

ZH_OBERGERICHT LA110002 vom 11. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA110002

FR: ZH_OBERGERICHT LA110002 du 11 janvier 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LA110002 del 11 gennaio 2012

Erwägungen

E. 1

Die Klage wurde am 26. November 2009 vor Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1). Diese erliess nach Durchführung des Hauptverfahrens am 26. November 2010 das eingangs zitierte Urteil (Urk. 25). Die Beklagte hat mit Eingabe vom 15. Dezember 2010 rechtzeitig Berufung gegen dieses Urteil eingelegt (Urk. 26). Nach Eingang der Berufungsantwortschriften wurde mit Beschluss vom 7. Juni 2011 vorgemerkt, dass das erstinstanzliche Urteil bezüglich der Klageabweisung im Mehrbetrag (Disp. Ziff. 2 Abs. 2) und hinsichtlich des Arbeitszeugnisses (Disp. Ziff. 3) am 30. Mai 2011 in Rechtskraft erwachsen sei (Urk. 41). Berufungsreplik und -duplik datieren vom 22. August 2011 bzw. 12. September 2011 (Urk. 43 und 46). Je ein Doppel der Duplik und der Eingabe der Klägerin vom 30. August 2011 (Urk. 45) wurden mit Präsidialverfügung vom 14. September 2011 der Beklagten zugestellt (Prot. II S. 9). Die Parteien haben auf eine Teilnahme an der öffentlichen Beratung und mündliche Eröffnung des Entscheides verzichtet (Prot. II S. 10).

E. 2

Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

E. 3

Vor der Berufungsinstanz ist neues Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss §

- 6 - 115 Ziff. 2 ZPO/ZH sind Bestreitungen und Einreden zuzulassen, wenn sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Für die nachträgliche Beweisantretung gilt § 115 ZPO/ZH entsprechend (§ 138 ZPO/ZH). Zulässig ist die nachträgliche Vorlegung einer Urkunde, mit der eine Behauptung sofort eindeutig erstellt oder widerlegt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 138 ZPO). In Anwendung von § 115 Ziff. 5 ZPO/ZH sind sodann auch diejenigen neuen Behauptungen beachtlich, welche erst durch im vorinstanzlichen Urteil enthaltene, im bisherigen Prozessverlauf von keiner Seite erörterte Überlegungen veranlasst wurden (ZR 100 Nr. 27; ZR 78 Nr. 35; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 55 ZPO). III. 1. a) Die Beklagte hat die fristlose Kündigung vor Vorinstanz damit begründet, dass der Kläger verschiedentlich Anweisungen der Arbeitgeberin nicht befolgt habe. Am 26. Juni 2008 sei eine Abmahnung erfolgt, indem die Beklagte auf die Einhaltung des Arbeitsvertrages in zeitlicher Hinsicht

hingewiesen und einen eigenmächtigen Bezug von Frei- und Ferientagen gerügt habe. Im Zusammenhang mit einer falsch erstellten Provisionsabrechnung vom Dezember 2008 sei am

E. 8

Januar 2009 sei der Kläger darauf hingewiesen worden, er habe eine Spesenabrechnung falsch erstellt. Ein solches Vorgehen werde nicht mehr akzeptiert und der Kläger werde ersucht, sich an den Arbeitsvertrag zu halten (Urk. 14/2). Diese Schreiben können gemäss Vorinstanz nicht als Verwarnungen gewürdigt werden. Dem Inhalt nach müsse eine Verwarnung darin bestehen, dass dem Arbeitnehmer bestimmte Pflichtwidrigkeiten vorgehalten, er zu künftigem pflichtgemäsem Verhalten aufgefordert und ihm die fristlose Entlassung angedroht werde für den Fall weiterer Pflichtwidrigkeiten in Zukunft. Diese Voraussetzungen erfüllten die beiden E-Mails nicht, insbesondere würden dem Kläger gar keine Sanktionen angedroht für den Fall von weiteren Verfehlungen. Die beiden Nachrichten seien somit eher als Anweisungen oder allenfalls Ermahnungen zu würdigen. Im Hinblick auf die fristlose Entlassung lasse sich daraus nichts zugunsten der Beklagten ableiten, zumal die beiden E-Mails nicht in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung stünden. Auch dem Protokoll vom

E. 9

Juni 2009 sei nichts zu entnehmen, was als Verwarnung qualifiziert werden könnte. Es handle sich vielmehr um eine ununterzeichnete Aktennotiz, welche dem Kläger nicht eröffnet worden sei und auch keine Sanktionen enthalte (Urk. 14/2a). In den beiden Mailnachrichten vom 16. Juni 2009 und 26. August 2009 halte die Beklagte zusammenfassend fest, die Leistungserbringung sei massiv gesunken, sie erwarte vom Kläger mehr Geschäftsabschlüsse. Es werde von ihm verlangt, dass er monatlich mindestens sechs Verträge zu einem Abschluss führe. Wenn er dieses realistisch gesetzte Verkaufsziel nicht erreiche, behalte sich die Beklagte eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor (Urk. 14/3 und 14/4). Die fristlose Entlassung – so die Vorinstanz – sei dem Kläger nicht angedroht worden. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass er in der Zeit bis zur Kündigung vom 29. September 2009 die Verkaufsziele nicht erreicht hätte, reiche dies nicht aus für eine fristlose Kündigung. Berufliches Unvermögen und - 8 - mangelnde Einsatzbereitschaft könnten eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, es sei denn, es müssten dem Kläger nach den beiden Verwarnungen noch weitere Pflichtverletzungen oder Verfehlungen vorgeworfen werden. Die Beklagte mache in diesem Zusammenhang geltend, der Kläger habe eigenmächtig Ferien bezogen und unentschuldigte Absenzen gehabt. Anlässlich der Hauptverhandlung habe der Vertreter der Beklagten erklärt, dies sei mehrmals vorgekommen im Jahre 2008. Auf Befragen, ob dies auch nach der Abmahnung vom 16. Juni 2009 vorgekommen sei, habe er geantwortet, das wisse er nicht. Es sei daher nicht erstellt, dass sich der Kläger nach den Abmahnungen noch weitere Verfehlungen habe zuschulden kommen lassen; dies werde von der Beklagten nicht einmal konkret behauptet. Daraus ergebe sich, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung des Klägers vorgelegen habe (Urk. 25 S. 6 ff.). c) Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung ausgeführt, die von ihr erhobenen Vorwürfe beschlügen im Wesentlichen drei Bereiche: (1) Der Kläger habe sich verschiedentlich eigenmächtigen Bezug von Frei- und Ferientagen zu Schulden kommen lassen. Am 15. Februar 2008 habe er eigenmächtig einen Ferientag bezogen und sei an diesem Tag beim Skifahren

verunfallt. Ein weiterer eigenmächtiger Ferienbezug sei Ende Juni 2008 erfolgt, was sich aus Urk. 14/1 ergebe. Vor Vorinstanz habe die Beklagte ausgeführt, dass der Kläger verschiedene Male am Freitag nicht gearbeitet habe. Er habe sich nicht abgemeldet und sich nicht an das Betriebsübliche gehalten. Die Absenzenkontrolle für Februar 2008 zeige, dass er den Freitag als Unfall und nicht als Ferien eingegeben habe. Er habe jeweils vor allem freitags unbewilligt frei genommen. (2) Der Kläger habe im Mail an die Beklagte vom 16. Dezember 2008 verschwiegen, dass ein Vertrag noch nicht unterschrieben gewesen sei. Trotzdem sei in vertragswidriger Weise der Provisionsanspruch geltend gemacht worden. (3) Schliesslich habe die Beklagte dem Kläger gegenüber mehrmals den Vorwurf ungenügender Arbeitsleistung, mangelnder Leistungsbereitschaft und unsorgfältiger Arbeitsweise machen müssen. In diesem Zusammenhang seien Abmahnungen am 28. Juni 2008, 16. Juni 2009 und 26. August 2009 erfolgt. Die Rückmeldungen des Klägers an das Telefonmarketing seien völlig ungenügend gewesen (Urk. 34 S. 4 f).

- 9 - d) aa) Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz hätte die Frage, ob nach dem 16. Juni 2009 noch eigenmächtiger Bezug von Ferien- oder Freitagen erfolgt sei, zum Beweis verstellen sollen. Indem die Vorinstanz diese Sachverhaltsfrage zu Ungunsten der Beklagten offen gelassen habe, sei die Vorinstanz in Willkür verfallen (Urk. 34 S. 5). Die Vorinstanz hat auf die Antwort des Vertreters der Beklagten in der Hauptverhandlung hingewiesen, wonach er nicht wisse, ob es weitere Absenzen nach dem 16. Juni 2009 gegeben habe (Urk. 25 S. 7; Prot. I S. 8). Die Beklagte hat somit nicht konkret behauptet, dass es nach dem 16. Juni 2009 zu weiteren unbewilligten Absenzen gekommen sei. Ein Sachverhalt, der nicht behauptet wird, ist auch nicht beweismässig abzuklären. Lässt die Beklagte offen, ob es nach dem 16. Juni 2009 unbewilligte Absenzen gab, können solche von vornherein nicht als Grund für die fristlose Kündigung herangezogen werden. bb) Die Beklagte wirft der Vorinstanz eine willkürliche Beweiswürdigung vor, indem sie den Mails vom 26. Juni 2008 und 8. Juni [recte: Januar] 2009 (Urk. 14/1 und 14/2) die Abmahnungsqualität mit der Begründung abzusprechen scheine, es fehle die konkrete Androhung der Sanktion der fristlosen Kündigung. Für eine rechtsgültige Abmahnung sei lediglich vorausgesetzt, dass dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ausreichend klar gemacht werde, dass der Arbeitgeber derartige Vorkommnisse nicht mehr zu dulden gewillt sei. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Sanktion der fristlosen Kündigung werde jedoch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verlangt (Urk. 34 S. 6).

Pflichtverletzungen und andere Unkorrektheiten am Arbeitsplatz können zu einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung führen. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um grobe Verletzungen von Pflichten handelt, die in der Regel einer vorgängigen Verwarnung bedürfen. Hierzu gehören grobe Verletzungen der Arbeitspflicht, wie regelmässiges zu spätes Erscheinen oder unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz trotz Verwarnung (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, N 5 lit. d zu Art. 337 OR). Ist eine Verwarnung erforderlich, so liegt eine solche erst dann vor, wenn für den Fall einer erneuten Vertrags-

- 10 - verletzung in verständlicher Form die fristlose Entlassung angedroht wird. Wesentlich ist, dass der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ausreichend gewarnt sein muss, dass der Arbeitgeber derartige Vorkommnisse nicht mehr zu dulden gewillt ist. Eine Verwarnung stellt deshalb eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 337 OR). Dem Inhalt nach besteht eine Verwarnung darin, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bestimmte Pflichtwidrigkeiten vorhält, d.h.

den Arbeitnehmer zu künftigem pflichtgemässen Verhalten auffordert und ihm die fristlose Entlassung androht für den Fall weiterer Pflichtwidrigkeiten in Zukunft (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, N 9 zu Art. 337 OR). Die Beklagte weist aber zu Recht darauf hin, dass nach der Rechtsprechung die fristlose Kündigung nicht ausdrücklich angedroht werden muss (BGE 127 III 153; BGE 3C.370/2004). In an den Kläger gerichteten Mail vom 26. Juni 2008 schreibt D._____ von der Beklagten, dass er per Zufall zur Kenntnis genommen habe, dass der Kläger in der kommenden Woche, abgesehen vom bewilligten Zügeltag, nur im reduzierten Rahmen zu arbeiten gedenke und entsprechende Anweisungen erteilt habe. Frei- und Ferientage seien grundsätzlich und ausschliesslich bei Frau E._____ einzugeben und bewilligen zu lassen, im Vertretungsfall beim Absender. Weiter werde entsprechender Einsatz erwartet, damit zehn Verträge beich [Internet- adresse] möglich seien (Urk. 14/1). Das Mail vom 8. Januar 2009 betrifft die vom Kläger vor Vertragsunterzeichnung abgerechnete Provision. D._____ schreibt, ein solches Vorgehen akzeptiere er nicht mehr. In Zukunft würden nur noch jene Verträge "provisioniert", welche per Abrechnungsdatum im Original vorlägen. Der Kläger werde ersucht, sich an die branchenüblichen Usancen und an den Arbeitsvertrag zu halten (Urk. 14/2). Die Vorinstanz erachtet diese beiden Mails zu Recht als Anweisungen oder Ermahnungen und nicht als Verwarnungen im Hinblick auf eine mögliche fristlose Entlassung. Angesprochen sind interne Abläufe und Leistungsziele, die der Kläger einhalten soll. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass beide Anweisungen mit keinerlei Sanktionen verknüpft wurden. cc) Die Beklagte ist der Ansicht, es seien eigenmächtige Bezüge von Ferien und Freitagen im Februar 2008 und Ende Juni 2008 belegt und es seien Verwar-

- 11 - nungen erfolgt, womit bereits die fristlose Kündigung ausreichend begründet sei (Urk. 34 S. 6). Bezüglich der Absenz vom Februar 2008 wurde erstinstanzlich keine Verwarnung behauptet (vgl. Prot. I S. 7 f.), weshalb diesbezüglich die – im Übrigen unsubstantiierte Behauptung – verspätet und damit nicht beachtlich ist. Es wurde bereits dargelegt, dass das Mail vom 26. Juni 2008 keine Verwarnung darstellt. Hinzu kommt, dass eigenmächtig bezogene Freitage im Jahre 2008 keinen Grund für eine fristlose Kündigung im September 2009 bilden, weil die ausserordentliche Kündigung innert angemessener Frist ausgesprochen werden muss. Wurde das Arbeitsverhältnis längere Zeit fortgesetzt, war dies der Beklagten offenbar zumutbar, weshalb kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorlag (BGE 127 III 315). Daran ändert auch der Hinweis der Beklagten nichts, wonach der Arbeitnehmer im Aussendienst über ein hohes Mass an Selbständigkeit verfüge, was dazu führe, dass der Arbeitgeber ihm vertrauen müsse (Urk. 34 S. 6 f.). dd) Das besondere Vertrauensverhältnis hebt die Beklagte auch im Zusammenhang mit Unregelmässigkeiten bei der Erstellung der Provisionsabrechnungen hervor (Urk. 34 S. 7). Indessen hat sie eine einzige Provisionsabrechnung vom Dezember 2008 aufgeführt, die nicht korrekt war, weil der Vertrag vom Kunden noch nicht unterzeichnet war, was auch der Kläger anerkennt (Urk. 17 S. 3). Dass diese Unkorrektheit das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nicht nachhaltig gestört hat, ergibt sich wiederum aus dem langen Zeitablauf bis zur Kündigung. Auch objektiv gesehen war dieser Vorfall nicht geeignet, das Vertrauen der Beklagten in den Kläger zu erschüttern, handelte es sich doch um einen Einzelfall, wobei die Beklagte nicht etwa geltend macht, der Kläger habe mit unlauteren Mitteln eine Provision erschleichen wollen. ee) Die Beklagte weist erneut darauf hin, dass die Arbeitsleistungen des Klägers über längere Zeit ungenügend gewesen seien und sich die Situation im Sommer 2009 zugespitzt habe. Es gehe nicht an, bei der Beurteilung des

wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR diesen Aspekt isoliert zu betrachten mit der Begründung, ungenügende Arbeitsleistungen alleine würden für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen. Der wichtige Grund sei umfassend zu beurteilen,

- 12 - frühere abgemahnte Vorgänge seien mit zu berücksichtigen, unsorgfältiges Arbeiten und Disziplinarverstöße – z.B. bei der Bearbeitung von Adressmaterial – seien ebenfalls zu beachten und es sei das Vertrauensverhältnis beim Aussendienstmitarbeiter zu gewichten (Urk. 34 S. 7). Eine schlechte Arbeitsleistung ist grundsätzlich kein Grund für eine fristlose Entlassung. Anders kann es sich nur verhalten, wenn dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit in schwerwiegender Weise und vorsätzlich schlecht verrichtet oder wenn er trotz Abmahnung wiederholt grobfahrlässig und damit schuldhaft sein Fehlverhalten wiederholt. Auch wenn die Arbeitsleistungen sich im Verlauf des Arbeitsverhältnisses zunehmend verschlechtern, rechtfertigt sich eine fristlose Entlassung nicht, soweit den Arbeitnehmer daran kein Verschulden trifft (Urteil des BGer vom 23.12.1998, in JAR 1999 S. 273). Ungenügender Arbeitseinsatz (z.B. durch Schwatzen, Umherspazieren, ausgedehnte private Telefongespräche) ist nur Anlass zu fristloser Kündigung, wenn dies trotz mehrerer Verwarnungen wiederholt vorkommt. Das Nachlassen des Arbeitseifers und des Arbeitserfolges bietet keinen Grund zur fristlosen Entlassung. Nur bei grobem Verschulden (Absicht oder grober Fahrlässigkeit) des Arbeitnehmers, welches das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erheblich beeinträchtigt, ist die fristlose Entlassung zulässig, z.B. bei mangelnder Fähigkeit, verbunden mit fehlender Initiative und gänzlich ungenügendem Interesse an der Arbeit (Stahelin, a.a.O., N 21 zu Art. 337 OR, m.w.H.). Vor Vorinstanz hatte die Beklagte geltend gemacht, aus der Abmahnung vom 16. Juni 2009 sei ersichtlich, dass die Leistung des Klägers massiv abgenommen habe und zwischenzeitlich auf ein unzumutbares Niveau gesunken sei. Nachdem die Beklagte mit Mailnachricht vom 26. August 2009 den Kläger ein weiteres Mal zur Einhaltung einer besseren Arbeitsdisziplin angehalten habe und auch diese Abmahnung ergebnislos geblieben sei, sei es rund ein Monat später zur fristlosen Kündigung gekommen (Urk. 13 S. 4). Der Kläger habe zu wenige Verträge abgeschlossen. Er habe sich zu wenig Mühe gegeben (Prot. I S. 10).

- 13 - Nach dem zuvor Gesagten genügt dies mit der Vorinstanz nicht als Grund für eine fristlose Kündigung. Eine Verschlechterung der Arbeitsleistungen gehört zum Risiko, das jedem Dauerschuldverhältnis innewohnt und mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses seinen Ausgleich findet (Urteil des BGer vom 23.12.1998, in JAR 1999 S. 273 f.). Zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle können zusammen mit einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall die fristlose Kündigung rechtfertigen; sie bilden gleichsam den Tropfen, der das volle Fass zum Überlaufen bringt (Stahelin, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR). Eigenmächtig bezogene Freitage im Jahre 2008 – konkretisiert wurden von der Beklagten trotz Substantiierungshinweis der Vorinstanz (Prot. I S. 7) nur gerade deren zwei, wobei der Kläger deren Darstellung bestritten hat (Urk. 17 S. 2; Prot. I S. 9) – und die ungerechtfertigte Provisionsabrechnung Ende 2008 sind nun aber so weit zurückliegende Vorkommnisse, zudem auch zu geringfügige Vorwürfe, dass sie von vornherein nicht zusammen mit der geltend gemachten Verschlechterung der Arbeitsleistungen einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bilden können. Mängel bei der Bearbeitung

von Adressmaterial wurden vor Vorinstanz nicht geltend gemacht; es handelt sich um eine unzulässige neue und auch unsubstantiierte Behauptung im Berufungsverfahren. Die Kündigung vom 29. September 2009 war daher ungerechtfertigt, wie das die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Den ausstehenden Lohn für die Monate Oktober und November 2009 bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 14'560.– brutto bzw. nach Abzug der Arbeitslosentaggelder (Fr. 9'360.55) auf Fr. 5'199.45 brutto (Urk. 25 S. 8), was im Berufungsverfahren nicht angefochten worden ist. e) Die Vorinstanz hat die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR auf einen Monatslohn im Betrag von Fr. 7'280.– netto festgesetzt mit der Begründung, der Kläger sei als Folge der fristlosen Kündigung arbeitslos gewesen (Urk. 25 S. 8 f.). Im Berufungsverfahren setzt sich die Beklagte mit diesen Ausführungen nicht auseinander (Urk. 43 S. 5). Sie rügt lediglich, der Anspruch sei wegen fehlender bzw. ungenügender Substantiierung abzuweisen. Indessen haben die Parteien nur das Tatsächliche vorzutragen, wozu Art und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung und die Umstände der fristlosen Kündigung gehören. Die

- 14 - Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung erscheint als angemessen und ist zu bestätigen. 2. Weiter ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass der Kläger Anspruch auf eine Ferienentschädigung von Fr. 4'143.60 brutto habe, wie vom Kläger verlangt (Urk. 25 S. 9 f.). Dies blieb im Berufungsverfahren unangefochten (Urk. 43 S. 5). 3. a) Die Beklagte hat vor Vorinstanz im Eventualstandpunkt die Verrechnungseinrede erhoben. Dem Kläger seien rund Fr. 97'000.– zu viel Nettolohn ausbezahlt worden. Gemäss Arbeitsvertrag habe der Kläger Anspruch auf ein Fixum von Fr. 1'000.–, einen Provisionsanteil von 30 % des erzielten Nettoumsatzes und monatliche Pauschalspesen von Fr. 2'000.–. Der Provisionsanspruch werde im Umfang von Fr. 3'500.– im Monat garantiert. Infolge eines Irrtums in der Führung der Lohnbuchhaltung sei die Anrechnung der monatlich ausbezahlten Mindest-Provision auf die effektiv verdiente Provision während der ganzen Dauer des Anstellungsverhältnisses unterblieben. Monatlich sei ein Bruttolohn von Fr. 6'500.– ausbezahlt worden. Zudem sei eine Provisionsabrechnung aufgrund der verdienten Provisionen erstellt worden, ohne dass die bereits ausbezahlte Mindestprovision von Fr. 3'500.– angerechnet worden wäre (Urk. 13 S. 5 ff.). b) Der Kläger vertrat die Auffassung, die bei der Anstellung ausgehandelten Lohnbedingungen seien offenbar im schriftlichen Vertrag ungenau fixiert worden. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass die Fr. 3'500.– pro Monat nur eine Art Akontozahlung auf die jeweiligen Provisionen darstellten. Ein Irrtum sei auch deshalb auszuschliessen, weil die Beklagte gegenüber der zuständigen BVG-Sammelstiftung für den Kläger praktisch immer einen Jahreslohn von Fr. 84'000.– gemeldet habe. Angesichts der "irrtümliche(n) Doppelzahlung des Provisionsanspruches" über die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses könne es sich mit Sicherheit nicht um einen Irrtum gehandelt haben. Hinzu komme, dass D._____ von der Beklagte in Urk. 14/4 wörtlich davon spreche, dem Kläger sei verlässlich ein Fixum ausbezahlt worden, welches schon innerhalb der Branche überdurchschnittlich hoch sei. D._____ sei jederzeit über die dem Kläger ausgerichteten

- 15 - Leistungen voll im Bild gewesen, und von einem Irrtum könne offensichtlich keine Rede sein (Urk. 17 S. 9 ff.). c) Die Vorinstanz führte dazu aus, der Arbeitsvertrag enthalte keine Abmachung über Akontozahlungen. Während des ganzen Arbeitsverhältnisses sei auf keiner Lohnabrechnung ein Vorbehalt angebracht worden, wonach es sich beim Betrag von Fr. 3'500.– um eine Akontozahlung handle. Die Vorinstanz wies sodann auf den gemeldeten Jahreslohn von Fr. 84'000.– und die erwähnte Äusserung von D._____ in Urk.

14/4 hin. Bei einem Fixlohn von lediglich Fr. 1'000.– hätte der Inhalt der Nachricht gar keinen Sinn gehabt. Unter den dargelegten Umständen habe der Kläger davon ausgehen dürfen, dass es sich bei den ausbezahlten monatlichen Betreffnissen um den korrekt ausbezahlten Lohn handle. Eine solche Annahme sei selbst in Anbetracht des im Wortlaut anders lautenden schriftlichen Arbeitsvertrags nicht lebensfremd. Wer über 46 Monate einen Lohn von brutto Fr. 4'500.– fix ausbezahle und für den Kläger separate Lohn- und Provisionsabrechnungen erstelle, ohne mit hinreichender Deutlichkeit darzutun, es handle sich um Akontozahlungen und der Lohnempfänger könne allenfalls zur Rückzahlung verpflichtet werden, handle rechtsmissbräuchlich, wenn er nach Beendigung des Vertrages diese Löhne wieder zurückfordere (Urk. 25 S. 11 f.). d) Im Berufungsverfahren rügt die Beklagte, es sei eine überspitzte formelle Anforderung, dass die Zahlung von Fr. 3'500.– auf den Lohnabrechnungen als Akontozahlung zu bezeichnen sei. Aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich die Natur einer Akontozahlung zweifelsfrei. Zudem hätten die Lohnabrechnungen beim garantierten Betrag von Fr. 3'500.– immer den Hinweis "Mindestlohn der Provision" enthalten. Bezüglich Urk. 14/4 scheine die Vorinstanz einem Missverständnis zu erliegen. Beide Parteien seien davon ausgegangen, die Provision sei bis zum Umfang von Fr. 3'500.– fix bzw. garantiert. Entgegen der Vorinstanz habe der Fixlohn Fr. 4'500.– betragen. Die Auslegung, wonach dem Kläger die gesamte Provision ohne Anrechnung der bereits ausbezahlten garantierten Provision zustehe, widerspreche dem klaren Wortlaut des Arbeitsvertrages, dem Willen der Parteien und auch jeglicher Usanz (Urk. 34 S. 11 ff.).

- 16 - e) aa) Die massgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 7. November 2005 zur Entlohnung lauten wie folgt: "5.1 Dem Arbeitnehmer steht folgende Provision zu: - 30 % des Erst-Jahres-Nettoumsatzes; mindestens Fr. 3'500.00 (dreitausendfünfhundert) monatlich/brutto zuzüglich ein monatliches Fixum von Fr. 1'000.00 (eintausend) brutto. 5.2 Die Provision wird aufgrund der monatlichen Umsätze berechnet und bis zum 10. des Folgemonats ausbezahlt." Die Parteien sind sich über die Auslegung dieser Vertragsbestimmung uneinig. Diesfalls muss der Richter sich zunächst bemühen, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln. Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung 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 (statt vieler: BGE 132 III 632). Hat die Beklagte keinen Rückforderungsanspruch, auch wenn vom Vertragsinhalt, wie sie ihn behauptet, ausgegangen würde, können Abklärungen tatsächlicher Natur von vornherein unterbleiben und braucht der Vertrag auch nicht weiter ausgelegt zu werden. bb) Die Beklagte stützt ihren Rückforderungsanspruch primär auf Vertrag und subsidiär auf ungerechtfertigte Bereicherung (Urk. 13 S. 8 Ziff. 11; Urk. 43 S. 10). Bereicherungsanspruch und vertraglicher Anspruch schliessen sich begrifflich aus, denn ein Vertrag gibt einen Rechtsgrund ab, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung setzt hingegen voraus, dass kein Rechtsgrund vorliegt (BGE 126 III 119 E. 3b S. 121). Rückerstattungsansprüche können nach der all-

- 17 - gemeinen Unterscheidung des Gesetzes wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen (BGE 114 II 152

S. 156). Solange ein Anspruch aus Vertrag geltend gemacht werden kann, gilt nicht Bereicherungsrecht. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob die Klägerin aus Vertrag geleistet hat und, falls dies zutrifft, ob sie auch aus Vertrag zurückfordern kann (BGE 127 III 424 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erfolgte Zahlungen, die sich nachträglich als irrtümlich und daher als grundlos erweisen, nicht stets als vertragliche Leistungen einzustufen.

Rückerstattungsansprüche können vielmehr nach der allgemeinen Unterscheidung des Gesetzes wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen und unterliegen je nach ihrem Entstehungsgrund verschiedenen Verjährungsfristen. Massgebend ist der Entstehungsgrund des Rückforderungsanspruchs. Zunächst ist stets zu prüfen, ob die zurückverlangte Leistung eine vertragliche Grundlage hatte und, falls dies zutrifft, ob sie auch aus Vertrag zurückgefordert werden kann. Wer ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, kann die Differenz nach wie vor nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 133 III 359, m.w.H.). Nach Auffassung der Beklagten ist der Provisionsanspruch in Form von 30 % des Nettoumsatzes zwar variabel, bis zu einem monatlichen Umfang von Fr. 3'500.– aber garantiert. Aufgrund der erzielten Umsätze werden monatliche Provisionsabrechnungen erstellt und gestützt darauf wird bis zum 10. Tag des Folgemonats der Provisionsanspruch ausbezahlt. Die Zahlung von Fr. 3'500.– erfolgt a conto Provisionsanspruch (Urk. 34 S. 10 f.). Mit andern Worten wäre nach Auffassung der Beklagten die "Akontozahlung" von Fr. 3'500.– auf jeden Fall beim Kläger verblieben, während er einen zusätzlichen variablen Provisionsanspruch in der Höhe der Differenz zwischen gesamtem Provisionsanspruch und Fr. 3'500.– gehabt hätte, soweit ersterer Fr. 3'500.– überstieg (vgl. Urk. 13 Ziff. 8 S. 6 f.). Für die darüber hinaus geleisteten Zahlungen bestand folglich nach Auffassung der Beklagten keine vertragliche Grundlage. Die Beklagte hat ohne jeglichen Vorbe-

- 18 - halt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr geleistet, als sie gestützt auf den Vertrag schuldete. Sie kann daher die Differenz nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern. Dem von der Beklagten angerufenen Entscheid des Bundesgerichts, BGE 126 III 122, lag ein anderer Sachverhalt zugrunde: Der dortige Beklagte war zur Rückleistung von zuviel erhaltenen Akontozahlungen vertraglich verpflichtet. Dagegen hatte vorliegend der Kläger einen festen Lohnanspruch auf Fr. 4'500.– und einen zusätzlichen Provisionsanspruch im beschriebenen Umfang. Die Fr. 3'500.– hatte er unter keinen Umständen ganz oder teilweise rückzuerstatten (vgl. Urk. 43 S. 7 oben und S. 11 unten). cc) Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 1 OR). Die Beklagte macht geltend, irrtümlich an den Kläger zu hohe Lohnzahlungen geleistet zu haben, auf die dieser keinen vertraglichen Anspruch gehabt habe. Es handelt sich somit um Leistungen einer Nichtschuld. Diesbezüglich ist ein Bereicherungsanspruch nur unter den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 OR gegeben (Schulin, Basler Kommentar OR-I, N 11 zu Art. 62 OR und N 3 zu Art. 63 OR). Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Der Entreicherte hat somit zu beweisen, dass er die Leistung zur Erfüllung einer Schuld vornahm, dass die Verbindlichkeit nicht bestand und dass er das Bestehen der

Verbindlichkeit irrtümlich angenommen hat (Schulin, a.a.O., N 9 zu Art. 63 OR; BGE 129 III 649 f.). Dazu muss er die Umstände aufdecken, die ihn zur Vornahme der Zahlung veranlassen haben (Becker, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 63 OR). Die Beklagte hat vor Vorinstanz auf die Frage, warum man zu viel Provisionen ausbezahlt habe, ausgeführt, es habe einen Eingabefehler gegeben, indem der Lohn von der Buchhaltung falsch ins System eingegeben worden sei. Der Fehler sei erst kürzlich festgestellt worden. Die Provisionen seien nicht unter Ein-

- 19 - bezug des Fixums berechnet worden (Prot. I S. 8). Der Kläger hat in der Replik einen Irrtum in der Führung der Lohnbuchhaltung bestritten. Die Beklagte habe nicht dargelegt, welcher Person bzw. welchen Mitarbeitern wann der angebliche Irrtum unterlaufen sein soll. Es wäre naheliegend, wenn die seitens der Beklagten getroffenen organisatorischen Massnahmen im Hinblick auf die Vermeidung und/oder Aufdeckung eines solchen "Irrtum" dargetan würden. Die Arbeitgeberin müsse nachweisen, dass sie tatsächlich im Irrtum gewesen sei (Urk. 17 S. 9 und 14). Im Berufungsverfahren hat der Kläger sein Vorbringen erneuert (Urk. 40 S. 11). Die Beklagte hat weder in der Duplik (Prot. I S. 10) noch im Berufungsverfahren ihre Behauptungen bezüglich des angeblichen Irrtums substantiiert. Es fehlen daher genügend substantiierte Behauptungen der Beklagten darüber, dass sie sich im Zeitpunkt der Zahlungen in einem Irrtum über ihre Schuldpflicht befand. Die Beklagte führt nicht aus, über was genau welcher ihrer Mitarbeiter, der die Zahlungen veranlasste, geirrt hat (vgl. BGE 4A_635/2009, E. 2). Entsprechend muss ein Rückforderungsanspruch der Beklagten schon mangels genügend konkreter Behauptungen verneint werden. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass D. _____ in einem Mail gegenüber dem Kläger festgehalten habe, ihm werde verlässlich ein Fixum ausbezahlt, welches schon innerhalb der Branche überdurchschnittlich hoch sei, es werde daher eine Leistungssteigerung erwartet. Diese Äusserung lasse den Schluss zu, dass die Beklagte über die dem Kläger ausgerichteten Gehälter im Bild gewesen sei (Urk. 25 S. 11). Dies blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Umso mehr wäre die Beklagte gehalten gewesen, die angeblich irrtümliche Auszahlung eines zu hohen Lohnes während fast vier Jahren zu substantiieren. Eine Verrechnungsmöglichkeit entfällt somit mangels Bestand einer verrechenbaren Gegenforderung. 4. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger Fr. 9'343.05 brutto (Restlohn Oktober und November 2009 und Ferienentschädigung) und Fr. 7'280.– netto je nebst 5 % Zins seit 7. November 2009 sowie der Klägerin Fr. 9'360.55 zu bezahlen.

- 20 - IV. Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Die Beklagte wird im Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Es wird erkannt:

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