

ZH_OBERGERICHT LA170026 vom 22. März 2018

ZH Obergericht, 2018-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA170026

FR: ZH_OBERGERICHT LA170026 du 22 mars 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LA170026 del 22 marzo 2018

Erwägungen

E. 1

Mit Klageschrift vom 17. Juli 2014 machte der Kläger unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Kreis ... der Stadt Zürich vom 8. Mai 2014 bei der Vorinstanz die vorliegende Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1 und Urk. 3). Nach durchgeführter Hauptverhandlung mit je zwei Parteivorträgen und vollzogenem Beweisverfahren, unter anderem mit diversen Zeugeneinvernahmen, sowie nach Erstattung je zweier Schlussvorträge durch die Parteien fällt die Vorinstanz am 24. Juli 2017 schliesslich den eingangs zitierten Entscheid. Betreffend den detaillierten erstinstanzlichen Prozessverlauf kann im Übrigen auf die Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 92 S. 3 f.).

E. 2

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26.4.2013 E. 3.1). 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: Sutter-Somm et al., ZPO Komm.,

E. 3

Die Berufungsinstanz ist nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurtei-

- 6 - lung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Wenn die Beklagte im Rahmen der Ausübung des Replikrechts mit ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2017 weitergehende Kritik am vorinstanzlichen Entscheid anbringen will, als sie es bereits im Rahmen der Berufungsschrift getan hat, indem sie sich zu den weiteren Gründen für einen vom Kläger zu vertretenden begründeten Anlass für die Kündigung äussert, so namentlich betreffend das zu späte oder Nicht-Erscheinen am Arbeitsplatz oder dass sich die Anzeichen, wonach der Kläger seinen Übertritt zu einem Konkurrenten

vorbereitet habe, insbesondere ab Anfang Oktober 2013 gemehrt hätten etc. (Urk. 99 S. 3 ff.), ist sie damit im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören.

E. 4

a) Die Beklagte moniert im Rahmen ihrer Berufungsbegründung, die Vorinstanz habe unrichtig festgestellt, dass keine Weisung der Beklagten bestanden

- 9 - habe, wonach das sich Herumchauffieren lassen durch andere Mitarbeiter der Beklagten zu Kundenterminen dem Kläger untersagt worden sei. Vielmehr sei eine solche Weisung gestützt auf die diesbezüglich klare und deutliche E-Mail von E. _____ an den Kläger vom 2. September 2013 (Urk. 13/23), entgegen der willkürlichen Verneinung der Vorinstanz, erstellt. Dem Kläger sei diese Weisung aufgrund der erwähnten E-Mail sowie der am Folgetag erfolgten Besprechung mit E. _____ zweifelsfrei bewusst gewesen. Gleichwohl habe er sich erwiesenermaßen weisungswidrig mehrfach auch nach dem 2. September 2013, so beispielsweise um die Weihnachtszeit, von Mitarbeitern der Beklagten zu Kundenterminen chauffieren lassen. Dieses mehrfache weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR für eine Kündigung gesetzt. Die Vorinstanz habe zudem klare Indizien, die für einen begründeten Anlass bei der Kündigung sprächen, entweder unbeachtet gelassen oder falsch gewichtet. So sei im Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013 (Urk. 5/4) die einleitende Formulierung gewählt worden, wonach die Beklagte sich "leider veranlasst" sehe, dem Kläger zu kündigen. Zudem enthalte dieses Schreiben keine Dankesworte. Ein weiteres Indiz bilde schliesslich auch der Erfahrungssatz, dass einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeitern nicht ohne weiteres gekündigt werde. Es sei schlichtweg absurd, dass die Beklagte ihrem besten Mitarbeiter ohne ganz erhebliche Gründe gekündigt hätte. Die Vorinstanz übersehe, dass es sich bei diesem Erfahrungssatz nicht um einen selbstständigen Beweis handle. Aus all diesen Gründen hätte die Vorinstanz zum Schluss gelangen müssen, dass die Beklagte einen begründeten Anlass gehabt habe, dem Kläger zu kündigen (Urk. 91 S. 5 ff.; vgl. auch Urk. 11 S. 19 ff.). b) Der Kläger hält entgegen, selbst wenn tatsächlich eine entsprechende Weisung der Beklagten bestanden hätte, was nicht der Fall sei, hätte das sich Herumchauffieren lassen des Klägers keinen begründeten Anlass für eine Kündigung gesetzt, da dieser singuläre Aspekt von der Beklagten gezielt aus dem Kontext gerissen worden sei. Insbesondere blende die Beklagte die Zeitachse völlig aus. Er habe E. _____ bereits im Oktober 2013 mitgeteilt, dass er eine neue Herausforderung suche und beabsichtige, sich selbstständig zu machen. E. _____ habe in Anwesenheit von mehreren Mitarbeitern geäußert, dass dies kein Problem sei

- 10 - und er den Kläger ziehen lasse. Eine Kündigung sei damals - im Oktober 2013 - aber noch nicht ausgesprochen worden. E. _____ habe gegen Ende November 2013 selbst vorgeschlagen, das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte zu kündigen, damit das Konkurrenzverbot entfalle. Im Gegenzug sollte der Kläger auf die Auszahlung von zwei Monatslöhnen, nämlich die Löhne für Januar und Februar 2014, verzichten. Die Parteien hätten sich dann anfangs Dezember 2013 darauf verständigt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis rückwirkend am 29. Oktober 2013 per 31. Dezember 2013 kündige. Damit sei das nachvertragliche Konkurrenzverbot entfallen. Das angeblich weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe mit dieser Kündigung rein gar nichts zu tun gehabt und habe sie auch nicht veranlasst. Eine Personalvermittlungsfirma, welche mit finanziellen Problemen zu kämpfen habe, kündige ihrem besten und umsatzstärksten Mitarbeiter nicht deshalb, weil dieser sich angeblich habe herumchauffieren lassen. Im

Übrigens habe kein einziger Zeuge bestätigt, dass sich der Kläger zu privaten Terminen herumchauffieren lassen. Die Beklagte versuche nunmehr aus der E-Mail von E._____ vom 2. September 2013 eine Weisung an den Kläger abzuleiten, sich nicht zu Kundenterminen fahren lassen zu dürfen. Eine solche Weisung lasse sich allerdings, entgegen den Interpretationsversuchen der Beklagten, aus dieser E-Mail beim besten Willen nicht ableiten, zumal E._____ den Kläger darin lediglich aufgefordert habe, sich Gedanken zu machen und mit ihm am folgenden Tag darüber sprechen zu wollen. Dass am folgenden Tag eine entsprechende Weisung ausgesprochen worden sei, habe die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren jedoch nicht geltend gemacht. Aus der Befragung von E._____ gehe überdies hervor, dass ihn nicht die Fahrten zu den Kunden, sondern die angeblichen, aber durch das Beweisverfahren nicht erstellten privaten Besorgungen des Klägers gestört hätten. Die Kundenfahrten hätten somit nicht den Anlass zur Kündigung gegeben. Wie sollten sodann Kundenfahrten um die Weihnachtszeit für die angeblich am 29. Oktober 2013 ausgesprochene Kündigung Anlass gegeben haben. Das weisungswidrige Herumchauffieren lassen sei nie als singulärer Anlass zum Aussprechen der Kündigung genannt worden. Vielmehr habe es laut E._____ mehrere Gründe (zu spätes, alkoholisiertes oder nicht Erscheinen am Arbeitsplatz, sich herumchauffieren lassen von Mitarbeitern, private Besorgungen

- 11 - während der Arbeitszeit, animieren der Mitarbeiter, das Geschäft zu verlassen) gegeben. All diese angeblichen Gründe seien durch das Beweisverfahren aber nicht verifiziert worden. Auch aus der Formulierung im Kündigungsschreiben "Wir sehen uns leider veranlasst" könne nicht auf einen vom Arbeitnehmer gesetzten Anlass rückgeschlossen werden, weil eine solche Formulierung zum Beispiel auch bei einer wirtschaftlich motivierten Kündigung oder einer Kündigung ohne jeden Grund verwendet werde (Urk. 97 S. 3 f.; Urk. 8 S. 2 f.; Prot. I S. 24 ff., insbes. S. 27)

E. 5

Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung zu verwechseln. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Bundesgerichtspraxis jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1 m.w.H.; BGer 4A_22/2014 vom 23. April 2014, E. 4.3.1 m.w.H.). Begründet ist der Anlass schon, wenn sich der Arbeitnehmer Illoyalitäten hat zu schulden kommen lassen, auch wenn diese eine fristlose Auflösung nicht rechtfertigen würden, jedoch vom Gehalt her über eine bloss geringfügige Vertragsverletzung hinausgehen. Der Richter zieht alle wesentlichen Umstände in Betracht, so Dauer und bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses, Stellung und Charakter des Arbeitnehmers etc. Anders als in Art. 337 OR muss sich der Grund in der Person des Arbeitnehmers verwirklicht haben. Rein objektive Gründe für eine Kündigung genügen nicht. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein, der vom Arbeitgeber zu beweisen ist. Bei nahem zeitlichem Zusammenhang wird das Gericht die Kausalität sehr rasch annehmen, während

sich der Arbeitgeber Beweisprobleme schafft, wenn er mit seiner Reaktion zuwartet. Eine unverzügliche Reaktion wie bei der fristlosen Kündigung ist jedoch nicht vonnöten. Der Kündigende muss auf den An-

- 12 - lass aber innert einer gewissen kurzen Zeit reagieren. Betrachtet der Arbeitgeber einen Vorfall zunächst nicht als begründeten Anlass, kann er sich später nicht mehr darauf berufen. Der Kausalzusammenhang kann auch unterbrochen werden, z.B. wenn ein anderer Kündigungsgrund hinzutritt und stark überwiegt. Richtig ist die Tendenz, vorgeschobene Gründe nicht gelten zu lassen (Streiff/von Kanel, Rudolph; Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage 2012, Art. 340c N 3; OFK OR-Milani, Art. 340c N 6). Wie bereits die Vorinstanz darlegt, ist die Frage, ob im konkreten Fall das Konkurrenzverbot wegfällt, eine solche des gerichtlichen Ermessens, die im Einzelfall nach Recht und Billigkeit unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen entschieden werden muss (Art. 4 ZGB; Urk. 92 S. 25). Das Herumchauffieren lassen des Klägers durch verschiedene Mitarbeiter der Beklagten zwecks Kundenbesuchen ist aufgrund der Befragungen unbestrittenmassen erstellt (Urk. 92 S. 28). Das solches weisungswidrig erfolgt sein soll, ergibt sich weder aufgrund der Zeugenaussagen noch aufgrund der Parteibefragung von E._____ (Urk. 57). Ebenso wenig ergibt sich das aus den Aussagen des Zeugen F._____, wonach er und der Kläger im Jahr 2011 explizit das Verbot bekommen hätten, in der Weihnachtszeit zusammen Kundengeschenke zu verteilen (Urk. 59 S. 6 f; Urk. 91 S. 6). Dieses Verbot bezog sich offensichtlich nur auf dieses Duo und die Weihnachtszeit und war nicht genereller Natur, zumal sich der Kläger unbestrittenmassen (weiterhin) von weiteren Mitarbeitern herumchauffieren liess. Im Rahmen ihrer Berufung stützt sich die Beklagte betreffend das Bestehen einer solchen Weisung denn auch einzig auf die E-Mail des einzigen Verwaltungsrates der Beklagten, E._____, an den Kläger vom 2. September 2013 (Urk. 13/23; Urk. 91 S. 5-7). Diese E-Mail hat folgenden Wortlaut (Urk. 13/23): "Hoi B._____ Ich verstehe Dein Problem mit der Autoprüfung. Aber langsam wird es mühsam, wenn du jedes Mal jemanden involvieren tust um die täglichen Probleme auf den Baustellen zu lösen. Wie wollen wir das in den Griff bekommen? Bitte mach dir ernsthafte Gedanken.

- 13 - Am besten du gehst eine halbe Stunde vorher zum Termin oder gehst am Feierabend. So kann es nicht weiter gehen. Es fehlt immer jemand wenn du nicht da bist. Ich würde mich freuen mit dir Morgen darüber normal reden zu können. G._____ fehlt, das genügt schon. Ausserdem würde ich gerne eine kurze Bilanz mit dir ziehen seit du in D._____ bist. Also bis Morgen. Lg E._____ " Daraus ergibt sich jedoch nicht die Spur einer verbindlichen Weisung. Vielmehr wird dem Kläger das Gespräch zur Frage angeboten, wie man in Zukunft das Problem mit dem Herumchauffieren lassen lösen könnte. Damit wird jedoch die These, dass eine "klare Weisung" bestanden habe, geradezu widerlegt. Dass anlässlich einer Besprechung am Folgetag, dem 3. September 2013, ein solches Verbot alsdann tatsächlich ausgesprochen wurde, wurde seitens der Beklagten weder substantiiert behauptet noch ergibt sich solches aus dem Beweisverfahren (vgl. Urk. 91 S. 6 Rz. 10; Urk. 11 S. 19 ff.; Prot. I S. 4 ff., 31 ff., 40; Urk. 57 S. 2 ff.; Urk. 60 S. 8). Die Vorinstanz hat daher zu Recht den Schluss gezogen, dass keine solche Weisung bestand (Urk. 92 S. 29). Dass der Kläger sich vor allem zwecks privater Erledigungen von anderen Mitarbeitern der Beklagten herumchauffieren liess, wie ihm dies E._____ unterstellen will und was diesen denn auch besonders (wenn auch nicht ausschliesslich, vgl. zu Recht: Urk. 99 S. 3; Urk. 13/23) gestört habe (Urk. 57 S. 5 f.), wurde durch das Beweisverfahren nicht erhärtet

(vgl. Urk. 92 S. 28 f. m.H.). Das bereits vor dem zweiten Halbjahr 2013 und weiterhin geduldete Herumchauffieren lassen zu beruflichen Zwecken, ohne dass eine Weisung bestand, wonach dem Kläger dies verboten war, kann bestenfalls als geringfügige Vertragsverletzung taxiert werden, welche (für sich allein) keinen begründeten Anlass für eine Kündigung darstellt, zumal es sich beim Kläger unbestrittenermassen um einen sehr umsatzstarken, wenn nicht gar den umsatzstärksten Mitarbeiter der Beklagten handelte (vgl. Urk. 92 S. 10 m.w.H.). Ausserdem war er Filialleiter (Urk. 92 S. 4 m.H.), welcher sich mehr herausnehmen konnte, als ein gewöhnlicher Mitarbeiter/Personalberater der Beklagten. Die Beklagte sieht ein "gewichtiges" Indiz für

- 14 - einen begründeten Anlass in ihrem Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013 (Urk. 5/4). Dort schrieb sie, dass sie sich zur Kündigung "leider veranlasst" sehe. So wird aber ein berechtigter Anlass für eine Kündigung weder begründet noch gar belegt. Eine solche Formulierung in einem Kündigungsschreiben seitens der Arbeitgeber ist durchaus üblich und sagt über das Motiv der Kündigung nichts aus. Auch aus dem Umstand, dass im Kündigungsschreiben keine Dankesworte enthalten sind (Urk. 91 S. 7), kann nicht auf das Vorliegen eines begründeten Anlasses geschlossen werden. Was schliesslich den Erfahrungssatz anbelangt, wonach einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeitern nicht ohne weiteres gekündigt werde, hat die Vorinstanz richtig erwogen, dass mit einer solchen Kündigung allein noch nicht nachgewiesen sei, dass ein vom Arbeitnehmer gesetzter begründeter Anlass zur Kündigung vorgelegen habe (Urk. 92 S. 30). Dieser Erfahrungssatz dient auch nicht als Indiz dafür, dass die Beklagte die diversen aufgeführten Gründe für die Kündigung des Klägers, insbesondere das mehrfache weisungswidrige Herumchauffierenlassen durch Mitarbeiter, tatsächlich als begründeten Anlass gesehen hat, dem Kläger zu kündigen (vgl. Urk. 91 S. 8). Entscheidend ist ohnehin, dass nicht erstellt ist, dass dem Kläger das sich Herumchauffierenlassen verboten wurde. Die weiteren seitens der Beklagten geltend gemachten Gründe für die Kündigung (vgl. Prot. I S. 40; Urk. 57 S. 5, 7) wurden durch das Beweisverfahren indes nicht erstellt, was die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungsschrift denn auch nicht bestritt. Zusammenfassend ist der Vorinstanz somit zuzustimmen, dass kein vom Kläger zu vertretender begründeter Anlass für die Kündigung der Arbeitgeberin vom 29. Oktober 2013 vorlag, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfallen ist (Art. 340c Abs. 2 OR) und entsprechend auch die Möglichkeit der Verrechnung mit der Konventionalstrafe (Urk. 92 S. 30 f) dahin fällt. Damit ist die Berufung der Beklagten als unbegründet abzuweisen und Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils zu bestätigen.

- 15 - E. Kosten- und Entschädigungsfolgen Bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren sind daher kostenlos. Entsprechend seines Unterliegens zu 60 % verpflichtete die Vorinstanz den Kläger zu Recht, der Beklagten eine auf 20 % reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– ohne Mehrwertsteuerzusatz zu bezahlen (vgl. Urk. 92 S. 33 m.H.). Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 92 S. 34, Dispositivziffern 2 und 3) sind daher zu bestätigen. Die Beklagte unterliegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Sie ist daher zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den anwaltlich vertretenen Kläger zu verpflichten (Art. 95 Abs. 1 und 3; Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts des Streitwerts von Fr. 12'000.– brutto ist die Parteientschädigung, antragsgemäss einschliesslich

% Mehrwertsteuern (vgl. Urk. 97 S. 2), auf rund Fr. 2'000.– festzulegen (§ 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird beschlossen:

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