihrer Vereinbarung gestattet gewesen sind. Die Beklagte behauptet sodann (zu Recht) nicht, dass es sich – entgegen der Vorinstanz – bei den ihrer Ansicht nach vom Kläger abgeworbenen Kunden auch um solche gehandelt habe, die nicht vom Kläger in die Gesellschaft eingebracht wurden (siehe hierzu Urk. 17 Rz. 32 f., wonach die Beklagte Geschäftsbeziehungen zu 50 vom Kläger eingebrachten Kunden unterhalten habe und von diesen 35 Kunden ihr Mandatsverhältnis per 31. Dezember 2016 beendet hätten sowie 11 weitere noch vor dem 31. März 2017) und dadurch eine Verletzung des Abwerbeverbots vorliege. Damit liegt keine Gesetzes- oder Vertragsverletzung seitens des Klägers vor.

3.5. Soweit die Beklagte schliesslich eine Treuepflichtverletzung – und damit eine Verrechnungsforderung aus einer fällig gewordenen Konventionalstrafe oder aus Schadenersatz – darin erblicken will, dass der Kläger ab 1. Januar 2017 – und damit während der laufenden Kündigungsfrist – bereits für seine neue Arbeitgeberin tätig gewesen sein soll, ist Folgendes festzuhalten: Die Anforderungen an die Substanziierung sind niedriger, soweit es um Tatsachen geht, die sich ausserhalb der eigenen Sphäre des Behauptenden ereignet haben (BK-Killias, Art. 221 ZPO N 23; ZK-Leuenberger, Art. 221 ZPO N 46). Dies war entgegen der Vorinstanz beim Vorbringen der Beklagten der Fall, ist doch einerseits nicht ersichtlich, was die Beklagte zur diesbezüglichen Substantiierung weiter hätte vorbringen sollen. Insofern erweist sich die Rüge der Beklagten als begründet. Ob der Kläger indes tatsächlich während laufender Kündigungsfrist bereits für einen neuen Arbeitgeber tätig gewesen ist (was seitens des Klägers bestritten wird, Prot. I S. 14) und dadurch seine Treuepflicht verletzt hat oder nicht, kann vorliegend aus folgenden Gründen offen bleiben und ein Beweisverfahren unterbleiben: Die Parteien haben in Ziffer 15.2. der Arbeitsverträge (Urk. 5/2 und Urk. 20/1) einzig das Abwerbeverbot mittels Vereinbarung einer Konventionalstrafe gesichert, nicht jedoch eine allfällige anderweitige Treuepflichtverletzung (wie die Tätigkeit des Klägers während eines noch bestehenden – wenn auch gekündigten – Arbeitsverhältnisses für einen anderen Arbeitgeber). Entsprechend kann die Beklagte bereits aus diesem Grund keine Forderung aus einer Konventionalstrafe zur Verrechnung stellen. Was eine allfällige Schadenersatzforderung betrifft, behauptet die Beklagte nicht (substantiiert), inwiefern ihr aus der Tätigkeit des Klägers für einen anderen Arbeitgeber während laufender Kündigungsfrist ein Schaden erwachsen sein soll. Der von ihr als Schaden geltend gemachten Betrag aus tieferen Honorarforderungen fusst auf den "unzulässigen Transfers der Mehrheit dieser Kunden" (siehe Urk. 28 Rz. 50), mithin auf der geltend gemachten Verletzung des Abwerbeverbots. Entsprechend kann die Beklagte im vorliegenden Verfahren auch keine Forderung aus Schadenersatz zur Verrechnung stellen.

3.6. Zusammengefasst ist damit die vorinstanzliche Feststellung, wonach keine Forderung aus Konventionalstrafe/Schadenersatz besteht, nicht zu beanstanden.

Die Berufung erweist sich als unbegründet. In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO ist das angefochtene Urteil daher zu bestätigen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).
2. Das angefochtene Urteil ist hinsichtlich der von der Vorinstanz gesprochenen Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ohne weiteres zu bestätigen.
3. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113 und 114 N 5; Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 114 N 2). Die im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Beklagte hat dem anwaltlich vertretenen Kläger deshalb eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), deren Höhe bei einem Streitwert von Fr. 14'500.– (Urk. 28 S. 2 f.) auf Fr. 1'900.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 20. September 2017 wird bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.– zu bezahlen.

4. 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.

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 16'666.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
cm