

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA230025-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiber Dr. J. Trachsel

Urteil vom 25. April 2024

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 22. August 2023 (AG220006-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Konventionalstrafe von CHF 20'000 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. April 2022 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz in Höhe von CHF 28'669.75 zuzüglich Zins zu 5% seit 26. Oktober 2022 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 22. August 2023:

(Urk. 38 S. 24 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'540.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt.

Die Gerichtskosten werden vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 5'445.– bezogen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'895.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 2):

- "1. In Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Konventionalstrafe von CHF 20'000 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. April 2022 sowie Schadenersatz in Höhe von CHF 28'669.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit 26. Oktober 2022 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 43 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. für sämtliche Verfahren zu Lasten der klagenden Partei."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Sie verfügt über Bewilligungen zur privaten Arbeitsvermittlung, privaten Auslandsvermittlung und zum Personenverleih für die Branchen oder Berufe ... (Urk. 38 S. 3; Urk. 5/6-8).

Der Beklagte war ab dem 15. April 2021 bei der Klägerin als Senior Consultant/Teamleader im Geschäftsbereich IT-Recruiting angestellt. Die Parteien vereinbarten u.a. ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 6'500.– (zwölfmal jährlich ausbezahlt), eine widerrufbare Spesenpauschale von Fr. 500.– sowie ein Konkurrenzverbot (Urk. 5/2).

Mit Schreiben vom 28. Februar 2022 kündigte der Beklagte den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf den 31. März 2022 (Urk. 5/12). Ab April 2022 war er für die C._____ Group tätig (Urk. 5/9; Urk. 38 S. 4).

Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren gegenüber dem Beklagten eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 20'000.– wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes und Fr. 28'669.75 Schadenersatz im Zusammenhang mit der Neubesetzung der Arbeitsstellen des Beklagten und derjenigen von D._____ geltend, welchen der Beklagte abgeworben haben soll. Die Vorinstanz verneinte eine

Verletzung des Konkurrenzverbots und eine Schadenersatzpflicht u.a. wegen mangelhafter Substantiierung und wies die Klage mit Urteil vom 22. August 2023 ab.

2. Der Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 38 S. 2 f.). Gegen das Urteil vom 22. August 2023 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 19. Oktober 2023 fristgerecht Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Berufungsanträge (Urk. 37). Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 5'445.– geleistet (Urk. 41). Die Berufungsantwort datiert vom 5. Januar 2024 und wurde der Klägerin am 18. Januar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 43). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

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 (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Be-

rufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im vorinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

Unter der Überschrift "Sachverhalt" wiederholt die Klägerin praktisch wörtlich Ausführungen, welche sie vor Vorinstanz in der Klagebegründung und in der Replik gemacht hat (Urk. 37 S. 3-21). Sie erhebt in diesem Zusammenhang keine Rügen am vorinstanzlichen Entscheid, wie auch der Beklagte konstatiert (Urk. 43 S. 4 Rz 10), weshalb darauf grundsätzlich nicht weiter einzugehen ist. Relevant ist diese Sachverhaltsdarstellung einzig, soweit die Klägerin unter "Rechtliches" präzise Verweisungen auf diese Sachverhaltsdarstellung macht.

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Handelt es sich um echte Noven, ist das Erfordernis der Neuheit ohne Weiteres erfüllt und einzig das des unverzüglichen Vorbringens ist zu prüfen. Was unechte Noven angeht, so ist es Sache der Partei, die sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, zu beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat, was namentlich bedingt, die Gründe darzutun, warum die Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34).

III.

1. a) Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag vom 12./14. März 2021 folgendes Konkurrenzverbot (Urk. 5/2 Ziff. 7):

"Konkurrenzverbot

Der Mitarbeiter verpflichtet sich, für die **Dauer** von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, noch in einem solchen tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen, welches mit A. _____ in Konkurrenz steht. Das Konkurrenzverbot bezieht sich dabei:

sachlich auf folgende schützenswerte betriebliche Interessen von A. _____ :

- der Mitarbeiter darf nicht mit Kunden oder Kandidaten in Kontakt treten, mit denen er zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis mit dem A. _____ beruflich in den letzten sechs Monaten befasst war und darf deren Daten Dritten auch nicht zugänglich machen,
- der Mitarbeiter darf nicht in sich in Planung befindliche sowie laufende Rekrutierungsprojekte, Mandate (vom Zeitpunkt der Auftragserteilung bis zur finalen Stellenbesetzung) sowie laufende Bewerbungsprozesse mit spezialisierten Kandidaten von A. _____ eingreifen, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis mit A. _____ aktiv betreut wurden,
- der Mitarbeiter darf nicht in sich in Planung befindliche sowie laufende Outsourcing-Rekrutierungsprojekte sowie Lieferantenkonsolidierungsprojekte im Bereich der Personalvermittlung und der Personalverleihs eingreifen,
- der Mitarbeiter darf mit keinen Kandidaten Kontakt aufnehmen, die sich im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses mit dem A. _____ im Expertenpool (Datenbank/CRM-Tool) des A. _____ befunden haben und mit denen der Mitarbeiter in den letzten sechs Monaten vor seinem Austritt beruflich befasst war.

räumlich auf das Gebiet der deutschsprachigen Schweiz (Deutschschweiz).

Bei Übertretung dieses Konkurrenzverbotest ist pro Übertretungsfall eine Konventionalstrafe von CHF 20'000.– geschuldet. Die Bezahlung der Konventionalstrafe entbindet nicht von der Einhaltung des Konkurrenzverbotest."

b) Die Vorinstanz verwarf zunächst den Standpunkt des Beklagten, das Konkurrenzverbot sei gestützt auf Art. 340c Abs. 2 OR, d.h. weil die Klägerin ihm begründeten Anlass zur Kündigung gegeben habe, dahingefallen (Urk. 38 S. 12 f.). Dies wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet, weshalb es beim vorinstanzlichen Fazit bleibt.

c) aa) Die Vorinstanz hielt fest, das Konkurrenzverbot sei in einen sachlichen und einen räumlichen Geltungsbereich aufgeteilt worden. Streitgegenstand bilde der sachliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots. Die Parteien würden sich über den tatsächlichen Willen bei Abschluss des streitgegenständlichen Kon-

kurrenzverbotes ausschweigen. Weder die Klägerin noch der Beklagte legten dar, wie sie diese Verbotsklausel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verstanden hätten. Es würden auch keine konkreten Indizien genannt, die auf den tatsächlichen Willen der Parteien schliessen liessen. Ob sie bei Abschluss des Arbeitsvertrages konkret über das vereinbarte Konkurrenzverbot gesprochen und wie sie sich gegebenenfalls geäussert hätten, sei nicht dargelegt worden. Bei der Auslegung der Konkurrenzverbotsklausel sei somit primär auf den Wortlaut abzustellen. Die Interessen der Parteien würden divergieren. Während das Interesse der Klägerin in einem möglichst umfassendes Konkurrenzverbot liege, bestehe das Interesse des Beklagten in einer lediglich minimalen Einschränkung. Mit der Formulierung "Der Mitarbeiter verpflichtet sich, für die Dauer von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, noch in einem solchen tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen, welches mit A. _____ in Konkurrenz steht." hätten die Parteien ein allgemeines bzw. unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot vereinbart. Gemäss Bundesgericht sei es bei einer allgemein gehaltenen gegenständlichen Umschreibung des Konkurrenzverbotes ratsam, im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung, am besten in "insbesondere"-Form, einige Geschäftsfelder oder Produkte konkret zu bezeichnen. Die Klägerin stelle sich auf den Standpunkt, dies getan zu haben, indem unter Ziffer 7 des Arbeitsvertrages vereinbart worden sei: "Das Konkurrenzverbot bezieht sich dabei: sachlich auf folgende schützenswerte betriebliche Interessen von A. _____ ". Der Beklagte bestreite dies.

Gemäss klarem Wortlaut der Vereinbarung beziehe sich das Konkurrenzverbot "sachlich auf folgende schützenswerte betriebliche Interessen" der Beklagten [recte: Klägerin]. Die folgenden schützenswerten betrieblichen Interessen mündeten gemäss dem klaren Wortlaut in einer abschliessenden Aufzählung. So fehle ein Zusatz im Sinne von "insbesondere", "vorwiegend" etc. Ein Hinweis auf eine bloss beispielhafte Aufzählung finde sich nicht. Durch die abschliessende Aufzählung sei das allgemeine bzw. unternehmensbezogene Konkurrenzverbot auf ein tätigkeitsbezogenes Konkurrenzverbot eingeschränkt worden. So seien dem Beklagten in der Aufzählung konkrete Verbote auferlegt worden. Demgemäss habe der Beklagte nicht mit Kunden oder Kandidaten in Kontakt treten dürfen, mit de-

nen er zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten [recte: Klägerin] beruflich in den letzten sechs Monaten befasst gewesen sei, und er habe deren Daten auch nicht Dritten zugänglich machen dürfen. Er habe nicht in sich in Planung befindliche sowie laufende Rekrutierungsprojekte, Mandate (vom Zeitpunkt der Auftragserteilung bis zur finalen Stellenbesetzung) sowie laufende Bewerbungsprozesse mit spezialisierten Kandidaten der Klägerin eingreifen dürfen, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aktiv betreut worden seien. Weiter habe er nicht in sich in Planung befindliche sowie laufende Outsourcing-Rekrutierungsprojekte sowie Lieferantenkonsolidierungsprojekte in den Bereichen der Personalvermittlung und des Personalverleihs eingreifen dürfen. Abschliessend habe der Beklagte mit keinen Kandidaten Kontakt aufnehmen dürfen, die sich im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin im Expertenpool (Datenbank/CRM-Tool) der Klägerin befunden hätten und mit denen er in den letzten sechs Monaten vor seinem Austritt beruflich befasst gewesen sei. Die Klägerin treffe somit die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Beklagte mindestens ein vorgängig aufgezähltes Verbot verletzt habe. Sie habe u.a. substantiiert darzulegen, um welchen Kunden oder Kandidaten es sich dabei gehandelt habe; in welche sich in Planung befindliche sowie laufende Rekrutierungsprojekte, Mandate sowie laufende Bewerbungsprozesse sowie laufende Outsourcing-Rekrutierungsprojekte und Lieferantenkonsolidierungsprojekte in den Bereichen der Personalvermittlung und des Personalverleihs der Beklagte eingegriffen habe; wann er dies konkret getan habe, etc. Die Klägerin sei ihrer Behauptungslast jedoch nicht nachgekommen. Beweismittel habe sie keine genannt. Ein Beweisverfahren sei unter diesen Umständen nicht durchführbar. Es sei damit nicht erstellt, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot verletzt habe. Dass das tätigkeitsbezogene Konkurrenzverbot schützenswerte betriebliche Interessen der Klägerin widerspiegle, vermöge daran nichts zu ändern. Die Fragen, ob die Grenzen in den Bereichen IT und SAP fließend und die Unternehmenskunden oft dieselben für die beiden Bereiche seien, ob der Beklagte bei der Klägerin auch Abschlüsse im Contracting/Temp getätigt habe und ob das Tätigkeitsfeld der neuen Arbeitgeberin des Beklagten mit demjenigen der Klägerin deckungsgleich sei, könnten offenbleiben. Weiterungen betreffend den räumli-

chen Geltungsbereich des Konkurrenzverbotes erübrigten sich. Es sei nicht erstellt, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot verletzt habe (Urk. 38 S. 14 ff.).

bb) Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe zwar den ersten Absatz des Konkurrenzverbots als abstraktes, unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot beurteilt, aber den zweiten Absatz als ausschlaggebend erachtet und daraus insgesamt ein tätigkeitsbezogenes, konkretes Konkurrenzverbot gemacht. Dass sich die Parteien über den tatsächlichen Willen des Konkurrenzverbots ausgesprochen hätten, sei nicht korrekt. Sie habe vor Vorinstanz ausgeführt, dass es sich um eine sachliche Rechtfertigung des Konkurrenzverbotes gehandelt habe, mit der die Klägerin habe zeigen wollen, welche "betrieblichen Interessen" sie damit habe schützen wollen, was dann in der Frage der Verhältnismässigkeit eine Abwägung zwischen den hier offen deklarierten Interessen der Arbeitgeberin und des betreffenden Arbeitnehmers erlaube. Dies zeige sich auch an der Verwendung der Phrase "sachlich auf folgende schützenswerte betriebliche Interessen". Sonst würde es heissen: "sachlich auf folgende Handlungen des Arbeitnehmers". Denn es würden durch das Konkurrenzverbot ja Handlungen des Arbeitnehmers untersagt und mit Konventionalstrafe verbunden. Auf S. 21 der Replik ende sie dann explizit mit der Aussage: "Der subjektive Wille der Parteien ist also klar und übereinstimmend feststellbar." Dass sich die Klägerin dazu ausgesprochen habe, sei also nicht zutreffend. Es möge sein, dass sich der Beklagte hierzu nicht geäußert habe. Die Parteien hätten sich jedoch im Frühjahr 2022 explizit über das Konkurrenzverbot auch als Folge der Kündigung des Beklagten unterhalten. Dieser habe dabei nie erwähnt, dass ihm bestimmte Tätigkeiten untersagt seien, sondern habe einzig darauf bestanden, dass die neue Arbeitgeberin keine Konkurrentin sei, weil sie in einem Bereich tätig sei, in welchem entweder die Klägerin überhaupt nicht aktiv sei oder in welchem er bei der Klägerin nie tätig gewesen sei (Urk. 37 S. 23 f.).

cc) Der Beklagte hält dafür, die Klägerin führe in allgemeiner Weise aus, weshalb ein Konkurrenzverbot ihrer Meinung nach Sinn ergebe. Die (neue) Argumentation der Klägerin erfolge nachträglich und spiegle in keiner Weise wider, "welche Auffassung der Regelung der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsab-

schlusses" bestanden habe. Auch die Auffassung der Klägerin, wonach der subjektive Wille der Parteien klar und übereinstimmend feststellbar sei, vermöge einen entsprechenden Beweis nicht zu erbringen und sei eine reine Behauptung. Der Hinweis der Klägerin hinsichtlich der nach der Kündigung erfolgten Kommunikation vermöge nicht zu belegen, welches Verständnis die Parteien im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung gehabt hätten. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz hätten sich die Parteien nicht zum tatsächlichen Willen bei Vertragsabschluss geäußert und auch keine konkreten Indizien vorgebracht. Dementsprechend sei auf den Wortlaut abzustellen. Der Auslegung der Vorinstanz sei zu folgen (Urk. 43 S. 5 f.).

dd) Zwischen den Parteien ist strittig, ob mit dem vereinbarten Konkurrenzverbot dem Beklagten untersagt wurde, in Konkurrenzunternehmen tätig zu sein, wobei die betrieblichen Interessen der Klägerin im Konkurrenzverbot aufgeführt wurden (so die Klägerin; Urk. 23 S. 20), oder ob das Konkurrenzverbot auf die darin aufgeführten Tätigkeiten beschränkt wurde (so der Beklagte; Urk. 13 S. 6, 9 und passim).

ee) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.).

Beim Willen der Parteien handelt es sich um eine innere Tatsache, über die Beweis geführt werden kann (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 315 und 361). Der übereinstimmende tatsächliche Parteiwille ist mittels Indizien zu ergrün-

den. Dazu gehören der Wortlaut der Erklärungen, die gesamten Begleitumstände beim Vertragsabschluss, der Vertragszweck, die Beweggründe der Parteien, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGer 4A_200/2015 vom 03.09.2015, E. 4.1.1; BGer 4C.62/2006 vom 21.04.2006, E. 3.1; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 19 und N 26 ff.). Das Verhalten nach Vertragsschluss ist nur insofern zu berücksichtigen, als daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss zu ziehen sind. Das Resultat der Auslegung mit diesem Mittel führt nach der Rechtsprechung zur Feststellung des wirklichen Willens; bei der objektiven Auslegung ist nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 29, m.w.H.).

Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4b/aa; BK-Walter, Art. 8 ZGB N 497).

ff) Es ist zutreffend, dass die Klägerin vor Vorinstanz behauptet hatte, der subjektive Wille der Parteien sei klar und übereinstimmend feststellbar, und zwar mit dem Inhalt, den sie der Konkurrenzklausel beimisst (Urk. 23 S. 20 f.). Allerdings legt die Klägerin in der Berufungsschrift nicht dar, wo sie vor Vorinstanz substantiierte Behauptungen zur Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens anlässlich des Vertragsschlusses aufgestellt und entsprechende Beweismittel bezeichnet hat. Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz haben daher Bestand (vorne E. III/1/c/aa am Anfang). Die Klägerin führt lediglich aus, wie sie den Inhalt des Konkurrenzverbotes verstanden haben will. Damit ist aber für die Frage, ob auch der Beklagte dieses Verständnis bei Vertragsschluss gehabt habe, nichts gewonnen. Der von der Klägerin behauptete übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien ist daher beweislos geblieben.

gg) Die Klägerin kritisiert die von der Vorinstanz vorgenommene objektivierte Vertragsauslegung. Im zweiten Absatz des Konkurrenzverbots seien schützenswerte betriebliche Interessen der Arbeitgeberin beschrieben worden. Das abstrakte, unternehmensbezogene Konkurrenzverbot sei also dadurch gerechtfertigt

(aber nicht auf Tätigkeiten beschränkt) worden, dass gewisse schützenswerte betriebliche Interessen der Arbeitgeberin anders nicht zu schützen seien. Es gehe nicht um zu untersagende Handlungen, sondern um die Deklaration von schützenswerten Interessen. Während sich in der Rechtspraxis die gegenständliche Umschreibung mit "jeder konkurrenzierenden Tätigkeit" etabliert habe, rate der Autor Rudolph in einem Artikel, im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung einige konkrete Geschäftsfelder oder Produkte konkret zu bezeichnen. Hierzu verwende man am besten die "insbesondere"-Form. Ohnehin läge (wenn man den Überlegungen der Vorinstanz folgen würde) gemäss den Begriffsdefinitionen nicht ein tätigkeitsbezogenes, sondern ein beschränktes unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot vor, indem der Arbeitnehmer in einem anderen Arbeitsgebiet (sogar) in einem konkurrenzierenden [recte: konkurrierenden] Unternehmen tätig sein dürfte. Nichts, was in Ziffer 7 Absatz 2 des Arbeitsvertrags stehe, bedeute aber dies. Ziffer 7 Absatz 1 des Arbeitsvertrags verbiete dem Beklagten nicht nur, ein Geschäft zu betreiben, das mit der Klägerin in Konkurrenz stehe, sondern auch in einem solchen tätig zu sein. Die konkrete Arbeitstätigkeit und das Tätigkeitsgebiet in diesem konkurrierenden Gebiet spiele dementsprechend wie im Entscheid BGer 4C.298/2001 keine Rolle. Dies ergebe sich schon allein daraus, dass bereits das Zugänglichmachen der Daten über Kunden und Kandidaten gegenüber Dritten gemäss dem ersten Lemma von Absatz 2 verboten sei, was ja eben gerade nicht das eigene Tätigsein im angestammten, konkurrierenden Tätigkeitsgebiet voraussetze, sondern auch als Datenbekanntgabe an die Kollegen erfolgen könnte, die jenes Tätigkeitsgebiet bei konkurrierenden Unternehmen abdecken, während der Arbeitnehmer z.B. nur im Back-Office in einer Stabsfunktion tätig sei. Somit sei es vorliegend also auf jeden Fall ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot. Die Frage wäre höchstens, ob es ein umfassendes oder ein beschränktes (nicht umfassendes) unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot spreche aber eben klarerweise nicht nur der übereinstimmende Wille der Parteien bei Vertragsunterzeichnung, sondern erst recht der hypothetische Parteiwille in Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Das Sinngefüge dieser Klausel im Kontext des Artikels 7 bzw. des Arbeitsvertrages an sich sei ganz sicher keine Absicht

der Arbeitgeberin, den Nachweis konkreter vertragsverletzender Handlungen zu stipulieren, sondern die "schützenswerten betrieblichen Interessen" aufzuführen, um die Verhältnismässigkeit des Konkurrenzverbotes zu dokumentieren. Dass das Konkurrenzverbot im Rahmen der räumlichen und zeitlichen Begrenzung sprachlich umfassend gelten solle, sei im Kontext klar. Kein Arbeitgeber würde sich des Sinnes und Schutzes eines Konkurrenzverbotes sogleich wieder enttäusern, indem er sich selbst im Arbeitsvertrag konkreten Nachweispflichten für solche verletzenden Handlungen unterstelle. Gerade diese Nachweise seien im Innern einer fremden Arbeitsorganisation des neuen Arbeitgebers für den alten Arbeitgeber unmöglich zu erbringen, wenn nicht zufällig jemand sich "verplappert" oder man zufällig darüber stolpere. Dies gelte insbesondere für die Tatsache, dass gemäss dem ersten Lemma von Ziffer 7 Absatz 2 "der Mitarbeiter [...] deren Daten Dritten auch nicht zugänglich machen darf." Genau diese "schützenswerten betrieblichen Interessen" an den Daten zu Unternehmen und Spezialisten aufzulisten, um sich selber im Schutz zu schwächen, weil man nachweisen müsste, dass die Daten an den neuen Arbeitgeber ausgehändigt worden seien, wäre schlechthin absurd. Die Vorinstanz habe auf dieser unzutreffenden Basis eines tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbotes urteilend offengelassen, ob die neue Arbeitgeberin ein konkurrierendes Unternehmen darstelle. Dies sei nach dem Gesagten aber nun noch zu prüfen für das unternehmensbezogene Konkurrenzverbot (Urk. 37 S. 24 ff.).

hh) Gemäss Beklagtem enthält die Konkurrenzklausel eine abschliessende, klare Aufzählung. Wäre dem nicht so, müsste, wie die Vorinstanz korrekt ausführe, ein Zusatz wie "insbesondere" oder "vorwiegend" stehen. Die Vorinstanz gehe somit richtigerweise davon aus, dass das Konkurrenzverbot sich auf die genannten Tätigkeiten, konkrete Verbote, begrenze und es sich folglich um ein tätigkeitsbezogenes Konkurrenzverbot handle. Hätte die Klägerin schützenswerte Interessen formulieren wollen, hätte sie dies sicherlich nicht in abschliessender Form und mit dieser Wortwahl getan. Die Klägerin habe den Vertrag (gemäss ihren Angaben durch einen Anwalt) erstellt. Selbst wenn der Vertrag nicht völlig klar wäre, müsste sie sich die Unklarheit der Bestimmung entgegenhalten lassen. Die in BGer 4C.298/2001 zu beurteilende Konkurrenzklausel habe nach der Vertrags-

auslegung einem unternehmensbezogenen Konkurrenzverbot entsprochen, was hier nicht der Fall sei. Dass Daten Dritten nicht bekanntgegeben werden dürften, bedeute nicht, dass ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot vorliege. Diese Regelung mache auch bei einem tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbot Sinn. Dies bedeute noch nicht, dass der Beklagte nicht in einem konkurrierenden Unternehmen arbeiten dürfte. Der Umstand, dass die Klägerin im Nachhinein nur noch ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot als sinnvoll erachte, bedeute nicht, dass sie dies auch zum Vertragsabschluss getan habe. Die Klägerin habe in Ziffer 7 Absatz 2 Handlungen aufgeführt, die vom Beklagten nicht ausgeführt werden dürfen. Dies mache bei einem tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbot durchaus Sinn und habe vom Beklagten auch so verstanden werden dürfen. Die Beweispflicht werde in Ziffer 7 Absatz 2 nicht geregelt, auch wenn klar sei, dass jene Partei, welche Ansprüche geltend mache, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen habe (Urk. 43 S. 6 ff.).

ii) Die Konkurrenzklausel enthält in Absatz 1 ein allgemeines Konkurrenzverbot, wonach der Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer von sechs Monaten kein konkurrierendes Geschäft betreiben, nicht in einem solchen tätig sein und sich nicht an einem solchen beteiligen darf. In Absatz 2 werden dem Beklagten in sachlicher Hinsicht konkrete Tätigkeitsverbote auferlegt. Absatz 3 beschränkt das Konkurrenzverbot räumlich auf die deutschsprachige Schweiz (Deutschschweiz). Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass Absatz 2 nach dem Wortlaut eine abschliessende Aufzählung enthält, weil ein Hinweis auf eine bloss beispielhafte Aufzählung fehlt. Daher ist es naheliegend, dass Absatz 2 das Konkurrenzverbot in sachlicher Hinsicht einschränkt, so wie das in Absatz 3 in räumlicher Hinsicht erfolgt. Dass in Absatz 2 nicht einfach nur schützenswerte betriebliche Interessen der Klägerin beschrieben werden, ergibt sich aus den Formulierungen "der Mitarbeiter darf nicht ..." bzw. "der Mitarbeiter darf mit keinen Kandidaten Kontakt aufnehmen, ...". Das Verbot, Daten von Kunden und Kandidaten Dritten zugänglich zu machen (Absatz 2, 1. Lemma), ist mit einer Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen gemäss Absatz 1 ohne weiteres kompatibel, weshalb daraus nicht auf ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot geschlossen werden kann. Aus dem Wortlaut des Konkurrenzverbots er-

gibt sich daher mit der Vorinstanz, dass dem Beklagten bestimmte konkurrierende Tätigkeiten verboten wurden, soweit er in einem "Geschäft" tätig sein würde, das mit der Klägerin in Konkurrenz steht. Es handelt sich demnach um ein tätigkeitsbezogenes Konkurrenzverbot (BGer 4C.298/2001 vom 12.02.2002, E. 2b; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 340 OR N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 340 N 2b und Art. 340a N 6).

Die Vorinstanz stellte unangefochten und zutreffend fest, dass das Interesse der Klägerin in einem möglichst umfassenden Konkurrenzverbot liege, während das Interesse des Beklagten in einer lediglich minimalen Einschränkung bestehe (Urk. 38 S. 15). Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation der Klägerin, sie hätte sich sicher nicht im Arbeitsvertrag konkreten Nachweispflichten für solche verletzenden Handlungen unterstellt, welche schwierig zu beweisen wären, nicht zielführend. Die Konkurrenzklausel ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Zweifel über den Umfang des Konkurrenzverbots gehen zulasten der Klägerin (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 340a N 1). So führte das Bundesgericht in BGE 92 II 22 aus, "[d]iese Schranken sollen verhindern, dass der Dienstpflichtige unüberlegt und in unbilligem Ausmass sein wirtschaftliches Fortkommen erschwere. Es besteht daher kein Grund, das dienstvertragliche Konkurrenzverbot weit auszulegen. Sein Zweck und die Umstände, unter denen es zustande zu kommen pflegt, legen gegenteils eine zurückhaltende Auslegung nahe. Es wird immer vom Dienstherrn ausbedungen. Diesem darf als dem allein Interessierten zugemutet werden, es so deutlich zu umschreiben, dass der Dienstpflichtige sich über die Tragweite seiner Unterlassungspflicht ein genaues Bild machen kann." (E. 1a).

Da ein tätigkeitsbezogenes Konkurrenzverbot vorliegt, konnte die Vorinstanz offenlassen, ob die neue Arbeitgeberin ein konkurrierendes Unternehmen zur Klägerin darstellt. Diese macht nicht geltend, dass sie entgegen den Erwägungen im angefochtenen Urteil einzelne vertragsverletzende Tätigkeiten des Beklagten substantiiert hätte. Damit bleibt es bei der Erkenntnis, dass eine Verletzung des Konkurrenzverbots durch den Beklagten nicht nachgewiesen ist, weshalb die Vorinstanz das Rechtsbegehren Ziffer 1 zu Recht abgewiesen hat.

2. a) Die Klägerin machte vor Vorinstanz gegen den Beklagten eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 16'284.25 geltend, weil dieser D. _____, welcher als Nachfolger des Beklagten in der Mandatsbearbeitung vorgesehen gewesen sei, während laufendem Arbeitsverhältnis abgeworben habe. Für das *Recruiting* eines Nachfolgers von D. _____ seien Kosten in der erwähnten Höhe entstanden (Urk. 38 S. 17). Weiter habe die Klägerin durch das Verhalten des Beklagten eine Umsatzeinbusse und damit einen Schaden von mindestens Fr. 40'000.– erlitten. Davon machte sie Schadenersatz in der Höhe von Fr. 12'385.50 geltend (Urk. 38 S. 18 f.).

Gemäss Vorinstanz ist unbestritten, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin per 31. März 2022 beendet und D. _____ an diesem Tag seine Kündigung bei der Klägerin eingereicht hat. Aus diesem Umstand allein lasse sich nicht auf eine Abwerbung durch den Beklagten schliessen. Die LinkedIn-Einträge des Beklagten und von D. _____ könnten ein Abwerben ebenfalls nicht belegen. Der Beklagte habe sein Arbeitsverhältnis am 28. Februar 2022 gekündigt. Gleichentags habe er E. _____ [Direktor und Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin] per WhatsApp kundgetan: "Ich für meinen Teil gebe dir mein Wort, dass ich die Finger von allen ausser D. _____ lassen werde und auch ihn erst nach deiner Rückkehr über meinen Wechsel informieren werde. Ich denke, dass er dann Interesse hat zu folgen ist nicht vermeidbar". Diese Aussage stelle ein Indiz für eine Abwerbeabsicht des Beklagten dar. D. _____ habe schliesslich am 31. März 2022 gekündigt. Ob und gegebenenfalls wann der Beklagte D. _____ tatsächlich abgeworben habe, könne indessen offenbleiben. Die Parteien hätten keine Konventionalstrafe bei der Abwerbung eines Mitarbeiters vereinbart. Das schweizerische Arbeitsrecht gehe vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus. Kündige ein Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis, fielen der Arbeitgeberin in der Regel Kosten im Zusammenhang mit der Nachfolgeregelung (z.B. Stellenausschreibung, Bewerbungsgespräche, Einarbeitung) an. Diese Kosten seien von der Arbeitgeberin zu tragen, unabhängig davon, ob die Kündigung des Arbeitnehmers rechtens erfolgt sei. Daran vermöge auch eine Kündigung des Arbeitnehmers aufgrund einer allfälligen Abwerbung nichts zu ändern. Eine Umwälzung dieser Kosten auf einen allfälligen Abwerber könne nicht erfolgen. Dass diese Kosten bei einer später erfolgten

Kündigung durch D._____ tiefer ausgefallen wären und der Klägerin damit durch den Zeitpunkt seiner tatsächlichen Kündigung ein Schaden entstanden wäre, sei nicht geltend gemacht worden. Ein allfälliger Schaden könnte der Klägerin indes entstanden sein, wenn sich der Beklagte bei der Klägerin für einen baldigen Übergabetermin seiner Mandate an D._____ und damit dessen Einarbeitung eingesetzt hätte, obwohl er wusste, dass Letzterer 14 Tage später kündigen werde, was der Beklagte gesamthaft bestreite. Der Schaden beliefe sich dabei auf den finanziellen Aufwand im Zusammenhang mit der vergeblichen Einarbeitung von D._____. Einen solchen habe die Klägerin jedoch explizit nicht eingeklagt und auch nicht substantiiert dargelegt (Urk. 38 S. 21 f.).

b) Die Klägerin beharrt darauf, dass der Beklagte während seiner Arbeitsvertragsdauer D._____ aktiv abgeworben habe, und zwar spätestens bis 31. März 2022. Damit habe der Beklagte gegen seine arbeitsvertraglichen Treuepflichten verstossen. Eine absichtliche oder fahrlässige Vertragsverletzung gemäss Art. 321a OR sei erstellt, da sich der Beklagte schon in seiner WhatsApp vom 28. Februar 2022 bewusst gewesen sei, dass er die Zustimmung der Klägerin für sein Angebot benötigte. Die Klägerin habe dieses Verhalten mehrfach explizit thematisiert und mit Schreiben vom 14. März 2022 noch einmal explizit untersagt, nachdem der Geschäftsführer vom Beklagten die Zusicherung erhalten habe, bis zu seiner Ferienrückkehr abzuwarten, bevor er D._____ über seine Kündigung informieren würde. Es könne keine Rede davon sein, dass die Klägerin das schadensverursachende Verhalten des Beklagten toleriert habe. D._____ sei ohnehin schon vor dem 28. Februar 2022 über die Kündigung des Beklagten bestens informiert gewesen, worüber dieser die Klägerin in der Nachricht vom gleichen Tage explizit angelogen habe. Diese Lügen belegten, dass er die Vertragsverletzung zu diesem Zeitpunkt bereits begangen habe, denn er habe vermeiden wollen, dass die Klägerin wusste, dass D._____ informiert war. Ein klägerisches Einschreiten am 28. Februar 2022 wäre somit ohnehin schon nach dem Abwerbeverhalten des Beklagten gegenüber D._____ erfolgt. Der Schaden sei deshalb voll durch den Beklagten als Arbeitnehmer zu tragen. Der Schaden lasse sich durch die Ersatzkosten für das Recruiting eines Nachfolgers von D._____ und aus entgangenem Umsatz beziffern. Würde man die Kosten für das Recruiting als "Ohne-

hin-Kosten" behandeln, würde das Abwerbeverbot ausser Kraft gesetzt. Nicht nur Mitarbeiter, auch Kunden usw. unterstünden grundsätzlich den Kriterien der Vertragsfreiheit, welche auch die Kündigungsfreiheit umfasse. Die Vorinstanz verwechsle aber die Beweislast. Der Beklagte hätte beweisen müssen, dass D._____ auch ohne seine Abwerbung gekündigt hätte. Dies habe er aber nicht einmal behauptet. Er habe nur behauptet, dass er D._____ nicht abgeworben habe und dass er nicht einmal gewusst habe, dass dieser die Klägerin habe verlassen wollen. In einem geordneten Prozess gebe es die Möglichkeit, einen internen Nachfolger aufzubauen, wodurch keine Recruiting-Kosten für einen in aller Eile zu findenden Nachfolger anfielen, wie es vorliegend der Fall gewesen sei, nachdem mit dem Beklagten und D._____ gleich zwei von drei Mitarbeitern jenes Teams in einer koordinierten Aktion das Unternehmen verlassen hätten (Urk. 37 S. 29 ff.).

c) Nach Darstellung des Beklagten hat er D._____ nicht abgeworben. Die Klägerin habe denn auch keinerlei Beweise für ihre Behauptung. D._____ habe erst nach dem Gespräch mit E._____ entschieden, die Klägerin zu verlassen. Der Beklagte habe davon keinerlei Kenntnis gehabt. Die Folgerung der Klägerin, wonach eine Abwerbung (mutmasslich aufgrund der Dauer des Bewerbungsprozesses) zwingend bis zum 31. März 2022 hätte erfolgen müsse, entbehre jeglicher Grundlage. Bei der Kündigung einer Arbeitsstelle müsse man nicht bereits zwingend eine neue Arbeitsstelle in Aussicht haben. Die Beweislast für eine Abwerbung liege bei der Klägerin. Der Beklagte habe vor Vorinstanz dargelegt, dass sich D._____ erst aufgrund des Gesprächs mit E._____ über die Zukunft und die weiteren Möglichkeiten entschieden habe, die Klägerin zu verlassen, was D._____ im Parallelverfahren auch schon ausgeführt habe (Urk. 43 S. 10).

d) Gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Seine Treuepflicht verbietet dem Arbeitnehmer, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber Angestellte abzuwerben (BGE 138 III 67 E. 2.3.5; 117 II 72 E. 4). Verletzt der Arbeitnehmer seine Pflichten, ist er für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt (Art. 321e Abs. 1 OR). Beweispflichtig

für die Abwerbung eines Mitarbeiters ist die Arbeitgeberin (Art. 8 ZGB; BGE 138 III E. 2.3.4; BK-Rehbinder, Art. 321a OR N 16).

Ein Abwerben liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer Arbeitskollegen dazu verleitet, ihren Arbeitsvertrag zu kündigen und sich bei einem andern Arbeitgeber anstellen zu lassen (BK-Rehbinder, Art. 321a OR N 9; Frick, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich 2000, S. 35). Die Klägerin behauptet zwar, der Beklagte habe D._____ aktiv abgeworben, ohne indessen zu substantiieren, worin das Verhalten des Beklagten bestanden haben soll. Daher stellt sich auch nicht die Frage, ob die Vorinstanz zur behaupteten Abwerbung ein Beweisverfahren hätte durchführen müssen, was die Klägerin im Berufungsverfahren aber ohnehin nicht rügt. Die blosser Mitteilung des Beklagten an D._____ über die eigene Kündigung stellt keine Abwerbung dar. Im Rahmen eines Beweisverfahrens hätte der Beklagte den (Gegen-)Beweis antreten können, dass D._____ nicht überzeugt werden musste, seinerseits zu kündigen, wenn er von der Kündigung durch den Beklagten erfuhr. In diese Richtung geht der Inhalt der zitierten WhatsApp-Nachricht des Beklagten an E._____. Mehr als ein Indiz für eine Abwerbeabsicht des Beklagten ist dieser Nachricht mit der Vorinstanz nicht zu entnehmen. Es steht somit nicht fest, dass der Beklagte D._____ abgeworben hat. Mangels eines vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten im Zusammenhang mit der Kündigung von D._____ hat die Klägerin diesbezüglich keine Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten.

e) aa) Als Schaden käme derjenige in Frage, den die Klägerin wegen der Abwerbung durch den Beklagten während dessen Arbeitsverhältnisses erlitten hat. Es wäre der tatsächliche Vermögensstand der Klägerin mit jenem zu vergleichen, den sie hätte, wenn D._____ vom Kläger erst nach Ablauf seiner Kündigungsfrist zur Vertragsauflösung verleitet worden wäre (vgl. BGE 123 III 257 E. 5d). D._____ hätte dann frühestens im April 2022 per Ende Mai 2022 kündigen können (Urk. 23 S. 17). Was die Recruiting-Kosten für die Nachfolge von D._____ betrifft, setzt sich die Klägerin mit den Erwägungen der Vorinstanz nur ungenügend auseinander. Insbesondere legt sie nicht schlüssig dar, weshalb durch eine um einen Monat verschobene Nachfolgersuche die angeblichen Re-

cruiting-Kosten in der Höhe von Fr. 16'284.25 nicht oder nicht in dieser Höhe entstanden wären, und weist auch nicht nach, dass sie solches bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Damit bleibt es dabei, dass allfällige Recruiting-Kosten nicht durch den Beklagten zu ersetzen wären, selbst wenn die Abwerbung von D._____ erstellt wäre.

bb) Hinsichtlich eines Schadens zufolge Umsatzverlust führte die Klägerin vor Vorinstanz aus, der Beklagte habe irgendwann im Februar 2022 entschieden zu gehen und auch D._____ mitabgeworben. Durch die eigentliche Arbeitseinstellung sei im ersten Quartal 2022 (P3) der Umsatz gegenüber dem Vorquartal um Fr. 40'000.– und gegenüber dem Durchschnitt der beiden Vorquartale (P1 von Juli bis September 2021 und P2 von Oktober bis Dezember 2021) um Fr. 70'000.– reduziert worden. Die Klägerin habe also einen Schaden aus entgangenem Umsatz von mindestens Fr. 40'000.– erlitten; dies bei gleichbleibenden Kosten. Hätte D._____ per Ende Mai 2022 gekündigt, so wären zwei der drei Monate des Quartals nicht als Umsatzverlust angefallen und Fr. 18'000.– nicht als Schaden entstanden (Urk. 38 S. 18 f.). Vom Schaden aus entgangenem Umsatz machte die Klägerin Fr. 12'385.50 geltend und behielt sich für den Rest das Nachklagerecht vor (Urk. 23 S. 19).

cc) Die Vorinstanz erachtete das Vorbringen der Klägerin als unsubstantiiert. Unbestritten sei, dass der Beklagte ein Team geleitet habe und die Liste seiner Abschlüsse als Teamleiter alle Abschlüsse seiner ganzen Abteilung enthalten haben. Die in Urk. 26/38 aufgeführten Kandidaten und Kunden seien mit denjenigen in Urk. 26/28 identisch. Die von der Klägerin geltend gemachten Umsatzzahlen für die Quartale P1 bis P3 liessen sich Urk. 26/28 entnehmen und ein Rückgang des Umsatzes sei ersichtlich. Wer aus dem Team des Beklagten, das mindestens aus D._____ und "F._____" bestanden habe, welchen Umsatz generiert habe und bei wem es konkret zu Umsatzeinbussen gekommen sei, gehe aus dieser Liste jedoch nicht hervor. Dies sei von der Klägerin auch nicht ausgeführt worden. Im Übrigen handle es sich bei Urk. 26/38 und 26/28 um eine reine Parteibehauptung. Die Klägerin habe sodann lediglich pauschal ausgeführt, durch die eigentliche Arbeitseinstellung habe sich der Umsatz reduziert. Die Arbeitseinstellung des

Teams des Beklagten, dessen Mitglieder der Klägerin gegenüber selber einer Treuepflicht unterlägen, sei vorliegend nicht beachtlich, da die Klägerin nicht behauptete, der Beklagte habe sein Team zu einer negativen Arbeitseinstellung verleitet. Das eigene Aussprechen einer Kündigung führe nicht per se zu einer schlechteren Arbeitseinstellung während der Kündigungsfrist. Inwiefern die Arbeitseinstellung des Beklagten nach seinem Kündigungsentschluss konkret nachgelassen habe, habe die Klägerin nicht vorgebracht. Dass er beispielsweise absichtlich oder fahrlässig weniger Kundenkontakte gehabt habe, dass er es absichtlich oder fahrlässig unterlassen habe, konkrete Verträge abzuschliessen, mit denen ein Umsatzrückgang im Umfang des eingeklagten Betrages in der Höhe von Fr. 12'385.50 hätte konkret vermieden werden können, habe sie ebenfalls nicht dargelegt. Sie sei ihrer Behauptungslast nicht rechtsgenügend nachgekommen. Ein Beweisverfahren sei unter diesen Umständen nicht durchführbar. Die Vorbringen der Klägerin betreffend Vollzeitstellen IT pro Quartal und IT-Nettoumsätze pro Quartal, unter Hinweis auf zwei Diagramme, stellten ebenfalls reine Parteibehauptungen dar. Beweismittel seien dazu keine offeriert worden. Es sei somit nicht erstellt, dass die Klägerin aufgrund einer Treuepflichtverletzung des Beklagten eine Umsatzeinbusse in der Höhe von Fr. 12'385.50 erlitten habe. Weshalb D. _____ in den zwei Monaten den von der Klägerin behaupteten Umsatz hätte erzielen können, wann konkret und mit welchem Kunden etc., sei nicht vorgebracht worden. Beweismittel für diese pauschale Behauptung seien keine offeriert worden, weshalb sich Weiterungen erübrigten (Urk. 38 S. 22 f.).

dd) Die Klägerin rügt, die Vorinstanz zeige nicht auf, ob die Tabellen und Angaben tatsächlich vom Beklagten substantiiert bestritten worden seien, so dass sie überhaupt bewiesen werden müssten. Denn auch blosser Parteibehauptungen müssten bekanntlich zunächst substantiiert bestritten werden, damit sie weiter bewiesen werden müssten. Der Beklagte habe vor Vorinstanz nicht die Umsatzzahlen an sich bestritten, sondern geltend gemacht, dass es auch in den letzten Jahren im ersten Quartal Umsatzeinbussen gegeben habe, weshalb diese nicht auf ein angebliches Fehlverhalten des Beklagten oder von D. _____ zurückzuführen seien. Es wäre am Beklagten gewesen zu beweisen, dass der Umsatz im ersten Quartal immer tiefer gewesen sei. Weiter habe der Beklagte ausgeführt: "Die von

der Klägerin vorgebrachten Umsatzzahlen sind reine Parteibehauptungen. Wie die Klägerin diese Berechnungen vorgenommen hat, ist schleierhaft. Es liegt auf der Hand, dass E._____ Abschlüsse verbuchen kann, wie er dies möchte." Dies sei kein rechtsgenügendes Bestreiten der Umsatzzahlen. Ohnehin sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz die von beiden Parteien beantragte Expertise zu den Provisionsabrechnungen nicht eingeholt habe (Urk. 37 S. 32 ff.).

ee) Mit diesen Ausführungen setzt sich die Klägerin mit den vorinstanzlichen Erwägungen zum angeblich vom Beklagten verursachten Schaden aus Umsatzeinbussen wiederum nur ungenügend auseinander. Die Vorinstanz führte zu Recht aus, dass es nicht genügt, eine Umsatzeinbusse im ersten Quartal 2022 darzutun. Die Klägerin hätte darlegen müssen, dass bzw. weshalb diese Umsatzeinbusse vom Beklagten verursacht wurde. Soweit die Klägerin eine Umsatzeinbusse auf die Abwerbung von D._____ zurückführen will, hätte sie darlegen müssen, dass sie wegen des verfrühten Abgangs von D._____ im Mai 2022 eine Umsatzeinbusse und damit einen Schaden erlitten hat. Weshalb der Beklagte für einen angeblich von D._____ verursachten Umsatzrückgang im ersten Quartal 2022 verantwortlich sein soll, hat die Klägerin nicht substantiiert dargelegt. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatzanspruch im Zusammenhang mit der Kündigung von D._____ scheidet daher auch an der Substantiierung eines kausal verursachten Schadens.

f) Zusammenfassend stehen der Klägerin keine Schadenersatzansprüche zu, weshalb Rechtsbegehren Ziff. 2 und damit die Klage insgesamt abzuweisen ist.

IV.

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Die im Berufungsverfahren unterliegende Klägerin hat die zweitinstanzlichen Gerichtskosten zu tragen und dem Beklagten eine Parteient-schädigung (zuzüglich 8,1 % MwSt.) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 Abs. 1 GebV OG; § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 22. August 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'445.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'800.– zu bezahlen.
5. 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.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 48'669.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. April 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur A. Huizinga

Dr. J. Trachsel

versandt am:
st