

# ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 21 vom 23. April 2025

ZG Obergericht, 2025-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z1\\_2024\\_21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2024_21)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 21 du 23 avril 2025

IT: ZG\_OBERGERICHT Z1 2024 21 del 23 aprile 2025

## Regeste

Forderung | übrige Innominatverträge

## Erwägungen

### E. 1

Vorab ist in prozessualer Hinsicht Folgendes festzuhalten:

#### E. 1.1

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, 2. Abteilung, vom 13. Mai 2024 aufgehoben und wie folgt ersetzt: " 1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 65'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2020 zu bezahlen. 2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Beitreibungsamtes J. \_\_\_\_\_ (ZH), Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2019, wird im Umfang von CHF 65'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 7. Januar 2020 beseitigt.

#### E. 1.2

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Auf die Erhebung von Kosten für das Berufungsverfahren Z1 2024 21 wird verzichtet. 3. Die Parteikosten für das Berufungsverfahren Z1 2024 21 werden wettgeschlagen. Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ wird mit CHF 6'439.95 (Honorar CHF 5'940.00; Auslagen CHF 17.40; Mehrwertsteuer CHF 482.55) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beklagte ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist. 4. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

Seite 19/19 5. Mitteilung an: - Parteien - Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung (A2 2023 62) - Gerichtskasse (im Dispositiv) Obergericht des Kantons Zug I. Zivilabteilung P. Huber Ph. Carr Abteilungspräsident Gerichtsschreiber versandt am:

#### E. 1.3

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Das bedeutet, dass das Berufungsgericht über eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht verfügt, insbesondere auch über volle Ermessensfreiheit (Urteil des Bundesgerichts 5A\_340/2021 vom 16. November 2021 E.

5.3.1 m.w.H.). Es ist jedoch nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. 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 (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2024 vom 11. Oktober 2024 E. 4.2.2.2; 4A\_258/2024 vom 24. Mai 2024 E. 2.2).

#### **E. 1.4**

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven). Echte Noven

Seite 7/19 sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Zeitpunkt, in dem im erstinstanzlichen Verfahren letztmals neue Tatsachen vorgetragen werden konnten, entstanden sind. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits zuvor entstanden sind. Noven sind im Berufungsverfahren grundsätzlich bei erster Gelegenheit, d.h. im ersten Schriftenwechsel, vorzutragen. Im Falle unechter Noven sind die Gründe, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte, detailliert darzulegen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_518/2023 vom 18. April 2024 E. 3.4.1; 5A\_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 2.1.3.2 f.).

#### **E. 1.5**

In gewissen Punkten erfüllt die Berufung die vorgenannten Voraussetzungen nicht. Darauf ist im Folgenden an den entsprechenden Stellen zurückzukommen. Deswegen ist jedoch – entgegen der Klägerin (act. 65 Rz 17) – nicht auf die gesamte Berufung nicht einzutreten.

#### **E. 2**

Das Kantonsgericht erwog im (ersten) Entscheid vom 9. Januar 2023, dass die Klägerin keine Konventionalstrafe geltend machen kann, da sie dem Beklagten bei Vertragsbeendigung keine Karenzentschädigung ausgerichtet hat. Diesen Entscheid hob das Obergericht mit Urteil vom 7. November 2023 auf, soweit das Kantonsgericht die Klage wegen der fehlenden Karenzentschädigung teilweise abgewiesen hatte, und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Weiterführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 2.1**

In der Folge prüfte das Kantonsgericht im (zweiten) Entscheid vom 13. Mai 2024, ob das Konkurrenzverbot gültig (zustande gekommen) ist und ob es vom Beklagten verletzt wurde. Nachdem es diese Fragen bejaht hatte (act. 58 E. 4-5), untersuchte es, ob das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen begrenzt ist. Dabei kam es zum Schluss, dass das Verbot sowohl in räumlicher Hinsicht (80 km um das Zentrum G. \_\_\_\_\_ (ZH); act. 58 E. 6.2) als auch in gegenständlicher Hinsicht ("jede konkurrenzierende Tätigkeit"; act. 58 E. 6.4) angemessen begrenzt ist. Die zeitliche Begrenzung von zwei Jahren erachtete es indes als ein Jahr zu hoch (act. 58 E. 6.3). Unter Berücksichtigung dieser und weiterer Umstände (vgl. hinten E. 6.1) kam das Kantonsgericht zum Schluss, dass die Konventionalstrafe von CHF 150'000.00 auf CHF 100'000.00 herabzusetzen ist (act. 58 E.

6.5).

## **E. 2.2**

Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das Konkurrenzverbot gültig (zustande gekommen) ist und vom Beklagten verletzt wurde, ficht der Beklagte in der Berufung nicht an. Mit der beiläufigen Bemerkung, "sofern man überhaupt von einer Übertretung des Konkurrenzver- bots ausgeht" (act. 59 Rz 4b), zeigt er jedenfalls nicht auf, inwiefern und weshalb die Vorin- stanz zu Unrecht auf eine Verletzung des Konkurrenzverbots schloss. Deshalb ist darauf nicht mehr einzugehen (vgl. vorne E. 1.1 und 1.3). Nach wie vor strittig ist indessen, ob die Vorinstanz das Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340a Abs. 2 OR angemessen begrenzt und die Konventionalstrafe im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR hinreichend herabgesetzt hat.

## **E. 3**

Bezüglich der Rechtsgrundlagen zur Angemessenheit eines Konkurrenzverbots nach Art. 340a Abs. 1 OR und zur Möglichkeit der gerichtlichen Einschränkung nach Art. 340a Abs. 2 OR kann auf die zutreffenden, von den Parteien im Berufungsverfahren im Übrigen nicht kritisierten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (zur Zulässigkeit eines sol- chen Verweises vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2020 vom 11. Februar 2021 E. 3.4 m.w.H.). Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Seite 8/19

### **E. 3.1**

Die Entscheidgebühr für die Verfahren A2 2020 46 und A2 2023 62 von insgesamt CHF 10'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 verrechnet. Der Beklagte hat der Klä- gerin den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 5'000.00 sowie die Kosten des Schlich- tungsverfahrens im Umfang von CHF 350.00 zu ersetzen.

### **E. 3.2**

Die Entscheidgebühr für das Verfahren Z1 2023 6 von CHF 10'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt wird und mit dem von der Klägerin für das Verfahren Z1 2023 6 ge- leisteten Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 verrechnet. Der Beklagte hat der Klägerin den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 5'000.00 zu ersetzen. 4. Die Parteikosten für die Verfahren A2 2020 46, A2 2023 62 und Z1 2023 6 werden wett- geschlagen. "

### **E. 3.3**

Auch die Dauer des Verbots darf das durch berechnigte Interessen des Arbeitgebers gefor- derte Mass nicht überschreiten und das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschweren. Hinsichtlich der angemessenen Begrenzung des Konkurrenzverbots ist einerseits massgeblich auf die zeitliche Reichweite der Interessen des Arbeitgebers abzustel- len. Andererseits kommt es ebenso auf die Interessen des Arbeitnehmers an. Eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ist namentlich dann anzunehmen, wenn ein Konkurrenzverbot den Arbeitnehmer zu einer beruflichen Umstellung zwingt oder ihm umge- kehrt eine solche verwehrt. Demgegenüber darf ein erforderlicher Branchenwechsel für eine gewisse Übergangszeit nicht ohne Weiteres einer unbilligen Erschwerung des wirtschaftli- chen Fortkommens gleichgesetzt werden (Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 340a OR N 3 f.). Die zulässige Dauer hängt von

der Art des zu schützenden Wissens ab. Das Bundesgericht hat in BGE 96 II 143 eine zeitliche Begrenzung auf drei Jahre als angemessen erachtet, zumal der Arbeitnehmer als Geschäftsleiter vollständigen Einblick in den Kundenkreis erlangt und Gelegenheit gehabt hat, mit der Kundschaft persönlich zu verkehren. Demgegenüber hat es in BGE 91 II 381 ein dreijähriges Verbot auf zwei Jahre herabgesetzt, da es unwahrschein-

Seite 9/19 lich erschien, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf dieser Zeit der Arbeitgeberin noch Kunden hat entziehen können. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht eine Obergrenze von sechs Monaten für ein kundschaftsbezogenes Konkurrenzverbot bei einem unter anderem in der Naturstein- und Bauindustrie tätigen Verkäufer im Aussendienst als vertretbar bezeichnet, hat aber die konkreten Umstände sowie seine Zurückhaltung bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Ermessensentscheids betont (Urteil des Bundesgerichts 4A\_62/2011 vom 20. Mai 2011 E. 4). In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht ein einjähriges Abwerbeverbot für Transportaufträge in Bezug auf Kunden geschützt, für die der Fahrer bereits bei der Arbeitgeberin Aufträge ausgeführt hat (Urteil des Bundesgerichts 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005 E. 3.3). Eine grundsätzliche Obergrenze für kundschaftsbezogene Konkurrenzverbote wurde in der Praxis abgelehnt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a OR N 3 [S. 1248] m.H.; act. 58 E. 6.3).

#### **E. 3.4**

In Bezug auf die gegenständliche Eingrenzung des Konkurrenzverbots war der Beklagte [gemäss Franchisevertrag] gehalten, jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfüllt das Verbot "jeder konkurrenzierenden Tätigkeit" das Gebot der Form. Es ist genügend bestimmt bzw. anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar (BGE 145 III 365 E. 3.6; act. 58 E. 6.4).

#### **E. 4**

Mit Bezug auf die Rechtsgrundlagen zur Herabsetzung der Konventionalstrafe im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR kann ebenfalls auf die – soweit nachfolgend wiedergegeben – zutreffenden, von den Parteien im Berufungsverfahren ebenfalls nicht kritisierten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden: Die Höhe der Konventionalstrafe können die Parteien grundsätzlich frei vereinbaren (Art. 163 Abs. 1 OR). Übermässig hohe Konventionalstrafen hat das Gericht zum Schutz der schwächeren Partei nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Die richterliche Herabsetzung einer Konventionalstrafe stellt einen Einbruch in die Vertragsinhaltsfreiheit und die Vertragstreue der Parteien dar und ist deshalb mit Zurückhaltung anzuwenden. Nur krasse Missverhältnisse sind vom Gericht zu berücksichtigen (Widmer/Costantini/Ehrat, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 163 OR N 10 m.H.). Das Ermessen des Richters bezieht sich sowohl auf die Frage der Übermässigkeit der Strafe als auch auf den Umfang der Herabsetzung (BGE 133 III 201 E. 5.2). Ein Eingriff rechtfertigt sich nur dann, wenn das Ausmass der Konventionalstrafe unvernünftig übersetzt ist und mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit offenbar in Widerspruch steht. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasse Missverhältnis besteht (BGE 133 III 43 E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 5.1). Dabei ist dem Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Verbots, der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers und der Schwere des Verschuldens an der Übertretung bzw. der Hauptvertragsverletzung

angemessen Rechnung zu tragen. Weiter sind unter Umständen die Art und Dauer des Anstellungsverhältnisses, der Zeitpunkt der Übertretung, eine Karenzentschädigung und ausnahmsweise ein fehlender Schaden bis zum Ablauf der Verbotszeit zu berücksichtigen. In der Regel ist ein tatsächlicher Schaden aber gerade nicht erforderlich, da die Konventionalstrafe unter anderem auch vom Nachweis eines solchen entbinden soll (Urteil des Bundesgerichts 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 5.1; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 107; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b OR N 5; act. 58 E.6.5.2).

## **E. 5**

Zum Verhältnis zwischen dem Übermass des Konkurrenzverbots (Art. 340a Abs. 2 OR) und der Herabsetzung der Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 3 OR) sowie zur Herabsetzung im Allgemeinen ist Folgendes anzufügen:

### **E. 5.1**

Wird geltend gemacht, eine Konventionalstrafe sei nicht oder nicht im vereinbarten Umfang geschuldet, so ist in einem ersten Schritt stets zu prüfen, ob das Konkurrenzverbot – sofern dessen Vereinbarung gültig zustande gekommen und das Verbot nicht weggefallen ist (vgl. Art. 340c OR) – verletzt wurde. Zu diesem Zweck muss vorab ermittelt werden, ob das Verbot übermässig ist. Ist dies der Fall, ist es auf das zulässige Mass einzuschränken. Gemessen an diesem eingeschränkten Verbot ist sodann zu beurteilen, ob überhaupt eine Verletzung vorliegt. Erst wenn eine Verletzung eines gültig zustande gekommenen, allenfalls gerichtlich eingeschränkten Konkurrenzverbots bejaht wurde, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Konventionalstrafe – sofern die Vereinbarung der Strafe wiederum gültig zustande gekommen ist – herabzusetzen ist.

### **E. 5.2**

Bei der Frage nach der Herabsetzung der Strafe sind verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. Nicht zwingend relevant ist dabei ein allfällig festgestelltes Übermass des Konkurrenzverbots. Denn der vereinbarte Betrag der Konventionalstrafe muss nicht mit dem Umfang des Konkurrenzverbots in einem Zusammenhang stehen (Neeracher, a.a.O., S. 114; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3. A. 2014, Art. 340b OR N 3 in fine; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b OR N 5c; Stöckli/Rehbinder, Berner Kommentar, 2014, Art. 340b OR N 8). So kann es vorkommen, dass ein weitgehendes Konkurrenzverbot an eine tiefe Konventionalstrafe gekoppelt wird; in einem solchen Fall kann eine Einschränkung des Konkurrenzverbots vorgenommen werden, ohne dass auch die Strafe herabzusetzen wäre (vgl. Neeracher, a.a.O., S. 114). Im umgekehrten Fall kann auch ein eingeschränktes Verbot mit einer hohen Strafe belegt sein; in einem solchen Fall kann die Strafe herabgesetzt werden, ohne dass auch das Verbot einzuschränken wäre. Grundsätzlich kann die Strafe in beliebiger Höhe vereinbart werden (vgl. Art. 163 Abs. 1 OR). Sie muss nicht zwingend den "objektiven Wert" des Konkurrenzverbots abbilden (vgl. auch Art. 161 Abs. 1 OR). Dies zeigt sich überdies darin, dass die Bezahlung der Strafe nach der Konzeption des Gesetzgebers noch nicht vom Ersatz eines darüberhinausgehenden Schadens befreit (Art. 340b Abs. 2 OR). Die Einschränkung des Konkurrenzverbots (Art. 340a Abs. 2 OR) und die Herabsetzung der Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 3 OR) orientieren sich an unterschiedlichen Massstäben. Der zulässige Umfang des Konkurrenzverbots richtet sich aus Sicht des Arbeitgebers insbesondere danach, inwieweit dieser ein Interesse an der Einhaltung des Verbots hat (Interesse an Realerfüllung; vgl. vorne E. 3). Beim zulässigen

Umfang der Konventionalstrafe steht hingegen aus Sicht des Arbeitgebers dessen Interesse im Zentrum, den vollen vereinbarten Betrag zu erhalten (Interesse an Abgeltung; vgl. vorne E. 4). Der Arbeitgeber kann auch dann ein Interesse am Erhalt der vollen Konventionalstrafe haben, wenn der Arbeitnehmer ein Konkurrenzverbot verletzt, welches das Gericht eingeschränkt hat. Mithin besteht zwischen der Verletzung eines vereinbarten Konkurrenzverbots

Seite 11/19 einerseits und der für den Fall der Verletzung vereinbarten Konventionalstrafe andererseits nicht zwingend ein Äquivalenzverhältnis. Schränkt also das Gericht das Konkurrenzverbot nach Ort, Zeit oder Gegenstand ein, ist die Strafe deswegen nicht automatisch gleichermaßen herabzusetzen. Selbstverständlich ist eine Herabsetzung der Strafe aber in einem solchen Fall auch nicht ausgeschlossen.

### **E. 5.3**

Bei der Herabsetzung einer Konventionalstrafe nach Ermessen des Gerichts ist aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit (Art. 163 Abs. 1 OR) Zurückhaltung geboten. Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers an dessen Ausrichtung in vollem Umfang ein krasses Missverhältnis besteht. Massgebend für die Beurteilung sind Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten. Als Indiz des Übermasses kommt der höchstmögliche Schaden in Betracht. Der effektiv eingetretene Schaden ist hingegen nicht massgebend. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrung der Beteiligten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1; 4A\_202/2024 vom 24. September 2024 E. 4.1.2).

### **E. 5.4**

Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung sind vom Schuldner der Konventionalstrafe zu behaupten und zu beweisen. Da dieser in Bezug auf einen allfälligen Schaden, der dem Gläubiger entstanden ist, aus eigener Kenntnis oft nichts darlegen kann, obliegt es dem Gläubiger, seinen Schaden darzulegen und die Behauptung, es liege kein oder bloss ein geringer Schaden vor, substantiiert zu bestreiten. Der Gläubiger hat sein Interesse aber nicht ziffernmässig nachzuweisen, denn damit würde Art. 161 Abs. 1 OR umgangen (BGE 133 III 43 E. 4.1; Widmer/Costantini/Ehrat, Basler Kommentar, 7. A. 2020, Art. 163 OR N 13).

### **E. 6**

In der Berufung rügt der Beklagte, das Konkurrenzverbot gehe – trotz der von der Vorinstanz vorgenommenen zeitlichen Beschränkung auf ein Jahr – räumlich und gegenständlich immer noch zu weit. Er bestreitet aber nicht (mehr), dass er das Konkurrenzverbot, selbst wenn dieses noch weiter eingeschränkt würde, verletzt hat. Aufgrund dessen braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, ob das Verbot gestützt auf Art. 340a Abs. 2 OR noch weiter einzuschränken gewesen wäre, als dies die Vorinstanz getan hat. Zu prüfen bleibt mithin einzig, ob die Konventionalstrafe weiter herabzusetzen ist als auf CHF 100'000.00. Für diese Prüfung ist, wie soeben erwähnt, grundsätzlich nicht

ausschlaggebend, ob oder inwieweit das ursprüngliche oder das eingeschränkte Konkurrenzverbot übermässig war im Sinne von Art. 340a Abs. 2 OR (vgl. auch vorne E. 5.2).

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz begründete die von ihr vorgenommene Herabsetzung von CHF 150'000.00 auf CHF 100'000.00 wie folgt: Der Beklagte sei vom 1. Juni 2018 bis Ende September 2019 als Franchisenehmer der Klägerin tätig gewesen. In dieser Zeit habe er Zugang zur internen schützenswerten Kundendatenbank der Klägerin gehabt. Er habe während dieser Zeit in eigenverantwortlicher Position intensiv die Kunden der Klägerin betreut. Die Bedürfnisse der Kunden seien dem Beklagten

Seite 12/19 bestens bekannt gewesen. Mit dem während mehr als einem Jahr erlangten Know-how sei es dem Beklagten hypothetisch möglich gewesen, der Klägerin einen grossen finanziellen Schaden zuzufügen. Das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Konkurrenzverbots während eines Jahres sei daher als gross zu gewichten. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die konkurrenzierende Tätigkeit des Beklagten bei der I. \_\_\_\_\_ AG unmittelbar an das Ende des Franchiseverhältnisses angeknüpft habe. Gemäss dem Auszug aus dem " \_\_\_\_\_ Profil" sei der Beklagte seit November 2019 als geprüftes Mitglied für die I. \_\_\_\_\_ AG im Einsatz gewesen. Dass es dem Beklagten nicht möglich gewesen sei, in angemessener Frist eine andere Stelle zu finden, behaupte er nicht. Das Verschulden des Beklagten sei daher eher als gross zu werten. Wie lange der Beklagte bei der I. \_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen sei, sei nicht bekannt. Als langjähriger Personalvermittler gelte der Beklagte als geschäftserfahren. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertige sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern. Für die Beurteilung der Übermässigkeit der Konventionalstrafe seien daneben die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Übertretung massgebend. Der Beklagte stelle keine Behauptungen zu seiner wirtschaftlichen Situation nach Beendigung des Franchisevertrages mit der Klägerin auf. Aus den Akten ergebe sich lediglich, dass er der Klägerin im Februar 2019 erklärt habe, er befinde sich in finanziellen Schwierigkeiten und sei daher im Zahlungsrückstand; er verkaufe aber demnächst seine Eigentumswohnung. Unbestritten sei, dass der Beklagte nach Aufgabe des Franchisevertrages unmittelbar wieder eine Anstellung als Partner bei der I. \_\_\_\_\_ AG gefunden habe und daher schnell wieder ein Einkommen habe generieren können. Wie hoch das Einkommen des Beklagten bei der Klägerin bzw. bei der I. \_\_\_\_\_ AG gewesen sei, behaupte der Beklagte nicht und erschliesse sich auch aus den eingereichten Akten nicht. Die Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 150'000.00 sei zwischen den Vertragsparteien für ein zweijähriges Konkurrenzverbot vereinbart worden. Gestützt auf die Herabsetzung des ursprünglich vereinbarten Konkurrenzverbots von zwei Jahren auf ein Jahr sowie die vorgenannten tatsächlichen Voraussetzungen sei es angemessen, die Konventionalstrafe um einen Drittel herabzusetzen. Mit der Herabsetzung auf CHF 100'000.00 sei das wirtschaftliche Gleichgewicht im Vergleich zur Parteiabrede wieder hergestellt (act. 58 E. 6.5.3).

### **E. 6.2**

Der Beklagte moniert, das vorliegend stipulierte Konkurrenzverbot komme "im faktischen Ergebnis" einem Berufsverbot gleich. Es gebe kaum eine Tätigkeit, die der beruflich spezialisierte Beklagte noch hätte ausüben dürfen, ohne das Verbot zu verletzen. Dies

bedeute praktisch eine Verunmöglichung jeglichen wirtschaftlichen Fortkommens des Beklagten, da dieser zu einer beruflichen Umstellung gezwungen werde. Dies allein sei schon unzulässig (act. 59 Rz 3e). Ausserdem seien im Entscheid bedeutende Gesichtspunkte nicht berücksichtigt worden, so namentlich die fehlende Gegenleistung der Klägerin. Gemäss Vertrag stehe dem Konkurrenzverbot bzw. der Konventionalstrafe keine Gegenleistung (etwa eine Karenzentschädigung) der Klägerin gegenüber. Vielmehr habe der Beklagte der Klägerin gemäss Ziffer 14 des Vertrags seinerseits "für die ihm [...] eingeräumten Nutzungsrechte" eine nicht rückforderbare "Einstiegsgebühr" bzw. "Eintrittsgebühr" von CHF 50'000.00 bezahlen müssen (act. 59 Rz 3f). Als weiterer Grund für die Reduktion hätte die kurze (ca. 1-jährige) Dauer der Anstellung des Beklagten beachtet werden müssen (act. 59 Rz 3g). Die im Entscheid vorgenommene Reduktion der Dauer des Konkurrenzverbots sei immerhin um 50 % ausgefallen, jene der Sanktion demgegenüber nur um 33,3 %. Hierbei handle es sich nicht lediglich um eine Ungereimtheit. Vielmehr reflektiere die Herabsetzung der Konventio-

nalstrafe umfangmässig auf keine Weise jene des Verbots (act. 59 Rz 4a). Stelle man "in Rechnung", dass die Reduktion des Konkurrenzverbots wesentlich umfangreicher hätte ausfallen müssen, so werde deutlich, dass die Herabsetzung der Konventionalstrafe umfangmässig sehr viel zu gering ausgefallen sei (act. 59 Rz 4a).

### **E. 6.3**

Die Rüge, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Franchisevertrag nur kurz gedauert habe, ist unbehelflich.

#### **E. 6.3.1**

Zunächst ist dem Beklagten entgegenzuhalten, dass er im erstinstanzlichen Verfahren die Dauer des Vertragsverhältnisses nicht als Grund für eine Reduktion der Konventionalstrafe erwähnte. Entsprechende Behauptungen stellte er erstmals in der Berufung auf, ohne darzulegen, weshalb ihm dies vor erster Instanz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen ist. Mithin ist darauf nicht einzugehen (vgl. vorne E. 1.4).

#### **E. 6.3.2**

Hinzu kommt, dass die Vorinstanz den Umstand, wonach der Beklagte nur während rund eines Jahres Franchisenehmer bei der Klägerin war, zuerst bei der zeitlichen Einschränkung des Konkurrenzverbots berücksichtigte (act. 58 E. 6.3). Davon ausgehend setzte die Vorinstanz sodann (auch) die Strafe herab (act. 58 E. 6.5.3). Mithin führte die kurze Dauer des Vertragsverhältnisses letztlich zu einer Reduktion der Strafe. Der Beklagte begründet nicht, weshalb oder inwieweit die Vertragsdauer weitergehend zu berücksichtigen gewesen wäre. Insbesondere legt er nicht dar, inwiefern sich beispielsweise das Schädigungspotential vergrössert hätte, wenn er während längerer Zeit Einblick in die Kandidaten- und Kundendaten der Klägerin gehabt, mithin der Franchisevertrag länger als rund ein Jahr gedauert hätte. Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, dass es dem Beklagten [bereits] mit dem während mehr als einem Jahr erlangten Know-how möglich gewesen sei, der Klägerin einen grossen finanziellen Schaden zuzufügen (act. 58 E. 6.5.3). Mit dieser Sachverhaltsfeststellung setzt sich der Beklagte in der Berufung nicht auseinander (vgl. vorne E. 1.1).

#### **E. 6.3.3**

Dass die einjährige Dauer "längst abgelaufen ist" und ihm die Beschränkung auf ein Jahr nichts nütze, wie der Beklagte weiter einwendet (vgl. act. 59 Rz 3b), ist ebenfalls unbehel-

flich. Denn entscheidend ist, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot unmittelbar nach Beendigung des Franchisevertrags verletzte.

#### **E. 6.4**

Zuzustimmen ist dem Beklagten hingegen insoweit, als die Vorinstanz die fehlende Gegenleistung (keine Karenzenschädigung) bzw. die "negative Gegenleistung" (Einstiegsgebühr von CHF 50'000.00) nicht berücksichtigt hat, und zwar weder bei der Einschränkung des Verbots noch bei der Reduktion der Strafe.

##### **E. 6.4.1**

Gemäss Art. 340a Abs. 2 OR hat das Gericht beim Entscheid, ob oder inwieweit ein Konkurrenzverbot einzuschränken ist, eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen. Eine mögliche Gegenleistung des Arbeitgebers (oder des Franchisegebers) ist die Karenzenschädigung. Sie ist ein Entgelt für die Einhaltung des Konkurrenzverbots durch den Arbeitnehmer (oder Franchisenehmer). Sie ist Ausgleich dafür, dass der Arbeitnehmer gehindert ist, in einem anderen Unternehmen "in seinem Beruf" seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Die Vereinbarung einer Karenzenschädigung ist fakultativ. Von Gesetzes wegen hat der Arbeitgeber für die Einhaltung eines Konkurrenzverbots keine Entschädigung zu bezahlen. Aus Art. 340a Abs. 2 zweiter Satz OR ergibt sich nun aber, dass

Seite 14/19 das Gericht die Höhe einer Gegenleistung im Rahmen seines Ermessensentscheids zu berücksichtigen hat. Der Umfang des Konkurrenzverbots kann tendenziell umso umfassender sein, je höher die vereinbarte Karenzenschädigung ist (vgl. Heeb, a.a.O., S. 139 und 142 m.H.). Im Umkehrschluss gilt, dass ein Konkurrenzverbot tendenziell enger zu fassen ist, wenn eine tiefe oder gar keine Karenzenschädigung vereinbart wurde. Das Gesetz sieht zwar nicht vor, dass das Gericht den Arbeitgeber zur Ausrichtung einer Karenzenschädigung verpflichten oder eine vereinbarte Karenzenschädigung erhöhen kann (vgl. Staehelin, Zürcher Kommentar, 4. A. 2014, Art. 340a OR N 10; Heeb, a.a.O., S. 143 m.H.). Dies schliesst aber nicht aus, beim Ermessensentscheid über die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Konkurrenzverbot übermässig ist, zu berücksichtigen, dass keine Karenzenschädigung vereinbart wurde (vgl. auch Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 340a OR N 5). Eine fehlende Karenzenschädigung darf zwar einerseits nicht überbewertet werden, da es in der Schweiz unüblich ist, Karenzenschädigungen in Arbeitsverträgen zu vereinbaren (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340a OR N 6). Andererseits darf beim Entscheid über eine Herabsetzung der Strafe aber auch die verbreitete – wenngleich hauptsächlich sozialpolitisch motivierte – Meinung nicht gänzlich ignoriert werden, wonach entschädigungslose Konkurrenzverbote das wirtschaftliche Fortkommen unbillig erschweren (statt Vieler: Pärli, Das [entschädigungslose] Konkurrenzverbot gehört abgeschafft, in: Müller/Pärli/Wildhaber [Hrsg.], Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 323 ff., 337 mit zahlreichen Hinweisen).

##### **E. 6.4.2**

Eine fehlende Gegenleistung (insbesondere eine fehlende Karenzenschädigung) ist nun aber höchstens bei der Einschränkung des Verbots gemäss Art. 340a Abs. 2 OR, nicht hingegen (auch) bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR zu berücksichtigen (Neeracher, a.a.O., S. 114, behandelt die Karenzenschädigung zwar unter dem Kapitel "Anpassung [des Strafbetrags] an konkrete Verhältnisse", spricht aber einzig

vom "Verbot", das weiter gefasst werden dürfe, wenn der Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung erhalte). Eine doppelte Berücksichtigung wäre nicht nur methodisch falsch. Bleibt eine Gegenleistung aber nicht nur aus, sondern ist sie sogar negativ, d.h. muss die vom Konkurrenzverbot belastete Person eine "Einstiegsgebühr", ein "Antrittsgeld" oder dergleichen bezahlen, so kann dies nur, aber immerhin bei der Herabsetzung der Strafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR berücksichtigt werden. Eine solche Gebühr wäre im Arbeitsrecht ohnehin unzulässig und folglich unter der arbeitsrechtlichen Bestimmung von Art. 340a Abs. 2 OR nicht relevant. Für die Herabsetzung einer Konventionalstrafe in einem Franchiseverhältnis hingegen kann diese Gebühr – namentlich unter Kriterien wie "Art des Vertrags", "Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots" oder "wirtschaftliche Lage der Beteiligten" (vgl. vorne E. 5.3) – durchaus berücksichtigt werden. Eine Berücksichtigung ist namentlich dann geboten, wenn mit einer solchen Gebühr (direkt oder indirekt) Leistungen abgegolten werden, die mit dem Konkurrenzverbot geschützt und der Konventionalstrafe finanziell gesichert werden sollen.

#### **E. 6.4.3**

In der Berufung wies der Beklagte auf die von ihm geleistete Einstiegsgebühr hin und machte geltend, diese sei von derart hohem Gewicht, dass die vorzunehmende Reduktion des Konkurrenzverbots wesentlich stärker hätte ausfallen müssen; die Einstiegsgebühr habe er für die ihm eingeräumten Nutzungsrechte bezahlen müssen (act. 59 Rz 3f). Bereits im vorin-

Seite 15/19 stanzlichen Verfahren führte er aus, er sei zur Leistung der Einstiegsgebühr verpflichtet gewesen und diese Gebühr habe keinen "Gegenwert" gehabt (vgl. act. 11 Rz 16). Die Klägerin brachte im vorinstanzlichen Verfahren demgegenüber vor, die einmalige Einstiegsgebühr sei ein Grundentgelt für die Nutzung der immateriellen Güter und ein Deckungsbeitrag für die Vorleistungen der Franchisegeberin bei der Planung und dem Aufbau des Franchisesystems. Zudem decke die Gebühr die Kosten der Vertragsausfertigung (inkl. Anwaltskosten). Im Vertrag sei ausdrücklich festgehalten, dass die einmalige Einstiegsgebühr kein Entgelt für die laufenden Leistungen der Klägerin darstelle und somit auch bei Beendigung des Franchisevertrags nicht rückforderbar sei (act. 1 Rz 14). In der Berufungsantwort wendete die Klägerin ein, die Einstiegsgebühr habe mit der Frage nach der Angemessenheit der Konventionalstrafe nichts zu tun (act. 65 Rz 53).

#### **E. 6.4.4**

Der Beklagte verpflichtete sich, der Klägerin zusätzlich zur (bedingten) Konventionalstrafe von CHF 150'000.00 eine (unbedingte) Pauschale von CHF 50'000.00 (Einstiegsgebühr) zu bezahlen, ohne dass ihm gleichzeitig ein Anspruch auf eine Karenzentschädigung eingeräumt oder eine solche bezahlt wurde. Er beglich die Einstiegsgebühr in Raten vollständig. Eine Rückzahlung hat er verlangt, ist aber nicht erfolgt. Zu prüfen ist somit, ob und inwieweit sich die Einstiegsgebühr auf die zulässige Höhe der Konventionalstrafe auswirkt.

#### **E. 6.4.5**

Zu den genannten Vorbringen der Klägerin (vorne E. 6.4.3) ist vorweg anzumerken, dass die blosser Aufnahme in ein Franchisesystem in aller Regel noch nicht die Gegenleistung für die Eintrittsgebühr (Einstiegsgebühr) sein kann. Denn der Franchisenehmer betrachtet die Eintrittsgebühr in der Regel zu Recht als Investition, deren Amortisation eine

angemessene Systemzugehörigkeitsdauer erfordert (vgl. Fisch, Die Anwendbarkeit zwingenden Privatrechts auf Franchiseverträge, AJP 6/2016 S. 820 ff., 826 m.H.).

#### **E. 6.4.6**

Zudem gibt die Klägerin mit den genannten Vorbringen im Wesentlichen bloss die Grundlagen von Einstiegsgebühren wieder (vgl. dazu etwa Stein-Wigger, Der Investitionsersatzanspruch des Franchisenehmers, AJP 9/2000 S. 1079 ff., 1080 m.H.). Sie legt nicht dar, welche konkreten Vorleistungen mit dieser Gebühr genau abgegolten wurden. Aus den Rechtsschriften und Akten ergibt sich, dass ein Teil dieser Gebühr auf "Vorbereitungsarbeiten (Installation PC/Telefon am Tätigkeitsort des Beklagten, Bestellen von Visitenkarten, Aufschalten von Inseraten etc.)" entfiel (act. 1 Rz 18). Diese Arbeiten sind weder zeitlich noch kostenmässig aufwändig. Die Kosten für die Ausfertigung des Franchisevertrags (inkl. Anwaltskosten) können ebenfalls nicht hoch gewesen sein. Die Klägerin betreibt ein Franchisesystem, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass es sich beim Franchisevertrag um einen – leicht angepassten – Standardvertrag handelte (vgl. auch Fisch, a.a.O., S. 831, wonach Franchisegeber zumeist einen Formularvertrag verwenden). Der grösste Teil der Einstiegsgebühr entfiel folglich auf die Planungs- und Aufbauleistungen der Klägerin. Unter diesen Leistungen ist – dahingehend auch die Klägerin (act. 1 Rz 9) – ihr internationales Beziehungsnetz, ihr Know-how (namentlich die Datenbank mit Kandidaten- und Kundendossiers) und die Marke "a. \_\_\_\_\_" zu verstehen. Von diesen drei Bereichen wiederum war unter dem Aspekt der Konkurrenzierung der Zugriff auf das Know-how (insbesondere die Datenbank mit Kandidaten- und Kundendossiers) offenkundig zentral. Dass der Beklagte nach dem September 2019 das Beziehungsnetz oder die Marke der Klägerin nutzte oder nutzen wollte, ist nicht ersichtlich.

Seite 16/19

#### **E. 6.4.7**

Damit steht fest, dass der Grossteil der beachtlichen Einstiegsgebühr von CHF 50'000.00 auf die Berechtigung zum Zugriff auf die Datenbank entfiel. In diesem Umfang bezahlte der Beklagte somit gewissermassen bereits eine Entschädigung für die Konkurrenzierung. In welchem Umfang dies genau der Fall war, kann nicht festgestellt werden und muss für den vorliegenden Billigkeitsentscheid auch nicht näher geklärt werden. Dieser Umstand ist – unabhängig vom genauen Umfang – ein wesentlicher Grund für die Reduktion der Konventionalstrafe. Ermessensweise ist davon auszugehen, dass zwei Drittel dieser Gebühr indirekt eine Entschädigung für die Verwendung der Kandidaten- und Kundendaten waren.

#### **E. 6.5**

Weitere Gründe als der soeben erwähnte und die von der Vorinstanz genannten Gründe, die bezüglich (Nicht-)Herabsetzung zu berücksichtigen sind, wurden nicht oder verspätet vorgebracht (vgl. vorne E. 1.4). Solche Gründe könnten ungünstige finanzielle Verhältnisse des Beklagten im September 2019, die dem Beklagten wegen seiner angeblich starken Spezialisierung offenbar fehlenden Möglichkeiten, eine vom (eingeschränkten) Verbot nicht tangierte Tätigkeit zu finden (Wirkung eines angeblich faktischen Berufsverbots), der potenzielle Höchstschaden der Klägerin (in Zahlen) oder eine verschuldensmässig schwerwiegende Vorgehensweise des Beklagten (namentlich eine direkte und systematische Kontaktierung von Kandidaten und Kunden der Klägerin) sein.

Alle diese Kriterien haben somit unberück- sichtigt zu bleiben.

#### **E. 6.6**

Da es sich vorliegend nicht um ein Arbeitsverhältnis, sondern ein Franchiseverhältnis handelt, kann die Angemessenheit der Strafe nicht am Jahresgehalt des Beklagten gemessen werden. Das Gehalt ist in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung ein gängiges Kriterium. In der Regel wird nur bei einem massiven Verschulden des Arbeitnehmers eine Strafe von maximal einem Jahresgehalt geschützt (vgl. Neeracher, a.a.O., S. 109 m.H.). Ein vergleichbarer Gradmesser bei Franchiseverträgen kann die durchschnittliche jährliche Gewinnmarge von Franchisenehmern der Klägerin sein. Hierzu haben die Parteien indes (ebenfalls) keine Be- hauptungen aufgestellt, wobei über diese Geschäftsinterna mutmasslich ohnehin einzig die Klägerin verlässliche Angaben hätte machen können.

#### **E. 6.7**

Ob die Vorinstanz die Herabsetzung der Strafe nur "rudimentär" begründet hat (so der Be- klagte; act. 59 Rz 4a), kann offenbleiben. Die Begründung des angefochtenen Entscheids ist hinreichend. Sie ermöglichte es dem Beklagten, sich über dessen Tragweite Rechenschaft zu geben und ihn sachgerecht anzufechten (vgl. BGE 146 II 335 E. 5.1 und 5.2). Zudem wä- re der Umstand einer bloss rudimentären Begründung ohnehin darauf zurückzuführen, dass die Parteien diesbezüglich nur rudimentäre Behauptungen aufgestellt haben.

#### **E. 6.8**

Gestützt auf die kurze Dauer des Vertragsverhältnisses von rund einem Jahr sowie unter Berücksichtigung der "negativen Gegenleistung" in Form der vom Beklagten bezahlten Ein- stiegsgebühr von CHF 50'000.00, von der ein wesentlicher Teil (ermessensweise zwei Drit- tel) den Zugriff auf die konkurrenzrelevante Kandidaten- und Kundendatenbank betraf, ist ei- ne Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 übermässig im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR. Ermessensweise ist diese auf CHF 65'000.00 herabzusetzen. Was darüber hinausginge, würde in Kumulation mit der indirekt auf die Konkurrenzierung entfallenden Einstiegsgebühr von CHF 35'000.00 (entsprechend ungefähr 2/3 von CHF 50'000.00) den sehr hohen, sechs- stelligen Betrag von CHF 100'000.00 übersteigen. Ein höherer Totalbetrag stünde in einem krassen Missverhältnis zum Interesse der Klägerin und wäre nicht vertretbar.

Seite 17/19

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der besonderen Umstände dieses Falls die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 150'000.00 nicht bloss auf CHF 100'000.00, sondern auf CHF 65'000.00 herabzusetzen ist. Der auf der erstinstanzlich zugesprochenen Forderung geschuldete Zins (Höhe des Zinses und Beginn des Zinsenlaufs) blieb unange- fochten, sodass auf den CHF 65'000.00 seit 7. Januar 2020 ein Zins von 5 % geschuldet ist. Im entsprechenden Umfang ist der Rechtsvorschlag in der betreffenden Betreuung zu besei- tigen (Art. 79 SchKG).

#### **E. 8**

Abschliessend sind die Prozesskosten zu regeln.

#### **E. 8.1**

Diese werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Wird eine Sache – wie vorliegend – an die erste Instanz zurückgewiesen und im Rückweisungsentscheid nur die Höhe, nicht aber die Verteilung der Prozesskosten festgelegt (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO), dann ist für die Frage des Verfahrensausgangs gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO entscheidend, wie der Prozess in der Sache letztlich ausgeht. Es ist nicht massgebend, welche Partei mit ihren Rechtsmittelanträgen, sondern welche Partei später mit ihren ursprünglichen Begehren in der Sache obsiegt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2020 vom 28. August 2020 E. 7.2). Von der ursprünglich eingeklagten Summe von CHF 173'248.00 werden der Klägerin total CHF 88'248.00 zugesprochen, jeweils nebst Zins. Das entspricht einem Unterliegen der Klägerin von gerundet 51 %. Zu beachten ist zusätzlich, dass die Höhe des Obsiegens oder Unterliegens – abgesehen von den Infrastrukturkosten von CHF 23'248.00 – wesentlich von richterlichem Ermessen abhängig war. Dies würde gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO ein Abweichen vom Verteilungsgrundsatz nach Obsiegen und Unterliegen rechtfertigen. Insgesamt ist es angemessen, den Parteien die Gerichtskosten aller Verfahren (A2 2020 46, Z2 2023 6, A2 2023 62 und Z2 2024 21) je hälftig aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen.

### **E. 8.2**

Bei der Festsetzung der Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren ist das vor der Vorinstanz zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren massgebend (§ 15 Abs. 1 KoV OG). Dies sind CHF 150'000.00. Bei diesem Streitwert beträgt die ordentliche Entscheidgebühr CHF 9'000.00 (§ 11 Abs. 1 KoV OG). Über wesentliche Rechtsfragen wurde bereits im ersten Berufungsverfahren entschieden und das vorliegende Berufungsverfahren gestaltete sich nicht umfangreich. Deshalb ist diese Gebühr herabzusetzen (§ 5 Abs. 1 KoV OG). Da es sich beim ersten Berufungsverfahren um einen Zwischenentscheid handelte, die Gebühr dort jedoch nicht gemäss § 14 Abs. 2 KoV OG herabgesetzt wurde, rechtfertigt es sich, vorliegend auf die Erhebung einer (weiteren) Entscheidgebühr ganz zu verzichten (§ 5 Abs. 3 KoV OG).

### **E. 8.3**

Die Parteikosten werden, wie erwähnt, wettgeschlagen. Zu berücksichtigen ist, dass dem Rechtsvertreter des Beklagten für das vorliegende Berufungsverfahren integral die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist. Das vom Rechtsvertreter des Beklagten geltend gemachte Honorar ist angemessen, sodass dieser entsprechend aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist (vgl. Dispositiv-Ziff. 3). Der Beklagte ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

Seite 18/19 Urteilsspruch