

# ZH\_OBERGERICHT LA190032 vom 1. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA190032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA190032)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA190032 du 1 septembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LA190032 del 1 settembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (fortan Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft, welche verschiedene Dienstleistungen im Bereich Personalvermittlung und -ausleihering erbringt. Der Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (fortan Kläger) war bei der Beklagten seit dem 1. April 2008 zuerst als Personalberater und später als Filialleiter, sog. "Branch Manager", tätig (Urk. 9/7-8). Mit Schreiben vom 21. Oktober 2013 teilte die Beklagte dem Kläger mit, er werde per sofort vom Posten des "Branch Managers" der Filiale C.\_\_\_\_\_ enthoben, aber weiterhin als "Senior Personal Advisor" im Unternehmen tätig bleiben. Die Provisionen von 0.5% des Konzernsowie von 1% des Filialenumsatzes würden daher rückwirkend für das Jahr 2013 entfallen (Urk. 9/2). Ab dem 1. November 2013 war der Kläger wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig (Urk. 9/5). Gleichzeitig stellte die Beklagte den Kläger frei (Urk. 14/21). Schliesslich kündigte der Kläger seinen Arbeitsvertrag mit Schreiben vom 28. November 2013 unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist per Ende Januar 2014 (Urk. 9/6).

#### E. 1.1

Der Kläger machte vor Vorinstanz insbesondere geltend, die Beklagte schulde ihm eine Zusatzprovision für das Jahr 2013 und für Januar 2014 (pro rata) sowie 2% Beteiligung am Filialen-Bruttogewinn und 3% Beteiligung am Konzern-Bruttogewinn geteilt durch die Anzahl Filialen für das Jahr 2013 und für Januar 2014 (pro rata). Dabei errechnete er Provisionsansprüche von insgesamt Fr. 117'788.60, forderte teilklageweise allerdings lediglich die Zusprechung eines Betrages von Fr. 10'000.– aus Provisionsansprüchen (zusammengesetzt aus Fr. 9'230.– für das Jahr 2013 und Fr. 770.– für den Monat Januar 2014) sowie Fr. 5'000.– Beteiligung am Filialen-Bruttogewinn (zusammengesetzt aus Fr. 4'615.– für das Jahr 2013 und Fr. 385.– für den Monat Januar 2014) und Fr. 5'000.– Beteiligung am Konzern-Bruttogewinn (zusammengesetzt aus Fr. 4'615.– für das Jahr 2013 und Fr. 385.– für den Monat Januar 2014; vgl. zum

- 9 - Ganzen Urk. 8 S. 6 ff.; Prot. I S. 9; siehe auch Urk. 119 S. 3 f.; Urk. 125 E. II/2.1 S. 7 f.).

#### E. 1.2

Die Beklagte bestritt die eingeklagten Forderungen und machte ihrerseits zwei Verrechnungsforderungen geltend, einerseits eine Schadenersatzforderung von Fr. 107'363.75 wegen eines Debitorenverlustes beim Geschäft mit der vom Kläger betreuten Kundin D.\_\_\_\_\_ GmbH und andererseits eine Konventionalstrafe in der Höhe von einem Jahresgehalt wegen Verletzung des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbots (vgl. Urk. 10 S. 9 ff.; Urk. 15 S. 8 ff.; Urk. 35 S. 18 ff.).

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, die teilkla- gewise geltend gemachten Ansprüche von Fr. 10'000.– für die Zusatzprovision und von je Fr. 5'000.– für die Beteiligung am Filialen-Bruttogewinn und am Kon- zern-Bruttogewinn stünden dem Kläger grundsätzlich zu (Urk. 125 E. IV S. 16-22). Den Bestand einer Gegenforderung der Beklagten unter dem Titel Konkurrenz- verbot verneinte die Vorinstanz (Urk. 125 E. V/C S. 33-47). Hinsichtlich der be- klagtischen Schadenersatzforderung erwog die Vorinstanz demgegenüber, dass der Kläger wegen des Debitorenverlustes beim Geschäft mit der von ihm betreu- ten Kundin D.\_\_\_\_\_ GmbH gestützt auf Art. 321e OR haftbar werde, wobei seine Haftungsquote unter Berücksichtigung der konkreten Umstände auf rund einen Zehntel des eingetretenen Schadens festzulegen sei. Da sich der Schaden ge- mäss zutreffender Berechnung der Beklagten auf Fr. 107'363.70 belaufe, resultie- re eine verrechenbare Schadenersatzforderung der Beklagten von Fr. 10'000.– (Urk. 125 E. V/B S. 24-33). Insgesamt sei die Beklagte demnach zu verpflichten, dem Kläger Fr. 10'000.– brutto (Fr. 10'000.– [Zusatzprovision] + Fr. 5'000.– [Filia- len-Bruttogewinn-Beteiligung] + Fr. 5'000.– [Konzern-Bruttogewinn-Beteiligung] ./ Fr. 10'000.– [Verrechnung Schadenersatz betr. Debitorenverlust]), entsprechend Fr. 9'113.– netto (mit Verweis auf Urk. 9/11 Blatt 10) zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2014 (Urk. 125 E. V/D S. 48).

### **E. 1.4**

Mit ihrer Berufung wehrt sich die Beklagte einerseits gegen die vor- instanzliche Feststellung, wonach unter dem Titel Konkurrenzverbot keine verre- chenbare Gegenforderung bestehe. Andererseits beanstandet sie, dass die Vor-

- 10 - instanz die Haftungsquote des Klägers für den Schaden von Fr. 107'363.75 ledig- lich auf einen Zehntel festgelegt und die diesbezügliche Verrechnungsforderung entsprechend bloss mit Fr. 10'000.– beziffert hat (vgl. Urk. 124 S. 4 ff.). Der Klä- ger hält demgegenüber mit der Vorinstanz dafür, dass der Beklagten unter dem Titel Konkurrenzverbot keine Verrechnungsforderung zustehe. Mit seiner An- schlussberufung wehrt er sich zudem gegen die von der Vorinstanz bejahte Haf- tung im Zusammenhang mit dem Debitorenverlust aus dem Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH, wobei er sowohl die vorinstanzliche Schadensberechnung als auch die Bewertung des klägerischen und beklagtischen Verschuldens resp. die Festlegung der Haftungsquote beanstandet (vgl. Urk. 130 S. 4 und S. 18 ff.).

### **E. 1.5**

Dass dem Kläger Provisions- und Beteiligungsansprüche im teilklage- weise geltend gemachten Umfang von gesamthaft Fr. 20'000.– zustehen, blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind demnach einzig die Verrechnungsforderungen der Beklagten. 2. Schadenersatzpflicht betreffend Debitorenverlust

### **E. 2**

Am 12. Januar 2015 liess der Kläger unter Einreichung der Klagebewil- ligung vom 23. September 2014 (Urk. 3) bei der Vorinstanz eine Klage mit dem vorstehend zitierten Rechtsbegehren anhängig machen (Urk. 1). Nach durchge- führter Hauptverhandlung und vollzogenem Beweisverfahren, unter anderem mit diversen Zeugeneinvernahmen, sowie nach Erstattung je zweier Schlussvorträge durch die Parteien erliess die Vorinstanz am 21. März 2018 eine Erledigungsver- fügung, mit welcher auf die Klageänderung (Erhöhung der

geldmässigen Forde- rung um Fr. 10'000.– anlässlich der Hauptverhandlung) sowie auf die Teilklagen betreffend Provisions- und Beteiligungsansprüche nicht eingetreten und das Ver- fahren betreffend Arbeitszeugnis als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen wurde (Urk. 117). Das Nichteintreten auf die Klageänderung und die Abschrei- bung betreffend Arbeitszeugnis blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen, wovon bereits im Berufungsverfahren mit der Geschäfts- Nr. LA180013-O Vormerk genommen wurde (vgl. Urk. 119 S. 6 und S. 10). Gegen

- 6 - das Nichteintreten auf die Teilklagen wehrte sich der Kläger mit Berufung an das Zürcher Obergericht (vgl. Urk. 119 S. 3 f. und S. 6; Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O). Mit Beschluss vom 23. Oktober 2018 hob die Kam- mer die Dispositiv-Ziffern 3 (Nichteintreten auf die Teilklagen) sowie 4 und 5 (erst- instanzliches Kosten- und Entschädigungsdispositiv) der vorinstanzlichen Verfü- gung vom 21. März 2018 auf und wies die Sache zur weiteren Prüfung der Klage und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urk. 119). Mit Schreiben vom 23. Mai 2019 orientierte die Vorinstanz die Parteien über die Umteilung des Prozesses an die 1. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich (Urk. 120). Am 26. Juli 2019 erliess die Vorinstanz alsdann die eingangs wieder- gegebenen Entscheide (Verfügung und Urteil, Urk. 122 = Urk. 125).

## **E. 2.1**

Ausgangslage Die Beklagte machte diesbezüglich vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, der Kläger habe im Jahr 2013 die D.\_\_\_\_\_ GmbH als Kundin akquiriert. Diese habe ungewöhnlich viele Temporärmitarbeitende bestellt. Der Kläger habe die Angelegenheit vorab mit E.\_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten mit Einzelunterschrift, vgl. Urk. 12/33) besprochen, welcher von einem Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH abgeraten und erklärt habe, dass der Kläger, sofern er der Kundin dennoch Temporärmitarbeitende zur Verfügung stelle, dies auf eigenes Risiko tue. Nachdem immer mehr offene Rechnungen aufgelaufen seien, habe E.\_\_\_\_\_ den Kläger ausdrücklich angewiesen, sämtliche Temporärmitarbeitende von dieser Kundin abziehen. Der Kläger habe nicht reagiert und noch mehrere Wochen Temporärmitarbeitende für die D.\_\_\_\_\_ GmbH arbeiten lassen. Über die D.\_\_\_\_\_ GmbH sei sodann der Konkurs eröffnet worden, woraufhin die offenen Forderungen hätten abgeschrieben werden müssen. Die Kreditlimite, d.h. der Be- trag, welcher beim jeweiligen Kunden maximal offen sein dürfe und von der Ge-

- 11 - schäftsleitung in Absprache mit der Debitorenversicherung festgelegt werde, habe bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH Fr. 50'000.– betragen. Der Kläger habe klare Kenntnis von dieser Kreditlimite gehabt. Dennoch habe er die offenen Forderungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH um das Dreifache der gewährten Kreditlimite anwachsen lassen. Damit habe er vorsätzlich und in krasser Weise gegen eine klare Weisung der Beklagten verstossen, weshalb er im Umfang des Debitorenverlusts schadener- satzpflichtig sei (Urk. 10 S. 14; Urk. 15 S. 9 ff.).

## **E. 2.2**

Vorinstanzlicher Entscheid

### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz prüfte, ob der Kläger gestützt auf Art. 321e OR für den aus dem Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH resultierenden Debitorenverlust haftbar gemacht werden kann. Zu den Voraussetzungen der Haftung (Schaden, Ver- tragsverletzung, adäquater

Kausalzusammenhang und Verschulden) erwog sie im Wesentlichen, was folgt (vgl. zum Ganzen Urk. 125 E. V/B/3.1-3.2.5 S. 28-32): Die Parteien seien sich darüber einig, dass ein Schaden vorliege. In Bezug auf die Schadenshöhe stelle sich der Kläger auf den Standpunkt, dass gemäss Buchhaltung beim Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH ein Verlust von Fr. 115'952.85 entstanden sei, sodass nach Abzug der Debitorenversicherung von Fr. 48'505.65 und der Mehrwertsteuer-Einsparung von Fr. 8'158.15 höchstens ein Verlust von Fr. 59'289.05 resultiere. Dem könne nicht gefolgt werden. Viel- mehr ergebe sich aus den im Recht liegenden Urkunden – Urk. 12/21 und Urk. 16/44 –, dass der definitive Verlust resp. der eingetretene Schaden Fr. 107'363.75 betrage, wie die Beklagte vorbringe. Der Kläger bestreite grundsätzlich nicht, dass er beim Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH die Kreditlimite überschritten habe, mache aber geltend, diese sei ihm im Umfang von Fr. 100'000.– bewilligt worden. Aus den vorliegenden Unterlagen sei jedoch klar ersichtlich, dass die beantragte Limite von Fr. 100'000.– nicht bewilligt worden sei. Entsprechend bleibe es bei der Kreditlimite von Fr. 50'000.–, für welche die F.\_\_\_\_\_ [Bank] der Beklagten aktenkundig und unbestrittenermassen eine Genehmigung erteilt habe. Da der Kläger diese Limite massiv überschritten habe, liege eine Vertragsverletzung vor.

- 12 - Uneinig seien sich die Parteien im Weiteren darüber, ob der Kläger zusätzlich Weisungen von E.\_\_\_\_\_ missachtet habe und wie sein Verschulden zu bewerten sei. E.\_\_\_\_\_ habe in der Parteibefragung die Darstellung des Klägers bestätigt, wonach es immer wieder zu Kreditlimitenüberschreitungen gekommen sei. Er habe dazu ausgeführt, dass 95% oder 98% der festgelegten Kreditlimiten bei guten Kunden in einer kurzen Zeit, in den Spitzenzeiten, immer wieder überschritten worden seien. Man habe gemerkt, dass der Kunde schlussendlich bezahlt habe. Es gehe um zehn bis fünfzehn Tage. Im Weiteren habe E.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass es immer wieder Warn-E-Mails gegeben habe, wenn die Kreditlimite überschritten worden sei, und dass diese nicht nur an den Filialleiter, sondern auch an ihn selber als Mitglied der Geschäftsleitung gesandt worden seien. Demnach sei erstellt, dass es – wie vom Kläger geltend gemacht worden sei – ein bewusster Entscheid der Geschäftsleitung gewesen sei, das Risiko der Kreditlimitenüberschreitungen einzugehen, zumal die Erfahrung gezeigt habe, dass sich die Gefahr jeweils nicht verwirklicht hätte, sondern die Kunden die Ausstände letztlich zu begleichen pflegten. Mangels Nennung entsprechender Beweise nicht beweisbar sei demgegenüber die Behauptung des Klägers, E.\_\_\_\_\_ habe ihn "ermuntert", weitere Geschäfte mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH zu tätigen. Allerdings hielten die Parteien übereinstimmend fest, dass E.\_\_\_\_\_ den Kläger ca. am 20. September 2013 (zwei Wochen vor dem Verfassen des E-Mails vom 4. Oktober 2013) aufgefordert habe, die Temporärmitarbeitenden bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH abziehen. Daraus sei auch zwingend der Schluss zu ziehen, dass die Einsätze bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH bis zu diesem Zeitpunkt mit grundsätzlicher Zustimmung der Geschäftsleitung erfolgt seien. Dass der Kläger der Weisung vom 20. September 2013 keine Folge geleistet habe, sei unbestritten geblieben. Ein Verschulden des Klägers liege bei dieser Sachlage zweifellos vor. Da trotz regelmässiger Kreditüberschreitungen bei 95% oder 98% der Kunden die Rechnungen letztlich beglichen worden seien, falle eine eventualvorsätzliche Schädigung zwar ausser Betracht. Dem Kläger – als langjährigem Mitarbeiter und in Führungsposition – habe das bestehende Restrisiko eines Debitorenverlusts aber durchaus bewusst gewesen sein müssen. Eine mittelgradige Fahrlässigkeit sei ihm unter Berücksichtigung der gesamten Umstände durchaus anzulasten. Dies umso mehr, da er der Weisung von

- 13 - E.\_\_\_\_\_ vom 20. September 2013 während zwei Wochen keine Folge geleistet habe. Selbst wenn die Einsätze der beiden für die D.\_\_\_\_\_ GmbH tätigen Mitarbeitenden am 20. September 2013 bereits angelaufen sein sollten, hätte der Kläger diese abziehen sollen. Indem er dies unterlassen habe, habe er die Kreditüberschreitung und damit den späteren Debitorenverlust "noch weiter" vergrössert. Die Vertragsverletzung, die Überschreitung der Kreditlimite und die Missachtung der Warn-E-Mails seien ohne Zweifel ursächlich und gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung auch geeignet gewesen, den entstandenen Schaden im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhangs herbeizuführen. Der Kläger sei unbestrittenermassen derjenige gewesen, der die D.\_\_\_\_\_ GmbH betreut und mit dieser Geschäfte getätigt habe. Ohne seine Vermittlung von Personal an dieselbe wäre kein Schaden entstanden. Alles in allem seien die Voraussetzungen von Art. 321e OR damit erfüllt, weshalb der Kläger schadenersatzpflichtig werde.

### **E. 2.2.2**

Bei der Festlegung des Umfangs der klägerischen Haftpflicht berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Kläger seine Kreditlimite um Fr. 105'896.40 überschritten habe (Fr. 107'363.75 [Debitorenverlust] + Fr. 48'505.65 [von der Versicherung übernommener Betrag] ./ Fr. 50'000.– [Kreditlimite]), was eine massive Verletzung der arbeitsrechtlichen Sorgfaltspflicht darstelle. Die Haftung des Klägers sei aber – so die Vorinstanz weiter – angesichts des gravierenden Mitverschuldens der Beklagten massiv zu reduzieren. Diesbezüglich sei zu berücksichtigen, dass die vom System automatisch generierten Warn-E-Mails nicht nur an den Kläger, sondern auch an E.\_\_\_\_\_ und die übrige Geschäftsleitung versandt worden seien, sodass die Beklagte durchaus die Möglichkeit gehabt hätte, gegen "eine beginnende Kreditüberschreitung" zu einem viel früheren Zeitpunkt einzuschreiten. Es sei nicht auszuschliessen, dass bei einem früheren Einschreiten der Geschäftsleitung gar kein oder ein weitaus tieferer Debitorenverlust entstanden wäre. Nachdem die Beklagte selber ausgeführt habe, E.\_\_\_\_\_ habe dem Kläger schon vom Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH abgeraten, als dieser die Kundin akquiriert habe, wäre er als Mitglied der Geschäftsleitung gehalten gewe-

- 14 - sen, den Warn-E-Mails die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen. Er könne sich nicht auf den Standpunkt stellen, diese seien nur zur Kenntnisnahme versandt worden, und er habe "das" wegen der vielen Kunden delegieren müssen. Mit dem Versäumnis der Geschäftsleitung, den Kreditlimitenüberschreitungen einer nicht vertrauenswürdigen Kundin die nötige Beachtung zu schenken, sei die Beklagte der ihr obliegenden Aufsichts- und Schadensminderungspflicht nicht in genügender Weise nachgekommen. Massiv ins Gewicht falle dabei ihre Passivität bis zum 20. September 2013. So sei die Beklagte während Monaten passiv geblieben und habe eine Überschreitung um das Dreifache geduldet, obwohl E.\_\_\_\_\_ von Anfang an kein Vertrauen in die D.\_\_\_\_\_ GmbH gehabt habe und zudem nur eine vergleichsweise tiefe bewilligte Kreditlimite von Fr. 50'000.– vorgelegen habe. Erst am 20. September 2013 habe die Beklagte dem Kläger die ausdrückliche Weisung zum Abzug der Mitarbeitenden erteilt. Zu diesem Zeitpunkt sei indessen der Grossteil des Schadens bereits entstanden gewesen, zumal nach dem 4. Oktober 2013 unbestrittenermassen nur noch zwei Einsätze – diejenigen von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ – erfolgt seien. Wegen der Anweisung vom 20. September 2013 sei allerdings nicht von einer widerspruchslosen Duldung der Beklagten auszugehen (welche zu einem Wegfall der Haftung des Klägers geführt hätte). Vielmehr sei das weitere Anwachsen des Schadens nach Erteilung der ausdrücklichen Weisung vom 20. September 2013 alleine dem Kläger

anzulasten. In Würdigung des Verhaltens der Parteien, ihres Verschuldens sowie unter Einbezug der zeitlichen Komponente rechtfertigt es sich, dem Kläger eine Haftung im Umfang von ca. einem Zehntel des Schadens, d.h. im Betrag von Fr. 10'000.–, aufzuerlegen (Urk. 125 E. V/B/3.2.6 ff. S. 32 f.).

### **E. 2.3**

Berechnung des Schadens

#### **E. 2.3.1**

Der Kläger ist der Ansicht, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem sie den Schaden im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH auf Fr. 107'363.75 beziffert habe. Diesbezüglich werde im angefochtenen Entscheid auf Urk. 12/21 und Urk. 16/44 verwiesen und ohne nähere Erläuterung auf die Behauptung der Beklagten abgestellt, wonach ausgehend von einer Grundforderung von Fr. 164'458.50 sowie nach Abzug der Debitorenversicherung

- 15 - von Fr. 48'505.65 und der Mehrwertsteuer-Einsparung von Fr. 8'589.10 ein Debitorenverlust von Fr. 107'363.75 resultiere. Aus dem von der Beklagten selbst eingereichten Kontoauszug bezüglich Verluste aus Forderungen – Urk. 12/21 – gehe jedoch hervor, dass der Verlust aus dem Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH Fr. 115'952.85 betrage. Nach Abzug der unbestrittenen Debitorenversicherung und der unbestrittenen Mehrwertsteuer-Einsparung resultiere lediglich noch ein Debitorenverlust von Fr. 58'858.10. Die Vorinstanz habe nicht erläutert, weshalb sie den Debitorenverlust gestützt auf Urk. 16/44 berechnet habe, anstatt auf den von der Beklagten eingereichten Kontoauszug – Urk. 12/21 – abzustellen. Bei Urk. 16/44 handle es sich lediglich um eine Abrechnung der I.\_\_\_\_\_. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte den in Urk. 12/21 selbst ausgewiesenen Betrag korrekt berechnet habe, weshalb von dem darin aufgeführten Betrag auszugehen sei. Bei einer Haftungsquote von einem Zehntel hätte die Verrechnungsforderung der Beklagten demnach maximal Fr. 5'800.– (Fr. 58'858.10 / 10) betragen (Urk. 130 S. 18 f.).

#### **E. 2.3.2**

Diese Beanstandungen des Klägers sind unbegründet. Die Vorinstanz hat sowohl auf den von der Beklagten eingereichten Kontoauszug (Urk. 12/21) wie auch auf das Schreiben der I.\_\_\_\_\_ (Urk. 16/44) abgestellt: Im Kontoauszug ist unter dem Titel "Ausbuchung Konkurs Ford. D.\_\_\_\_\_ GmbH" ein Betrag von Fr. 115'952.85 aufgeführt (Urk. 12/21); aus dem Schreiben der I.\_\_\_\_\_ vom

### **E. 2.4**

Verschulden des Klägers / Umfang der Haftung

#### **E. 2.4.1**

Beide Parteien beanstanden im Berufungsverfahren die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung betreffend Verschulden des Klägers und Mitver-

- 16 - schulden der Beklagten und machen geltend, die Vorinstanz habe ihr Ermessen unrichtig ausgeübt resp. Art. 321e OR und die allgemeinen Grundsätze der Schadenersatzbemessung verletzt, indem sie die Haftungsquote des Klägers auf einen Zehntel festgelegt habe. Die Beklagte macht dabei zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger als Filialleiter eine leitende Stellung bekleidet

habe und somit selbst Mitglied der Geschäftsleitung gewesen sei. In dieser Funktion wäre es primär an ihm gelegen, die Debitorenverluste bei den von ihm akquirierten Kunden angemessen zu überwachen. Unrichtig sei auch die vorinstanzliche Annahme, wonach E. \_\_\_\_\_ – als Verwaltungsrat der Beklagten – die laufenden Geschäfte des Klägers hätte überwachen müssen. Dem Verwaltungsrat obliege die Oberleitung der Gesellschaft; die Verantwortung für das Tagesgeschäft könne entsprechend nicht auf diesen abgeschoben werden. Bei der Beklagten habe es denn auch mehrere Filialen gegeben, welche je eine begrenzte Anzahl Kunden betreut hätten. Da E. \_\_\_\_\_ nicht für die Überwachung der Kreditlimiten von Kunden der Filialleiter zuständig gewesen sei, habe er die Warn-E-Mails nicht lesen müssen, auch wenn dies theoretisch möglich gewesen wäre. Die Überwachungspflicht könne nicht einseitig auf den Verwaltungsrat der Beklagten abgeschoben werden. Vielmehr habe die Hauptverantwortung für die Einhaltung der Kreditlimiten beim Kläger gelegen. Entsprechend sei er auch für den eingetretenen Schaden hauptverantwortlich, weshalb seine Haftungsquote bei über 50% liegen müsse (Urk. 124 S. 14 f.; Urk. 133 S. 12 f.). Der Kläger bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, es sei sehr wohl E. \_\_\_\_\_s Aufgabe gewesen, die laufenden Geschäfte zu überwachen. Die installierten Warn-E-Mails seien gerade deshalb an E. \_\_\_\_\_ und die übrige Geschäftsleitung versandt worden, damit der Verwaltungsrat über Kreditlimitenüberschreitungen orientiert gewesen sei und entsprechend hätte handeln können. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei der Kläger auch zu keinem Zeitpunkt Mitglied der Geschäftsleitung, sondern bloss "Branch Manager" der Filiale C. \_\_\_\_\_ gewesen. Die Vorinstanz habe daher zu Recht festgehalten, dass E. \_\_\_\_\_ während Monaten passiv gewesen sei und Limitenüberschreitungen geduldet habe und dass die

- 17 - Beklagte damit ihrer Aufsichts- und Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei. Unzutreffend sei aber, dass die Vorinstanz dem Kläger eine mittelgradige Fahrlässigkeit angelastet habe. Da nämlich bei fast allen Kunden die Kreditlimiten üblicherweise überschritten worden seien – was die Beklagte akzeptiert, ja sogar gefördert habe –, sei dem Kläger kein Verschulden anzulasten. Mit anderen Worten sei aufgrund des massiven Selbstverschuldens der Beklagten gänzlich von einer Haftung des Klägers abzusehen. Diesbezüglich sei unberücksichtigt geblieben, dass E. \_\_\_\_\_ noch bis ca. am 20. September 2013 den Einsätzen zugestimmt habe. "Debitorenverluste vor dem 20. September 2013" könnten dem Kläger demnach nicht "angehängt" werden. Aber auch für die einzigen beiden Einsätze, welche über den 20. September 2013 hinausgegangen seien, könne die Beklagte ihr Debitorenrisiko nicht auf den Kläger abwälzen, zumal diese beiden Einsätze noch vor dem 20. September 2013 begonnen hätten und die beiden Temporärmitarbeitenden – G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ – nicht von einem Tag auf den anderen hätten abgezogen werden können. Bei dieser Ausgangslage hätte die Vorinstanz von einer Haftung des Klägers vollumfänglich absehen müssen (Urk. 130 S. 19-22; Urk. 137 S. 8 f.).

#### **E. 2.4.2**

Entgegen der Ansicht der Beklagten wurde im angefochtenen Urteil durchaus berücksichtigt, dass der Kläger bei der Beklagten nicht bloss als einfacher Mitarbeiter, sondern als Filialleiter in Führungsposition angestellt war (vgl. oben Ziff. 2.2.1). Mit dieser Funktion ging zweifellos eine gewisse Verantwortung für das Tagesgeschäft einher, was sich insbesondere in den erfolgsabhängigen Lohnbestandteilen (Zusatzprovisionen, Filialen- und Konzerngewinnbeteiligung) widerspiegelte. Als Filialleiter, welchem die Akquisition und Betreuung eigener Kunden oblag, musste dem Kläger im Weiteren – wie

die Vorinstanz zu Recht erkannte – das bei einer Kreditüberschreitung drohende Risiko eines Debitorenverlusts bewusst sein und er musste grundsätzlich auch erkennen, wann die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Kläger trotz seiner Führungsposition ein weisungsgebundener Mitarbeiter blieb und als solcher E.\_\_\_\_\_ unterstellt war. Dies zeigt sich beispielhaft daran, dass E.\_\_\_\_\_ ihm ca. am 20. September 2013 die Weisung erteilt hatte, die Temporärmitarbeitenden bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH abziehen. Dass der Kläger als

- 18 - Filialleiter gleichzeitig der Geschäftsleitung angehört habe, bringt die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vor. Mit diesem Vorbringen ist sie ausgeschlossen, zumal sie deren Zulässigkeit im Sinne von Art. 317 ZPO in keiner Weise darlegte (vgl. oben E. II/2.1). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass an der Parteibefragung vor Vorinstanz selbst E.\_\_\_\_\_ zwischen Filialleitung und Geschäftsleitung unterschied (vgl. Urk. 89 S. 5). Wie die Vorinstanz an anderer Stelle zutreffend festhielt (vgl. Urk. 125 E. V/B/2.2 f S. 27 f.), war es der Beklagten nicht möglich, ihr Unternehmensrisiko – und damit auch das Risiko des Debitorenverlusts – vollumfänglich auf den Kläger als Arbeitnehmer abzuwälzen, zumal dies mit den Grundregeln des Arbeitsrechts nicht vereinbar wäre. Entsprechend konnte E.\_\_\_\_\_ als Mitglied der Geschäftsleitung und Vorgesetzter des Klägers die Verantwortung für die Kreditlimitenüberschreitungen einer nicht vertrauenswürdigen Kundin auch nicht gänzlich an den Kläger delegieren und diesbezügliche Warn-E-Mails ohne Weiteres ignorieren. Selbst wenn bei der Beklagten – wie E.\_\_\_\_\_ an der Parteibefragung ausführte (vgl. Urk. 89 S. 4) – Kreditlimitenüberschreitungen üblicherweise nur bei guten Kunden und während einer kurzen Zeit von zehn bis fünfzehn Tagen geduldet wurden, so wäre es doch Sache der Geschäftsleitung gewesen, früher auf die Warn-E-Mails im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH zu reagieren und dem Kläger entsprechende Weisungen zu erteilen, anstatt bis am 20. September 2013 zuzuwarten und ein kontinuierliches Anwachsen der Ausstände zuzulassen. Diese zeitliche Komponente, auf welche bereits die Vorinstanz zu Recht hinwies, lässt die Beklagte ausser Acht, wenn sie vorbringt, den Kläger treffe die Hauptverantwortung für den Debitorenverlust. Allerdings ist – entgegen der Ansicht des Klägers – auch nicht von einer ausdrücklichen Zustimmung der Beklagten, geschweige denn von einer von E.\_\_\_\_\_ ausgehenden Motivation des Klägers zur Organisation weiterer Einsätze bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH, sondern vielmehr von einer konkludenten Zustimmung im Sinne einer Duldung der vom Kläger initiierten Geschäfte mit dieser Kundin auszugehen, zumal die vom Kläger behauptete "Ermunterung" beweislos geblieben ist (vgl. Urk. 125 E. V/B/3.2.3 S. 31). Angesichts dessen, dass der Kläger die Kreditlimite unbestrittenermassen (vgl. Urk. 15 S. 11; Urk. 23 S. 17; siehe auch Urk. 133 S. 13 f.; Urk. 137 S. 8) über mehrere Monate hinweg kontinuierlich über-

- 19 - schritt, dabei zahlreiche Warn-E-Mails ignorierte und die Ausstände auf insgesamt das Dreifache der Kreditlimite anwachsen liess, obwohl ihm das drohende Risiko eines Debitorenverlusts bewusst gewesen sein musste, und er alsdann der ausdrücklichen Weisung von E.\_\_\_\_\_ zum Abzug der Temporärmitarbeiter während zwei Wochen keine Folge leistete, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ihn ein Verschulden trifft. Das späte Eingreifen der Beklagten stellte denn auch lediglich eine Teilursache für den durch die Vertragsverletzung des Klägers herbeigeführten Schaden dar. Mit anderen Worten war das Mitschulden der Beklagten zwar gross, wies aber nicht einen derart hohen Wirkungsgrad auf, um den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der

Vertragsverletzung des Klägers (Überschreitung der Kreditlimite, Missachtung der Warn-E-Mails und Nichtbefolgen der Weisung von E.\_\_\_\_\_) und dem eingetretenen Schaden (Debitorenverlust) zu unterbrechen. Insbesondere für die Nichtbefolgung der Weisung vom 20. September 2013 trägt der Kläger die volle Verantwortung, zumal nicht nachvollziehbar ist und vom Kläger auch nicht näher begründet wird, weshalb die Temporärmitarbeitenden nach dieser Weisung nicht sofort hätten abgezogen werden können. Vor diesem Hintergrund kann der Ansicht des Klägers, wonach seine Haftung wegen des Selbstverschuldens der Beklagten ganz entfallen, nicht gefolgt werden. Indem die Vorinstanz dem Kläger eine mittelgradige Fahrlässigkeit anlastete, hat sie weder ihr Ermessen unrichtig ausgeübt noch Art. 321e OR verletzt.

### **E. 2.4.3**

Alles in allem verfährt damit weder die Argumentation der Beklagten noch jene des Klägers. Die vorinstanzliche Bewertung des klägerischen Verschuldens und beklagteschen Mitverschuldens ist demnach genauso wenig beanstanden wie die Festlegung der Haftungsquote auf einen Zehntel. Die Rügen der unrichtigen Ermessensausübung, der Verletzung von Art. 321e OR und der unrichtigen Anwendung der allgemeinen Schadenersatzbemessungsgrundsätze sind unbegründet.

### **E. 2.5**

Zwischenfazit Verrechnungsanspruch Schadenersatz Die übrigen Erwägungen der Vorinstanz zum Verrechnungsanspruch der Beklagten im Zusammenhang mit dem Debitorenverlust aus dem Geschäft mit

- 20 - der D.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 125 E. V/A S. 23 f und E. V/B/3 S. 28-33) wurden im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Es bleibt daher dabei, dass der Beklagten in diesem Zusammenhang eine verrechenbare Schadenersatzforderung von Fr. 10'000.– zusteht. Die Anschlussberufung des Klägers ist damit abzuweisen. 3. Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots

### **E. 3**

Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 26. Juli 2019 erhob die Beklagte mit Eingabe vom 16. September 2019 innert Frist (vgl. Urk. 123/2) Berufung und stellte die eingangs erwähnten Berufungsanträge (Urk. 124). In seiner Berufungsantwort vom 15. November 2019 hat der Kläger Anschlussberufung erhoben (Urk. 130). Die Anschlussberufungsantwort der Beklagten datiert vom 11. März 2020 (Urk. 133). Dazu liess sich der Kläger mit Eingabe vom 29. April 2020 vernehmen (Urk. 137). Das Doppel dieser Eingabe wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 137). Weitere Eingaben der Parteien folgten nicht.

### **E. 3.1**

Ausgangslage

#### **E. 3.1.1**

Im Arbeitsvertrag wurde unter dem Titel "Konkurrenzverbot" Folgendes vereinbart (Urk. 9/7 S. 6 f.): " 11.1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrages und noch ein Jahr nach Ablauf dieses Vertrages in der Schweiz ohne Einwilligung der Arbeitgeberin keine unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit für ein oder in einem Unternehmen, welches mit der Arbeitgeberin direkt oder indirekt im Wettbewerb steht,

auszuüben, sowie kein eigenes Unternehmen gleicher Art zu eröffnen oder sich an einem solchen direkt oder indirekt zu beteiligen. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich auch während einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgebe- rin zu vermitteln. 11.2 Für den Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Zahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe des während der letzten 12 Monate ausbe- zahlten Bruttolohnes für jeden Übertretungsfall. Die Bezahlung der Konventional- strafe enthebt nicht von der Einhaltung des Verbots."

### **E. 3.1.2**

Die Beklagte machte vor Vorinstanz insbesondere geltend, der Kläger sei bereits während seiner Anstellung bei der Beklagten und auch nach der Be- endigung dieses Arbeitsverhältnisses konkurrenzierend tätig gewesen und habe gegen das vereinbarte Konkurrenz- und Abwerbeverbot verstossen. Namentlich habe er während noch bestehendem und ungekündigtem Arbeitsverhältnis die J.\_\_\_\_\_ AG (fortan J.\_\_\_\_\_) aktiv abgeworben und mit dieser für seine neue Ar- beitgeberin K.\_\_\_\_\_ AG (fortan K.\_\_\_\_\_) einen Rahmenvertrag ausgehandelt. Entsprechend schulde er der Beklagten die vereinbarte Konventionalstrafe in der Höhe des letzten Bruttojahresgehalts, entsprechend Fr. 113'734.55 (Urk. 10 S. 17 ff.; Urk. 26 S. 2 ff.).

- 21 -

### **E. 3.1.3**

Hiergegen wehrte sich der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren im Wesentlichen mit der Begründung, die Bestimmungen über die Konventionalstrafe kämen vorliegend nicht zur Anwendung. Einerseits habe die Beklagte die Auflö- sung des Arbeitsverhältnisses zu verantworten, zumal sie den Kläger ohne Grund und ohne Vorankündigung von einem Tag auf den anderen degradiert und von seiner Funktion als "Branch Manager" enthoben und ihm seinen Provisionsan- spruch für das Jahr 2013 rückwirkend gekürzt habe. Daher sei das Konkurrenz- verbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR ohne Weiteres weggefallen. Andererseits ha- be die Beklagte das Konkurrenzverbot mit E-Mail vom 25. August 2009 bereits von sich aus aufgehoben. Mit besagtem E-Mail habe E.\_\_\_\_\_ an alle Mitarbeiter der Beklagten Folgendes geschrieben: "und wenn jemand zum vorherigen Mail etwas einzuwenden hat, dann soll er selber kündigen. Ich pisse auf das Konkur- renzverbot, solange L.\_\_\_\_\_ und ich operativ tätig sind und Umsatz machen." Aufgrund dieses E-Mails sei der Kläger davon ausgegangen, dass eine Kontakt- aufnahme mit der Konkurrenz im Rahmen seiner Stellensuche überhaupt kein Problem sei. Daher sei er nach der am 1. November 2013 erfolgten Freistellung bei der Beklagten mit der K.\_\_\_\_\_ ins Gespräch gekommen, wobei ihm deren Geschäftsführer erklärt habe, dass er Arbeit für ihn habe, wenn der Kläger ein Portefeuille wie z.B. die J.\_\_\_\_\_ mitbringe (Urk. 13 S. 1 f.; Urk. 37 S. 3 ff.).

## **E. 3.2**

Vorinstanzlicher Entscheid

### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei urteilsfähig und habe den Ar- beitsvertrag mit dem darin enthaltenen Konkurrenzverbot unterschrieben. Ent- sprechend sei das Konkurrenzverbot gültig abgeschlossen worden. Die Parteien seien sich im Weiteren darüber einig, dass der Kläger persönlichen Kontakt zu sämtlichen Kunden der Beklagten –

d.h. sowohl zu den Einsatzbetrieben als auch zu dem zu vermittelnden Personal – gehabt habe. Ein stabiler Kundenstamm sei das wesentliche Kapital eines Personalvermittlungsunternehmens, zumal dieses einerseits auf zahlungsfähige Einsatzbetriebe und andererseits auf leistungsfähige, verlässliche Leiharbeitnehmer angewiesen sei. Der Kläger habe in seiner Funktion unstrittig Einblick in diesen Kundenstamm und in sämtliche Preislisten

- 22 - und Tarife für Kunden gehabt. Entsprechend seien die Voraussetzungen von Art. 340 Abs. 1 und Abs. 2 OR erfüllt. Hinsichtlich der Frage, ob der Kläger eine konkurrenzierende Handlung vorgenommen habe, sei zu berücksichtigen, dass der Kläger nicht bestreite, noch während der Anstellung bei der Beklagten mit der J.\_\_\_\_\_ Kontakt aufgenommen zu haben, um dieses Unternehmen zur K.\_\_\_\_\_ "mitzunehmen". Vielmehr habe er selber ausgeführt, dass er sich damit ein Portefeuille im Hinblick auf seine spätere Anstellung bei der K.\_\_\_\_\_ habe aufbauen wollen. Im Weiteren lägen auch E-Mails vor, welche die konkurrenzierende Tätigkeit des Klägers belegten. So habe der Kläger am 19. November 2013 an M.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsrat der J.\_\_\_\_\_) geschrieben, dass er gerne einen Termin für den Zusammenarbeitsvertrag 2014 haben würde (mit Verweis auf Urk. 28/50). N.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsrat der K.\_\_\_\_\_) habe alsdann am 22. November 2013 an O.\_\_\_\_\_ (Bauführer der J.\_\_\_\_\_) geschrieben, der Kläger habe ihn gebeten, den Rahmenarbeitsvertrag für das Jahr 2014 an diesen zu senden; er (N.\_\_\_\_\_) sei überzeugt, dass O.\_\_\_\_\_ mit dem Kläger und seinem Team einen ausgezeichneten Partner habe und er freue sich auf eine sehr gute Zusammenarbeit (mit Verweis auf Urk. 28/51). Anhand dieser E-Mails – so die Vorinstanz weiter – zeige sich, dass der Kläger spätestens ab dem 19. November 2013 für die K.\_\_\_\_\_ einen Kunden der Beklagten abgeworben habe, also konkurrenzierend tätig gewesen sei. Unbestrittenermassen habe der Kläger in der Folgezeit, ab Februar 2014, für das Konkurrenzunternehmen K.\_\_\_\_\_ gearbeitet, welches im selben Geschäftsbereich wie die Beklagte tätig gewesen sei und seinen Sitz ebenfalls im Kanton Zürich habe. Der Kläger bestreite nicht, dass er die Möglichkeit gehabt habe, die bei der Beklagten erworbenen Kenntnisse wie Kundenstamm und Tariflisten bei der neuen Arbeitgeberin zu verwenden und der Beklagten durch Unterbietung von Preisen wichtige Kunden abzuwerben. Damit bestehe durchaus ein Schädigungspotential gegenüber der Beklagten (resp. habe bestanden). Allerdings sei das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot sowohl in räumlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht als übermassig zu qualifizieren, zumal es ohne Weiteres auf das Gebiet des Kantons Zürich und auf eine Dauer von sechs

- 23 - Monaten hätte beschränkt werden können. Angesichts dessen sei die vereinbarte Strafzahlung auf die Hälfte (d.h. auf einen halben Jahreslohn des Klägers) zu reduzieren, was gerundet Fr. 56'770.– entspreche (vgl. zum Ganzen Urk. 125 E. V/C/3.1-3.4 S. 40-43).

### **E. 3.2.2**

Letztlich verneinte die Vorinstanz dann aber den verrechnungsweise geltend gemachten Anspruch der Beklagten auf eine Konventionalstrafe und schloss sich dabei den Argumentationen des Klägers betreffend Wegfall des Konkurrenzverbots und betreffend Verzicht der Beklagten auf Einhaltung desselben an. Hinsichtlich des Wegfalls des Konkurrenzverbots erwog sie im Einzelnen, der Beklagten sei angesichts der Verfehlungen des Klägers beim Geschäft mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH zwar nicht zu verübeln, wenn sie den Kläger nicht mehr in der Funktion des Filialleiters habe arbeiten lassen wollen. Es hätte ihr unter diesen Umständen wohl freigestanden, dem Kläger zu kündigen. Dies habe sie aber nicht getan; vielmehr habe sie dem Kläger seine Führungsposition entzogen, was für diesen

gleichzeitig den Wegfall der Provisionsansprüche und damit eine massive Lohnkürzung bedeutet habe. Eine Lohnminderung genüge grundsätzlich als begründeter Anlass zur Kündigung durch den Arbeitnehmer und führe entsprechend zum Wegfall des Konkurrenzverbots. In einem Entscheid vom 11. November 1996 habe das Arbeitsgericht Zürich entschieden, dass die mit einer Rückstufung verbundene Lohneinbusse und qualitative Minderung der Tätigkeit hinsichtlich Verantwortung sowie der damit verbundene Prestigeverlust als begründeter Anlass für eine Kündigung genüge, was vom Obergericht geschützt worden sei (mit Verweis auf ZR 97 Nr. 82 S. 195 ff.). Vorliegend habe die Beklagte dem Kläger durch einseitige Vertragsänderung die Führungsposition entzogen, was nicht zulässig sei. Vielmehr hätte dies in formeller Hinsicht mittels Änderungskündigung erfolgen sollen, sofern sich die Beklagte nicht mittels einer ordentlichen Kündigung definitiv vom Kläger trennen wolle. Zu diesem formell unkorrektem Verhalten der Beklagten komme hinzu, dass die Beklagte dem Kläger für das gesamte Jahr 2013 die Provisionsansprüche abgesprochen habe. Dies obwohl ihr ein massives Selbstverschulden am Debitorenverlust der D.\_\_\_\_\_ GmbH anzu-

- 24 - lasten sei und obwohl der Kläger während Jahren klaglos und erfolgreich für sie tätig gewesen sei und sich mit Bezug auf alle übrigen ihm zugewiesenen Kunden korrekt verhalten habe. Die in formeller Hinsicht fehlerhafte Überreaktion der Beklagten habe dem Kläger berechtigten Anlass dazu gegeben, sich nach einer neuen Arbeitsstelle umzusehen. Er habe angesichts der gesamten Umstände aus begründetem Anlass gekündigt, was zum Wegfall des Konkurrenzverbots führe (Urk. 125 E. V/C/3.5 S. 43-46). Zum Verzicht der Beklagten auf Einhaltung des Konkurrenzverbots erwog die Vorinstanz zusammengefasst, E.\_\_\_\_\_ habe mit seinem E-Mail vom 25. August 2009 unmissverständlich seine Entscheidung mitgeteilt, dass er jedem Mitarbeiter die Möglichkeit zur Kündigung gebe, wobei in diesem Fall das Konkurrenzverbot für den Betreffenden wegfallen solle. Damit habe E.\_\_\_\_\_ beabsichtigt, denjenigen Arbeitnehmern, welche seinen Leistungsanforderungen nicht entsprochen hätten, die Trennung von der Beklagten zu erleichtern. Auch wenn E.\_\_\_\_\_ – wie die Beklagte vorbringe – diesen Entscheid "aus der damaligen Situation heraus" spontan getroffen habe, habe er die "Vertragserleichterung" nie widerrufen. Ein weiteres E-Mail an die Mitarbeiter mit der Mitteilung, dass er es nicht ernst gemeint bzw. sich anders überlegt habe, sei nicht erfolgt. Entsprechend habe sich der Kläger auf die Mitteilung von E.\_\_\_\_\_ verlassen dürfen, dies umso mehr, da sich die Situation Ende 2013 gleich präsentiert habe wie im August 2009: E.\_\_\_\_\_ sei mit dem Kläger als Mitarbeiter so unzufrieden gewesen, dass Letzterer am 22. Oktober 2013 – unter rückwirkender Lohneinbusse für das ganze Jahr 2013 – von seiner Funktion als Filialleiter enthoben worden sei. Die Beklagte habe dem Kläger nicht gekündigt, ihn aber degradiert und am 1. November 2013 alsdann freigestellt. In dieser Situation sei es am Kläger gewesen sei, zu entscheiden, ob er das Arbeitsverhältnis seinerseits beenden wolle. Indem die Beklagte weder im Rückstufungs-Schreiben noch anlässlich der Freistellung das Konkurrenzverbot thematisiert habe, habe sich der Kläger darauf verlassen dürfen, dass die Mitteilung, das Konkurrenzverbot gelte im Falle einer Arbeitnehmerkündigung nicht, weiterhin Geltung gehabt habe (Urk. 125 E. V/C/3.6 S. 46 f.).

- 25 -

### **E. 3.3**

Standpunkte der Parteien im Berufungsverfahren

### **E. 3.3.1**

Die Beklagte ist der Ansicht, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen begründeten Anlass zur Kündigung seitens des Klägers angenommen und sei in Verletzung von Art. 340c Abs. 2 OR von einem Wegfall des gültig vereinbarten Konkurrenz- und Abwerbeverbots ausgegangen. Diesbezüglich sei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kläger erst am 28. November 2013 gekündigt habe. Die Kündigung sei damit über einen Monat nach der Degradierung sowie in einem Zeitpunkt erfolgt, als der Kläger krankgeschrieben und – gemäss zutreffender Feststellung der Vorinstanz – bereits konkurrenzierend tätig gewesen sei. Vor diesem Hintergrund könne – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht davon gesprochen werden, dass der Kläger einen begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gehabt habe. Vielmehr würden die Umstände darauf hindeuten, dass der Kläger in erster Linie wegen seines bereits seit längerem geplanten Wechsels zum Konkurrenzunternehmen K.\_\_\_\_\_ seine Arbeitsstelle gekündigt habe und die Herabsetzung von seiner Position lediglich "als willkommene Begründung" missbraucht habe, "um das Konkurrenzverbot elegant loszuwerden". Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten habe, sei der Kläger bereits vor seiner Kündigung vertragliche Verpflichtungen für seine neue Arbeitgeberin eingegangen. Der Wechsel zur K.\_\_\_\_\_ sei für den Kläger spätestens ab Mitte November 2013 beschlossene Sache gewesen. Im Zeitpunkt der Kündigung, am 28. November 2013, habe die Degradierung somit gar nicht mehr kausal für die klägerische Kündigung gewesen sein können. Selbst wenn der Beklagten eine Mitverantwortung für die klägerische Kündigung zugeschrieben würde, würde diese aufgrund der klaren klägerischen Absichten zum Wechsel des Arbeitgebers stark in den Hintergrund treten. Zudem sei auch zu berücksichtigen, dass ein Konkurrenzverbot nicht dahinfalle, wenn die Parteien eines Arbeitsvertrages die Vertragsauflösung etwa in gleichem Mass zu vertreten hätten (Urk. 124 S. 5-9). Im Weiteren beanstandet die Beklagte die Alternativbegründung der Vorinstanz betreffend Wegfall des Konkurrenzverbots durch Verzicht der Beklagten auf Einhaltung desselben. Dabei macht sie zunächst (d.h. im Rahmen ihrer Berufungsschrift) geltend, die vorinstanzliche Annahme, die Beklagte habe durch das

- 26 - E-Mail von E.\_\_\_\_\_ vom 25. August 2009 in allgemeiner Art und hinsichtlich sämtlicher Mitarbeiter dauerhaft auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichtet, sei offensichtlich lebensfremd und willkürlich. Unrichtig sei auch die rechtliche Auffassung der Vorinstanz, dass der Kläger angesichts dieses E-Mails über vier Jahre später ohne Rücksprache und Absicherung davon ausgehen dürfen, dass für ihn kein Konkurrenzverbot gelte. Aus den konkreten Umständen gehe denn auch hervor, dass der Kläger nie von solchem ausgegangen sei (Urk. 124 S. 10-13).

### **E. 3.3.2**

Der Kläger vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass einerseits das Konkurrenzverbot weggefallen sei und dass andererseits die Beklagte auf die Einhaltung desselben verzichtet habe. Unrichtig sei allerdings, dass die Vorinstanz angenommen habe, der Kläger sei konkurrenzierend tätig gewesen. Die Stelle bei der K.\_\_\_\_\_ habe er erst per 1. Februar 2014 angetreten. Während laufendem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten sei er somit nicht für die K.\_\_\_\_\_ tätig gewesen. Bereits am 21. Oktober 2013 – d.h. im Zeitpunkt, als die Beklagte ihm mitgeteilt habe, dass sie ihn per sofort vom Posten des "Branch Managers" enthebe und seine Provisionen rückwirkend streiche – habe er einen von der Beklagten zu verantwortenden Anlass zur

Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehabt. Entsprechend sei das Konkurrenz- verbot spätestens zu diesem Zeitpunkt weggefallen, womit er auch nicht spätes- tens ab dem 19. November 2013 konkurrenzierend habe tätig sein können. Über- dies sei es bei dem an die J. \_\_\_\_\_ gerichteten E-Mail vom 19. November 2013 um einen Zusammenarbeitsvertrag für das Jahr 2014 gegangen. Er sei denn auch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in einem Arbeitsverhältnis mit der K. \_\_\_\_\_ gestanden und davor nicht für diese tätig gewesen, was sich insbesondere daran zeige, dass er die J. \_\_\_\_\_ nicht über eine Geschäfts-E-Mailadresse der K. \_\_\_\_\_, sondern über seine private E-Mailadresse angeschrieben habe. Entgegen der Ansicht der Beklagten treffe ferner nicht zu, dass es für den Kläger bereits ab Mit- te November 2013 beschlossene Sache gewesen sei, eine neue Anstellung bei der K. \_\_\_\_\_ anzunehmen. Vielmehr habe er sich zur Kündigung gezwungen ge- sehen, nachdem die Beklagte ihrer Lohnzahlungspflicht auch mehr als einen Mo- nat nach der Mitteilung vom 21. Oktober 2013 nicht nachgekommen sei. Insofern

- 27 - seien die Herabsetzung und vor allem die ungerechtfertigte Lohnkürzung sehr wohl kausal für die Kündigung gewesen. Ohnehin habe aber bereits ab dem 25. August 2009 ein Verzicht der Beklagten auf das Konkurrenzverbot vorgele- gen, wie es die Vorinstanz zu Recht angenommen habe (Urk. 130 S. 5 ff.).

### **E. 3.3.3**

In ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort-/Anschlussberufungs- schrift macht die Beklagte ferner geltend, gemäss Art. 340c Abs. 2 OR falle ein Konkurrenzverbot erst nach erfolgter berechtigter Kündigung durch den Arbeit- nehmer bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses weg, zumal Art. 340c OR aus- schliesslich auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot anwendbar sei. Der Klä- ger habe sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten am 28. November 2013 per En- de Januar 2014 gekündigt. Vor Ende Januar 2014 habe das vertragliche Konkur- renzverbot daher unabhängig vom Vorliegen eines begründeten Anlasses für die Kündigung noch bestanden. Da die Vorinstanz bereits für die Zeit vor der Kündi- gung mehrfach konkurrenzierende Handlungen des Klägers bejaht habe, sei die Frage, ob ein begründeter Anlass für die Kündigung bestanden habe, von unter- geordneter Bedeutung. Auch hinsichtlich des von der Vorinstanz bejahten Ver- zichts der Beklagten auf das Konkurrenzverbot sei zu berücksichtigen, dass sich die Äusserung von E. \_\_\_\_\_ im E-Mail vom 25. August 2009 lediglich auf das nachvertragliche Konkurrenzverbot bezogen habe. Entsprechend habe die Vor- instanz eine Aufhebung des Konkurrenzverbots nur mit Bezug auf das nachver- tragliche Konkurrenzverbot im Falle einer Arbeitnehmerkündigung als gegeben erachtet. Hinsichtlich der bereits vor der Kündigung erfolgten konkurrenzierenden Tätigkeiten des Klägers habe demnach auch nach Auffassung der Vorinstanz kein Verzicht auf das Konkurrenzverbot bestanden (Urk. 133 S. 5 ff.).

### **E. 3.4**

Konkurrenzierende Tätigkeit während bestehendem Arbeitsverhältnis

#### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz hat die klägerische Kontaktaufnahme mit der J. \_\_\_\_\_ zwecks Ausarbeitung eines Rahmenarbeitsvertrags für das Jahr 2014 zu Recht als konkurrenzierende Tätigkeit qualifiziert. Aus den im Recht liegenden E-Mails vom 19. resp. 22. November 2013 und den eigenen Ausführungen des Klägers ergibt sich unmissverständlich, dass der Kläger eine Zusammenarbeit zwischen der J. \_\_\_\_\_ (einer Kundin der Beklagten) und der K. \_\_\_\_\_

(seiner künftigen Ar-

- 28 - beitgeberin) förderte resp. die J. \_\_\_\_\_ der Beklagten abwarb, um Erstere zur K. \_\_\_\_\_ "mitzunehmen" (vgl. Urk. 28/50-51; Urk. 37 S. 4). Das Abwerben einer Kundin, das Vermitteln einer solchen an ein Konkurrenzunternehmen, das Führen und Organisieren von Verhandlungen betreffend Abschluss eines Rahmenvertrags zwischen einer Grosskundin der Beklagten und einem ihrer Konkurrenzunternehmen stellen zweifellos konkurrenzierende Handlungen dar (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 340 N 7; BGE 130 III 353 E. 2.1.1 f.; BGer 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005 E. 3.2; OGer ZH LA060009 vom 4. März 2008, E. II.3.3). Dass der Kläger seine Stelle bei der K. \_\_\_\_\_ erst am 1. Februar 2014 antrat, vermag daran genauso wenig zu ändern wie der Umstand, dass der fragliche Rahmenvertrag erst für die Zeit abgeschlossen wurde, in welcher der Kläger nicht mehr bei der Beklagten angestellt war. Der zeitliche Aspekt ist vorliegend allerdings durchaus relevant: Da die fraglichen Handlungen noch vor der Kündigung des Klägers vom 28. November 2013 erfolgten, steht diesbezüglich – wie die Beklagte zu Recht vorbringt – nicht eine Verletzung des nachvertraglichen Konkurrenzverbots, sondern vielmehr eine Verletzung des aus der Treuepflicht entspringenden gesetzlichen Konkurrenzverbots nach Art. 321a OR resp. des im Arbeitsvertrag ebenfalls vorgesehenen, während der Dauer des Vertrages geltenden Konkurrenzverbots (Urk. 9/7 Ziff. 11.1 S. 6) zur Diskussion.

#### **E. 3.4.2**

Bei bestehendem Arbeitsverhältnis darf ein Arbeitnehmer eine spätere (nachvertragliche) Tätigkeit zwar vorbereiten. Jedoch verletzt er seine Treuepflicht, wenn diese Vorbereitungen gegen Treu und Glauben verstossen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer noch während (oder – wie vorliegend – vor Beginn) der Kündigungsfrist mit der Konkurrenzierung beginnt oder seiner Arbeitgeberin Angestellte oder Kunden abwirbt (BGE 117 II 72 E. 4; 104 II 28 E. 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 20). Entgeltliche Vorbereitungshandlungen für eine künftige erlaubte Konkurrenzierung verstossen immer gegen die Treuepflicht, unentgeltliche Vorbereitungshandlungen jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber unmittelbar geschädigt wird, so z.B. durch Abwerben von Mitarbeitern und Kunden oder durch Behädigung von Kunden- und Lieferantlisten des Arbeitgebers. Betreut der Arbeitnehmer bestimmte Kunden, so darf

- 29 - er diese nicht von sich aus auf seinen künftigen Arbeitsort aufmerksam machen, wenn die Gefahr besteht, dass sie ihm an seinen neuen Arbeitsort nachfolgen (ZK-Stahelin, Art. 321a OR N 39). Durch abweichende Parteivereinbarungen können diese Pflichten, die dem Arbeitnehmer nach dispositivem Gesetzesrecht obliegen, erweitert oder beschränkt werden (ZK-Stahelin, Art. 321a OR N 9). Zulässig ist auch, das während des Arbeitsverhältnisses bestehende Konkurrenzverbot mit einer Konventionalstrafe abzusichern (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a OR N 10; BSK OR I-Portmann/Rudolph, a.a.O.). Der Arbeitnehmer ist selbst dann, wenn eine Kündigung aus begründetem Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zum Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots geführt hat, während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden. Zwar ist es ihm erlaubt, während der Kündigungsfrist eine nachvertragliche konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten (etwa durch Gründung einer Konkurrenzgesellschaft); er darf aber damit eine vertragliche Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) fliessenden Konkurrenzverbots nicht verletzen

(BGer 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012, E. 2, in: ARV 2013 S. 38; siehe auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340 N 7 S. 1229 und Art. 340c N 6 S. 1281).

### **E. 3.4.3**

Vorliegend haben die Parteien auch für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das während bestehendem Arbeitsverhältnis geltende Konkurrenzverbot eine Konventionalstrafe von einem Jahresbruttogehalt vereinbart (Urk. 9/7 Ziff. 11 S. 6 f.). Damit haben sie das aus der Treuepflicht fließende Konkurrenzverbot erweitert. Mit der noch vor seiner Kündigung erfolgten Abwerbung der J.\_\_\_\_\_ hat der Kläger Vorbereitungsmaßnahmen für seine (nachvertragliche) Tätigkeit beim Konkurrenzunternehmen K.\_\_\_\_\_ getätigt, welche die Beklagte unmittelbar schädigten (Verlust einer Grosskundin). Entsprechend hat er die in Ziffer 11 des Arbeitsvertrages konkretisierte Treuepflicht bzw. das vertraglich erweiterte Konkurrenzverbot verletzt. Wie die Beklagte zu Recht vorbringt, schuldet der Kläger ihr bereits angesichts dieser Vertragsverletzung eine Konventionalstrafe und zwar unabhängig davon, ob das nachvertragliche Konkurrenzverbot gestützt auf

- 30 - Art. 340c Abs. 2 OR weggefallen ist oder nicht. Insofern verfängt die vorinstanzliche Argumentation betreffend Wegfall des Konkurrenzverbots nicht.

### **E. 3.4.4**

In Bezug auf diese Vertragsverletzung ist auch der klägerische Einwand betreffend Verzicht der Beklagten auf Einhaltung des Konkurrenzverbots unbehelflich. Denn selbst wenn sich der Kläger im Jahr 2013 noch auf die Äusserung von E.\_\_\_\_\_ im E-Mail vom 25. August 2009 hätte verlassen dürfen, so ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die entsprechende Mitteilung von E.\_\_\_\_\_ einzig auf den Fall einer Arbeitnehmerkündigung bezog. Dem besagten E-Mail lässt sich nämlich gemäss zutreffender vorinstanzlicher Feststellung – auf welche im Übrigen auch der Kläger im Rahmen seiner Berufungsantwort-/Anschlussberufungsschrift noch verwiesen hat (vgl. Urk. 130 S. 10) – entnehmen, dass E.\_\_\_\_\_ bei denjenigen Mitarbeitern, welche das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten kündigten, auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichtete (vgl. Urk. 38/21). Damit hat E.\_\_\_\_\_ seinen Verzicht auf Einhaltung des Konkurrenzverbots unmissverständlich an eine Arbeitnehmerkündigung geknüpft. Entsprechend kann aus dem E-Mail nicht abgeleitet werden, das Konkurrenzverbot sei seit dem 25. August 2009 generell und bedingungslos weggefallen. Soweit der Kläger in seiner Stellungnahme vom 29. April 2020 ohne nähere Begründung anderes behauptet (vgl. Urk. 137 Rz 28 S. 7), kann ihm nicht gefolgt werden. Für die Zeit vor seiner Kündigung vom 28. November 2013 – d.h. in Bezug auf die obgenannten konkurrenzierenden Handlungen – konnte und durfte der Kläger demnach nicht von einem Verzicht der Beklagten auf Einhaltung des Konkurrenzverbots ausgehen. Entgegen der Schlussfolgerung der Vorinstanz kann der Anspruch der Beklagten auf Konventionalstrafe daher auch nicht mit dem Hinweis auf einen Verzicht der Beklagten auf Einhaltung des Konkurrenzverbots verneint werden.

## **E. 3.5**

Konventionalstrafe

### **E. 3.5.1**

Nach dem Gesagten schuldet der Kläger der Beklagten zufolge Verletzung der vertraglichen Erweiterung des aus der allgemeinen Treuepflicht fließenden

Konkurrenzverbots (Ziffer 11 des Arbeitsvertrages) eine Konventionalstrafe.

- 31 -

### **E. 3.5.2**

Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Dabei ist aus Gründen der Vertragstreue und Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten, denn die Strafe kann von den Parteien an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt (BGE 133 III 201 E. 5.2; 133 III 43 E. 3.3.1 f.; je mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.5.3**

Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass sich die in Ziffer 11.2 des Arbeitsvertrages vereinbarte Konventionalstrafe von einem Jahresbruttogehalt (Fr. 113'540.–) als zu hoch erweist. Neben den von der Vorinstanz angeführten Gründen (örtliche und zeitliche Übermässigkeit des Konkurrenzverbots, vgl. Urk. 125 E. V/C/3.4 S. 42 f.) drängt sich eine Herabsetzung insbesondere auch deshalb auf, weil der Kläger mit den vorliegend festgestellten konkurrenzierenden Handlungen das vereinbarte Konkurrenzverbot nur punktuell verletzt hat (Abwertung einer Kundin; Verletzung der vertraglich erweiterten Treuepflicht und nicht des nachvertraglichen Konkurrenzverbots) und der vereinbarte Betrag von Fr. 113'540.– für diese Verletzung unverhältnismässig hoch erscheint. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass den Kläger ein nicht unerhebliches Verschulden trifft, zumal der Treuepflicht bei Mitarbeitern in Führungspositionen eine erhöhte Bedeutung zukommt. Hinzu kommt, dass es sich bei der J.\_\_\_\_\_ um eine Grosskundin der Beklagten handelte, weshalb die Vertragsverletzung nicht mehr als leicht qualifiziert werden kann. Angesichts dieser Umstände kommt eine Herabsetzung der Konventionalstrafe auf weniger als Fr. 10'000.– nicht in Betracht. Es ist daher festzuhalten, dass der Kläger der Beklagten bereits wegen der vor seiner Kündigung begangenen Vertragsverletzung eine Konventionalstrafe von mindestens Fr. 10'000.– schuldet.

### **E. 3.5.4**

Da die Beklagte im Umfang der einklagten Forderungen die Verrechnung erklärte und die übrigen Voraussetzungen der Verrechnung gemäss zutreffender und unbeanstandet gebliebener Feststellung der Vorinstanz erfüllt sind (vgl. Urk. 125 E. V/A S. 23 f.), ist unter dem Titel Konkurrenzverbot eine weitere

- 32 - Verrechnung im Umfang von Fr. 10'000.– zuzulassen. Ob der Beklagten unter dem Titel Konkurrenzverbot weitere resp. über den Verrechnungsanspruch hinausgehende Forderungen zustehen, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Zur Klarstellung ist jedoch festzuhalten, dass der vorliegend zur Verrechnung gebrachte Betrag von Fr. 10'000.– von allfälligen weiteren diesbezüglichen Forderungen der Beklagten in Abzug zu bringen wäre.

### **E. 3.6**

Zwischenfazit Verrechnungsanspruch Konkurrenzverbot Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, hat die Vorinstanz den Verrechnungseinwand der Beklagten unter dem Titel Konkurrenzverbot zu Unrecht verworfen. Die entsprechenden Beanstandungen der Beklagten sind begründet, weshalb die Berufung gutzuheissen ist. Bei dieser

Ausgangslage erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen Rügen der Beklagten. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Vorinstanz zu Unrecht einen begründeten Anlass zur Kündigung seitens des Klägers angenommen hat. 4. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Provisions- und Beteiligungsansprüchen des Klägers im teilklageweise geltend gemachten Umfang von Fr. 20'000.– verrechenbare Forderungen der Beklagten von gesamthaft Fr. 20'000.– (Fr. 10'000.– Schadenersatz und Fr. 10'000.– Konventionalstrafe) gegenüberstehen, womit die klägerischen Ansprüche durch Verrechnung erloschen sind. Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 der Klage (anlässlich der Hauptverhandlung modifizierte Rechtsbegehren gemäss Urk. 8 S. 2 und Prot. I S. 9) sind daher abzuweisen. 5. Kosten-/Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens und Entschädigungsfolgen des ersten Rechtsmittelverfahrens 5.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

- 33 - 5.2 Die Vorinstanz erhob in Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO zu Recht keine Kosten (vgl. Urk. 125 E. VI/1 S. 48). 5.3 Hinsichtlich der Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte in der Sache (unter Mitberücksichtigung des Klagerückzugs betreffend Arbeitszeugnis) zu ca. zwei Dritteln obsiege. Die volle Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren sei angesichts des gesamten Aufwands sowie in Anwendung von § 4 und § 11 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 10'800.– (inkl. 8% MwSt.) festzusetzen. Ausgangsgemäss sei der Kläger demnach zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'600.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen. Für das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O seien die Parteientschädigungen wettzuschlagen, zumal dort Fr. 20'000.– im Streit gestanden seien und damit unter Berücksichtigung des endgültigen Prozessausgangs (Zusprechung von Fr. 10'000.–) von einem je hälftigen Obsiegen der Parteien auszugehen sei (Urk. 125 E. VI/2 S. 48 f.). 5.4 Da die Klage abgewiesen wird, unterliegt der Kläger vollumfänglich. Entsprechend ist er zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 10'800.– (inkl. MwSt., wobei sich der Mehrwertsteuerzuschlag auf 8% beläuft, zumal sämtliche erstinstanzlichen Anwendungen der Parteien vor dem 1. Januar 2018 angefallen sind, vgl. Urk. 125 E. I S. 4 ff.). Bei diesem Verfahrensausgang ist der Kläger zudem zu verpflichten, der Beklagten eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013 zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; zur Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips siehe BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 4'200.– (inkl. 7.7% MwSt.) festzusetzen.

- 34 - IV. 1. Bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Das zweitinstanzliche Verfahren ist daher kostenlos. 2. Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 4'200.– (inkl. 7.7% MwSt.) festzusetzen. Es wird erkannt: 1. Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 der Klage (modifizierte Rechtsbegehren) werden abgewiesen. 2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. 3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erst- und die zweitinstanzlichen Verfahren (Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180013-O sowie vorliegendes

Berufungsverfahren) eine Parteientschädigung von Fr. 19'200.– zu bezahlen. 4. 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. 5. 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).

- 35 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 1. September 2020 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. D. Scherrer MLaw V. Stübi versandt am: lb

#### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-123). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu be-

- 7 - trachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung der Vorinstanz gebunden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

#### **E. 6**

Mai 2014 ergibt sich, dass ausgehend von einer "Grundforderung" von Fr. 164'468.50 die Versicherungsleistung Fr. 48'505.65 beträgt (Urk. 16/44). Wie die Beklagte zutreffend darlegte (vgl. Urk. 35 S. 18; siehe auch Urk. 133 S. 12), ist vom Debitorenverlust von Fr. 164'458.50 die Versicherungsleistung von Fr. 48'505.65 in Abzug zu bringen, woraus der im Kontoauszug aufgeführte Verlust von Fr. 115'952.85 resultiert. Hiervon ist im Weiteren die unbestritten gebliebene Mehrwertsteuer-Einsparung von Fr. 8'589.10 abzuziehen, was einen definitiven Verlust resp. Schaden von Fr. 107'363.75 ergibt.