

# ZH\_OBERGERICHT LA180017 vom 25. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA180017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA180017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA180017 du 25 septembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LA180017 del 25 settembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 100'000.00. Ihren Sitz hat sie in E.\_\_\_\_\_ (... [Strasse] ...). Der Gesellschafts- zweck ist im Handelsregister wie folgt umschrieben (vgl. Urk. 51): "Die Gesellschaft ist international tätig. Sie hat den Zweck der Ausübung ..." Der einzige Verwaltungsrat der Beklagten ist AR.\_\_\_\_\_, wohnhaft in AS.\_\_\_\_\_ (Kanton St. Gallen).

#### E. 1.2

Am 27. August 2013 unterzeichneten die Parteien auf dem Briefpapier der Beklagten eine mit "Anstellungsvertrag" überschriebene Vereinbarung, die in die Form eines von der Beklagten an den Kläger gerichteten Briefes gekleidet ist (Urk. 5/6). Ihre wesentlichen Bestimmungen lauten wie folgt: "Der Start des Anstellungsvertrages wird zum 1.10.2013 als Leiter Research bei der B.\_\_\_\_\_ International AG angestrebt. Sie sind verantwortlich für: a) Planung und Steuerung des Research in den B.\_\_\_\_\_ Büros. b) Planung und Steuerung der Forschungsprojekte: Soll 4 pro Jahr.

- 8 - c) Training und kontinuierliche Weiterbildung der Redakteure d) Planung und Koordinierung von 4 Fachbüchern wie AC.\_\_\_\_\_ D e) Planung und Präsentation von B.\_\_\_\_\_ Daten bei Fachkonferenzen f) Koordination und Ausbau der Kunden "Forschungsinstitute" weltweit • Das monatliche Salär ist 10.000 SFR – bei 80% Zeitpensum. Ihr 20% Engage- ment als Vorsitzender von AT.\_\_\_\_\_ ist und bekannt und wird durch Daten von B.\_\_\_\_\_ unterstützt. • Die Testphase ist auf 4 Monate begrenzt • Von jedem vermittelten Vertrag erhalten Sie 7.5% des bezahlten Volumens, von jedem selbst akquitierten [recte: akquirierten] Vertrag 12% des bezahlten Volu- mens 30 Tage nach Zahlungseingang durch den neuen Kunden ausgezahlt – für die Dauer des jeweils gewonnenen Vertrages. • Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 42 Stunden. • Der Jahresurlaub beträgt 25 Tage. Die Details sind in dem beiliegenden Spesenreglement, den Leitlinien sowie dem Schweizerischen Obligationenrecht geregelt."

#### E. 1.3

Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte ihren Zahlungsverpflichtungen ab Anfang 2016 nicht mehr regelmässig nachkam. Mit Schreiben vom 15. De- zember 2016 setzte er der Beklagten eine Frist bis zum 23. Dezember 2016, um ausstehende Lohnzahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 30'617.00, Reisespesen im Betrag von Fr. 208.81 sowie Bonuszahlungen für Vertragsabschlüsse im Um- fang von Fr. 2'443.80 zu leisten. Vorbehalten wurde die fristlose Kündigung des Vertrages gemäss Art. 337 OR (Urk. 5/16).

Mit Schreiben vom 27. Dezember 2016 an die Beklagte sprach der Kläger die "fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses" aus (Urk. 5/17).

#### **E. 1.4**

Mit Zahlungsbefehl vom 28. Dezember 2016 (Urk. 5/19) liess der Kläger die Beklagte für zehn verschiedene Positionen betreiben. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag.

#### **E. 2**

Prozessverlauf

##### **E. 2.1**

Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen (Urk. 44 S. 4 f.).

##### **E. 2.2**

Das angefochtene Urteil wurde dem Kläger am 25. Mai 2018 zugestellt (Urk. 42/1). Innert der gesetzlichen Frist erhob er alsdann mit Schriftsatz vom 25. Juni 2018 Berufung (Urk. 43). Nachdem er den ihm auferlegten Kostenvor-

- schuss von Fr. 5'500.00 geleistet hatte (Urk. 47 und 48), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 12. Juli 2018 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 49). Diese Verfügung wurde von der Beklagten nicht in Empfang genommen (Urk. 50).

#### **E. 3**

Prozessuales

##### **E. 3.1**

Säumnis der Beklagten im Berufungsverfahren. Die Beklagte verzeigt Domicil in E.\_\_\_\_; ihr einziger Verwaltungsrat ist AR.\_\_\_\_, wohnhaft im AS.\_\_\_\_. Drei Sendungen der Vorinstanz an die Adresse der Beklagten gemäss Handelsregister kamen mit dem Vermerk zurück, dass der Empfänger an der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden können (Urk. 7/3, 14 und 15). In der Folge ersuchte AR.\_\_\_\_ die Vorinstanz um Zustellung der Klageschrift an seine Privatadresse in AU.\_\_\_\_ (Urk. 16); AU.\_\_\_\_ liegt in der Gemeinde AS.\_\_\_\_ (SG). An diese Adresse wurden in der Folge auch alle weiteren Sendungen der Vorinstanz gesandt, namentlich auch die Vorladung zur Hauptverhandlung (vgl. Urk. 22) sowie das angefochtene Urteil (Urk. 42/2), in dessen Rubrum diese Adresse als Zustelladresse aufgeführt ist. Die Berufungsinstanz sandte der Beklagten die Verfügung mit der Fristansetzung zur Berufungsantwort ebenfalls an diese Adresse. Die betreffende Postsendung wurde dem einzigen Verwaltungsrat der Beklagten am 16. Juli 2018 mit Frist bis 23. Juli 2018 zur Abholung gemeldet; in dessen wurde sie nicht abgeholt und der Berufungsinstanz retourniert (Urk. 50). Die Beklagte steht in einem Prozessrechtsverhältnis und muss daher mit Zustellungen rechnen. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Sendung daher am 7. Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, mithin am 23. Juli 2018. Wegen des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO lief der Beklagten die Frist zur Beantwortung der Berufung am 14. September 2018 ab. Die Beklagte hat bis zu diesem Zeitpunkt nicht reagiert und ist daher mit ihrer Berufungsantwort säumig. Androhungsgemäss wird das Verfahren ohne die versäumte Prozesshandlung durchgeführt (vgl. Art. 147 Abs. 2 ZPO).

##### **E. 3.2**

Anforderungen an die Berufungsschrift. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des

- 10 - erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). 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 (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt hat. Es ist 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 noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt zwar über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist aber hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

### **E. 3.3**

Teilrechtskraft; Rechtsschutzinteresse des Klägers.

- 11 -

#### **E. 3.3.1**

Mit Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils wurde die Klage teilweise gutgeheissen. Insoweit ist das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen.

#### **E. 3.3.2**

Mit Dispositiv-Ziff. 2 bzw. Dispositiv-Ziff. 3 traf die Vorinstanz Anordnungen betreffend das Arbeitszeugnis bzw. den Lohnausweis. Diese Anordnungen, denen die Vorinstanz Streitwerte von Fr. 10'000.00 bzw. Fr. 50.00 zuordnete (Urk. 44 S. 24 f.), blieben vor Obergericht unangefochten. Auch die Dispositiv-Ziff. 2 und 3 sind daher rechtskräftig. Und auch das ist vorzumerken.

#### **E. 3.3.3**

Mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 2 (vgl. Urk. 44 S. 2) verlangte der Kläger die Zusprechung eines Betrages von Fr. 503.71 nebst Zins zu 5% seit 10. Dezember 2016, und zwar unter dem Titel Spesen (vgl. Urk. 1 Rz 10). Die Klage wurde in diesem Punkte von der Vorinstanz mit Dispositiv-Ziff. 1 bereits gutgeheissen, nämlich im (gerundeten) Betrage von Fr. 503.70 nebst Zins zu 5% seit dem 6. Januar 2017. Dieser Punkt bleibt im Berufungsverfahren unangefochten. Es ist daher davon Vormerk zu nehmen, dass der Entscheid der Vorinstanz über das Rechtsbegehren Ziff. 2 des Klägers rechtskräftig ist.

#### **E. 3.3.4**

Die weitere Forderungsklage gemäss dem vom Kläger der Vorinstanz unterbreiteten Rechtsbegehren betrifft einen Betrag von Fr. 52'443.80. Gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid wurde die Klage in diesem Punkte im Umfange von Fr. 13'573.00 (netto) anerkannt und im Umfange von Fr. 3'266.45 netto "(Löhne August bis Dezember 2016)" gutgeheissen. Schliesslich wurde "im Mehrbetrag ... die Rest-Forderungsklage" abgewiesen. Um das Ergebnis des vorinstanzlichen Verfahrens kümmert sich der rechtskundig vertretene Kläger allerdings nicht: Mit seinem Berufungsantrag Ziff. 1 verlangt er nach wie vor die Zusprechung eines Betrages von Fr. 52'443.80, und damit die Gutheissung der Klage auch insoweit, als er vor Vorinstanz bereits obsiegt hat. In diesem Punkte fehlt ihm aber das Rechtsschutzinteresse. Bezüglich eines Betrages von Fr. 16'839.45 ist auf den Berufungsantrag Ziff. 1 daher von vornherein nicht einzutreten.

#### **E. 3.4**

Verzugszinsen. Aus dem Berufungsantrag Ziff. 1, der, wie bereits ausgeführt, das der Vorinstanz unterbreitete Rechtsbegehren Ziff. 1 einfach wiederholt,

- 12 - ergibt sich, dass der Kläger mit der Festsetzung der Verzugszinsen durch die Vorinstanz nicht einverstanden ist. In der Berufungsbegründung setzt er sich allerdings in dieser Hinsicht mit dem angefochtenen Urteil und mit der Frage, wie die Verzugszinsen zu berechnen sind, nicht auseinander. Damit erweist sich die Berufung in diesem Punkte als von vornherein ungenügend begründet. Die Berufungsinstanz hat namentlich keine Veranlassung, in den erstinstanzlichen Rechtschriften des Klägers nachzuschlagen, welches seine Vorstellung bezüglich der Berechnung des Verzugszinses sein könnte. Auf den Berufungsantrag Ziff. 1 ist daher auch insoweit nicht einzutreten, als er die Verzugszinsen betrifft.

#### **E. 3.5**

Rechtsvorschlag. Vor Obergericht hält der Kläger an seinem Antrag, es sei in der von ihm gegen die Beklagte angehobenen Betreibung der Rechtsvorschlag aufzuheben, nicht mehr fest. Die Berufungsinstanz hat sich daher mit dieser Frage nicht zu befassen.

#### **E. 3.6**

"Rest-Forderungsklage". Die von der Vorinstanz abgewiesene "Rest-Forderungsklage" (vgl. Dispositiv-Ziff. 1) betrifft nach dem Gesagten einen Betrag von Fr. 35'604.35 (Fr. 52'443.80 abzüglich folgender Beträge: Fr. 13'573.00 und Fr. 3'266.45). Dieser Betrag steht noch im Streit.

#### **E. 4**

Materielles: Lohnansprüche August bis Dezember 2016

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz geht von einem Einzelarbeitsvertrag aus (Urk. 44 S. 6-8). Das ist richtig und wird von der Beklagten vor Obergericht denn auch nicht in Frage gestellt. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen ist in diesem Zusammenhang zu verweisen.

#### **E. 4.2**

Auszugehen ist von der unangefochten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz, wonach die Parteien für den Kläger einen Monatslohn von Fr. 10'000.00 brutto bzw. von Fr. 7'654.25 netto vereinbart hätten. Gemäss dem vorinstanzlichen Urteil schuldet die Beklagte dem Kläger den Lohn für den Monat August 2016 "in vollem Umfang" (Urk. 44 S. 12 E. V/2). Unbestritten ist sodann nach dem vorinstanzlichen Urteil, dass der Kläger für die Monate September 2016 bis Dezember 2016 keinen Lohn erhalten hat (Urk. 44 S. 11 f., E. V/1). Ausgehend von

- 13 - diesen vorinstanzlichen Feststellungen wäre rechnerisch ein Lohnanspruch des Klägers von Fr. 50'000.00 brutto bzw. von Fr. 38'271.25 netto betreffend die Monate August bis Dezember 2016 offen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz sprach dem Kläger zwar den ganzen Augustlohn (netto) zu, kürzte aber im Sinne der Vorbringen der Beklagten den Monatslohn für den Monat September 2016 um 50%, die Monatslöhne für die Monate Oktober und November 2016 je um 70% und schliesslich den Monatslohn für den Monat Dezember 2016 um 90% (Urk. 44 S. 13 f. E. V/3.1 und V/4). Aus dem vorinstanzlichen Urteil lässt sich folgende Rechnung herauslesen: Geschuldete Netto-Monatslöhne (100%: Fr. 7'654.25) gemäss Vorinstanz: August 2016: 100% Fr. 7'654.25 September 2016: 50% Fr. 3'827.13 Oktober 2016: 30% Fr. 2'296.28 November 2016: 30% Fr. 2'296.28 Dezember 2016: 10% Fr. 765.43 davon durch Beklagte anerkannt -Fr. 13'573.00 noch zuzusprechen Fr. 3'266.37 Die Vorinstanz sprach dem Kläger schliesslich mit Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils Fr. 3'266.45 zu. Die Differenz von Fr. 0.08 zu der oben gemachten Rechnung ist eine blosser Rundungsdifferenz.

##### **E. 4.3.1**

Bezüglich der vorgenommenen Kürzungen wies die Vorinstanz im angefochtenen Urteil zunächst auf die Vorbringen der Parteien hin: So habe die Beklagte vorgetragen, dass der Kläger in den Monaten September 2016 bis Dezember 2016 "immer wieder an seine Verpflichtungen aus dem Vertrag habe erinnert werden müssen und dass von ihm seit September 2016 kaum noch eine Tätigkeit festzustellen gewesen sei". Insbesondere habe der Kläger "kaum noch Forschungsprojekte geschrieben und im Büro I.\_\_\_\_\_ sei er ebenfalls wenig anzu-treffen gewesen, weshalb der Lohn des Klägers" im verlangten Umfange zu kürzen sei (Urk. 44 S. 13 E. 3.1.). Demgegenüber brachte der Kläger gemäss dem angefochtenen Urteil vor, dass er seine Arbeitsleistung stets erbracht habe. Seine Tätigkeit sei oft mit Reisen verbunden gewesen, was die Beklagte gewusst habe,

- 14 - weswegen er in dieser Zeit nicht physisch in den Büros der Beklagten anwesend gewesen sei. Auch habe die Beklagte ihn nie informiert, dass sie mit seiner Arbeitstätigkeit nicht zufrieden sei oder dass er seine Arbeitsstunden nicht leiste. Ausserdem obliege es der Beklagten zu beweisen, dass er nicht voll gearbeitet habe (Urk. 44 S. 13 E. 3.2.).

##### **E. 4.3.2**

Bezüglich der verlangten Kürzungen folgte die Vorinstanz der Beklagten mit der folgenden Argumentation: Der Einzelarbeitsvertrag als synallagmatischer Vertrag kennzeichne sich dadurch, dass die Leistungen von Arbeitnehmer (Arbeit) und Arbeitgeber (Lohn) im Sinne von Art. 319 OR zueinander in einem Austauschverhältnis stünden. Gemäss Art. 82 OR müsse aber, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten wolle, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten. Sei vertraglich nichts anderes vereinbart, sei der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig und habe gemäss Art. 323 Abs. 1 OR erst nach geleisteter Arbeit Anspruch auf Lohn. Dabei obliege es dem vorleistungspflichtigen Arbeitnehmer nachzuweisen, dass er geleistet bzw. die Leistung ordnungsgemäss angeboten habe. Der Standpunkt des Klägers gehe fehl, wonach die Beklagte nachzuweisen habe, dass er nicht gearbeitet habe. Als "vorleistungspflichtiger Arbeitnehmer" habe eben der Kläger nachzuweisen, "dass er seine Arbeitsleistung vertragsgemäss erbracht" habe. Da die Beklagte mit ihrer Klageantwort ausgeführt habe, dass beim Kläger seit September 2016 kaum noch eine Tätigkeit festzustellen gewesen sei und sie aus diesem Grund den Lohn des Klägers für die Monate September bis Dezember 2016 lediglich in reduziertem Umfang anerkenne, habe der Kläger im weiteren Prozessverlauf "in keiner Art und Weise" dargetan, "inwiefern er seine Arbeitsleistung im strittigen Zeitraum erbracht" habe. Dazu wäre er "umso mehr gehalten gewesen, da er sich selbst als leitenden Arbeitnehmer qualifiziert, dessen Tätigkeit oftmals mit Reisen verbunden gewesen sei". Der Kläger habe vorgetragen, dass er die Beklagte oft an Konferenzen und Workshops vertreten habe und dass er für sie in ihren verschiedenen Büros tätig gewesen sei. Gemäss dem angefochtenen Urteil war dem Kläger allerdings "ein an sich zeitlich beschränkter Einsatz für die AT. \_\_\_\_\_" erlaubt. Die Vorinstanz kommt sodann zum Schluss, dass "der zeitliche Umfang" des "Engagements" des Klägers für die Beklagte "damit nicht offenkundig" sei. Der Kläger

- 15 - hätte vielmehr "zumindest summarisch darzutun" gehabt, "welche Aufgaben er im fraglichen Zeitraum für die Beklagte noch wahrgenommen hat". Die "unwidersprochenen" Abmahnungen des Klägers gegenüber der Beklagten betreffend offene Löhne und Spesen genügen als Nachweis für die geleistete Arbeit des Klägers jedenfalls nicht (Urk. 44 S. 13 f. E. 3.3 und 3.4). Diese vorinstanzliche Sichtweise wird mit der Berufung beanstandet (Urk. 43).

#### **E. 4.4**

Der Kläger rügt mit der Berufung, die Vorinstanz habe seine "rechtsgenüchlich vorgebrachte Behauptung", wonach die Beklagte seine Forderungen "explizit" anerkannt habe, nicht gehört (Urk. 43 Rz 6; vgl. auch Titel vor Rz 10 und Rz 10). Er unterlässt es aber, unter Hinweis auf die Akten zu sagen, wo diese Behauptung aufgestellt worden sein soll. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten danach zu suchen. Und wenn der Kläger mit der Berufung der Vorinstanz vorwirft, sie habe trotz "strittiger Sachdarstellung durch die Parteien keine Beweiswürdigung vorgenommen" (Urk. 43 Rz 31), so unterlässt er es in diesem Zusammenhang zu sagen, welche seiner prozessrechtskonform und rechtzeitig bezeichneten Beweismittel die Vorinstanz übergegangen haben soll. Der Kläger erwähnt im Übrigen seine von der Vorinstanz angesprochenen "unwidersprochenen Abmahnungen" und weist in diesem Zusammenhang auf seine mit der Klage zu den Akten gegebenen E-Mails vom 25. Oktober 2016 (Urk. 5/15), 29. November 2016 (Urk. 5/14), 9. Dezember 2016 (Urk. 5/13), 28. Dezember 2016 (Urk. 5/12) und 5. Januar 2017 (Urk. 5/11) hin. Mit diesen E-Mails monierte der Kläger

ausstehende Lohnzahlungen. Im Umstand, dass die Beklagte diese Mails "unwidersprochen" gelassen hat, sieht der Kläger eine "Anerkennung der Forderung" (Urk. 43 Rz 10) bzw. gar eine "(schriftliche) Schuldanerkennung" (Urk. 43 Rz 15). Der Rechtsstandpunkt des Klägers, wonach im Stillschweigen der Beklagten auf die E-Mails hin "eine klare Anerkennung der Schuld" bzw. die "Zustimmung bzw. Anerkennung der Forderung" liege (Urk. 43 Rz 29), ist falsch: Wer von der Gegenpartei abgemahnt wird, kann schweigen, ohne dass dieses Schweigen als Anerkennung der Forderung der Gegenpartei angesehen werden könnte. In der Berufungsbegründung macht der Kläger ferner geltend, die Beklagte habe mit ihren E-Mails bestätigt, dass Lohnzahlungen erfolgen würden, sobald

- 16 - man die notwendige Liquidität dafür hätte (Urk. 43 Rz 12). Auch diesbezüglich unterlässt es der Kläger aber, unter Hinweis auf die Akten zu sagen, wo im vorinstanzlichen Verfahren er dies geltend gemacht haben will.

#### **E. 4.5**

Aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich, dass der Kläger in seiner Arbeitsgestaltung frei war. Dem Kläger wurde nämlich kein bestimmter Arbeitsort zugewiesen, sondern es wurde – bei einem 80%-Pensum – eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Ferner ergibt sich aus den lit. a) bis f) in sehr allgemeiner Form das Pflichtenheft des Klägers (Urk. 4/6). Im Rahmen dieses Pflichtenheftes hatte der Kläger die ihm übertragene Arbeit auszuführen (Art. 321 und 321a Abs. 1 OR). Dabei ist zu beachten, dass der Kläger sich durch den Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Beklagten in deren Arbeitsorganisation eingliedert hat und sich damit in das für einen Arbeitsvertrag typische Abhängigkeitsverhältnis zu der Beklagten begeben hat. Der Beklagten stand bezüglich der zu verrichtenden Arbeit daher ein Weisungsrecht zu (PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR I, Art. 319 N 14; REHBINDER/STÖCKLI, BEK-OR, Art. 319 N 6 ff.).

##### **E. 4.5.1**

Die von der Vorinstanz erwähnte Vorschrift Art. 82 OR wurde vom Bundesgericht durchaus auch für den Arbeitsvertrag diskutiert, aber – soweit ersichtlich – nur in Fällen, in denen der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht nicht nachkam. So legte es dar, dass die Anwendung von Art. 82 OR in solchen Fällen nicht ohne weiteres auf der Hand liege: Da die Arbeit für den fälligen Lohn bereits erbracht, die gegenwärtige Arbeitsleistung aber nicht Gegenleistung der ausstehenden Lohnzahlung, sondern eines künftigen Lohnanspruchs sei, fehle es an und für sich am Austauschverhältnis, das die Einrede des nichterfüllten Vertrages voraussetze. Dennoch rechtfertige sich, dem Arbeitnehmer bei Ausbleiben der Lohnzahlung für vergangene Lohnperioden zumindest in analoger Anwendung von Art. 82 OR ein Leistungsverweigerungsrecht zuzugestehen (sog. obligatorisches Retentionsrecht; vgl. BGE 94 II 263 E. 3a, 78 II 376 E. 2). Art. 82 OR beruhe auf dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Belangte nur insoweit gezwungen werden könne, seine Leistung zu kreditieren, als er vertraglich zur Vorleistung verpflichtet sei. Dieser Grundgedanke treffe insbesondere auch auf Dauererschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzel-

- 17 - nen Leistungspaare zu. Das gelte namentlich auch für den Arbeitsvertrag. Dem Arbeitnehmer müsse nämlich die Möglichkeit offenstehen, zu verhindern, dass er dem Arbeitgeber auf unbestimmte Zeit Kredit gewähre und das Risiko trage, die Gegenleistung nicht zu erhalten. Solange der Arbeitgeber sich mit verfallenen Lohnzahlungen im

Rückstand befinde, könne daher der Arbeitnehmer die Leistung von Arbeit verweigern (BGE 120 II 209 E. 6a). Das führe dazu, dass einem Arbeitnehmer bei einer solchen berechtigten Arbeitsverweigerung der laufende Lohnanspruch gewahrt bleibe, ohne dass er zu einer Nachleistung verpflichtet sei (BGE 136 III 313 E. 2.3.1).

#### **E. 4.5.2**

Nach dem angefochtenen Urteil macht die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend, dass sie den Kläger "immer wieder an seine Verpflichtungen aus dem Vertrag habe erinnern müssen und dass seit September 2016 kaum noch eine Tätigkeit festzustellen gewesen sei". Insbesondere habe der Kläger "kaum noch Forschungsprojekte geschrieben und im Büro I.\_\_\_\_\_ sei er ebenfalls wenig anzutreffen gewesen" (vgl. oben E. 4.3.1.). Solche vagen Behauptungen sind nicht geeignet, eine unberechtigte Arbeitsverweigerung des Klägers nachzuweisen. Die Beklagte hätte in diesem Zusammenhang darzulegen gehabt, über welche ihrer Weisungen sich der Kläger hinweggesetzt haben soll und welchen konkreten Pflichten gemäss seinem Pflichtenheft der Kläger nicht nachgekommen sein soll. Die Behauptung, der Kläger habe "kaum noch Forschungsprojekte" geschrieben und sei "wenig" im Büro I.\_\_\_\_\_ anwesend gewesen, hilft nicht. Namentlich wird dem Kläger nicht vorgeworfen, er habe die vertraglich festgelegte Arbeitszeit nicht eingehalten oder er habe konkrete, ihm von der Arbeitgeberin zugewiesene Arbeiten nicht ausgeführt. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich sodann, dass der Kläger die Vorbringen der Beklagten in diesem Punkte durchaus bestritt (vgl. Urk. 44 S. 13 E. 3.2.). Die Beklagte hat, ohne dass sie klare Vertragsverletzungen des Klägers geltend machte, die Lohnzahlungen an den Kläger ab August 2016 einfach eingestellt. Das führte dazu, dass die Beklagte im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ihrerseits mit Arbeitsleistungen des Klägers nicht mehr rechnen durfte. Ihr Rechtsstandpunkt erweist sich daher als verfehlt.

- 18 -

#### **E. 4.5.3**

Die von der Beklagten vorgenommenen Lohnkürzungen waren mithin unzulässig. Hingewiesen sei immerhin auch darauf, dass weder die Beklagte noch die Vorinstanz mit einem Worte sagen, weshalb Kürzungen von 50% (September 2016), 70% (Oktober und November 2016) und 90% (Dezember 2016) angemessen sein sollen bzw. die so berechneten Beträge der vom Kläger geleisteten Arbeit entsprechen sollen. Es ergibt sich damit folgende korrigierte Rechnung betreffend den dem Kläger zustehenden Nettolohn (vgl. oben E. 4.3.): August 2016: 100% Fr. 7'654.25 September 2016: 100% Fr. 7'654.25 Oktober 2016: 100% Fr. 7'654.25 November 2016: 100% Fr. 7'654.25 Dezember 2016: 100% Fr. 7'654.25 davon durch Beklagte anerkannt -Fr. 13'573.00 Total Fr. 24'698.25 von der Vorinstanz bereits zugesprochen -Fr. 3'266.45 in zweiter Instanz darüber hinaus zuzusprechen Fr. 21'431.80 Dem Kläger ist daher gegenüber dem vorinstanzlichen Urteil ein weiterer Betrag von Fr. 21'431.80 netto zuzusprechen.

#### **E. 5**

Materielles: Provision bzw. "Bonus"

##### **E. 5.1**

Vor Obergericht hält der Kläger an seiner "Bonusforderung" von Fr. 2'443.80 brutto bzw. Fr. 2'266.85 netto für das Jahr 2016 fest. Der Bruttobetrag, mit dem sich die Vorinstanz auseinandersetzt, ergibt sich aus den Ausführungen des Klägers in der Klagebegründung

(Urk. 1 Rz 11) und anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. November 2017 (Urk. 26 Rz 9) resp. aus der Tabelle in der E-Mail des Klägers an die Beklagte vom 5. Januar 2017 (Urk. 43 Rz 42 mit Hinweis auf Urk. 5/11). Die vorinstanzliche Feststellung, wonach die geltend gemachten Provisionen Erweiterungsverträge mit bestehenden Kunden betreffen (Urk. 44 S. 18 E. 4.5.), wird vom Kläger mit der Berufung nicht in Frage gestellt. Es ist daher davon auszugehen.

- 19 -

### **E. 5.2**

Soweit der Kläger auch hier im Schweigen der Beklagten auf seine E-Mail vom 5. Januar 2017 eine Anerkennung seiner Forderung sieht (Urk. 43 Rz 43), ist sein Rechtsstandpunkt haltlos. Im blossen Schweigen liegt keine Anerkennung (vgl. dazu auch oben E. 4.4.).

### **E. 5.3**

Basis für die Provisionsansprüche ist die von der Vorinstanz in E. VI/3 erwähnte Vertragsklausel. Die Auslegung dieser Klausel durch die Vorinstanz ist grundsätzlich richtig (vgl. Urk. 44 S. 16 ff.). Der Vertrag unterscheidet zwischen "vermittelten" und vom Kläger "selbst akquirierten" Verträgen. Mit der Vorinstanz kann durchaus von der Auslegung ausgegangen werden, dass unter "Akquirieren" das Anwerben neuer Kunden zu verstehen ist, während unter den Begriff "vermitteln", auch das Aushandeln von Verträgen mit bestehende Kunden fällt. Darauf weist namentlich auch der Umstand hin, dass für das "Akquirieren" der höhere Provisionsatz von 12% gilt, während für das bloss "Vermitteln" der tiefere Provisionsatz von 7,5% gelten sollte. Unter Hinweis auf die weitere Bestimmung der erwähnten Klausel, wonach die Provisionen binnen 30 Tagen "nach Zahlungseingang durch den neuen Kunden" ausbezahlt werden, verneinte die Vorinstanz indessen jeglichen Provisionsanspruch des Klägers. In diesem Zusammenhang wies sie auf des Klägers eigene Auslegung der Klausel anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. November 2017 hin (Urk. 44 S. 18; Prot. I S. 5). Dort liess der Kläger Folgendes ausführen (Urk. 26 Rz 39): "7,5% des Umsatzes sollte dann gelten, wenn der Kläger neue Verträge bzw. Aufträge nur an die Beklagte vermittelte und in diesem Fall die Verhandlung und der Abschluss noch durch die Beklagte - namentlich Herrn AR.\_\_\_\_\_ - erfolgen musste. Die 12% dann, wenn der Kläger neue Verträge/Aufträge selbst akquirierte, und in diesem Fall die Verhandlung unterschriftsreif durch den Kläger erfolgte, spricht die Beklagte nur noch ihr finales OK geben musste. Dies wurde seit der Anstellung des Klägers bei der Beklagten so gelebt." (Hervorhebungen beigefügt) Diese Auslegung durch den Kläger kann indessen keinen Anlass geben, von der ersten Auslegung durch die Vorinstanz abzuweichen, spricht doch der Kläger hier von neuen Verträgen und nicht von neuen Kunden. Wollte man die Klausel nur auf Neukunden anwenden, ergäbe die Unterscheidung zwischen "Akquirieren" und "Vermitteln" keinen Sinn. Wenn demgegenüber im Vertrag vom "Zahlungseingang durch den neuen Kunden" die Rede ist, dann ist darin eine unsorgfältige Vertragsredaktion zu sehen, welche sich die Beklagte als Autorin des Ver-

- 20 - tragstextes entgegenhalten lassen muss. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang daran, dass der Vertragstext von der Beklagten auf ihrem Briefpapier und in der Form eines an den Kläger gerichteten Briefes abgefasst wurde (Urk. 5/6). Unter diesen Umständen sind die vom Kläger herbeigeführten Erweiterungsverträge mit bestehenden Kunden unter den Begriff des "Vermittelns" gemäss Vertrag zu sehen. Die Beklagte schuldet dem Kläger daher für diese vermittelten Verträge eine Provision von 7,5%. Unstreitig ist, dass die mit

dem Satz von 12% berechnete Provision die Beträge Fr. 2'443.80 brutto bzw. Fr. 2'266.85 netto beträfe. Beim reduzierten Satz von 7,5% ergibt das demgegenüber die Beträge von Fr. 1'527.40 brutto bzw. Fr. 1'416.80 netto. Der Betrag von Fr. 1'416.80 (netto) ist dem Kläger daher zuzusprechen. Weil der Kläger mit der Berufung die Zusprechung eines Betrages von Fr. 2'266.85 netto verlangt (Urk. 43 Rz 49), ist die Klage im Differenzbetrag von Fr. 850.05 (netto) abzuweisen.

## **E. 6**

**Zusammenfassung** Mit seinem Berufungsantrag Ziff. 1 verlangt der Kläger von der Berufungsinstanz, wie ausgeführt, die Zusprechung eines Betrages von Fr. 52'443.80. Nach dem Gesagten ist über diesen Antrag wie folgt zu entscheiden: - betreffend einen Betrag von Fr. 16'839.45 (netto) durch Nichteintreten auf die Berufung (vgl. oben E. 3.3.4.). - betreffend den Betrag von Fr. 21'431.80 (netto) Löhne August bis Dezember 2016 durch Gutheissung der Klage (vgl. oben E. 4.5.3.). - betreffend den Betrag von Fr. 1'416.80 (netto) durch Gutheissung der Klage und bezüglich eines Betrages von Fr. 850.05 durch Abweisung der Klage (vgl. oben E. 5.3.). Das sind alles Nettobeträge, während der Gesamtbetrag von Fr. 52'443.80 in Rechtsbegehren Ziff. 1 ein Bruttobetrag ist. Damit ist der ganze Klagebetrag beurteilt.

## **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 7.1**

Die Prozesskosten beider Instanzen sind gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Massgebend ist für beide Instanzen der Ausgang des Berufungsverfahrens.

- 21 -

### **E. 7.2**

Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren beurteilt sich nach den Bruttobeträgen und errechnet sich für das erstinstanzliche Verfahren wie folgt: Streitwert Rechtsbegehren Ziff. 1 Fr. 52'443.80 Rechtsbegehren Ziff. 2 Fr. 503.70 Rechtsbegehren Ziff. 3 Fr. 0.00 Rechtsbegehren Ziff. 4 Fr. 10'000.00 Rechtsbegehren Ziff. 5 Fr. 50.00 Total Fr. 62'997.50 Der Kläger unterliegt auf Grund des heutigen Urteils – bezogen auf das erstinstanzliche Verfahren – nur in einem Betrage von Fr. 850.05 (vgl. oben E. 5.3.). Das geringe Unterliegen des Klägers kann bei der Verlegung der erstinstanzlichen Prozesskosten vernachlässigt werden. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten sind daher der Beklagten aufzuerlegen, indessen im Sinne von Art. 111 ZPO aus dem vom Kläger bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss zu beziehen. Der Vorschuss von Fr. 6'590.00 ist aber dem Kläger von der Beklagten zu ersetzen. Die dem Kläger zustehende Parteientschädigung berechnet sich gemäss AnwGebV. Die Grundgebühr deckt auch die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Unter der Berücksichtigung der vom Beklagten verlangten Mehrwertsteuer ergibt sich eine volle Parteientschädigung von Fr. 8'800.00.

### **E. 7.3**

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 52'443.80. Nicht einzutreten ist auf die Klage im Umfange von Fr. 16'839.45, entsprechend den von der Vorinstanz bereits zugesprochenen Nettobeträgen (vgl. oben E. 3.3.). Dem Nettobetrag von Fr. 16'839.45 entspricht ein Bruttobetrag von ca. Fr. 21'900.00. Mithin unterliegt der Kläger vor Obergericht zu ca. 2/. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher dem Kläger zu 2/ und der Beklagten zu 3/ aufzuerlegen. Sie sind 55 in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 und § 4 GebV OG auf Fr. 5'500.00 festzusetzen. Im Sinne von Art. 111 ZPO sind die Kosten aus dem vom Kläger bei der Berufungsinstanz geleisteten Vorschuss zu beziehen, sind ihm aber von der Beklagten im Umfange von Fr. 3'300.00 (= 60% von Fr. 5'500.00) zu ersetzen. Die

- 22 - volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren beträgt unter Berücksichtigung der vom Kläger verlangten Mehrwertsteuer Fr. 3'500.00. Da der Kläger zu 3/ obsiegt und die Beklagte sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt hat, ist die 5 Parteientschädigung des Klägers für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'100.00 festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils rechtskräftig ist, soweit die Klage geheissen worden ist. Ferner wird vorge- merkt, dass die Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Urteils in Rechts- kraft erwachsen sind. 2. Es wird sodann davon Vormerk genommen, dass der Entscheid der Vorin- stanz über das Rechtsbegehren Ziff. 2 des Klägers rechtskräftig ist. 3. Auf den Berufungsantrag Ziff. 1 wird bezüglich eines Forderungsbetrages von Fr. 16'839.45 nicht eingetreten. 4. Auf den Berufungsantrag Ziff. 1 wird insoweit nicht eingetreten, als er die Verzugszinsen betrifft. 5. Schriftliche Mitteilungen und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Urteil. Und sodann wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger die folgenden weiteren Beträge zu bezahlen: a) Fr. 21'431.80 (netto); b) Fr. 1'416.80 (netto). Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit sie noch zu beurteilen ist.

- 23 - 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 6'590.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem vom Kläger bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger diesen Vor- schuss im Umfang von Fr. 6'590.00 zu ersetzen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.00 festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 2/ und der Beklagten zu 3/ auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten 55 Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Betrage von Fr. 3'300.00 zu ersetzen. 6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Instanzen eine Partei- entschädigung von Fr. 10'900.00 (erste Instanz Fr. 8'800.00; Berufungsver- fahren Fr. 2'100.00) zu bezahlen.

## **E. 8**

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 Be- schwerde 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche und arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 52'443.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten

die Art. 44 ff. BGG.

- 24 - Zürich, 25. September 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die  
Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider MLaw V. Stübi versandt  
am: sf

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