

# ZH\_OBERGERICHT LA140002 vom 5. Dezember 2014

ZH Obergericht, 2014-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA140002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA140002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA140002 du 5 décembre 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LA140002 del 5 dicembre 2014

## Erwägungen

### E. 1

In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften – so aber die Beklagte in Urk. 41/26 S. 3 und S. 9 Ziff. 26, ebenso der Kläger in Urk. 41/35 S. 3 – noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich an-

- 7 - gewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsergebnisse ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (Reetz/Hilber, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 317 N 34).

### E. 2

Die beiden selbständig eingereichten Berufungen betreffen den gleichen Sachverhalt derselben Prozessparteien. Die beiden Verfahren sind daher gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen.

### E. 3

Der Kläger hatte vor Vorinstanz unter Ziffer 3 seines Rechtsbegehrens verlangt, die Beklagte sei vorbehaltlich der nachträglichen Reduktion im Falle des Antritts einer Stelle vor dem Urteilsspruch und vor dem 30. Juni 2014 zu verpflichten, der angeschlossenen Ausgleichskasse zu Gunsten des Klägers die Arbeitgeberbeiträge im Umfang von Fr. 38'309.05 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz war mit Beschluss vom 10. Dezember 2013 auf dieses Begehren nicht eingetreten (Urk. 27 S. 34). Dieser Beschluss blieb unangefochten und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens.

### E. 4

a) Nachdem D. \_\_\_\_\_ am 20. November 2012 eine Aussprache mit der ersten Mannschaft und am Folgetag ein Gespräch mit dem Kläger gehabt hatte, übergab er diesem ein Schreiben folgenden Inhalts (Urk. 4/20): „Lieber A. \_\_\_\_\_

- 22 - Wir haben Dich bereits wiederholt mündlich darauf aufmerksam gemacht, dass Du Dich bei deinen öffentlichen Stellungnahmen ausschliesslich auf Themen zu beschränken hast, die in Deinem engeren Verantwortungsbereich liegen und dass Du den B. \_\_\_\_\_ kompromittierende Aussagen, insbesondere zur Finanzlage, zu unterlassen hast. Am Samstag, 10. November 2012, ist im ... [Tageszeitung] ein ausführliches Interview mit Dir erschienen. Darin hast Du Dich einmal mehr sehr kritisch über verschiedene Themen geäussert, auch zur Finanzlage. Diese Äusserungen waren vereinschädigend. Der Verwaltungsrat der B. \_\_\_\_\_ AG weist Dich deshalb ausdrücklich darauf hin, dass auch Du als Cheftrainer jederzeit die berechtigten Interessen des B. \_\_\_\_\_ zu wahren hast. Dies betrifft insbesondere die Aussendarstellung in den Medien. Bei der nächsten vereinschädigenden Aussage behält sich die B. \_\_\_\_\_ AG ausdrücklich vor, rechtliche Massnahmen zu ergreifen.“ Die Vorinstanz qualifizierte dieses Schreiben nicht als Verwarnung, welche es ermöglichen würde, eine fristlose Entlassung auch bei geringfügigeren Verfehlungen auszusprechen. Eine Verwarnung erfülle ihren Zweck nur dann, wenn eine fristlose Entlassung im Wiederholungsfall angedroht werde. Ob für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen weniger schwerwiegender Verstösse gegen die Arbeits- oder Treuepflicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung ausdrücklich angedroht werden müsse, sei nicht unbestritten. Klar sei indessen, dass die Abmahnung ihren Warnzweck nur dann erfüllen könne, wenn sie als solche erkennbar sei. Der Arbeitgeber müsse deutlich zum Ausdruck bringen, dass er derartige Vorkommnisse nicht für belanglos halte und nicht mehr zu dulden gewillt sei, so dass der Arbeitnehmer aus der Verwarnung klar ersehen könne, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert würden und wie er sich in Zukunft zu verhalten habe. Falls eine fristlose Kündigung nicht ausdrücklich erwähnt sei, müsse aus dem Wortlaut gleichwohl für den Arbeitnehmer erkennbar sein, dass er im Wiederholungsfall eine solche riskiere. Am Schreiben vom 21. November 2012 falle zunächst auf, dass Begriffe wie "Kündigung", "Beendigung des Arbeitsverhältnisses", "Freistellung", "Auflösung" etc. überhaupt nicht vorkämen. "Rechtliche Massnahmen" umfassten ein breites Spektrum möglicher Sanktionen. Darunter

- 23 - könnten Ermahnungen, Verweise, Bussen etc. subsumiert werden. Verglichen mit andern privaten Wirtschaftszweigen kämen besonders im Fussballgeschäft inter-

Sanktionen relativ häufig vor. Spieler würden intern gebüsst oder sogar intern gesperrt. So habe der Kläger ohne weiteres davon ausgehen dürfen, für den Fall, er verbreite weitere den B.\_\_\_\_\_ kompromittierende Aussagen, müsse er mit einer empfindlichen internen Busse oder schlimmstenfalls mit einer Freistellung rechnen. Dass mit "rechtlichen Massnahmen" eine fristlose Kündigung gemeint sein könnte, habe der Kläger nicht annehmen müssen. Selbst eine korrekte Verwarnung mit einer Androhung der fristlosen Entlassung würde indessen an der Situation nichts ändern, weil das Interview des Klägers vom tt. November 2012 keine Treuwidrigkeit darstelle (Urk. 27 S. 13 und 24). b) Die Beklagte beharrt darauf, der Wortlaut des Schreibens wie auch das dem Schreiben vorangegangene Gespräch liessen unzweifelhaft darauf schliessen, dass man dem Kläger bei weiterem Fehlverhalten die fristlose Kündigung in Aussicht gestellt habe. Dies sei auch dem Kläger vollauf bewusst gewesen. Der Verweis auf die bereits erfolgten zahlreichen Ermahnungen anlässlich der TK- Sitzungen sowie die Androhung von rechtlichen Konsequenzen eines erneuten Fehlverhaltens machten klar, dass dem Kläger weder eine weitere Verwarnung noch irgendwelche disziplinarische Bussen gedroht hätten. Solche hätten gegenüber dem Kläger mangels Bestehen einer Rechtsgrundlage schon gar nicht ausgesprochen werden können. Auch eine Freistellung mit Weiterbezahlung des vollen Lohnes sei offensichtlich nicht als Sanktion in Aussicht gestellt worden, da eine solche keine Strafe gewesen wäre, die das Fehlverhalten des Klägers sanktioniert hätte. Im Übrigen werde eine Freistellung in der Regel nicht angedroht, sondern ohne Vorwarnung ad hoc angeordnet (Urk. 41/26 S. 24 f. und S. 35). Mit dem Gespräch vom 21. November 2012 und der nachfolgenden schriftlichen Verwarnung sei dem Kläger noch eine letzte Chance erteilt worden, sich an die internen Weisungen der Beklagten zu halten (Urk. 41/26 S. 33). c) Die Beklagte hat weder in der Berufungsschrift noch im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, D.\_\_\_\_\_ habe dem Kläger anlässlich des Gesprächs die fristlose Kündigung angedroht; die Rede ist nur davon, eine Wiederholung des

- 24 - beanstandeten Verhaltens würde nicht sanktionslos hingenommen (Urk. 12 S. 32; Urk. 21 S. 10; Urk. 41/26 S. 15). Damit ist für die Würdigung des Schreibens vom 21. November 2012 nichts gewonnen. Richtig ist, dass Disziplinarmassen (Busse, Lohnkürzungen, Suspendierung etc.) einer rechtlichen Grundlage bedürfen (BSK OR I-Portmann, Art. 321d N 12). Eine Freistellung wäre dagegen sehr wohl eine Reaktion bzw. rechtliche Massnahme gewesen, mit welcher der Kläger bei erneuten Verstössen gegen Weisungen seines Arbeitgebers hätte rechnen müssen. Eine Freistellung wäre in diesem Zusammenhang durchaus eine Sanktion gewesen, die gezeigt hätte, dass das Verhalten des Klägers nicht mehr tolerabel sei. In Frage wäre aber auch die konkrete Androhung der fristlosen Kündigung gekommen. Offenbar wollte die Beklagte im Schreiben vom 21. November 2012 nicht so weit gehen; dieses enthält Interpretationsspielraum, so dass der Kläger nicht davon ausgehen musste, er riskiere auch bei einem „noch so kleinen“ Verstoss gegen die Weisung die fristlose Kündigung (Urk. 12 S. 33). Einen solchen Verstoss stellen die Äusserungen des Klägers im Interview aber mit der Vorinstanz ohnehin nicht dar.

## **E. 5**

Zusammengefasst hat die Beklagte keine wichtigen Gründe darlegen können, welche eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätten. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Kläger am tt. bzw. tt. Oktober 2012 den Spieler G.\_\_\_\_\_ weisungswidrig in der Öffentlichkeit kritisiert und am tt. November 2012 ebenfalls weisungswidrig sich zur finanziellen Situation der Beklagten geäussert hat (oben Ziff.

2/b/aa und cc). Die Kritik an G. \_\_\_\_\_ lag im Zeitpunkt der Kündigung schon weit zurück, und zur finanziellen Situation hatte der Kläger nichts Neues oder Vereinstschädigendes vorgebracht, sodass von einer geringfügigen Verfehlung gesprochen werden muss. V. 1. a) Die Vorinstanz hat dem Kläger als Schadenersatz für 19 Monate Fr. 475'000.– zugesprochen, basierend auf einem fixen Einkommen von Fr. 456'000.– zuzüglich Fr. 19'000.– Spesen. Aus der Formulierung im Vertrag, so

- 25 - die Vorinstanz, lasse sich der Schluss ziehen, es handle sich beim monatlichen Betrag von Fr. 1'000.– um sogenannte Repräsentationsspesen, d.h. um Auslagenersatz, dem keine tatsächlichen Auslagen gegenüberstünden, mithin um einen Lohnbestandteil. So werde das „Fixe Jahreseinkommen“ auf Fr. 300'000.– beziffert, eingeschlossen die Repräsentationsspesen (Urk. 27 S. 26). b) Die Beklagte macht geltend, sie habe in der Klageantwort und in der Duplik substantiiert ausgeführt, dass es sich bei der im Vertrag genannten Pauschale um eigentliche Spesen gehandelt habe, welche die tatsächlich entstandenen Auslagen des Klägers, wie z.B. im Zusammenhang mit der explizit genannten Reisetätigkeit für die Beklagte, abgegolten habe. Von den Pauschalspesen seien entsprechend keine Sozialversicherungsbeiträge in Abzug gebracht worden. Die vom Kläger geforderte Reisetätigkeit und die dadurch angefallenen effektiven Auslagen seien vom Kläger zu keinem Zeitpunkt bestritten worden. Auch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung habe der Kläger keinen Anspruch auf die Fr. 19'000.– (Urk. 41/26 S. 25 f.). Der Kläger teilt die vorinstanzliche Charakterisierung der Spesen als Lohnbestandteil und stützt sich dabei ebenfalls auf den Vertragswortlaut. Bezeichnend sei auch, dass das Einkommen einen runden Betrag ausmache, nämlich Fr. 300'000.– und nicht etwa Fr. 288'000.–. Dies sei üblich im Fussballgeschäft. Der Lohn werde in einer runden Summe vereinbart, das steuerlich maximal Zulässige als Pauschalspesen in Abzug gebracht, ohne deswegen die Qualität als Lohnbestandteil zu verlieren (Urk. 41/35 S. 17). c) Die Beklagte hatte in der Klageantwort ausgeführt, bei der in Frage stehenden Vergütung handle es sich um eigentliche Spesen, die die tatsächlich entstandenen Auslagen, wie z.B. im Zusammenhang mit der explizit genannten Reisetätigkeit des Klägers für die Beklagte, abgelten sollte (Urk. 12 S. 61). In der Duplik wiederholte die Beklagte ihren Standpunkt und erklärte, selbstredend sei z.B. vom Kläger erwartet worden, dass er, wie es im Fussballgeschäft absolut üblich sei, nebst den eigenen Spielen auch diejenigen der Konkurrenz besuche, um deren Taktik zu beobachten und sich deren Stärken zu vergegenwärtigen. Die

- 26 - Pauschale habe deshalb insbesondere auch die diesbezügliche Reisetätigkeit, den Eintritt zu den Spielen, die Auslagen für Essen etc. abdecken sollen (Urk. 21 S. 18). Der Kläger hatte sich in der Klagebegründung zu den Pauschalspesen nicht näher geäußert (Urk. 1 S. 26). In der Replik berief er sich auf den Arbeitsvertrag, der ihm ein fixes Jahreseinkommen von Fr. 300'000.– zugesichert habe; aus der Formulierung ergebe sich, dass die Spesen Lohnbestandteil bildeten (Urk. 19 S. 30). In seiner Stellungnahme zu Noven in der Duplik nahm er das Thema nicht mehr auf (Prot. I S. 17 f.). Es ist also unbestritten, dass die Spesenentschädigung entsprechende Auslagen abdecken sollte. Der Kläger stellte auch nicht in Abrede, dass von ihm die erwähnte Reisetätigkeit erwartet wurde. Gemäss Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer an seinen Anspruch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat. Zu ersetzen sind Spesenvergütungen, soweit diese nicht effektive Auslagen oder einen Teil des Lebensunterhalts abdecken (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern

1996, S. 382 N 3 b; ZK-Staehelin, Art. 337c OR N 8). Dies gilt auch für Pauschalspesen, soweit ihnen keine entsprechenden Auslagen entgegenstehen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich • Basel • Genf 2012, Art. 337c N 2; Tribunal cantonal du Jura, Urteil vom 16.05.1991, in JAR 1992 S. 185 f.). Deckte die Spesenregelung effektive Spesen des Klägers ab, sind die Fr. 19'000.– daher nicht geschuldet. Auf den Vertragswortlaut kommt es dabei nicht an, da entscheidend ist, was der Arbeitnehmer ein-sparrt, z.B. auch Fahrtkosten zum Arbeitsplatz, die nach der Kündigung wegfallen (BSK OR I-Portmann, Art. 337c N 3). 2. a) Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Kläger Anspruch auf erfolgsabhängige Prämien, nämlich pro erzieltem Punkt in der Meisterschaft Fr. 1'000.–, für den Schweizer Meister-Titel Fr. 150'000.–, für den Schweizer Cup-Sieg Fr. 50'000.– und weitere Prämien für Erfolge in den europäischen Klub-Wettbewerben (Urk. 4/6). Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe dem Kläger für die Dauer vom 1. Dezember 2012 bis zum 30. Juni 2014 die Prämien zu bezahlen, welche er erzielt hätte, wenn er nicht fristlos entlassen worden wäre, sondern seinen Vertrag hätte erfüllen können. Es sei eine Beteiligung am Geschäftsergebnis gemäss

- 27 - Art. 322a OR vereinbart worden. Wie hoch der Anteil am Geschäftsergebnis sei, ergebe sich aufgrund der vertraglich vereinbarten Berechnungsgrundlage. Allerdings müsste bei Vorliegen objektiver Bemessungskriterien (Prämie pro erzieltm Punkt) miteinbezogen werden, was der fristlos gekündigte Arbeitnehmer selber zum Gewinn bzw. Umsatz beigetragen hätte. Gehe man nämlich vom gewöhnlich anzuwendenden Lohnausfallprinzip aus, wonach zu ermitteln sei, was der Arbeitnehmer tatsächlich verdient hätte, wenn er nicht fristlos entlassen worden wäre, müsste an sich dessen Beitrag zum Gewinn bzw. Umsatz hypothetisch ermittelt werden. Das sei nicht möglich. Es lasse sich nicht eruieren, wie viele Punkte der B. \_\_\_\_\_ bis zum 30. Juni 2014 erzielt hätte (oder noch erzielen würde), wenn der Kläger normal weitergearbeitet hätte. Stattdessen wandte die Vorinstanz das Referenzperiodenprinzip an. Sie ging von den unter dem Kläger als Trainer erzielten 17 Punkten in fünf Monaten aus, was Fr. 17'000.– Prämien oder pro Monat Fr. 3'400.– und für 19 Monate Fr. 64'600.– ergebe (Urk. 27 S. 28 ff.). b) Der Kläger ist der Auffassung, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine im Vertrag nicht genannte Bedingung für die Prämienberechtigung des Trainers eingeführt, nämlich den Miteinbezug von dem, was der fristlos gekündigte Arbeitnehmer selber zum Gewinn bzw. Umsatz beigetragen hätte. Ein Trainer verdiene die Prämien unabhängig davon, ob er am Spiel teilnehme. Das Lohnausfallprinzip sei daher sehr wohl anwendbar. Der Kläger habe mindestens Anspruch auf die Prämien gemäss effektivem Erfolg des B. \_\_\_\_\_ in den Saisons 2012/13 und 2013/14. Die von der Vorinstanz angewandte Referenzperiode von effektiv vier Monaten sei nicht aussagekräftig. Zudem seien die Cup-Erfolge nicht berücksichtigt worden. Das Lohnausfallprinzip als konkrete Schadensberechnung sei der abstrakten Berechnung aufgrund einer Referenzperiode vorzuziehen (Urk. 26 S. 8 ff.). Für den Schweizer Cup-Sieg und die Qualifikation für die Europa League stehe dem Kläger zudem je eine Prämie von Fr. 50'000.– zu (Urk. 41/36 S. 3). Die Beklagte hält demgegenüber fest, dass der Trainer nur einen Prämienanspruch habe, wenn er tatsächlich zum Erfolg beigetragen habe. Weil der Cheftrainer aus praktischen Gründen – es gebe ja nur einen Cheftrainer – bei jedem Spiel „zum Einsatz komme“, habe man nicht daran gedacht, dies im Vertrag expli-

- 28 - zit zu erwähnen. Der Bestand dieser Bedingung sei vom Kläger vor Vorinstanz nicht bestritten worden. Es sei richtigerweise vom Referenzperiodensystem auszugehen, weil

nicht abgeschätzt werden könne, wie sich der Beitrag des Klägers auf den tatsächlichen Gewinn von Punkteprämien ausgewirkt hätte. Allerdings sei von sechs Monaten auszugehen, in denen der B.\_\_\_\_\_ 17 Punkte erzielt habe, weil im Juni und im Januar keine Spiele ausgetragen würden (Urk. 35 S. 8 ff.). Für die Berechnung des Schadenersatzanspruchs sei unbeachtlich, was der Kläger nach Vorliegen der effektiven Resultate zugute hätte. Allein schon die Tatsache, dass der Anspruch am Kündigungstag entstehe, schliesse diese vom Kläger an- gerufene Berechnungsmethode aus. Daher habe er keinen Anspruch auf Prämien für den Cup-Sieg und die Qualifikation für die Europa League (Urk. 41/41 S. 4). c) Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung des Arbeitnehmers hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er bei ordentlicher Kündigung oder Ablauf des befristeten Vertrags erhalten hätte (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 2). Hängt der Lohn von den erzielten Resultaten ab, kann nicht auf die vom Un- ternehmen in der fraglichen Periode tatsächlich erzielten Resultate abgestellt werden, weil ja darin die hypothetische Leistung des Anspruchsberechtigten ge- rade nicht enthalten ist (vgl. BGE 125 III 14 E. 2b für den umsatzabhängigen Lohn). Der Einwand des Klägers, er hätte einen Prämienanspruch auch ohne Teilnahme an einem Spiel gehabt, geht an der Sache vorbei. Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, es lasse sich nicht eruieren, wie viele Punkte der B.\_\_\_\_\_ bis zum 30. Juni 2014 erzielt hätte, wenn der Kläger normal weitergearbeitet hät- te. Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist ein nicht ziffernmässig nachweisbarer Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen (BGer 4C.321/2005, E. 8.3). Unter dem Kläger absolvierte der B.\_\_\_\_\_ 17 Meisterschaftsspiele und erzielte dabei 17 Punkte (Urk. 27 S. 4). In den Saisons 2012/13 und 2013/2014 waren je 36 Spiele zu absolvieren. Der B.\_\_\_\_\_ hätte daher bei gleichbleibendem Erfolg in den beiden Saisons insge- samt 72 Punkte erzielt, was dem Kläger einen Prämienanspruch von Fr. 72'000.– verschafft hätte. Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, dass damit dem Prämi- enanspruch zwei mit Abstand schwächste Saisons der letzten Jahre zugrunde ge-

- 29 - legt würden. In den Jahren zuvor erzielte der B.\_\_\_\_\_ folgende Punkte, wobei zum Vergleich auch diejenigen Clubs aufgeführt sind, welche weniger als 36 Punkte erzielten (Urk. 4/37): Saison Rang Club Punkte aus 36 Partien 2007/08 3. B.\_\_\_\_\_ 56

### **E. 9**

J.\_\_\_\_\_ 34

### **E. 10**

J.\_\_\_\_\_ 31 2011/12 Punkte aus 34 Partien 6. B.\_\_\_\_\_ 41 7. Q.\_\_\_\_\_ 30 8. R.\_\_\_\_\_ 26 ... [9./10.: Punkteabzug, Relegation] In der Saison 2012/13 kam der B.\_\_\_\_\_ auf Rang 4 mit 55 Punkten (Urk. 20/50). Angesichts dieser Resultate besteht durchaus Grund zur Annahme, dass sich der Club nach unterdurchschnittlichem Start in die Saison 2012/13 auch unter dem Kläger noch gesteigert und wenigstens im Mittelfeld mit geschätzten 45 Punkten etabliert hätte. Dies ergibt einen Prämienanspruch von Fr. 90'000.– und abzüglich die dem Kläger bereits ausbezahlten Prämien von Fr. 16'000.– (Urk. 1 S. 28; Urk.

### **E. 12**

S. 63) einen Restanspruch von Fr. 74'000.–. Selbst unter Annahme dieser Leistungssteigerung ist aber nicht davon auszugehen, dass der Club unter der Ägide des Klägers sich für die Europa League qualifiziert oder Cupsieger gewor-

- 30 - den wäre. Für die Qualifikation zur Europa League benötigte der K. \_\_\_\_\_ als Mannschaft mit der geringsten Punktezahl in der Saison 2012/2013 48 Punkte (Urk. 20/50) und der L. \_\_\_\_\_ in der Saison 2013/14 50 Punkte (Urk. 41/38/1). In der Saison 2012/13 unterlag der B. \_\_\_\_\_ im Cup im Halbfinal dem R. \_\_\_\_\_, dem nachmaligen Cupsieger, gegen den er schon in der Meisterschaft unter dem Klä- ger verloren hatte. In der Saison 2013/14 besiegte der B. \_\_\_\_\_ auf dem Weg zum Cupsieg zuletzt den J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_, wobei der B. \_\_\_\_\_ unter dem Kläger zweimal gegen den J. \_\_\_\_\_, einmal gegen den K. \_\_\_\_\_ und einmal gegen den S. \_\_\_\_\_ verloren und nur einmal gegen den K. \_\_\_\_\_ gewinnen konnte; gegen den S. \_\_\_\_\_ resultierte noch ein Unentschieden (Urk. 27 S. 4). Der Kläger hat geltend gemacht, im Zeitpunkt seiner Entlassung sei der B. \_\_\_\_\_ noch im Cup-Wettbewerb vertreten gewesen und hätte auch noch einen Platz erreichen können, welcher zur Qualifikation für die europäischen Klub- Wettbewerbe berechtigt hätte. Die Entlassung sei treuwidrig im Sinne von Art. 156 OR gewesen, wonach eine Bedingung als erfüllt gelte, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben verhindert worden sei. Mit der Entlassung sei verhindert worden, dass der Kläger aktiv an später erfolgten Punktgewinnen und der Qualifikation für den Europa-Cup-Wettbewerb teilnehmen können, wes- wegen die Bedingung als erfüllt gelte (Urk. 26 S. 9). Tatbestandselemente von Art. 156 OR sind der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Eintritt bzw. Ausbleiben der Bedingung und ein Verstoss gegen Treu und Glauben (BSK OR I-Ehret, Art. 156 N 5, m.w.H.). Kein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt vor, wenn der bedingt Verpflichtete zum Schutz eigener überwiegender Interessen eine Bedingung ausfallen bzw. eintreten lässt (a.a.O., N 6). Vorliegend wurde dargelegt, dass nicht anzunehmen ist, der Kläger hätte bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem B. \_\_\_\_\_ den Cupwettbe- werb gewonnen oder sich für die Europa League qualifiziert. Dass die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgte, bedeutet nicht, dass die Beklagte wider Treu und Glauben das Erreichen dieser Ziele unter dem Kläger als Trainer verhindern wollte. Dieser hat selber hervorgehoben, Grund für seine fristlose Entlassung sei das Ausbleiben der sportlichen Erfolge

- 31 - gewesen (Urk. 1 S. 21). Der sportliche Erfolg ist aber das primäre Ziel einer Spitzenmannschaft im Fussball. Dazu kommt, dass der Kläger durch seine Äusserun- gen gegenüber den Medien, welche nicht immer weisungskonform, „zuweilen un- geschickt und unangebracht“ (Urk. 27 S. 23) waren, das Verhältnis zur Beklagten und zu den Spielern belastete. Der Beklagten kann daher nicht vorgeworfen wer- den, mit der fristlosen Kündigung wider Treu und Glauben verhindert zu haben, dass der Kläger mit dem B. \_\_\_\_\_ den Cup-Wettbewerb gewonnen und die Euro- pa League erreicht hätte (vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt, BJM 2002 S. 95 ff.). d) Die Beklagte ist der Auffassung, es bestehe in Anbetracht des beträchtli- chen Verschuldens des Klägers gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR keine Ersatzpflicht für die Erfolgsprämien; zumindest hätte eine beträchtliche Reduktion vorgenom- men werden müssen (Urk. 35 S. 9; Urk. 21 S. 19). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre kann der Schadenersatzanspruch nach Art. 337c Abs. 2 OR nicht wegen eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers herabgesetzt werden (BGE 120 II 243; eben- so BSK OR I-Portmann, Art. 337c N 4, m.w.H.; Staehelin, Zürcher Kommentar, 2014, N 8 zu Art. 337c OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 337c S. 1150, m.w.H.; a.M. Guhl/Koller, 9. A., Zürich 2000, § 46 N 89; Brühwiler, Kom- mentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 337c N 3b). Der Prämien- anspruch ist daher nicht wegen eines allfälligen Verschuldens des

Klägers zu reduzieren. 3. a) Der Kläger macht geltend, er habe vor Vorinstanz als weiteren Schaden unter dem Titel „Pensionskassenbeitrag“ die Zusprechung von Fr. 10'673.25 gefordert. Die Beklagte hätte pro Monat Fr. 561.75 als Arbeitgeberbeitrag an die berufliche Vorsorgeversicherung bezahlen müssen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, über diesen Anspruch zu befinden. Stattdessen habe sie in unzutreffender Weise angenommen, der Kläger verlange, dass die Beklagte verpflichtet werde, die Pensionskassenbeiträge an die entsprechenden Institutionen abzuliefern (Urk. 26 S. 6 ff.).

- 32 - Die Beklagte ist der Auffassung, für Ansprüche im Zusammenhang mit Arbeitgeberprämien, welche nicht im Bruttolohn enthalten seien, sei das Sozialversicherungsgericht zuständig, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt habe. Der Anspruch sei aber auch materiellrechtlich unbegründet. Mit der fristlosen Kündigung ende das Vorsorgeverhältnis, weshalb ab diesem Zeitpunkt eine Vorsorgeeinrichtung fehle, an welche die Beiträge überwiesen werden könnten. Der Arbeitnehmer selber habe mangels Rechtsgrundlage keinen Anspruch auf direkte Auszahlung dieser Beiträge, wie dies der Kläger verlangt habe. In BVG-rechtlicher Hinsicht habe die Vorinstanz unter der Prämisse, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war, alles richtig gemacht. Einerseits habe sie die Arbeitnehmerbeiträge nicht vom Schadenersatzanspruch in Abzug gebracht, andererseits habe sie sich im Zusammenhang mit dem eingeklagten Anspruch auf die Arbeitgeberbeiträge für unzuständig erklärt (Urk. 35 S. 6 f.). b) Der Kläger hatte vor Vorinstanz beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, den ihm zustehenden Pensionskassenbeitrag für die feste Vertragsdauer, nämlich neunzehnmal Fr. 561.75, zu bezahlen (Urk. 1 S. 29). Die Vorinstanz ist in der Tat davon ausgegangen, der Kläger verlange die Ausrichtung an die Vorsorgeeinrichtung, und hat sich für die Beurteilung als unzuständig erklärt. Wie die Beklagte zutreffend dargelegt hat, hält die Vorinstanz den Anspruch aber in materiellrechtlicher Hinsicht ohnehin für unbegründet (Urk. 26 S. 31 ff., unter Hinweis auf Brechbühl, Stämpflis Handkommentar, BVG und FZG, N 16 zu Art. 19, recte wohl N 16 zu Art. 10 BVG). Im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung wird nicht nur das Arbeitsverhältnis faktisch und rechtlich aufgelöst, sondern der Versicherte tritt auch aus der Vorsorgeeinrichtung aus. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hält dafür, falls fehle es an einer Vorsorgeeinrichtung, an welche Beiträge auf Lohnbestandteilen, die nach der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung angefallen wären, zu entrichten wären. Daher habe die bisherige Versicherungskasse auch keine Freizügigkeitsleistungen auf Lohnbestandteilen aus Zeiten nach der fristlosen Entlassung zu entrichten (EVG B 55/99 vom 8.11.2001). Brechbühl stellt zutreffend fest, dass als Folge dieser Rechtsprechung die fristlos entlassene Person über eine

- 33 - tiefere Freizügigkeitsleistung verfügt als im Falle einer ordentlichen Kündigung (a.a.O., N 18 zu Art. 10 BVG). Dieses Defizit hat der Arbeitgeber richtigerweise auszugleichen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hatte im zitierten Entscheid nicht darüber zu befinden, ob dem Gekündigten dafür ein Schadenersatzanspruch gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber zustehe. Die Frage ist zu bejahen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 und 15 zu Art. 337c; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 337c N 2 S. 270; BSK OR I-Portmann, Art. 337c N 2a; anders noch Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, N 6 zu Art. 337c OR). Zwar ist nicht zu verkennen, dass damit der Vorsorgeschutz nicht erhalten bleibt. Dasselbe gilt aber auch für die Arbeitnehmerbeiträge, welche vom zugesprochenen Bruttolohn nicht abzuziehen sind und damit dem Gekündigten zur freien Verfügung verbleiben. Streiff/von

Kaenel/Rudolph weisen darauf hin, dass in der Praxis die Beiträge oft an die Vorsorgeeinrichtung abgeführt werden, welche sie trotz fehlendem Vorsorgeverhältnis gerne akzeptiere (a.a.O., N 15; vgl. auch Verwaltungsgericht Luzern, Urteil vom 8. November 2006, V 05 237, in ZBl 108/2007 S. 564). Eine solche Lösung ist aber nach der zitierten Rechtsprechung nicht durchsetzbar. Das Quantitativ ist nicht bestritten. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger für entgangene BVG-Arbeitgeberbeiträge Fr. 10'673.25 zu bezahlen. 4. a) Gemäss Art. 337c Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer an den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat. Die massgebliche Zeit dauerte vom tt. November 2012 (Datum der fristlosen Entlassung) bis zum 30. Juni 2014 (Ende des befristeten Arbeitsvertrags). Die Vorinstanz gab die Darstellung des Klägers wieder, wonach er dauernd eine neue Stelle suche und sich beispielsweise als Trainer der Nationalmannschaften von T. \_\_\_\_\_ [Staat] und U. \_\_\_\_\_ [Staat] und unter anderem bei den Vereinen V. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ und R. \_\_\_\_\_ beworben habe. Die Beklagte behauptete nicht, der Kläger habe bis heute eine neue Stelle angetreten. Auch die von ihm

- 34 - behaupteten Bemühungen seien nicht bestritten worden. Von seiner Karriere und seiner Reputation her sei es dem Kläger nicht zuzumuten, irgendeine Trainerstelle bei einem beliebigen unterklassigen Dorfverein anzunehmen. Ebenso wenig sei er gehalten, sich als Trainer bei AA. \_\_\_\_\_s AB. \_\_\_\_\_ zu bewerben. Er dürfe sich auf die Suche nach einem Club der obersten Liga eines Landes oder einer Nationalmannschaft beschränken. Im Übrigen lasse das Gesetz eine Reduktion nur dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer absichtlich den Antritt einer neuen Stelle versäume. Die Beweislast dafür treffe den Arbeitgeber (unter Hinweis auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 337c OR). Freie Fussballtrainerstellen – so die Vorinstanz weiter – seien nicht allwöchentlich zu finden, weshalb es nicht ganz einfach zu beurteilen sei, ob die Bemühungen des Klägers ausreichten oder nicht. Die Beklagte bestreite sie nicht, sondern erachte sie als "schön und gut". Allerdings bleibe die Behauptung, der Kläger habe es absichtlich versäumt, eine bestimmte Stelle anzutreten. Um hierüber ein Beweisverfahren durchführen zu können, sei diese Behauptung allerdings zu wenig substantiiert. Die Beklagte hätte zumindest den Verein und eventuell auch den Zeitpunkt behaupten müssen, bei welchem der Kläger eine freie Stelle nicht angenommen habe. Nur so wäre es möglich gewesen, ein Beweisverfahren durchzuführen und die Verantwortlichen dieses Klubs zu befragen, ob sie den Kläger als Trainer tatsächlich eingestellt hätten. So sei es mangels genügender Substantiierung nicht machbar, diese Sachverhaltsbehauptung zu erstellen oder zu widerlegen. Dem Kläger könne wegen absichtlich unterlassener Schadenminderung nichts anzurechnet werden (Urk. 27 S. 26 f.). b) Die Beklagte beharrt im Berufungsverfahren darauf, bestritten zu haben, dass der Kläger sich tatsächlich um eine neue Stelle bemüht habe. Das „schön und gut“ habe sich auf die Aussagen des Klägers zur Stellensuche im Allgemeinen bezogen. Vor Vorinstanz sei folgendes ausgeführt worden: „Die heutigen Aussagen des Klägers sind schön und gut, aber reichen meines Erachtens nicht, um den entsprechenden Beweis zu erbringen, dass er effektiv tatsächliche Bemühungen getätigt hat. Wir halten daran fest, dass die Klage vollumfänglich abzuweisen sei.“ Aufgrund dieser Aussage sei klar, dass die Beklagte nach wie vor

- 35 - bestreite, dass sich der Kläger genügend um eine neue Stelle bemüht habe. In der Duplik habe die Beklagte dargelegt, dass es seit Anfang 2013 beim AB. \_\_\_\_\_ fünf neue

Anstellungen auf der Trainerposition gegeben und dass bei den AC.\_\_\_\_\_ am tt. April 2013, beim R.\_\_\_\_\_ am tt. Juli 2013, bei Q.\_\_\_\_\_ am tt. November 2013 und beim L.\_\_\_\_\_ am tt. April 2013 die Trainerposition zu besetzen gewesen sei. Die Beklagte habe mit ihren Aussagen und den Pressemitteilungen in Urk. 22/1 ohne weiteres eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den Beruf als Cheftrainer nachgewiesen. Aufgrund der Aussagen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung habe sich gezeigt, dass er sich lediglich um eine der insgesamt neun freien Stellen beworben und bezüglich acht Stellen untätig geblieben sei. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass sich der Kläger tatsächlich nicht aktiv um eine neue Stelle bemüht habe, was umso mehr gelten müsse, als die Bemühungen im Ausland nicht nachgewiesen worden seien und es diesbezüglich bei unsubstantiierten Behauptungen des Klägers geblieben sei (Urk. 41/26 S. 27 ff.). Gemäss Kläger behauptet die Beklagte zu Recht nicht, er hätte eine der Stellen bei Schweizer Fussball-Clubs antreten können, dies aber absichtlich unterlassen. Eine Anstellung beim AB.\_\_\_\_\_ sei angesichts der häufigen Trainerwechsel mit der Vorinstanz unzumutbar gewesen. Fakt sei im Übrigen, dass sich ein Trainer im Fussballgeschäft grundsätzlich nicht selbst melde, sondern über seine Agenten ins Gespräch gebracht werde. Der Markt sei für den Kläger sehr klein. In der Schweiz gebe es zehn Super League-Clubs. Ohne den B.\_\_\_\_\_ und den AB.\_\_\_\_\_ seien es acht. Von diesen acht Clubs hätten gemäss Darstellung der Beklagten drei Clubs einen Trainer gesucht. Beim R.\_\_\_\_\_ habe sich der Kläger bemüht. Beim L.\_\_\_\_\_ sei er vor rund zwei Jahren entlassen worden. Der „Q.\_\_\_\_\_“ habe einen Romand oder einen Italiener gesucht und habe überdies kein Geld. Zusätzlich sei die Stellensuche durch den hängigen Prozess und die öffentlichen Äusserungen von D.\_\_\_\_\_ erschwert worden, der nicht nur Präsident des B.\_\_\_\_\_, sondern auch Mitglied des AD.\_\_\_\_\_ und darum sehr einflussreich sei. Praktisch habe er mit seinem Verhalten eine Anstellung des Klägers bei ei-

- 36 - nem Schweizer Verein unmöglich gemacht, jedenfalls für die nächsten Jahre (Urk. 41/35 S. 17 f.). c) In erster Linie obliegt es dem Arbeitgeber, eine allgemein grosse Arbeitskräftenachfrage für den betreffenden Beruf oder mehrere freie, zumutbare Stellen nachzuweisen, auf die sich der Arbeitnehmer nicht beworben hat (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., N 7 zu Art. 337c OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Erweist sich auf Grund der konkreten Umstände des Arbeitsmarktes oder der persönlichen Verhältnisse als wenig wahrscheinlich, dass der Arbeitnehmer eine angemessene Stelle hätte finden können, darf aus dem Umstand allein, dass keine Stelle gesucht worden ist, nicht geschlossen werden, es sei auf ein mögliches Arbeitseinkommen absichtlich verzichtet worden (BGer 4C.158/2002, E. 4.2). Der Kläger hat in seiner Befragung vor Vorinstanz ausgeführt, er habe immer wieder (eine Anstellung) gesucht, aber nicht gefunden. Er hätte am liebsten eine in der Schweiz gefunden, aber auch im Ausland. Aber er habe gespürt, dass seine Karten sehr schlecht seien. Er sei fristlos entlassen worden, was es im Fussball noch nie gegeben habe. Es sei zu Gesprächen seiner Berater mit den Vereinsvorständen gekommen, aber nicht mehr weiter gegangen. Es seien verschiedene Gespräche mit verschiedenen Ländern, Nationalmannschaften oder Vereinen und Clubs geführt worden. Es seien fünf oder sechs Clubs gewesen, die Nationalmannschaften von U.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_, die Vereine V.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ und auch der Verein AE.\_\_\_\_\_ in U.\_\_\_\_\_. Es sei klar, dass er gerne in der Schweiz oder im näheren Umfeld, wie Deutschland, arbeiten würde, aber das sei im Moment einfach nicht möglich gewesen. Bei R.\_\_\_\_\_ habe ein Freund von ihm, AF.\_\_\_\_\_, der dort Teamchef sei, alles in Bewegung gesetzt, aber das Interesse sei nicht da gewesen (Prot. I S. 16 f.). Die Beklagte hat fünf

Schweizer Fussball-Clubs genannt, bei welchen die Trainerstelle nach der Entlassung des Klägers vakant wurde. Unbestritten und zutreffend ist, dass er nicht gehalten war, sich um die Trainerstelle beim AB.\_\_\_\_\_ zu bewerben (vgl. die häufigen Trainerwechsel, aufgelistet in Urk. 22/1 S. 7, und

- 37 - die Pressekommentare, ebenda S. 9 ff.). Der L.\_\_\_\_\_ war die letzte Station des Klägers als Trainer vor der Anstellung bei der Beklagten, wobei er entlassen worden war (vgl. Artikel über den Kläger bei ... [Web-Information]). Bei den AC.\_\_\_\_\_ wären gemäss Sportchef I.\_\_\_\_\_ (der nach der Entlassung des Klägers bei der Beklagten von dieser zu den AC.\_\_\_\_\_ gewechselt hatte) der Kläger und drei andere Trainer die „naheliegendsten Lösungen“ gewesen – angestellt wurde AG.\_\_\_\_\_ (Urk. 22/1 S. 1 ff.). Beim R.\_\_\_\_\_ hatte sich der Kläger um den Trainerposten bemüht. Es bleibt die Trainerstelle bei Q.\_\_\_\_\_. Andere offene Trainerstellen hat die Beklagte nicht aufgeführt. Dass sie damit nicht mehrere freie, zuzumutbare Arbeitsstellen oder eine allgemein grosse Nachfrage nach Trainer vom Format des Klägers dargelegt hat, versteht sich von selbst. Im Übrigen haben beide Parteien nur sehr rudimentäre Behauptungen zu dieser Thematik aufgestellt. Der Kläger hat seine Stellensuche im Ausland nicht weiter substantiiert und die Beklagte hat die Umstände des Trainerwechsels bei Q.\_\_\_\_\_ nicht näher dargelegt. Letztlich fällt das aber auf die Beklagte zurück, welche eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger hätte dartun müssen. Zudem ist nachvollziehbar, dass sich für diesen angesichts der Umstände seiner Entlassung bei der Beklagten die Stellensuche schwierig gestalten würde, und notorisch ist, dass Trainer auf dieser Stufe nicht einfach per Inserat gesucht werden, auf das hin sich der Kläger bewerben könnte. Eine – von der Beklagten in keiner Art und Weise quantifizierte – Anrechnung im Sinne von Art. 337c Abs. 2 OR kann daher nicht erfolgen. Da die feste Anstellungsdauer am 30. Juni 2014 abgelaufen ist, stellt sich auch nicht die Frage, ob dem Kläger ein künftiges Ersatzeinkommen anzurechnen ist (Urk. 41/26 S. 35 f.). 5. a) Der Kläger hat vor Vorinstanz gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR von der Beklagten eine Strafzahlung von Fr. 72'000.– verlangt und zugesprochen erhalten (Urk. 1 S. 28; Urk. 19 S. 33; Urk. 27 S. 30 f.). Im Berufungsverfahren stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, nach dem Dispositionsgrundsatz gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO dürfe das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlange, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt habe. Entsprechend diesem Grundsatz müsse sich der Kläger nur auf der Gesamtforde-

- 38 - rung behaften lassen, nicht aber auf den einzelnen Positionen, welche zum Klagetotal führten. Er habe als Pönale nur etwas mehr als die Minimalentschädigung gefordert, da er insgesamt Fr. 216'000.– Punkte- und Erfolgsprämien eingeklagt habe. Wären die errechneten Prämien tiefer ausgefallen, hätte er eine höhere Pönale verlangt. Nach dem Grundsatz „iura novit curia“ könne das Obergericht die Strafzahlung bis zur Limite der eingeklagten Gesamtforderung erhöhen (Urk. 26 S. 12 f.; Urk. 41/35 S. 16 f.). Die Beklagte hält dem entgegen, dass die klägerischen Rechtsbegehren eine Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO darstellten, wobei die Dispositionsmaxime auf jeden einzelnen Anspruch anwendbar sei, dies insbesondere auch deshalb, weil die Ansprüche nicht zwingend in einem Verfahren zu beurteilen seien, sondern grundsätzlich auch in verschiedenen Verfahren beurteilt werden könnten (Urk. 35 S. 15). Der Kläger hat vor Vorinstanz eine Strafzahlung von Fr. 72'000.– für angemessen erachtet. Im Berufungsverfahren bringt er keine (zulässigen) neuen Tatsachen vor, welche eine höhere Strafzahlung erheischen würden. Daher ist es unzulässig, nunmehr eine solche zu verlangen (Art. 317 ZPO). Dem

Kläger wäre es auch unbenommen gewesen, vor Vorinstanz ein Eventualbegehren zu stellen, wenn er die Höhe der Pönale von der Höhe der Prämien hätte abhängig machen wollen. Dies hat er nicht getan. Obergrenze der Pönale bilden daher die Fr. 72'000.–. Dieser Betrag ist auch angemessen, wie nachfolgend zu zeigen ist. b) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, das ihr zustehende Ermessen bei der Festlegung der Strafzahlung überschritten bzw. missbraucht zu haben, indem sie dem Kläger trotz groben Mitverschuldens überhaupt eine Strafzahlung bzw. mehr als die Minimalentschädigung zugesprochen habe. Die zahlreichen herablassenden und vereinschädigenden Äusserungen in der Presse und die Vergiftung des internen Klimas wie auch die Tatsache, dass sich der Kläger hartnäckig geweigert habe, sich an die internen Weisungen der Beklagten zu halten, gäben genügend Anlass für Beanstandungen seitens der Beklagten. Das Interview vom tt. November 2012 könne – entgegen der Vorinstanz – keineswegs als Lappalie bezeichnet werden. Selbst die Vorinstanz anerkenne, dass die Aussagen anlässlich des Interviews von mangelnder Motivation des Klägers sowie fehlender Treue

- 39 - zur Beklagten zeugten. Die Vorinstanz verkenne, dass nicht an die Aussagen selbst hohe Anforderungen zu stellen seien, sondern an die Person, welche diese Aussagen mache, je nach ihrer Stellung und Funktion im Unternehmen. Beim Kläger handle es sich um einen leitenden Angestellten, welchen eine gesteigerte Treuepflicht treffe. Von einem solchen könne – anders als vielleicht von einem Spieler – erwartet werden, dass er auch in schwierigen Situationen professionelle Interviews gebe. Gerade dies sei jedoch nicht der Fall gewesen (Urk. 41/26 S. 37 f.). c) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann das Gericht den Arbeitgeber bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Die Entschädigung bemisst es nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände (Art. 337c Abs. 3 OR). Diese Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelten. Die Entschädigung darf den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Sie hat sich entscheidend nach der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, der finanziellen Situation der Parteien, der Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, der Art und Weise der Kündigung sowie der Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BSK OR I-Portmann, N 6 zu Art. 337c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 337c). Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, haben die Leistungen des Klägers – gemeint im Rahmen seiner Aufgaben als Fussballtrainer – keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben. Dass sich die Beklagte nach dem Trainerwechsel bessere Resultate versprach, versteht sich von selbst, doch hängen diese nicht nur von der Arbeit des Trainers ab. Zu berücksichtigen ist, dass der Kläger sich nicht immer weisungskonform verhielt, wozu auch seine öffentliche Kritik an einzelnen Spielern gehörte, und zu den Spannungen zwischen den Spielern und ihm beitrug. Allerdings fällt dabei das Interview vom tt. November 2012 nicht ins Gewicht, wovon auch die Vorinstanz sinngemäss ausgegangen ist. Weder die relativ kurze Vertragsdauer noch die Umstände der Kündigung erheischen eine

- 40 - Erhöhung der Pönale; die Entlassung eines bekannten Fussballtrainers interessiert die Öffentlichkeit und führt zu entsprechenden Medienberichten. Zweifellos erschwert aber eine fristlose Entlassung gegenüber einer Freistellung die nachfolgende Stellensuche. Insgesamt erscheint eine Pönale von Fr. 72'000.– (was bei einem Monatslohn von Fr.

27'750.– [Fr. 24'000.– + {Fr. 90'000.–:24}] gut zweieinhalb Monatslöhnen entspricht) als angemessen. 6. Die Vorinstanz hat dem Kläger unter dem Titel „Handykosten“ den von diesem verlangten Betrag von Fr. 1'128.85 zugesprochen (Urk. 27 S. 31). Dazu hat die Beklagte im Berufungsverfahren keine Ausführungen gemacht, weshalb es dabei bleibt. 7. Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 496'875.– netto (Fr. 456'000.– + Fr. 74'000.– abzgl. 6.25 % AHV-/ALV- Beiträge) zuzüglich Fr. 83'802.10 (Fr. 10'673.25 BVG-Arbeitgeberbeiträge, Fr. 72'000.– Pönale und Fr. 1'128.85 Handykosten) zu bezahlen. Dieser Betrag ist mit 5 % seit 26. November 2012 zu verzinsen. VI. Die Vorinstanz ist zutreffend von einem Streitwert von Fr. 813'311.15 (teilweise brutto) ausgegangen. Der Kläger obsiegt mit Fr. 613'802.10, also zu rund drei Viertel. Die erstinstanzliche Kostenregelung ist daher zu bestätigen. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert noch rund Fr. 775'000.–. Der Kläger obsiegt zu rund vier Fünftel. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind zu einem Fünftel dem Kläger und zu vier Fünftel der Beklagten aufzuerlegen. Diese ist zu verpflichten, dem Kläger in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV eine auf drei Fünftel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 11'800.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

- 41 - Es wird beschlossen: 1. Das Berufungsverfahren LA140003-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer LA140002-O weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 580'677.10 netto (Fr. 530'000.– brutto abzgl. 6.25 % AHV-/ALV-Beiträge + Fr. 83'802.10) nebst 5 % Zins seit 26. November 2012 zu bezahlen. 2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 3. Die Entscheidgebühr für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren wird auf je Fr. 27'000.– festgesetzt. 4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Kläger zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Viertel, die zweitinstanzlichen Gerichtskosten dem Kläger zu einem Fünftel und der Beklagten zu vier Fünftel auferlegt. Die Kosten werden mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Restbetrag wird an den Kläger zurückbezahlt. Die Beklagte hat dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 19'550.– zu ersetzen. 5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger folgende Parteientschädigungen zu bezahlen: für das erstinstanzliche Verfahren Fr. 15'444.– für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 11'800.–

- 42 - 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 775'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 5. Dezember 2014 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. R. Blesi Keller versandt am: mc

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