

# ZH\_OBERGERICHT LA130004 vom 12. Mai 2014

ZH Obergericht, 2014-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA130004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA130004)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA130004 du 12 mai 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LA130004 del 12 maggio 2014

## Erwägungen

### E. 1

September 2008 auf Fr. 230'000.00 angehoben (Urk. 1 S. 5 Rz. 54). Direkter Vorgesetzter des Klägers bei der Beklagten war D.\_\_\_\_\_ (CEO für Europa/Afrika). Fachlich rapportierte der Kläger an E.\_\_\_\_\_ (CFO der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der B.\_\_\_\_\_ Holding AG [rubriziert als Beklagte 2]) (Urk. 88 S. 8).

#### E. 1.1

Mit Arbeitsvertrag vom 25. August 2006 wurde der Kläger von der A.\_\_\_\_\_ GmbH (rubriziert als Beklagte 1, fortan Beklagte) per 1. September 2006 als CFO Area Central Europe eingestellt. Die Area Central Europe umfasste die Schweiz und Deutschland. Im Verlauf der Anstellung wuchs das Zuständigkeitsgebiet ständig, unter anderem um das Gebiet Südafrika, Holland und Skandinavien. Zuletzt war der Kläger CFO Europa/Afrika. Ab Herbst 2008 plante die Beklagte einen Zusammenschluss der Regionen Europa mit Grossbritannien sowie Spanien und Portugal zu einer Region "Gesamteuropa" (Urk. 87 S. 5 f.). Das Jahresfixgehalt des Klägers belief sich anfänglich auf Fr. 215'000.00 (Urk. 4/1) und wurde per

#### E. 1.2

In den Jahren 2007 und 2008 interessierte sich die Beklagte für den Kauf einer Catering-Gesellschaft in Südafrika. Im Bieterverfahren betreffend diese Catering-Gesellschaft beauftragte die Beklagte in Kapstadt einen Makler namens F.\_\_\_\_\_ bzw. die diesem Makler gehörende G.\_\_\_\_\_. Während der Dauer des Bieterverfahrens überwies die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) bzw. die H.\_\_\_\_\_ - eine Tochtergesellschaft der Beklagten 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG) - einmal ZAR 1,8 Mio. und zweimal ZAR 3 Mio an F.\_\_\_\_\_ bzw. die G.\_\_\_\_\_. Im Zusammenhang mit diesem Bieterverfahren und den genannten Überweisungen kamen Bestechungsgerüchte auf, in die auch der Makler F.\_\_\_\_\_ verwickelt gewesen sein soll

- 5 - (Urk. 87 S. 4 f. Rz. 11-15). Der Kläger - damals bereits in seiner Eigenschaft als CFO Europa/Afrika unter anderem auch für Südafrika zuständig - erkundigte sich per Mail mehrmals betreffend der Verbuchung dieser Zahlungen bei verschiedenen Mitarbeitern der Beklagten. Eine Untersuchung der Schweizer Treuhandgesellschaft I.\_\_\_\_\_ soll ergeben haben, dass es keine Hinweise auf Unregelmässigkeiten seitens der Beklagten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika gebe (Urk. 87 S. 5 Rz. 15 f.).

#### E. 1.4

Im April 2009 begann die Beklagte mit der Suche eines Nachfolgers für den Kläger für die neu zu schaffende Stelle als CFO Gesamteuropa (bisheriges Zuständigkeitsgebiet des Klägers sowie Grossbritannien und Spanien/Portugal). Mit Schreiben vom 23. September

2009 wurde dem Kläger per 31. März 2010 gekündigt. Wegen Krankheit des Klägers verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 30. April 2010.

### **E. 1.5**

Der Kläger hält die Kündigung für eine Rache Kündigung und damit für missbräuchlich, weil die Kündigung von D. \_\_\_\_\_ als Reaktion darauf veranlasst worden sei, dass er (der Kläger) die Zahlungen an F. \_\_\_\_\_ bzw. die G. \_\_\_\_\_ aufgedeckt und E. \_\_\_\_\_ mitgeteilt habe; er verlangt daher eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen bzw. total Fr. 166'727.00 (Urk. 11 S. 11 Rz. 48). Weiter macht der Kläger einen Bonusanspruch für 2009 von Fr. 103'454.00 (für das ganze Jahr) und für 2010 von Fr. 34'484.00 (1. Januar bis 30. April), insgesamt also Fr. 137'938.00 geltend. Schliesslich klagte er eine Entschädigung für geleistete Überzeit in der Höhe Fr. 63'730.25 ein (Urk. 1 S. 15 Rz. 63). Insgesamt belief sich die Forderungssumme gerundet auf Fr. 368'395.00.

### **E. 2**

Prozessgeschichte

#### **E. 2.1**

Am 14. Dezember 2012 fällte die Vorinstanz das oben erwähnte Urteil; es verpflichtete die Beklagte (A. \_\_\_\_\_ GmbH), dem Kläger Fr. 101'181.35 zu bezahlen und wies die Klage im Mehrbetrag ab. In Bezug auf die oben erwähnten klägerischen Forderungspositionen sprach die Vorinstanz dem Kläger zufolge missbräuchlicher Kündigung zwei Monatslöhne in der Höhe von Fr. 38'333.30 und für geleistete Überzeit Fr. 62'848.05 zu; hingegen verneinte sie einen Anspruch des

- 6 - Klägers auf einen Bonus für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April).

#### **E. 2.2**

Mit Berufung vom 1. Februar 2013 (Urk. 87) verlangte die Beklagte im Wesentlichen die Abweisung der Klage, da die Kündigung nicht missbräuchlich und folglich keine Entschädigung geschuldet sei. Ferner sei auch keine Vergütung für allfällige Überzeit geschuldet.

#### **E. 2.3**

In seiner Berufungsantwort vom 25. April 2013 (Urk. 93) beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung. Sodann erhob er Anschlussberufung und verlangte zusätzlich zum zugesprochenen Betrag von Fr. 101'181.35 die Ausrichtung von Boni für die Jahre 2009 (ganzes Jahr) und 2010 (1. Januar bis 30. April) in der Höhe von Fr. 137'938.00. Hingegen akzeptierte der Kläger das angefochtene Urteil in Bezug auf die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Fr. 38'333.30 anstatt der ursprünglich eingeklagten Fr. 166'727.00) und der Entschädigung für Überzeit (Fr. 62'848.05 anstatt der ursprünglich eingeklagten Fr. 63'730.25).

#### **E. 2.4**

In ihrer Anschlussberufungsantwort vom 17. Juni 2013 (Urk. 100) beantragte die Beklagte die Abweisung der Anschlussberufung.

#### **E. 2.5**

Mit Verfügung vom 19. Juni 2013 wurde die Anschlussberufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 101).

### **E. 3**

Prozessuales

#### **E. 3.1**

Das erstinstanzliche Verfahren unterstand dem damaligen zürcherischen Prozessrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren ist die eidgenössische ZPO massgebend (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 3.2**

Im erstinstanzlichen Verfahren richtete sich die Klage anfangs gegen die Beklagte (A.\_\_\_\_\_ GmbH) und im Eventualstandpunkt in Bezug auf die eingeklagten Bonusansprüche von Fr. 137'938.00 auch gegen die Beklagte 2 (B.\_\_\_\_\_ Holding AG). In der Hauptverhandlung vom 31. Mai 2011 zog der Kläger den Eventualantrag gegen die Beklagte 2 zurück (Urk. 88 S. 5). In der Folge nahm die

- 7 - Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses vom 14. Dezember 2012 vom Rückzug des Eventualantrages gegen die Beklagte 2 Vormerk und schrieb das Verfahren insoweit ab (Urk. 88 S. 48). Dieser Beschluss blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

### **E. 4**

Materielles

#### **E. 4.1**

Zunächst ist die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung zu prüfen. a. Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, bei der Kündigung vom 23. September 2009 handle es sich um eine Rache Kündigung, die nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich sei. Die im Kündigungsschreiben aufgeführten "personellen Restrukturierungsmassnahmen" seien nicht Grund der Kündigung gewesen. Wahrer Grund der Kündigung sei vielmehr gewesen, dass er unzulässige Zahlungen von D.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika aufgedeckt und seinem Vorgesetzten mitgeteilt habe. Die Beklagte wies den Vorwurf der Missbräuchlichkeit der Kündigung zurück. Grund der Kündigung seien interne Reorganisationsmassnahmen gewesen (unter anderem die Bildung einer Stelle des CFO Gesamteuropa [bisheriger Zuständigkeitsbereich des Klägers erweitert um Grossbritannien sowie Spanien und Portugal]), die dazu geführt hätten, dass für den Kläger im neuen Organisationsschema keine Verwendung mehr bestanden habe. b. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie von einer Partei ausgesprochen wird, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Eine solche "Rache Kündigung" läge vor, wenn dem Kläger seitens der Beklagten gekündigt worden wäre, weil er auf angebliche Ungereimtheiten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika hingewiesen hätte. Dabei ist es Sache des Arbeitnehmers nachzuweisen, dass der angegebene Kündigungsgrund (personelle Umstrukturierungen) gegenüber dem wahren Kündigungsgrund (Hinweis auf Ungereimtheiten im südafrikanischen Bieterprozess) nur vorgeschoben ist. Für den Nachweis des tatsächlichen Motivs (innere Tatsache) und dessen Kausalität für die Kündigung reicht nach der

## Rechtsprechung das Beweismass der hohen

- 8 - Wahrscheinlichkeit (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285), wobei oft kein direkter Beweis geführt werden kann, sondern auf Indizien abzustellen ist (BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 703). c. Die Vorinstanz führte zur Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung ein aufwändiges Beweisverfahren durch. Im Beschluss vom 12. August 2011 (Urk. 24) wurde dem Kläger insbesondere der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass er Unregelmässigkeiten im Bieterprozess aufgedeckt (Beweissatz 1.1) und dar- über informiert habe (Beweissatz 1.2 und 1.3), was Ursache der Kündigung ge- wesen sei (Beweissatz 1.5); der Beklagten wurde der Gegenbeweis dafür aufer- legt, dass der Kläger mit seinen Informationen nichts Neues aufgedeckt habe (Beweissatz 2.1) und dass dem Kläger aufgrund interner Reorganisationsmass- nahmen (Beweissatz 2.2) und ungenügender Leistungen gekündigt worden sei (Beweissatz 2.3); dazu wurde dem Kläger wiederum der Gegengegenbeweis auf- erlegt, dass seine Leistungen tadellos gewesen seien (Beweissatz 3.1) und dass die Mitarbeiterbeurteilungen für die Jahre 2008 und 2009 nachträglich angepasst bzw. verschlechtert worden seien (Beweissatz 3.2). d. Nach Durchführung des Beweisverfahrens kam die Vorinstanz im Wesentli- chen zum Schluss, dass der Kläger E.\_\_\_\_\_ (CFO der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der B.\_\_\_\_\_ Holding AG) im Januar 2009 Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit dem Bieterprozess in Südafrika gemeldet habe (Urk. 88 S. 15-19). Der direkte Vorgesetzte des Klägers, D.\_\_\_\_\_ (CEO der A.\_\_\_\_\_ GmbH für Europa/Afrika), sei durch die Meldung dieser Ungereimtheiten unangenehm berührt gewesen und habe dann im April 2009 - und damit "in engem zeitlichem Zusammenhang" - die Kündigung des Arbeitsverhältnisses beschlossen (Urk. 88 S. 19-24). Der in der Kündigung angegebene Grund der internen Restrukturierung (Schaffung der Stel- le CFO Gesamteuropa [bisheriger Zuständigkeitsbereich des Klägers erweitert um Grossbritannien sowie Spanien und Portugal]) sei nicht der wahre Kündigungs- grund gewesen (Urk. 88 S. 24-26). Entgegen der Darstellung der Beklagten sei die Kündigung nicht auf personelle Umstrukturierungen und ungenügende Leis- tungen des Klägers zurückzuführen gewesen (Urk. 88 S. 26-29). Die Kündigung sei daher als Racheündigung und damit als missbräuchlich zu qualifizieren, und

- 9 - dem Kläger sei eine Strafzahlung in der Höhe von zwei Monatslöhnen bzw. Fr. 38'333.30 zuzusprechen (Urk. 88 S. 32). e. Diese Beweiswürdigung ist nicht überzeugend. Aufgrund der Beweise lässt sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellen, dass die Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess kausal für die Kündigung war (Hauptbeweis des Klägers). Vielmehr steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass interne Reorganisationsmassnahmen und allenfalls auch unge- nügende Leistungen des Klägers für die Position CFO Gesamteuropa ursächlich für die Kündigung waren (Gegenbeweis der Beklagten). - Verschiedene Urkunden sprechen dafür, dass personelle Restrukturie- rungsmassnahmen Grund für die Kündigung waren. Im Kündigungsschrei- ben vom 23. September 2009 werden "personelle Restrukturierungsmass- nahmen" angegeben (Urk. 4/6). Dieser Kündigungsgrund wird bestätigt im internen Mail von J.\_\_\_\_\_ an E.\_\_\_\_\_, wo festgehalten wird: "Als Grund ha- ben wir mal personelle Restrukturierungsmassnahmen verwendet, damit be- kommt [der Kläger] im Anschluss Arbeitslosengeld" (Urk. 41/6). Die Beklagte weist zu Recht darauf hin (Urk. 87 S. 24 f. Rz. 95 ff.), dass die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz nicht überzeugend sei, mit der umgangssprachli- chen Formulierung "mal" werde zum Ausdruck gebracht, dass auch ein an- derer Grund als personelle Restrukturierungsmassnahmen

vorgelegen habe oder hätte gewählt werden können (so Urk. 88 S. 26 E. 10.6); effektiv könnte mit der Formulierung "mal" auch ausgedrückt werden, dass anstatt des Kündigungsgrunds "ungenügende Leistung" im Sinn einer milderer Formulierung im Interesse des Arbeitnehmers der Grund "interne Reorganisation" angegeben wurde. - Weiter konnte auch keiner der angerufenen Zeugen das vom Kläger behauptete Kündigungsmotiv (Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess) bestätigen. Vielmehr haben die Zeugen das im Kündigungsschreiben ausgewiesene Motiv (interne Reorganisation) bzw. die von den Beklagten behaupteten Motive (interne Reorganisation und ungenügende Leistungen) bestätigt. Der von beiden Parteien angerufene Zeuge

- 10 - E.\_\_\_\_\_, der CFO der A.\_\_\_\_\_ GmbH und der B.\_\_\_\_\_ Holding AG ist (VI-Prot. S. 55) und dessen Aussagen daher mit Vorsicht zu würdigen sind, führte aus, dass dem Kläger wegen einer internen Reorganisation gekündigt worden sei; der Kläger sei CFO der Region Europa ohne Grossbritannien, Spanien und Portugal gewesen, und da ein Zusammenschluss dieser Regionen geplant gewesen sei und der Kläger die notwendigen Fähigkeiten und Erfahrungen nicht mitgebracht habe, sei ihm gekündigt worden (VI-Prot. S. 59); weil die Leistungen des Klägers nicht genügend gewesen seien, habe er die neu geschaffene Stelle CFO Gesamteuropa nicht erhalten (VI-Prot. S. 61). Der von den Beklagten angerufene Zeuge D.\_\_\_\_\_, der zwar nicht mehr für die Beklagte arbeitet, seinerzeit aber der Vorgesetzte des Klägers war und direkt in die vorliegende Streitsache involviert war (VI-Prot. S. 70 f.), weshalb seine Aussagen auch mit Vorsicht zu würdigen sind, führte aus, dass dem Kläger gekündigt worden sei, weil er für die erweiterte Position CFO Gesamteuropa nicht geeignet gewesen sei und weil er schon in seiner früheren Position Performance-Schwierigkeiten gehabt habe; die Abklärungen des Klägers im Zusammenhang mit den Zahlungen im südafrikanischen Bieterprozess hätten den Entschluss zur Kündigung überhaupt nicht gefördert (VI-Prot. S. 74 ff.). Schliesslich erklärte die von den Beklagten angerufene Zeugin J.\_\_\_\_\_, die als Personalverantwortliche bei der Beklagten gearbeitet hatte und heute nicht mehr dort tätig ist, weshalb ihre Glaubwürdigkeit nicht anzuzweifeln ist, dass die Kündigung in Zusammenhang mit der Restrukturierung der Region Europa gestanden sei (VI-Prot. S. 80); die Kündigung sei ausgesprochen worden, weil man wegen der Leistungen und Kompetenzen des Klägers für die neu geschaffene Position CFO Gesamteuropa die Zukunft mit einem externen Kandidaten und nicht mit dem Kläger gesehen habe (VI-Prot. S. 82). Insgesamt geben die Zeugenaussagen somit ein ebenso klares wie übereinstimmendes Bild: Ursächlich für die Kündigung war der Umstand, dass der Kläger für die neu geschaffene Position CFO Gesamteuropa aus der Sicht der Beklagten nicht in Frage kam. - Auch der Kläger bestätigte in der persönlichen Befragung auf weiten Strecken die Darstellung der Beklagten zur Neubesetzung der Position CFO Ge-

- 11 - samteuropa. So gab er zu Protokoll, dass im Rahmen einer internen Restrukturierung das Gebiet Europa/Afrika um Grossbritannien, Spanien und Portugal erweitert worden sei, dass ein Headhunter im Zusammenhang mit der Rekrutierung für die neue Position CFO Gesamteuropa beauftragt worden sei und dass er sich nicht beworben habe, weil der Headhunter ihm keine Chancen auf diesen Posten eingeräumt habe (VI-Prot. S. 90). - Schliesslich überzeugt auch die Argumentation der Vorinstanz nicht, dass zwischen der Information über angebliche Unregelmässigkeiten im Bieterprozess (19. Januar 2009) und dem Entstehen der Kündigungsabsicht (frühestens am 1. April 2009 und spätestens am 30. April 2009) ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe, was die Vermutung nähre, dass

die Kündigung auf den Hinweis von Unregelmässigkeiten - und nicht auf interne Reorganisationsmassnahmen und/oder ungenügende Leistungen des Klägers - zurückzuführen sei (Urk. 88 S. 24 E. 9.20 und 9.21). Selbst der Kläger bezeichnet die Argumentation der Vorinstanz als "auf den ersten Blick etwas widersprüchlich" (Urk. 93 S. 20 Rz. 92). Jedenfalls liegt der von der Vorinstanz unterstellte enge zeitliche Zusammenhang nicht vor, wenn zwischen dem angeblich auslösenden Ereignis (Hinweis auf Unregelmässigkeiten) und der Entstehung der Kündigungsabsicht ungefähr zwei Monate lagen und dann nochmals eine Frist von ca. 5 Monaten verstrich, bis die Kündigung effektiv ausgesprochen wurde. f.

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